

¿EL ADIÓS A LA CONSTITUCIÓN? THE GOODBYE TO THE CONSTITUTION?

Jorge SILVERO-SALGUEIRO*

RESUMEN: Latinoamérica experimenta un proceso de cambios político-institucionales desde hace más de dos décadas que pone en cuestión la noción tradicional de Constitución. Para el autor, estas transformaciones posibilitan una forma diferente de establecer estímulos y vínculos en el orden constitucional. En ese sentido, se tratan determinados nexos históricos entre Constitución y derechos que influenciaron en la comprensión tradicional de la Constitución. Además se aborda el proceso de cambios constitucionales resaltando aquellas características que atestiguan la forma en cómo la noción de Constitución se va modificando. Finalmente se exponen las perspectivas de una nueva conceptualización de la Constitución.

PALABRAS CLAVES: Constitución; *ius constitutionale commune*; Constitucionalismo latinoamericano; derechos humanos; cambios constitucionales.

ABSTRACT: Latin America has undergone a process of political-institutional changes for more than two decades that calls into question the traditional notion of Constitution. For the author, these transformations allow a different way of establishing incentive and links in the constitutional order. In that sense, certain historical links between Constitution and rights that influenced in the traditional understanding of the Constitution are treated. It also addresses the process of constitutional changes highlighting those characteristics that testify how the notion of Constitution is changing. Finally the perspectives of a new conceptualization of the Constitution are exposed.

KEYWORDS: Constitution; *Ius constitutionale commune*; Latin American constitutionalism; Human rights; Constitutional changes.

* Jurista paraguayo, LL.M. (Heidelberg). Ex investigador visitante del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007-2012. Miembro del New York City Bar Association. Contacto: <jsilvero@msn.com>. Fecha: de recepción: 26 de marzo de 2017. Fecha de aprobación: 2 de abril de 2017.

Revista de la Facultad de Derecho de México

Tomo LXVII, Número 268, Mayo-Agosto 2017

DR © 2017. Revista de la Facultad de Derecho de México

Facultad de Derecho - Universidad Nacional Autónoma de México

<http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/issue/view/4543>

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Nexos históricos entre Constitución y derechos*. III. *Proceso de cambios constitucionales*. IV. *La nueva Constitución de derechos humanos*.

I. INTRODUCCIÓN



¡La Constitución ha muerto! ¡Vivan los derechos humanos!” Esta frase pareciera resonar en gran parte de Latinoamérica aún allí donde el principio de Estado de derecho no ha terminado de asentarse. Es como si fuera que en el Estado constitucional democrático se empezara a prescindir de su piedra angular, la Constitución, y en su lugar, se posicionara ahora a los derechos humanos. ¿Llegó a su fin el reino de la Constitución?

Latinoamérica experimenta un proceso de cambios político-institucionales desde hace más de dos décadas que pone en cuestión la noción tradicional de Constitución.¹ Lo que en un momento se pensó sería un proceso de fortalecimiento de las Constituciones está dando un giro inesperado. Tras el fin del periodo autoritario en la mayoría de los países de la región la democratización requirió una serie de reformas constitucionales que contribuirían a dejar atrás nociones semánticas o nominales de Constitución y revitalizarían concepciones más efectivas, del tipo normativo en la antigua clasificación de Loewestein.² Algunos países se dieron una nueva Constitución en su afán de poner hitos donde la historia giraba diametralmente: Brasil 1988; Colombia 1991; Paraguay

¹ “El concepto de Constitución es uno de los que ofrecen mayor pluralidad de formulaciones [...] De los tres conceptos típicos de Constitución expuestos en el capítulo anterior, solo el racional normativo ha tenido la importancia decisiva para la formación de la ciencia del Derecho constitucional”, GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 2000, pp. 33-55.

² LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Editorial Ariel, 1965.

¿EL ADIÓS A LA CONSTITUCIÓN?

1992. Otros procedieron a reformas constitucionales parciales de gran impacto: Argentina 1994; Chile 2005; México 1987, 1994 y 2011. La tercera ola de democratización implicaba así más allá de contar con una contienda electoral limpia, libre y transparente, una reforma del Estado con ajustes estructurales en el sistema político-institucional³. Pero nadie propuso formalmente cambiar la noción de Constitución, solo hacerla menos “hoja de papel”⁴ y más realidad política y social.

La idea de Constitución se elabora en la teoría constitucional usualmente no de una forma abstracta y *a priori* sino en una estrecha relación con la práctica política. Por eso, la variedad de clasificaciones de la Constitución responden mayormente a diversos grados de eficacia. La regla sería: a mayor eficacia, mayor satisfacción del concepto, lo cual permitió expresar que “la esencia real de la Constitución es su eficacia [...] su capacidad de normativizar la realidad”. Por tanto, “la naturaleza de la Constitución es funcional e instrumental”⁵. Sin embargo, una comprensión funcional de la Constitución no puede ser reducida solamente al logro obtenido en la realidad que pretende normativizar.

En efecto, un enfoque funcional⁶ en la actualidad parte del conocimiento de la brecha entre norma y realidad y pregunta

³ Al respecto, véase: SERNA DE LA GARZA, José María, *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas*, México, UNAM, 2009. Consultado en: <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2728-procesos-constituyentes-contemporaneos-en-america-latina-tendencias-y-perspectivas>>.

⁴ LASSALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, México, 1931 [original de 1862]. Consultado en: <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2284-que-es-una-constitucion>>

⁵ GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., “La idea de Constitución en Karl Loewenstein”, *Revista de Estudios Políticos*, núm.139, 1965, p. 90. Consultado en: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=3&IDN=530&IDA=8641>>.

⁶ Al respecto, véase: SILVERO SALGUEIRO, Jorge, “Funcionalismo constitucional: ¿el enfoque de investigación en ascenso?”, en REYNOSO NÚÑEZ, José y SÁNCHEZ DE LA BARQUERA Y ARROYO, Herminio (coord.), *La Democracia en su contexto, Estudios en homenaje a Dieter Nohlen en su septuagésimo aniversario*

más bien acerca de las prestaciones que la Constitución pudiera aportar para una mejor funcionalidad del sistema político-institucional en general, y para una mejor realización de derechos en especial. Una Constitución es funcionalmente un instrumento de optimización del sistema político-institucional, sin perder de vista que lo óptimo en términos funcionales siempre está en relación con los principios y valores contenidos en la misma Constitución.

Ahora bien, considerando que la Constitución cuenta con características propias, producto de su propia y larga evolución histórica, como ser: supremacía, ley fundamental, norma jurídica, norma superior, etc., cabría indagar cuál es el rol que juegan estas características a la hora de identificar el modo en cómo la Constitución interactúa con las otras categorías conceptuales del orden constitucional, como ser los derechos. Por ejemplo, teniendo como pretensión la mejor realización de derechos humanos, ¿debería la Constitución renunciar a su supremacía, o en su caso, compartir o disminuir dichos efectos a fin de lograr que los derechos sean una realidad efectiva?

Estas apreciaciones adquieren relevancia sobre todo en el contexto de reformas constitucionales que en aras de lograr una mayor eficacia de los derechos humanos le han restado exclusividad a la Constitución como plataforma única de derechos al interior de un ordenamiento jurídico en particular. Así, desde el momento que un sistema político-institucional declara que cuenta con un bloque de constitucionalidad, como fue el caso de Argentina en 1994 y de México en 2011, se produce una mutación en el concepto de Constitución. Lo que era, ya no lo es. La pregunta que surge es: ¿implica el fortalecimiento jerárquico de los derechos necesariamente un debilitamiento de la Constitución? ¿Todo es a costa de la Constitución? Además, en términos retóricos ¿se pue-

rio, IJJ-UNAM, México, pp. 79-101. Consultado en: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2734/14.pdf>>.

¿EL ADIÓS A LA CONSTITUCIÓN?

de alegar que acaso el concepto de Estado soberano se mantuvo sin alteraciones en un proceso de globalización?⁷

Mi tesis es que las transformaciones no necesariamente tendrían que llevar a un debilitamiento de la Constitución, sino a una forma diferente de establecer estímulos y vínculos en el orden constitucional. En ese sentido, con la idea de una Constitución de los derechos humanos, se estaría bregando por mantener el concepto de Constitución con suficiente funcionalidad y liderazgo en el sistema político-institucional y de que siga encarnando la unidad e identidad de una comunidad política.

Una Constitución de los derechos humanos exige asimismo reformas institucionales, de un Tribunal constitucional defensor de la Constitución a un Tribunal constitucional defensor de derechos humanos, y por qué no hacerlas extensivas a jueces garantes de derechos humanos.

Todavía está en el recuerdo aquellas palabras de que “el relativismo de Loewenstein se concreta en varios supuestos contundentes. No existe una teoría de la Constitución eternamente válida, porque es imposible que se dé un Estado eternamente válido. «Cada generación puede tan sólo —dice— dar una interpretación general de lo que ella misma ha experimentado»⁸”.

En base al planteamiento expuesto el siguiente apartado tratará determinados nexos históricos entre Constitución y derechos que influenciaron en la forma en cómo se entendió la Constitución tradicionalmente. Seguidamente, se abordará el proceso de cambios constitucionales resaltando aquellos características que atestiguan la forma en cómo la noción de Constitución se va modificando. Finalmente, se expondrán las perspectivas de una nueva conceptualización de la Constitución señalando sus elementos y funciones.

⁷ “En la era de la llamada “globalización” existen fenómenos y procesos que están produciendo transformaciones importantes en lo que es la base misma de las concepciones tradicionales del derecho constitucional”, SERNA DE LA GARZA, José María, *op. cit.*, p. 1.

⁸ GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *op.cit.*, p. 75.

II. NEXOS HISTÓRICOS ENTRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS

Cuando en 1789, en Francia, se promulgó la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano empezó a forjarse un modelo de organización política donde el Estado perdería su poder absoluto y reconocería los derechos de las personas correspondiéndole a la Constitución el rol de asegurar formalmente dicho trato. El tantas veces citado artículo 16 establecía que “una sociedad donde no está asegurada la garantía⁹ de derechos ni la separación de poderes carece de Constitución”. Vale decir, si en la sociedad querían derechos, requerían de una Constitución. Entonces, el vínculo entre Constitución y derechos era intrínseco en sus orígenes, sin lo uno no había lo otro. Esa fue la racionalidad funcional inicial, la realización de los derechos estaba en relación a la de la Constitución. Tal es así que dos años después, en 1791, la Asamblea Nacional Constituyente concluyó su labor y Francia se dio su primera Constitución.¹⁰ El resultado fue que la Declaración de Derechos quedó integrada a la Constitución como parte del preámbulo. Además, en el Título I del texto constitucional se encontraba una enumeración de derechos naturales y civiles garantizados por la Constitución.

⁹ “En la mayor parte de las Constituciones del siglo XIX se advierte que el verbo *garantizar* es empleado en la acepción de reconocer y proclamar derechos cuya existencia se considera anterior a la Constitución y al Estado mismo. Lo único que los constituyentes se creen autorizados a hacer, respecto de ellos, es reconocerlos y darles estado jurídico, mediante disposiciones escritas, en las cuales se les consigna expresamente.” Al respecto, véase: SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Los derechos del hombre en la revolución francesa*, UNAM, Ediciones de la Facultad de Derecho, 1956, p. 70. Consultado en: <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3465-los-derechos-del-hombre-en-la-revolucion-francesa>>.

¹⁰ Sobre la elaboración de la Constitución durante la revolución francesa, véase: Pantoja Morán, David, *La Asamblea Nacional Francesa de 1789-1791 y la invención de la Constitución*, UNAM, 2017, p. 138. En internet: <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4309-la-asamblea-nacional-francesa-de-1789-1791-y-la-invencion-de-la-constitucion>>.

¿EL ADIÓS A LA CONSTITUCIÓN?

En 1803, el juez Marshall en el famoso caso “Madison vs. Marbury” entendió que los legisladores y otras autoridades estaban sometidos y limitados por la Constitución, refiriéndose a ella como “la ley fundamental y suprema de la nación”.¹¹ El poder del Estado estaba sujeto a la Constitución, la cual era considerada la norma de autorización de los actos estatales, caso contrario eran declarados inconstitucionales y perdían su efecto. Así, jurisprudencialmente, se creó el *judicial review* en dicha sentencia que ponía a salvaguarda la supremacía, que fue desde entonces una característica principal de la Constitución.

A finales de la República de Weimar, el debate teórico se enfocaba en determinar quién debería ser el defensor de la Constitución, pues en casos de incumplimientos se requería de instituciones capaces de hacer valer lo pactado constitucionalmente.

Carl Schmitt con su entendimiento de la Constitución como una decisión política, dejaba en manos del Presidente del Reich dicha tarea. Él entendía que los males provenían del sistema pluralista de partidos políticos, de la democracia parlamentaria y que era necesario recurrir a la figura que era “el centro de todo un sistema —construido sobre fundamentos plebiscitarios— de neutralidad e independencia respecto de los partidos políticos”.¹² De esa forma, pregonaba un sistema autoritario que debilitaba a la representación política favoreciendo a una institución que —según Schmitt— era neutral, garantizaba la unidad del pueblo y era un contrapeso al pluralismo de los grupos sociales y económicos del poder. Hans Kelsen le replicó expresando que “el recelo [de Schmitt] frente a una violación de la Constitución se orienta ante todo contra el legislador, es decir, no contra el Gobierno presidencial, sino contra el Parlamento”.¹³ Más adelante, incluso volvió a

¹¹ Véase: SILVERO SALGUEIRO, Jorge, “La jurisdicción originaria de la Corte Suprema [americana]”, en: MANILI, Pablo Luis (coord.), *Marbury vs. Madison. Reflexiones sobre una sentencia bicentenaria*, México, Porrúa, 2011, pp. 112-134.

¹² SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 249.

¹³ KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 13.

insistir que “el texto de Carl Schmitt está saturado por la tendencia a ignorar la posibilidad de una violación de la Constitución por parte del Jefe de Estado o del Gobierno”.¹⁴ Le recriminó que haya tratado la “solución austriaca”¹⁵ solo de forma irónica, lo cual hacía entender ciertas pobrezaas lógicas de su obra, pues “que un Tribunal constitucional tenga que habérselas solo contra el Parlamento y no también contra el gobierno, es una afirmación que está en contradicción con los hechos”.¹⁶

En efecto, Kelsen entendía que una noción clara de la Constitución estaba dada “únicamente por la teoría de la estructura jerárquica (Stufenbau) del ordenamiento jurídico”¹⁷, “... o, lo que es lo mismo, de la naturaleza jurídica de la totalidad de las funciones estatales y sus relaciones recíprocas”.¹⁸ Según Kelsen, la Constitución es una norma jurídica y los conflictos constitucionales son conflictos jurídicos. Por ende, replicó que correspondía a una jurisdicción constitucional el ser defensor de la Constitución. Si se carecía de ella, se afectaba incluso la noción de Constitución, así Kelsen expresamente sostuvo:

una Constitución a la que le falta la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales, no es plenamente obligatoria en su sentido técnico. Aunque en general, no se tenga conciencia de ello —porque una teoría jurídica dominada por la política no permite tomar conciencia— una Constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos —no pudiéndose anular su inconstitucionalidad—

¹⁴ *Ibidem*, p. 74.

¹⁵ La Constitución Federal de Austria de 1920 contempló un sistema jurisdiccional concentrado de control de constitucionalidad con la instauración de un Tribunal Constitucional.

¹⁶ KELSEN, Hans, *op.cit.*, p. 74.

¹⁷ KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)*, México, UNAM, 2016, p. 20. Consultado en: <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/31-la-garantia-jurisdiccional-de-la-constitucion>>.

¹⁸ *Ibidem*, p. 15.

¿EL ADIÓS A LA CONSTITUCIÓN?

dad— equivale más o menos, desde el punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria.¹⁹

Después de las graves violaciones de derechos humanos ocurridas durante la Segunda Guerra Mundial Alemania adoptó medidas para combatir la arbitrariedad del Estado siguiendo en parte el modelo kelseniano e implementó un sistema concentrado de justicia constitucional sin parangón basado en un Tribunal constitucional, de última instancia, garante de la Constitución democrática. En dicha jurisdicción se desarrolló un concepto material y no meramente formal del Estado de derecho cuyo contenido expresa que el poder estatal está vinculado a determinados principios y valores jurídicos que resultan de la propia Constitución, donde “lo decisivo es la obligación de garantía y realización de los derechos fundamentales... [y] la referencia más decisiva es el principio fundamental material de garantía de la dignidad humana”.²⁰

Latinoamérica es parte de esa tradición constitucional. Las últimas Constituciones democráticas así lo atestiguan, pues justamente se encargaron de fortalecer el sistema de defensa jurisdiccional de la Constitución basándose en un concepto normativo de Constitución. En Colombia el texto constitucional de 1991 expresamente establece que la Constitución es la norma de normas (art. 4 CC) y a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (art. 241 CC). Asimismo, en Paraguay la ley suprema de la República es la Constitución (art. 137 CP 1992). Y al Poder Judicial se le asigna expresamente el rol de custodio de la Constitución determinándose que a su cabeza se encuentra la Corte Suprema de Justicia con una Sala constitucional (Art. 247 CP).

México, por su parte mantuvo su estructura orgánica clásica de Suprema Corte de Justicia, pero por medio de reformas constitucionales en 1987 y 1994 realizó una profunda transformación

¹⁹ *Ibidem*, p. 95.

²⁰ BENDA, Ernst, *El Estado social de derecho*, en BENDA *et al.*, *Manual de Derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 491.

funcional que terminaron por constituir dicha Corte en un Tribunal constitucional con la perspectiva de consolidar la democracia²¹. En Argentina también se considera que la Corte Suprema tiene ciertas competencias similares a las de un Tribunal constitucional²².

Entonces, estas breves referencias históricas refrescan la idea de que la apuesta estaba en defender la Constitución como garante de los derechos. Y en un sistema de tal naturaleza que operaba como un ordenamiento jurídico nacional, cerrado en sí mismo, los derechos que se protegían eran aquellos que estaban enunciados en la propia Constitución, no otros. El sistema sigue en general vigente, pero con ciertos cambios como se verá seguidamente.

III. PROCESO DE CAMBIOS CONSTITUCIONALES

Tras 25 años aproximadamente de la puesta en funcionamiento de mejores sistemas de defensa de la Constitución, en especial jurisdiccionales, todo empieza a transformarse nuevamente y ya desde hace un tiempo atrás. El punto gravitacional pasa ahora de la Constitución directamente a los derechos humanos. La importancia radica en los derechos mismos y no en la defensa de la norma suprema. Si el proceso de decirle adiós a la Constitución tradicional empezó, ¿cuáles serían los cambios que atestiguarían la existencia de dicho proceso?

²¹ “En México, a partir de 1995, a través de una serie de reformas constitucionales se estableció que sería la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dotada de facultades que la convierten en un auténtico tribunal constitucional, la encargada de proteger la supremacía constitucional y, de tal modo, el Estado Constitucional de Derecho”. ORTÍZ MAYAGOITIA, Guillermo, “Presentación”, *Tribunales constitucionales y Consolidación de la Democracia*, México, SCJN, 2007, p. X.

²² Al respecto, véase: BAZÁN, Víctor, “¿La Corte Suprema de Justicia argentina se reinventa, presentándose como un tribunal constitucional?”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 20, 2009, pp. 3-63.

¿EL ADIÓS A LA CONSTITUCIÓN?

Efectivamente, es posible distinguir unas transformaciones constitucionales que ponen en duda que el usual concepto de Constitución²³, aquél que rigió plenamente en gran parte del siglo XX en Latinoamérica con características generales de supremacía única, exclusiva y excluyente²⁴, con rigidez normativa, que fundaba un sistema jurídico nacional cerrado con una estructura de prelación en sus normas jurídicas, siga teniendo plena vigencia para el siglo XXI.

1. *De la supremacía singular a la pluralidad jerárquica.* Un primer cambio significó el otorgamiento de *jerarquía constitucional*²⁵ a los tratados internacionales de derechos humanos como ocurrió con la Constitución peruana de 1979 o la reforma constitucional argentina de 1994. Ello significó un proceso de apertura del concepto de Constitución al incorporar normas internacionales al denominado rango constitucional que hasta ese entonces solo se componía de normas nacionales supremas. Por primera vez, fuen-

²³ “A través de las múltiples transformaciones que ha sufrido, la noción de Constitución ha conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por ese orden. Como quiera que se defina, la Constitución es siempre el fundamento del Estado, la base del orden jurídico que pretende conocerse”, KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)*, UNAM, 2016, p. 20.

²⁴ “Si por un periodo prolongado de vigencia de la actual Constitución mexicana se le consideró fuente única, exclusiva y excluyente de los derechos fundamentales, la renovada concepción de la función que la Constitución cumple al interior del ordenamiento ha llevado a que cada vez se le reconozca más firmemente su connotación de fuente de las fuentes sobre derechos fundamentales”, ASTUDILLO, César, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, México, Tirant Lo Blanch, 2014, p.137.

²⁵ “Este movimiento iniciado [de asignarle a los tratados sobre derechos humanos una jerarquía o rango constitucional] no debe perder de vista en todo caso, la importancia de que los derechos consagrados en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos sean reconocidos como derechos constitucionales o fundamentales, y por tanto justiciables y objeto de protección judicial en el ámbito interno de los Estados”. Al respecto, véase: AYALA CORAO, Carlos, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, México, Fundap, 2003, p. 141.

tes jurídicas no nacionales formaban parte de la idea de Constitución, por lo menos, compartiendo su máxima jerarquía. En tanto que se tratase de derechos humanos esto era posible, pues era acorde a la función de la Constitución de proteger los derechos de las personas. Por su parte, para los derechos humanos quedó atrás la discusión de si debían ser incorporados al ordenamiento nacional de acuerdo a la doctrina monista o dualista²⁶ de recepción del derecho internacional,²⁷ ganaron así un mejor y claro posicionamiento jurídico, pues al contar con jerarquía constitucional tenían una aplicación irrestricta y una vinculación jurídica directa. El mensaje a la comunidad jurídica fue que los derechos humanos internacionales valían normativamente en el plano interno imponiendo obligaciones de respeto y protección.

A partir de dicha incorporación se tuvo una *Constitución de los derechos humanos*, donde derechos constitucionales y derechos humanos internacionales confluyeron en una misma plataforma, de igual valor y aplicabilidad. Eso hace que la categoría de fuente jurídica pierda importancia en cierto sentido, pues ya no interesa saber de dónde proviene el derecho, sino lo que entra a tallar es su valor jerárquico actual. Los derechos humanos internacionales se habían constitucionalizados en cierta manera. Aunque bien, lo de fuente mantiene una importancia referencial dado que si se trata de un derecho de fuente internacional cabría preguntar acerca de

²⁶ “Como teorías, el monismo y el dualismo son hoy en día insatisfactorias: sus argumentos son bastante herméticos, sus tesis centrales están poco desarrolladas, los puntos de vista opuestos son simplemente desechados por “ilógicos”, y sus planteamientos no se vinculan al debate teórico contemporáneo” VON BOGDANDY, Armin, en BOGDANDY *et al.* (coord.), *Ius constitutionale commune latinoamericanum*, Una aclaración conceptual”, *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, 2014, p. 17. En internet: <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3655-ius-constitutionale-commune-en-america-latina-rasgos-potencialidades-y-desafios>>.

²⁷ “Hacia la superación de la dicotomía dualismo – monismo”, título de la primera parte de la obra de MANILI, Pablo Luis, *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho constitucional argentino*, La Ley, 2003, pp. 69-144.

¿EL ADIÓS A LA CONSTITUCIÓN?

la interpretación dada a ese derecho por la instancia respectiva, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la hora de su aplicación. En términos comparados, el Consejo Constitucional Francés entendió que “la referencia formal a la fuente de un derecho parece ser indiferente mientras que el contenido material sea sensiblemente el mismo”.²⁸

A partir de ahí no tardó mucho tiempo en expresarse que además de una Constitución, los Estados contaban con un *bloque de constitucionalidad*²⁹ como forma de describir el espectro de normas que gozan del mismo estatus constitucional y de privilegios similares como la rigidez a la hora de su modificación. El concepto de bloque representa a una pluralidad de normas, que no significa una diversidad jurídica pues existe una concepción uniforme sobre el valor y justiciabilidad de las mismas.

Si bien el bloque de constitucionalidad cuenta con diferencias particulares en cada país, las cuales está en relación a la pregunta de ¿qué tipo de normas conforman el bloque?; pero, en general, el núcleo conceptual descrito en el párrafo anterior es compartido por todos los países.

A partir del bloque de constitucionalidad se podría alegar que la Constitución salió fortalecida, pues una ampliación de derechos humanos solo podría tener dicha consecuencia. La Constitución fue quien autorizó esa ampliación, así que todo era gracias a la Constitución. Pero, a decir verdad, a partir de ahí la Constitución empezó a tener competencia ahí mismo donde ella regía en forma suprema y exclusiva, la declaración y garantía de los derechos constitucionales en el plano nacional.

Sin embargo, aun con estos primeros cambios el concepto de jerarquía constitucional siguió siendo importante, pues se mantuvo la idea de que lo superior debía decidir el caso en cuestión prevaleciendo sobre lo inferior. Al respecto, en la doctrina argentina se entendió: “El otorgamiento de jerarquía constitucional a ciertos instrumentos de derechos humanos vino a completar una evolu-

²⁸ Citado por MANILI, Pablo Luis, *op. cit.*, p. 299.

²⁹ *Idem.*

ción en ese sentido, dejando cristalizado y constitucionalizado el principio por el cual toda la normativa inferior a la Constitución debe amoldarse a los parámetros fijados por esos instrumentos”.³⁰

Tras el bloque apareció el *parámetro de constitucionalidad*³¹ como instrumento conceptual a fin de ampliar la premisa mayor del enjuiciamiento constitucional con criterios como “la interpretación constitucional y convencional de los derechos emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, e incluso, los criterios emitidos por los tribunales federales facultados para establecer jurisprudencia”,³² entre otros. La diferencia entre bloque y parámetro radicaría que mientras el bloque se compone casi exclusivamente de normas, el parámetro de normas y jurisprudencia interpretativa de derechos. El bloque es el lugar donde están los derechos, el parámetro es el inicio de la adjudicación del derecho por medio del razonamiento jurídico. Al observarse una pluralidad de elementos conceptuales en el parámetro, eso significa para la Constitución que perdió la exclusividad en ser el criterio determinante para decidir el caso. Su supremacía es entonces relativa.

En el caso mexicano existe, sin embargo, una excepción. La supremacía de la Constitución se mantiene cuando ésta contenga una restricción expresa al ejercicio de un derecho, sin importar que el derecho de fuente internacional contenga una protección más amplia, con menos restricciones. Esta decisión de darle preeminencia jerárquica a las restricciones constitucionales se encuentra en la contradicción de tesis 293/2011, en la jurisprudencia P./J. 20/2014³³ y últimamente en el expediente Varios 1396.³⁴ Esta posición podría entenderse como una reacción conservadora ante

³⁰ *Ibidem*, p. 340.

³¹ Al respecto, véase: ASTUDILLO, César, *op. cit.*, nota 24.

³² *Ibidem*, p. 146.

³³ Una crítica a la doctrina jurisprudencial de las restricciones, véase en: ASTUDILLO, César, *op. cit.*, pp. 122-135.

³⁴ SÁNCHEZ GIL, Rubén, “El caso Varios 1396 y las “restricciones expresas” a los derechos humanos”, *Nexos*, 2015. Consultado en: <<http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=5003>>.

¿EL ADIÓS A LA CONSTITUCIÓN?

una acción progresista de los derechos humanos. No representa una doctrina favorable y auspiciosa para la Constitución, pues se la hace valer ahí dónde la eficacia de derechos no es tal poniéndola en evidencia ante normas más favorables a las personas que son dejadas de lado. La supremacía constitucional obtuvo un falso apuntalamiento.

2. *De la prelación y diferenciación de las fuentes a su relativización por la prevalencia del mejor derecho indistintamente de la fuente.* Un segundo factor de cambio en el ordenamiento jurídico que afectó a la Constitución ocurrió en etapas sucesivas y mediante varias categorías conceptuales que terminaron por restarle importancia a la diferenciación entre la Constitución como fuente nacional suprema y las fuentes internacionales de derechos humanos al hacer prevalecer el derecho mejor formulado, es decir, de protección más amplia sin entrar a tallar en qué fuente normativa se encuentre. Los cambios se inician con la instauración del *sistema interamericano de derecho humanos* y, en especial, con la aceptación de la *jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (en adelante, la Corte IDH) por parte de los Estados.

El sistema interamericano fue pensado para que se activara en forma subsidiaria. De esta forma, no representaría un peligro para el actuar soberano de los Estados, que siempre conservarían la primera actuación en disputas jurídicas sobre derechos humanos. Consecuentemente, la jurisdicción interamericana actuaría solo después de agotarse los recursos internos. Con dicho modelo la supremacía constitucional quedó a resguardo, aunque solo inicialmente. Si bien la jurisdicción interamericana se ha mantenido en esa línea actuando secundariamente tras los desaciertos de los Estados nacionales, pero son los efectos de su actuación los que se han vuelto un asunto principal y de primera atención en los Estados afectados. Claramente, el *control de convencionalidad*, doctrina desarrollada jurisprudencialmente por la Corte IDH, pregona en una de sus vertientes que ya en las jurisdicciones nacionales en

una disputa de derechos deben ser tenidos en cuenta los derechos contenidos en instrumentos del sistema interamericano.

Por tanto, corresponde diferenciar entre un acceso subsidiario a la jurisdicción interamericana de derechos humanos para obtener un pronunciamiento de la Corte IDH y una aplicación inmediata y directa de los tratados de derechos humanos del sistema interamericano para lograr la realización de los derechos mediante pronunciamientos de jueces nacionales en la etapa inicial del caso. Entonces, dichos tratados no son subsidiarios y mediante el control de convencionalidad los mismos prevalecen sobre las fuentes nacionales infra constitucionales, quedando en un pie de igualdad con la Constitución por aquello de la pluralidad jerárquica mencionada más arriba. Asimismo, con el control de convencionalidad la Constitución mantiene una supremacía relativa, pues los jueces nacionales ya no dependen exclusivamente de las normas constitucionales para decidir el caso, sino que también tienen a su disposición los tratados de derechos humanos del sistema interamericano siempre que fueran pertinentes al caso en cuestión.

Por su parte, el control de convencionalidad, en su otra vertiente, realizado por la Corte IDH en sede internacional también afecta a la Constitución en la medida que se vuelve jurisprudencia interpretativa de derechos, y por ese medio, conforma el parámetro de constitucionalidad que actúa como premisa mayor o “material controlante” según Sagüés,³⁵ contra el cual el juez nacional contrastará el caso para resolver. Entonces, por un lado, el resultado de la actuación jurisdiccional subsidiaria en un caso, es interpretación obligatoria en un caso posterior que se inicia en sede nacional. Por el otro, la Constitución ya no es única ni exclusiva en la determinación de casos de derechos fundamentales en sede nacional.

De este proceso de cambios el Juez Ferrer Mac Gregor ya había dado cuenta en el año 2010 cuando se refería que:

³⁵ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La Constitución bajo tensión*, México, 2016, p. 386.

¿EL ADIÓS A LA CONSTITUCIÓN?

24. El control difuso de convencionalidad convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad. Tienen los jueces y órganos de impartición de justicia nacionales la importante misión de salvaguardar no solo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió. Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional, si se considera el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados americanos y la nueva “misión” que ahora tienen para salvaguardar el *corpus juris* interamericano a través de este nuevo control.³⁶

Todo este desarrollo jurídico pone una tremenda presión a las Constituciones nacionales y su interpretación por las máximas Cortes de Justicia de cada país a fin de lograr una mayor eficiencia constitucional en materia de derechos, caso contrario perderían su posición como fundamento principal en el parámetro de constitucionalidad, presión que antes de la incorporación de normas de fuentes internacionales no tenían. Se podría expresar que ahora existe competencia normativa e interpretativa en la búsqueda del mejor derecho.

El otro elemento conceptual que definitivamente termina por relativizar la diferencia entre la Constitución como fuente nacional suprema y las fuentes internacionales es el *principio de interpretación pro persona* que propugna la selección del derecho no por el tipo de fuente en que se encuentre sino por la calidad de la protección que brinde. Dicho principio fue visto en la jurisprudencia

³⁶ Voto razonado del Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac Gregor, Caso Cabrera, Sentencia del 26 de noviembre de 2010.

dencia interamericana de este modo: “41. En principio, corresponde a todos los jueces y órganos jurisdiccionales realizar una “interpretación” de la norma nacional a la luz de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (y eventualmente de otros tratados), así como de la jurisprudencia de la Corte IDH y siempre con la regla interpretativa del principio *pro homine* a que refiere el artículo 29 del Pacto de San José; en ese primer grado de intensidad se escogerá la interpretación conforme con los parámetros convencionales y, por consiguiente, se desecharán aquellas interpretaciones inconvenientes *eso que sean de menor efectividad en el goce y protección del derecho o libertad respectivo*”³⁷ (las cursivas son mías).

Un impacto del proceso de transformaciones jurídicas se puede observar en la labor del juez nacional, que pasó *del soliloquio jurisdiccional nacional al diálogo jurisdiccional internacional*.³⁸

En efecto, antes de estos cambios, los jueces nacionales trabajaban en jurisdicciones nacionales distribuidos en clásicas materias como civil, penal, comercial, etc. En algunos casos los jueces eran “la boca de la ley” como lo expresara Montesquieu, sosteniendo un soliloquio sobre el típico código o ley que regulaba su materia, casi como un guardián ante la ley (Kafka). Pero, después de dichos cambios, los jueces nacionales se volvieron jueces internacionales con competencias en materia de derechos humanos, aparte de sus propias materias típicas, y teniendo que dialogar con la jurisprudencia interamericana cuando reciben un caso donde se aleguen derechos contenidos en instrumentos del sistema interamericano de derechos humanos.

3. *Reformas constitucionales con énfasis en derechos humanos.*
Un tercer cambio se da en aquellos Estados que experimentan

³⁷ *Idem.*

³⁸ SILVERO SALGUEIRO, Jorge, “El diálogo judicial en América Latina. Bases para un *Ius Constitutionale Commune*”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Transnacional. Interacción entre el Derecho Nacional y el Derecho Internacional*, México, IJ-UNAM, 2016, p. 335-360.

¿EL ADIÓS A LA CONSTITUCIÓN?

una fuerte tendencia de cambios constitucionales y legales a favor de la vigencia primera e inmediata de los *derechos humanos*. Un ejemplo relevante es México. Con las reformas constitucionales en materia de derechos humanos de 2011 la Constitución establece que “*todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta constitución y en los tratados internacionales*”. Asimismo, prevalecerá una interpretación pro persona en los términos siguientes: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia” (art. 1 CM).

A ello se agrega la reforma legal del 27 de febrero de 2015 que en materia de acción de inconstitucionalidad permite declarar la invalidez de la norma impugnada fundada en la Constitución o en un tratado internacional (las negritas son mías), lo cual fue interpretado como un “*avance en favor de la supremacía de los derechos humanos*”.³⁹ Vale decir, se reemplaza el modelo clásico de invalidar una norma por ser contrario a la Constitución por el de invalidar por ser contrario a la Constitución (esto sigue igual) o a un tratado internacional (esto es lo novedoso). Esto significa, que la supremacía de los derechos humanos está asegurada constitucionalmente y garantizada procesalmente.

Estos cambios traen consigo indudablemente un fuerte impacto en la forma de adjudicar los derechos. Un caso paradigmático es “La Jornada vs Letras Libres”, amparo directo 28/2010⁴⁰ resuelto el 23 de noviembre de 2011 por la Suprema Corte de Justicia de México bajo las nuevas normas constitucionales. El asunto se trataba básicamente de la disputa de dos derechos, la libertad de expresión *versus* el derecho del honor. Lo relevante fue que se seleccionó la formulación de la libertad de expresión contenida en la Constitución de México y la del derecho del honor de la

³⁹ Cossío, José Ramón, “Acciones de inconstitucionalidad y derechos humanos”, *Hechos y Derechos*, núm. 25, 2015. Consultado en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/HechosyDerechos/cont/25/art23.htm>>.

⁴⁰ Consultado en: <<https://www.scjn.gob.mx/pleno/secretaria-general-de-acuerdos/proyectos-de-resolucion-scjn>>.

Convención Americana de Derechos Humanos. De esta forma el concepto de jerarquía no entró a tallar a la hora de resolver la disputa de derechos entre normas pertenecientes al mismo bloque de constitucionalidad. En su lugar, la Suprema Corte aplicó el principio de interpretación pro persona que se desentiende del tipo de norma y de jerarquías y decididamente contribuyó a elegir la mejor formulación del derecho entre normas de fuentes nacionales e internacionales diversas.

Seguidamente, luego de contar con las mejores formulaciones de los derechos en pugna la Suprema Corte recurrió a la *ponderación de derechos* para resolver la disputa. En ese sentido, resaltó la importancia que tenía la libertad de expresión en el sistema político y su contribución al fortalecimiento de la democracia por encima del derecho al honor. Este contenido del derecho no solo en función a la persona sino en relación a la sociedad hizo que prevaleciera sobre el otro derecho que no fue impugnado, sino sencillamente cedió ante un mejor derecho. La ponderación de derechos es un instrumento conceptual que contribuye a resolver el caso y, a la vez, reemplaza a una prelación de normas cuando no se cuenta con jerarquías diferentes entre normas a aplicar y el criterio de jerarquías no entra a tallar.

Este es otro caso, donde se observa que la Constitución ha dejado de ser la norma suprema exclusiva en materia de derechos humanos. Y al perder la condición de supremacía exclusiva perdió la condición de ser la única norma prevaleciente al momento de determinar y resolver las disputas sobre derechos humanos. Aunque la supremacía la conservará seguramente para otras materias relativas, por ejemplo, a la organización del Estado. Pero, desde otro punto de vista se podría expresar, más que una pérdida de supremacía de la Constitución lo que se podría constatar es la adquisición de supremacía de los derechos humanos como lo señaló Cossío más arriba.

4. *Cambios en la doctrina constitucional.* Un cuarto cambio se observa en la doctrina actual sobre el concepto de Constitución. Sagüés da cuenta de un proceso de “transfiguración de constitu-

¿EL ADIÓS A LA CONSTITUCIÓN?

ción nacional a constitución convencionalizada”⁴¹ que ocurre de la interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos. El maestro del constitucionalismo latinoamericano entiende que la supremacía constitucional es una vieja tesis, ya erosionada o diluida, que priorizaba la Constitución sobre los tratados internacionales de derechos humanos. Lo que prima hoy en día es la regla del mejor derecho, “en el sentido de hacer prevalecer la regla más favorable al individuo —principio pro persona—, sea esa norma doméstica o internacional. Este postulado es una directriz tanto de *preferencia de normas* como de *preferencia de interpretaciones*”⁴² (las cursivas son mías).

A consecuencia de ello –según Sagüés– la Constitución convencionalizada es móvil, “desde el momento que su contenido material —no necesariamente su texto formal—, fluctúa en función de los tratados internacionales que suscriba el Estado y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”⁴³

Asimismo, Astudillo enumera siete grandes cambios en la relación derechos y Constitución a partir de la reforma constitucional de 2011 en México. Esto produjo una modificación en “la función que cumple *la Constitución de los derechos*, esto es, la parte declarativa de expectativas, poderes y libertades a favor de las personas”. En su concepción, Constitución y derechos parten de un reconocimiento de su natural tendencia agregadora, consecuencia de la identidad de naturaleza que los une. Finalmente, Astudillo enumera y comenta esas transformaciones expresando:

El entendimiento de los derechos, desde una perspectiva integral e integradora, se caracteriza porque actualmente la *Constitución de los derechos* ha sufrido una importante metamorfosis para convertirse:

- a) De fuente única de derechos, a fuente de las fuentes de derechos.
- b) De una fuente rígida de derechos, a una fuente flexible.

⁴¹ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La Constitución bajo tensión*, México, 2016, pp. 389-399.

⁴² *Ibidem*, p. 390.

⁴³ *Ibidem*, p. 398.

- c) De una fuente estática de derechos, a una fuente caracterizada por su apertura.
- d) De una fuente cierta y predeterminada de derechos, a un bloque indeterminado en su extensión pero puntual en su contenido.
- e) De un parámetro aristocrático, a un parámetro democrático.
- f) De un bloque formal de derechos, a un bloque material.
- g) De un bloque de derechos de contenido político homogéneo, a uno ideológicamente heterogéneo.⁴⁴

IV. LA NUEVA CONSTITUCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Cada cambio tiene una fuerza que lo impulsa y para muchos de los cambios constitucionales tratados en este trabajo esa fuerza probablemente provenga del movimiento internacional “todo por los derechos humanos” —si como tal existiera y en ese caso así se denominara—. Ciertamente, por momentos se podría haber percibido que la Constitución y los derechos humanos eran fuerzas antagónicas. Mientras que la Constitución se presentaba inicialmente como signo de un poder soberano que otorga unidad al Estado e identidad a la sociedad. Por su parte, los derechos humanos han desafiado el concepto de soberanía, generado obligaciones para el Estado y vinculado al ente estatal a la comunidad jurídica internacional siendo capaces de someterlo a un control jurisdiccional internacional sobre derechos humanos. Pero, realmente, los movimientos de derechos humanos y los cambios de la Constitución van en el mismo sentido tratando de fortalecer la idea de una Constitución jurídica a fin de que despliegue su fuerza normativa con una pretensión pro persona garantizando la dignidad humana.⁴⁵ Lo nacional no puede ser un obstáculo para ello.

⁴⁴ ASTUDILLO, César, *op. cit.*, pp. 137-153.

⁴⁵ “El fundamento de los derechos humanos se encuentra en la noción de la dignidad humana”, CARPIZO, Jorge, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 25, 2011, p. 5.

¿EL ADIÓS A LA CONSTITUCIÓN?

Hesse, al inicio de la República de Bonn sostuvo que “

la fuerza que yace en la naturaleza de las cosas, que le lleva a actuar y orientar su actividad y ser además ella misma fuerza actuante, en eso consiste la naturaleza y la eficacia de la fuerza normativa de la Constitución. De ahí resultan...los presupuestos bajo los cuales la Constitución puede alcanzar la medida óptima de su fuerza normativa.⁴⁶

En ese sentido, la fuerza del vínculo original entre Constitución y derechos no ha mermado, más bien se ha transformado para poder incluir los otros derechos, los derechos humanos internacionales aprovechando su propia fuerza vinculante, su amplitud de contenido y su sistema de protección. La nueva Constitución cumple así con una función de incorporación de mayor protección de derechos que vendrían a reforzar la posición jurídica de las personas. La Constitución se renueva en aras de optimizar la garantía de derechos. Las funciones constitucionales no son pues meros conceptos instrumentales sino que colaboran en precisar el contenido normativo y la forma en cómo deben interpretarse la propia Constitución fijando alcances y limitaciones. En materia de ponderación de derechos, en el caso revisado de “La Jornada vs. Letras Libres” cuando se estableció que uno de los derechos en disputa cumplía con una función democrática y el otro no fue cuando se decidió el caso.

Desde esta perspectiva, la nueva Constitución es una Constitución de los derechos humanos, que justamente auspicia la formación de un *ius constitutionale commune*, que paradójicamente no cuenta con una Constitución en particular pero sí con una sólida comprensión constitucional de derechos humanos. Una síntesis conceptual que funda el nuevo orden comunitario latinoamericano.

⁴⁶ HESSE, Konrad, “La fuerza normativa de la Constitución”, en HESSE, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, Villalón/Aspizarte (eds.), Madrid, 2011, p. 85.

Con certeza, el reino de la Constitución no se acabó pero sí su reinado absoluto. En el tiempo de los derechos humanos se requiere que la Constitución conviva con los tratados internacionales en materia de derechos humanos y bajo esa idea se comparte supremacía. Pero la supremacía es solo el elemento para poder hacer lo que tiene que hacer, y esto último se determina por la función, en especial, aquella que incorpora la directriz del mejor derecho que decididamente aumenta en forma eficiente la protección de las personas.

La Constitución es integración a un mundo globalizado mediante su función crucial de acoplamiento entre órdenes jurídicos, nacional e internacional, que favorece la búsqueda del mejor derecho, sin esta función el ámbito de derechos se reduce.

La Constitución de los derechos humanos en cada país latinoamericano garantizará cada vez más la idea de que las personas viajen con sus derechos de un lugar a otro y que eso no signifique restricción alguna a los mismos. La suma de las Constituciones de los derechos humanos en la región motivan a fundar el Estado Federal Latinoamericano de los Derechos, compartiendo una misma Corte de derechos humanos, un mismo sistema de protección internacional y una misma cultura transnacional de derechos.

La Constitución del siglo XXI, como una Constitución de los derechos humanos podrá sobrevivir seguramente otros 100 años más.