



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**HACIA UN *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* EN DERECHOS HUMANOS EN
AMÉRICA LATINA**

TESIS QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

MARIO MOLINA HERNÁNDEZ

DIRECTOR DE TESIS:

DR. RODRIGO BRITO MELGAREJO

CIUDAD UNIVERSITARIA, CIUDAD DE MÉXICO, 2021.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

Cd. Universitaria, Cd. de México, 17 de marzo 2021

M. EN C. IVONNE RAMÍREZ WENCE

DIRECTORA GENERAL DE ADMINISTRACIÓN

ESCOLAR DE LA UNAM

P R E S E N T E

Por este conducto comunico a Usted, que el pasante MARIO MOLINA HERNÁNDEZ, con número de cuenta 311197404, bajo la asesoría del DR. RODRIGO BRITO MELGAREJO y bajo la supervisión del suscrito Director del Seminario de Derecho Constitucional y Amparo, elaboró la tesis intitulada "HACIA UN IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA".

Con fundamento en los artículos 8 fracción V, del reglamento de Seminarios, 19 y 20 del reglamento general de exámenes profesionales, de la Universidad Nacional Autónoma de México, por haberse realizado conforme a las exigencias correspondientes, se aprueba la nombrada tesis, que además de las opiniones que cita, contiene las que son de exclusiva responsabilidad de su autor.

En consecuencia se autoriza su presentación al jurado respectivo.

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad".

A TENTAMENTE

"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"

DIRECTOR DEL SEMINARIO


DR. LUCIANO SILVA RAMÍREZ

La espina dorsal del planeta es mi cordillera...

CALLE 13, "Latinoamérica"

...experimentaron lo que era estar en el purgatorio, una larga espera inerme, una espera
cuya columna vertebral era el desamparo, algo muy latinoamericano...

Roberto BOLAÑO, 2666

ÍNDICE

A manera de introducción. Algo está pasando en América Latina...	6
1. El sustrato teórico del constitucionalismo contemporáneo	1
1.1 Del constitucionalismo organicista al constitucionalismo de los derechos	1
1.2 La crisis de la soberanía	9
1.3 El constitucionalismo más allá del Estado	12
1.4 La transformación estructural del Derecho Constitucional	19
1.5 El concepto de constitucionalismo adoptado para este trabajo	22
2. El Estado y el constitucionalismo en América Latina	26
2.1 El Estado latinoamericano: un fenómeno particular y complejo	27
2.1.1 El pasado colonial	29
2.1.2 Consolidación de las independencias nacionales	31
2.1.3 Inestabilidad, crisis y democratización	35
2.1.4 El Estado latinoamericano ante la distribución del orden internacional	37
2.2 La tradición constitucional latinoamericana	39
2.2.1 Primeros atisbos	40
2.2.2 La consolidación	41
2.2.3 Rasgos comunes a las diversas experiencias nacionales	42
2.2.4 La renovación constitucional	46
2.2.5 Entrelazamiento normativo: internacionalización e humanización	49
3. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?	53
3.1 ¿De qué hablamos cuando hablamos del ICCAL?	53
3.2 El estado de la cuestión	63
3.2.1 Voces que sostienen la inexistencia e inviabilidad del ICCAL	64
3.2.2 (Segue) ...y las respuestas que a ellas se han dado	66
3.3 Los retos y problemáticas comunes como impulso para el ICCAL	71
3.3.1 Protección de la democracia y los derechos humanos	72
3.3.2 Fortalecimiento institucional	72
3.3.3 La cuestión indígena	74
3.3.4 Exclusión, pobreza y desigualdad	80
3.4 La estatalidad abierta como medio y fin	82
4. Elementos que conforman el ICCAL. Su potencial transformador	84
4.1 El sustrato de derecho positivo	84
4.1.1 Textos constitucionales nacionales	84
4.1.2 Derechos humanos contenidos en tratados internacionales	88
4.1.3 Jurisprudencia nacional	95
4.1.4 Jurisprudencia interamericana	97
4.2 El sector discursivo del ICCAL	99

4.3 Las herramientas del ICCAL	100
4.3.1 El control de convencionalidad	101
4.3.2 La interpretación conforme	109
Bibliografía, hemerografía y decisiones judiciales	114

A MANERA DE INTRODUCCIÓN. ALGO ESTÁ PASANDO EN AMÉRICA LATINA...

En los tiempos que corren, resulta innegable el elemento internacional subyacente en la totalidad de las dinámicas jurídicas, particularmente en el ámbito constitucional. Mucha tinta se ha usado en explicar estos nuevos desarrollos, desde los estudios relacionados con el fenómeno de la globalización y sus implicaciones jurídicas, hasta las aportaciones académicas enfocadas en los entrelazamientos normativos regionales.

La hipótesis central de estas páginas se encuentra en el surgimiento de un derecho común para América Latina, pues derivado de la interacción entre el derecho internacional (particularmente el derecho internacional de los derechos humanos) y los diversos derechos constitucionales de los Estados latinoamericanos, progresivamente se ha ido conformando un derecho constitucional común en materia de derechos humanos, lo que significa una transformación estructural de las nociones clásicas aparejadas al Estado y al derecho constitucional, tales como soberanía o supremacía constitucional.

Esta peculiar forma de aproximarse al constitucionalismo, alejada del clásico binomio Estado-Constitución, obedece a las particularidades propias de la región, que se traducen en rasgos comunes a los diversos países componentes de América Latina, tales como violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos humanos, institucionalidad débil, democracias no consolidadas, regímenes autoritarios, violencia, desigualdad y exclusión.

Asimismo, este constitucionalismo regional serviría como una herramienta para aproximarse a la novedosa estructura del derecho público derivada de los procesos de globalización y apertura al orden internacional, en la cual los conceptos y nociones clásicas han resultado incompetentes para explicar las relaciones actuales entre los órdenes supranacionales e internacionales y los domésticos.

El fin que se persigue en esta investigación es establecer cuál ha sido el resultado de la interacción entre el derecho internacional y el derecho constitucional en América Latina, así como el estado que guarda la discusión en torno a la existencia de un derecho constitucional común en derechos humanos para los Estados latinoamericanos.

Asimismo, si bien existen grandes avances en torno a la difusión de las corrientes contemporáneas del constitucionalismo contemporáneo, aún existe cierto rezago en su implementación por parte de los operadores jurídicos y de algunos sectores académicos. Es por ello que la finalidad de esta investigación es replantear las estructuras clásicas del constitucionalismo en nuestro país y nuestra región a la luz del diálogo cada vez más intenso entre los órdenes jurídicos nacionales e internacional y supranacional, y del papel preponderante que han asumido la persona y sus derechos en las estructuras estatales y constitucionales modernas, pues consideramos que estos posicionamientos pueden incidir en la transformación de las condiciones del ejercicio de la autoridad pública y en la protección de los derechos humanos y la democracia.

No quiero terminar la introducción de este trabajo sin hacer agradecimiento expreso a todas las personas que contribuyeron en este proyecto académico, profesional y personal. En ese sentido, quiero hacer mención en primer lugar, al profesor Rodrigo Brito, quien con su amistad, enseñanzas, consejos, orientación y tutoría, desde aquella primera clase de Teoría de la Constitución hace ya más de seis años, es uno de los principales artífices de mi formación académica y personal. Me siento muy afortunado porque la vida me dio la oportunidad de aprender y trabajar con el mejor. Gracias por enseñarme ese espíritu de entrega, tenacidad, fuerza y disciplina; tan tuyo, tan universitario, tan azul y oro.

Al doctor Fernando Serrano Migallón, insigne universitario, por enseñarme a ver a la Universidad como forma y estilo de vida, y a quien le debo mi interés y pasión por la historia constitucional.

No puede faltar en esta nota de agradecimiento Diana Mejía. Por el amor en los tiempos de la tesis, por su compañía y cariño en todo este proceso, por lo que somos y por lo que podemos llegar a ser: gracias, Domh.

Por otra parte, quiero hacer mención de mis amigos y amigas de la Facultad de Derecho y de la Universidad. Especialmente a Sergio López y Christian Ramírez, quienes en reuniones y en espacios entre clases en la Facultad escucharon (y soportaron escucharme) tanto sobre el ICCAL. Asimismo, a mis compañeros del Curso Superior de Posgrado en Derecho Constitucional, Sergio Castillo, Toño Contreras, Santiago Fajardo y Miguel Silva. También, a mis queridas amigas Daniela Hernández y Laura Jiménez. A Pavel Pérez, por la camaradería. A mis compañeros de la Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo, Isaac Martínez y Francisco Javier Martínez, cómplices de tantas experiencias universitarias y viajes académicos. A mi amigo de la hermana Facultad de Ingeniería, Carlos Higuera. Y al chileno más mexicano, Pancho Urtubia, que aunque miles de kilómetros nos separan físicamente, somos la prueba contundente de que la amistad va de momentos y no de cercanía.

También dedico este trabajo a mis amigos de la grada, hinchas del Club Universidad Nacional. Siempre recordaré aquellas ocasiones en las que saliendo del aula o del cubículo iba andando al Estadio Olímpico Universitario a disfrutar una gloriosa noche de fútbol. Gracias a Antonio Correa, Enrique Cruz, Jacob Huerta y Emmanuel Rosas por su amistad y por escuchar sobre el ICCAL en los momentos menos pertinentes.

Desde tiempos remotos de mi formación en la Facultad experimenté una intensa inquietud y fascinación por los ambientes académicos, por las bibliotecas, los cubículos, la investigación, las revistas científicas, los coloquios y congresos. Por ello, agradezco mi querido amigo, el profesor Manuel de J. Jiménez, por las invitaciones a participar en diversos proyectos sobre Derecho y Literatura y por todas las comidas, visitas a librerías de viejo y cafés vespertinos en los que charlábamos largo y tendido sobre nuestros proyectos académicos; a la doctora Mariana Moranchel Pocaterra, por su confianza en diversas iniciativas académicas; al doctor Guillermo Estrada, por brindarme mi primera oportunidad en el ámbito académico como asistente de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas bajo su dirección; y, al doctor Jorge Fernández Ruiz, así como a todo el equipo de la Revista de la Facultad de Derecho de México, por la oportunidad

de colaborar hombro a hombro en una de las publicaciones jurídicas más connotadas de habla hispana.

Igualmente, con profundo cariño, agradezco a mis padres, Mario Molina y la profesora María de la Luz Hernández, por su apoyo incondicional durante todos estos años. Gracias por animarme a no rendirme; sepan que lo logramos, que todo ha valido la pena. También agradezco a mis amigas y amigos peludos, que aunque algunos ya no están en el plano terrenal, ocupan un lugar importante en mi corazón y memoria. Jamás olvidaré su compañía durante las noches de desvelo y presión en los momentos más tensos de la carrera, en los que el tacto de su pelaje calmaba mis nervios y me animaba a seguir adelante. Gracias a Puma†, Gali†, Lois†, Negro†, Negra, Güero, Negrito y Chiquita.

Finalmente, agradezco con pasión infinita, a la Universidad Nacional Autónoma de México, la Universidad de la Nación, por mostrarme el lado más lindo de la vida, porque gracias a ella, he logrado sentirme pleno y feliz en diversos ámbitos de mi existencia. Por mostrarme sus brazos abiertos en todo momento, por darme la oportunidad de brindar siempre lo mejor de mí, tanto en lo académico como en lo profesional. Por el orgullo de llevar la sangre azul y oro, por ser el mecanismo de capilaridad social más sólido de nuestro país, por sus labores de enseñanza, investigación y difusión de la cultura. Porque te quiero autónoma, pública, gratuita, diversa, igualitaria, incluyente, científica, laica y popular. Por ti, Universidad.

1. EL SUSTRATO TEÓRICO DEL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

El pensamiento constitucional es por naturaleza dinámico, no permanece distante de la evolución de las ideas políticas, de las condiciones económicas, políticas, sociales, entre otros aspectos. Por ello, es necesario clarificar el sustrato teórico a partir del cual acontecen los diversos fenómenos objeto de análisis, crítica y reflexión de este trabajo, pues derivado de esto, es como podremos obtener un diagnóstico más afortunado del estado actual de las ideas constitucionales. Las consideraciones teóricas y terminológicas expuestas a continuación abordan un fenómeno de la mayor relevancia, y su utilidad radica en que dichas precisiones conceptuales delimitan las posibilidades de análisis y argumentación de un fenómeno transversal a todo el discurso, pensamiento y dogmática jurídica como lo es la evolución constitucional.¹

Los conceptos fundantes del derecho constitucional y el constitucionalismo en la actualidad se encuentran severamente erosionados; difícilmente pudieran explicarse las dinámicas jurídicas, constitucionales y políticas actuales de la mano de las categorías clásicas. En ese sentido, el objeto de este primer capítulo será trazar una evolución de las transformaciones históricas de las estructuras básicas del constitucionalismo, comenzando con la transición del enfoque organicista-soberanista a uno humanista-internacionalista, así como dar cuenta de las posturas que sostienen la viabilidad de la instauración de dinámicas constitucionales más allá del Estado.

1.1 Del constitucionalismo organicista al constitucionalismo de los derechos

Es lugar común en la teoría constitucional afirmar que la esencia de cualquier manifestación constitucional es la de controlar al poder, sin embargo, de una lectura de

¹ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, *Derecho constitucional en construcción*, México, CIIJUS-Derecho Global Editores, 2018, p. 80.

la evolución histórica del constitucionalismo puede advertirse la pluralidad de medios y vías (materializados en la clase de valores que se sitúan en el centro de los diseños constitucionales) para arribar a dicho fin.

Así, por ejemplo, dentro de las experiencias primigenias del constitucionalismo, propias del mundo antiguo, encontramos los modelos constitucionales organicistas, los cuales se encontraban por demás alejados de la necesidad de la protección de los derechos y libertades e incluso de la soberanía y de la idea del Estado, limitándose a buscar únicamente la consolidación de un sistema de organización y control de la sociedad.²

Una etapa más en la evolución de las concepciones paradigmáticas del concepto de Constitución la encontramos en la Edad Media, donde, según diversas voces, la necesidad de una ley fundamental se disuelve, por lo que esta etapa bien puede calificarse como el eclipse de la Constitución. Sin embargo, señala Fioravanti, dentro del medievo puede encontrarse una suerte de Constitución medieval con características históricas propias, que la diferencian de la Constitución de los antiguos y de la de los modernos.³

Para Fioravanti, dentro de las características del constitucionalismo medieval podemos encontrar en primer lugar, la intrínseca limitación de los poderes, esto es, la ausencia de una voluntad creadora de normas positivas y escritas que establezcan dichas limitaciones. Asimismo, encontramos como rasgo característico el reconocimiento de relaciones de poder indisponibles por parte de los poderes públicos.⁴

Como puede advertirse, la Constitución medieval supone una manifestación embrionaria de la concepción normativa de la Constitución, a través de la progresiva salida del constitucionalismo del campo político y moral y su entrada en el mundo del derecho y su transformación en un discurso jurídico emanado de la práctica social, pues como pone de relieve Fioravanti, a diferencia del mundo antiguo en el que la idea del conflicto y facción fungía como elemento fundante de la Constitución, en el medievo la

² FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001, p. 17. Asimismo: TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, 2a. ed., México, Fontamara, 2002, pp. 23-28.

³ FIORAVANTI, Maurizio, *op. cit.*, pp. 33 y 34.

⁴ *Ibidem*, pp. 35-37.

idea del arbitrio, de la necesidad de dominar la complejidad política, será la piedra angular de las construcciones políticas y constitucionales.⁵

Ahora bien, una etapa más en la evolución del constitucionalismo la encontramos en la Edad Moderna posterior a las Revoluciones, que, acompañado de nociones como supremacía de la ley y el principio de igualdad, mira hacia el pasado, particularmente hacia la Constitución de los antiguos, retomando la necesidad de conseguir un núcleo fundamental estable, preocupación heredada por las luchas revolucionarias. El conjunto de experiencias constitucionales que buscaban la consolidación de las unidades políticas en la Edad Moderna puede ser conceptualizado como constitucionalismo estatal, cuyas finalidades son la supresión al mínimo de la trascendencia constitucional de las relaciones privadas.⁶

Asimismo, como señala Dieter Grimm, la transformación del concepto de Constitución se da a partir de la edad moderna, pues a partir de entonces comienza a perfilarse como documento jurídico, con pretensiones sistemáticas de la forma en cómo debía organizarse y ejercerse el poder, alejándose de esta forma de los conceptos antiguos identificados con la idea del Estado, y que hacía referencia exclusivamente a la esfera del ser.⁷

La importancia para este trabajo de plantear una breve genealogía del constitucionalismo se encuentra en la necesidad de poner de manifiesto la ausencia de una preocupación central de la protección de los derechos, libertades y dignidad de la persona, pues como se puede advertir en los modelos constitucionales previos a la renovación constitucional de la posguerra, si bien se buscaba el control del poder, en tanto esencia básica y fundamental de cualquier expresión constitucional, esta no se

⁵ *Ibidem*, p. 38.

⁶ FIORAVANTI, Maurizio, *op. cit.*, pp. 134-138.

⁷ GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, trad. de Raúl Sanz Burgos y Antonio López Piña, Madrid, Trotta, 2006, p. 49.

realizaba con base en una perspectiva humanista, sino más bien organicista o estatalista.⁸

Esta visión derivó en la normalización por parte de la teoría constitucional clásica de las definiciones de Constitución enfocadas de forma preponderante⁹ en lo que conocemos como parte orgánica, es decir, en todo aquello relacionado con la forma en que se estructura un Estado, así como en aspectos funcionales de los diversos órganos que lo integran. Piénsese por ejemplo en las aproximaciones constitucionales de Locke y Montesquieu marcadas por el antagonismo en torno a la división orgánica o funcional del poder.¹⁰

Con el paso del tiempo, se forjaron diversos conceptos de Constitución aparejados a la idea del Estado que trascendieron a las concepciones estamentales y feudales de la sociedad para consolidar la unidad y el valor político del interés general del Estado a través de los diversos detentadores del poder, tales como el monarca, ente en el que se centraliza la idea del Estado, así como —en menor medida— en los cuerpos y asambleas representativas.¹¹

Ya en la teoría constitucional contemporánea, aún perviven algunas posturas que ponen acento en la parte orgánica de los textos constitucionales, como por ejemplo la concepción mecánica de la Constitución de Michel Troper que se enfoca principalmente

⁸ Incluso, dentro de las obras teóricas cumbre previas a la renovación constitucional no se encuentra preocupación alguna sobre la protección de los derechos. Piénsese por ejemplo en la ajenidad de la noción de los derechos fundamentales en las construcciones teóricas kelsenianas, sobre la que Ferrajoli ha señalado: “Cuando Kelsen habla de los derechos fundamentales, no hace nunca en términos formales, como hace con todos los conceptos de la teoría del derecho, sino siempre con referencia a sus contenidos histórica y empíricamente determinados (...). En síntesis, *los trata como conceptos de la filosofía política y moral, o de la teoría política de la democracia, o bien como nociones de las disciplinas constitucionalistas(...)*. Véase: *La lógica del derecho. Diez aporías en la obra de Hans Kelsen*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2017, p. 70. Las cursivas son nuestras.

⁹ Preponderante en el sentido de que se pueden encontrar casos como la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 en los que ya se establecían como fórmula *sine qua non* para hablar de Constitución la relación interdependiente entre división de poderes y garantía de los derechos.

¹⁰ BLANCO VALDÉS, Roberto L., *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del estado liberal*, 4a. ed., Madrid, Alianza Editorial, 2010, pp. 45-96.

¹¹ FIORAVANTI, Maurizio, *op. cit.*, p. 137.

en que la inviolabilidad de las constituciones dependerá en buena medida del diseño institucional, particularmente del establecimiento de garantías internas como herramientas de ingeniería constitucional, establecidas en dichos ordenamientos.¹²

Una forma de conciliar posturas que en principio pudieran considerarse antagónicas, tales como el constitucionalismo de los derechos frente al constitucionalismo organicista, es la relacionada con la fundamentación estatalista de las libertades, que consiste básicamente en el reconocimiento de la autoridad del Estado como una condición indispensable para el reconocimiento de las libertades y derechos de los individuos como auténticas categorías jurídicas.¹³ Es decir, describe como íntimamente relacionados a los derechos humanos y al Estado y su organización.

Ahora bien, fue hasta después de la Segunda Guerra Mundial, que a partir de las profundas innovaciones y transformaciones jurídicas y políticas en Europa marcadas por la introducción de constituciones rígidas acompañadas por diversos medios y sistemas de control jurisdiccional de constitucionalidad, nuevos parámetros de validez normativa, diversos principios en los órdenes jurídicos así como de los derechos fundamentales, se transformó el paradigma de la Constitución, para pasar de ser un documento basado en diversos postulados de carácter político a un ordenamiento jurídico que establece diversos vínculos y límites a la actuación de los poderes de las mayorías.¹⁴

¹² TROPER, Michel, *Ensayos de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2008, pp. 103-112.

¹³ FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, trad. de Manuel Martínez Neira, 7a. ed., Madrid, Trotta, 2016, p. 40.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Madrid, Trotta, 2014, p. 17. Una mirada crítica a estas aseveraciones puede construirse a partir de la reivindicación de los textos constitucionales orientados de forma preponderante en los derechos, previos a las experiencias europeas. En ese sentido, véase: SERRANO MIGALLÓN, Fernando, *Historia mínima de las constituciones en México*, México, El Colegio de México, 2013, pp. 263-285. Asimismo, existen voces que advierten incluso sobre la existencia de algunas manifestaciones precarias de justicia constitucional en las constituciones de Apatzingán y Cádiz. Véase: RIVERA LEÓN, Mauro A., “Justicia constitucional en Apatzingán y Cádiz”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Derecho procesal constitucional en perspectiva histórica. A 200 años del Tribunal de Ario de Rosales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Poder Judicial del Estado de Michoacán, 2018, t. II, pp. 219-237.

Con base en la combinación de dichos elementos, podemos decir que nos encontramos en un nuevo modelo del constitucionalismo que supera los rasgos estatistas y organicistas de las antiguas concepciones, para asumir una nueva de carácter humanista que sitúa en el centro de la actividad jurídica, política y estatal a la persona a través de la consagración de diversos derechos acompañados de sus respectivas garantías para su protección.

En esta nueva concepción del constitucionalismo, igualmente se sacude de forma importante la idea que se tiene de los fines del Estado, dejando de lado aquella figuración de una realidad natural con derecho a existir, con un fundamento divino o histórico-cultural, se asume ahora como una mera caracterización artificial e instrumental, pues como señala Prieto Sanchís:

[P]or eso el Estado tiene una justificación meramente instrumental; la fuerza que se deposita en sus manos con carácter de monopolio no ha de valer para todo y para cualquier cosa, sino que solo resulta legítima cuando se pone al servicio de la finalidad perseguida por los individuos que dan vida a ese artificio, esto es, la defensa de sus derechos. De manera que, si se puede usar una terminología algo simplificadora, los derechos están siempre por encima de la democracia, la justicia por encima de la política.¹⁵

Asimismo, esta modificación de los fundamentos del Estado, Ferrajoli la describe a través de la sustitución de las antiguas simbolizaciones ideológicas y explicaciones de carácter metafísico (cuerpo social, nación, voluntad general o espíritu del pueblo) por la explícita consagración de los derechos fundamentales y la separación de poderes, entendidos como límites y vínculos sustanciales al ejercicio del poder público en manos de las mayorías.¹⁶

¹⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2017, p. 227.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi, *La democracia a través...*, cit., p. 21. Ya Montesquieu advertía sobre los textos constitucionales centrados en la "gloria del Estado" y no tanto en la protección de la libertad de los ciudadanos. Véase: ARAGÓN, Manuel, "Constitución y derechos fundamentales", en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 5a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2012, p. 217.

Es común identificar a esta renovación constitucional (tanto en el ámbito normativo como en el discursivo) con la etiqueta de “neoconstitucionalismo”, sin embargo, existen voces como la de Manuel Atienza, que ponen de relieve el carácter problemático de dicho término a través de la revisión de su origen, que en realidad estuvo ligado a una postura abiertamente crítica y de descalificación por parte de la escuela genovesa a una concepción del Derecho contraria al positivismo. Para el propio Atienza, sobre esta problemática terminológica pueden arrojar luz los trabajos de Luigi Ferrajoli en los que realiza una distinción entre “Constitucionalismo principialista” y “Constitucionalismo garantista”,¹⁷ contraste a través del cual pueden extraerse las cuestiones teóricas medulares del fenómeno de renovación constitucional, y que pueden servir para aproximarnos a una denominación adecuada para las transformaciones del constitucionalismo.¹⁸

Por otra parte, existen voces que buscan defender el valor de este término a través de su precisión conceptual, por la cual se podría sostener que el neoconstitucionalismo, ante la falta de fundamentación teórica que sostienen sus detractores, encuentra su fundamento teórico en una posición contraria al positivismo, por ello, sostienen sus defensores, que este se manifiesta como: i) teoría jurídica; ii) metodología o concepto; iii) ideología; y, iv) modelo que se manifiesta en el Estado constitucional y democrático como modelo de organización jurídica y política.¹⁹

Ahora bien, existen situaciones en las que el constitucionalismo centrado en los derechos pudiera ser considerado como un arma de doble filo. Particularmente en el

¹⁷ Básicamente: “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 34, 2011, pp. 15-53; y: *La democracia a través...*, *cit.*, pp. 56-123.

¹⁸ ATIENZA, Manuel, *Filosofía del derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, 2018, pp. 117 y 118. Asimismo, véase: SALAZAR UGARTE, Pedro, “Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción”, en Fabra Zamora, Jorge L. y García Jaramillo, Leonardo (coords.), *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 573-599.

¹⁹ GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, “Intento de conceptualización y defensa del neoconstitucionalismo”, en Fabra Zamora, Jorge L. y García Jaramillo, Leonardo (coords.), *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 501-510. Asimismo, véase: COMANDUCCI, Paolo, *Estudios sobre Constitución y derechos fundamentales*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, pp. 41-53.

caso de América Latina, como señala Néstor Pedro Sagüés, se da una problemática consistente en la sobrecarga de derechos en los textos constitucionales, los cuales se presentan con una formulación excesiva y muy detallada, lo que tiene implicaciones negativas en el momento de hacer exigibles dichos derechos, pues ante la fuerte carga de obligaciones a cargo de los Estados, las Constituciones se convierten más en documentos que contienen promesas y no derechos plenamente exigibles.²⁰

Esta deficiencia sistémica es causada por dos factores: i) la amplitud de las Constituciones, que se convierten en “constituciones-código” en las que se abordan temas propios de la legislación ordinaria;²¹ y, ii) la adopción por parte de los congresos constituyentes de posturas utópicas o demagógicas, que derivan en la “garantía” de derechos sin tomar en consideración los costos políticos y económicos con fines de obtener legitimación popular.

Como posible solución a esta problemática se ha sugerido la adopción de un enfoque de derechos humanos en la elaboración de los presupuestos públicos,²² que se puede materializar en reencausar los recursos enfocados en gastos que pudieran ser considerados como discutibles o desproporcionados, hacia la construcción de políticas que facilitarían la realización de los derechos. Asimismo, pudiera pensarse en los procesos de judicialización de los presupuestos con la finalidad de incidir en la

²⁰ SAGÜÉS, Néstor P., *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México, Porrúa, 2004, p. 15.

²¹ En el caso mexicano, por ejemplo, se ha dicho que una problemática estructural dentro del texto constitucional es el gran número de artículos reglamentarios que hacen de estos verdaderos *programas de gobierno* o diseños de auténticas *políticas públicas*. Véase: FIX-FIERRO, Héctor y VALADÉS, Diego, “Hacia la reordenación y consolidación del texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. Estudio introductorio”, en Fix-Fierro, Héctor y Valadés, Diego (coords.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordeando y consolidado. Ley de desarrollo constitucional. Anteproyecto*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Senado de la República-Cámara de Diputados, LXIII Legislatura-Centro de Estudios e Investigaciones Parlamentarias, 2017, p. 12. Las cursivas fueron encontradas en el original.

²² SERRANO, Sandra y VÁZQUEZ, Daniel, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, México, FLACSO México, 2017, p. 112-115.

reasignación de los fondos del Estado a partidas dedicadas a la protección y garantía de los derechos.²³

Como conclusión podemos señalar la necesidad de reconocer el advenimiento de un moderno paradigma constitucional en el cual asumen un papel preponderante la protección de la dignidad y los derechos de la persona alejándose de esta forma de aquellas concepciones meramente estatistas u organicistas del constitucionalismo que se manifestaron de forma intensa en las experiencias primigenias.

Ahora bien, lo anterior no significa que sugerimos la adopción dogmática de un modelo de constitucionalismo, pues precisamente uno de los males estructurales de algunas concepciones del constitucionalismo centrado en los derechos es su poca interacción con los aspectos orgánicos de los textos constitucionales. Sobre esta problemática es clásico el trabajo de Roberto Gargarella en torno a la “sala de máquinas de la Constitución”, en el cual pone de relieve la desmedida atención a los derechos humanos en desmedro de las cuestiones relacionadas con la organización del poder en diversas experiencias constituyentes en América Latina, lo cual ha derivado en fallas sistémicas en la garantía de dichos derechos pues con esta clase de regulaciones se ignora la gran posibilidad de incidencia que se puede ejercer en ellos a través de las secciones constitucionales dedicadas a la organización del poder.²⁴

Incluso, pudiéramos retomar lo dicho por Troper sobre la necesidad de un diseño constitucional basado en garantías internas que si bien en principio estarían centradas en el funcionamiento orgánico e institucional del sistema, podríamos sostener que invariablemente tendrán efectos directos en la garantía y protección de los derechos.²⁵

1.2 La crisis de la soberanía

Al hablar de crisis de la soberanía tenemos que referirnos irremediamente al fenómeno que asume un papel preponderante en dicha crisis: la globalización. Si bien realizar una aproximación conceptual integral resulta por demás complicado debido a la

²³ Véase: SAGÜÉS, Néstor P., *op. cit.*, p. 17.

²⁴ GARGARELLA, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, España, Katz, 2014, pp. 309 y ss.

²⁵ TROPER, Michel, *op. cit.*, nota 4.

multivocidad del término, lo que sí puede hacerse es encontrar elementos comunes entre los diferentes conceptos que se han construido de ella, pues como señala Armin von Bogdandy:

El denominador común entre las diferentes concepciones de la globalización radica en la observación de un masivo incremento global de la interacción entre las mismas esferas de diferentes naciones, especialmente desde comienzos de la década de los noventa. La globalización va más allá del fenómeno de la interdependencia entre Estados, pues se afirma que conduce a la fusión parcial de ámbitos estatales tradicionalmente separados, en particular a la fusión de las economías nacionales en una economía mundial única.²⁶

Dicho concepto encontró sus orígenes en el ámbito económico y fue impulsado particularmente por autores que manifestaban una visión crítica de los operadores económicos y la emergencia de los mercados globales, sin embargo, en el sector en el que terminó por adquirir carta de naturalización fue en los círculos comerciales, en el que se le concibió como una forma de explicar el fenómeno de eliminación de las fronteras nacionales.²⁷

Armin von Bogdandy recoge las siguientes posturas que intentan explicar a la globalización: i) como una amenaza a la autodeterminación nacional; ii) como un instrumento para la democratización; y, iii) como un fenómeno que no se materializa ni impacta en las instituciones nacionales o en la democracia, guiada por actores escépticos, principalmente por los círculos sindicales.²⁸

La apertura del Estado al orden jurídico internacional ha derivado en el reconocimiento de la fuerza normativa de regímenes jurídicos distintos al estatal, lo que sin duda representa un resquebrajo del concepto de soberanía en su acepción externa

²⁶ VON BOGDANDY, Armin, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 255.

²⁷ *Ibidem*, p. 256.

²⁸ *Ibidem*, pp. 260-266.

clásica entendida como aquella facultad de un Estado de dictar leyes sin recibirlas de otro.²⁹

Esta crisis de la soberanía impacta directamente en el constitucionalismo pues representa una erosión de conceptos como jerarquía normativa, supremacía constitucional, entre otros, lo que hace imperante la necesidad de pensar nuevas formas de explicar la relación existente entre los órdenes constitucionales y el internacional y supranacional.

Siguiendo a Ferrajoli, como antecedente directo de la crisis de la soberanía podemos encontrar la firma de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, que marcó el nacimiento de un nuevo derecho internacional y el final del antiguo paradigma *westfaliano*, pues: “[E]l derecho internacional se transforma estructuralmente, dejando de ser un sistema pacticio, basado en tratados bilaterales *inter pares*, y convirtiéndose en un auténtico ordenamiento jurídico supraestatal: ya uno un simple *pactum associationis*, sino además un *pactum subiectionis*”.³⁰

Así, para Ferrajoli a la erosión del concepto de soberanía interna provocada por la renovación del paradigma constitucional de la posguerra se le suma la transformación estructural de la soberanía en su dimensión externa al momento en que le hace frente un conjunto de normas internacionales plena e inmediatamente vinculantes, caracterizadas como *ius cogens*. Asimismo, el posicionamiento de los pueblos y los individuos como nuevos sujetos del derecho internacional,³¹ en cuanto a la titularidad de derechos

²⁹ Una revisión de diversos conceptos de soberanía acuñados en la doctrina constitucional mexicana de autores como Felipe Tena Ramírez, Ignacio Burgoa y Jorge Carpizo, puede encontrarse en: SERNA DE LA GARZA, José Ma., “Soberanía y apertura del Estado: una perspectiva mexicana”, en von Bogdandy, Armin y Serna de la Garza, José Ma. (coords.), *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht-UNAM, 2014, pp. 7-12.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2014, p. 145.

³¹ En ese sentido, véase: CANÇADO TRINDADE, Antonio A., *El acceso directo del individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 29 y 30. Asimismo: ESTRADA, Guillermo, “El individuo como ‘persona jurídica’ en el Derecho Internacional Público”, en Serrano Migallón, Fernando y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Ciencia Jurídica y constitución. Ensayos en homenaje a Rolando Tamayo y Salmorán*, México, Porrúa-Facultad de Derecho de la UNAM, 2008, pp. 335-348.

humanos por lo que hace a los primeros y del derecho a la autodeterminación de los segundos, contribuye al desdibujamiento del concepto clásico de soberanía.³²

Ahora bien, un concepto más que nos sirve para explicar este fenómeno es el de “estatalidad abierta” construido en la doctrina constitucional alemana (*offene Staatlichkeit*) para explicar la apertura del ordenamiento jurídico nacional al internacional plasmada en la Ley Fundamental de Bonn de 1949,³³ que puede considerarse como un texto constitucional insignia en la renovación constitucional de la posguerra por cuanto hace a la incorporación de diversos contenidos normativos internacionales en la esfera nacional.

1.3 El constitucionalismo más allá del Estado

La forma de entender el constitucionalismo y el derecho constitucional ha experimentado severas transformaciones en las últimas décadas. Conceptos de esta naturaleza, alejados en un primer momento de contenidos estatistas u organicistas, y que posteriormente fueron dotados de significados humanistas,³⁴ en la actualidad se encuentran aparejados a nociones como la crisis de la soberanía y una consecuente apertura al orden jurídico internacional.

Asimismo, la renovación del derecho internacional confluyó en la concepción contemporánea del derecho constitucional, pues como señala Acosta Alvarado, dicha renovación consistió fundamentalmente en el reconocimiento de la dignidad humana como un valor fundante de este ordenamiento jurídico. Esta humanización fue el

³² FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías*...., *cit.*, p.145.

³³ VOGEL, Klaus, *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1964, p. 42. Asimismo, véanse: MORALES ANTONIAZZI, Mariela, “El nuevo paradigma de la apertura de los órdenes constitucionales: una perspectiva sudamericana”, HUBER, Peter M., “Estatalidad abierta: un análisis comparado”, y, VON BOGDANDY, Armin, “Los principios fundamentales después de la apertura del Estado: un análisis desde la perspectiva alemana”, en von Bogdandy, Armin y Serna de la Garza, José Ma. (coords.), *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht-UNAM, 2014, pp. 233-282, pp. 139-231, pp. 61-110, respectivamente.

³⁴ Al respecto, resulta por demás ilustrativa la expresión “constitucionalismo de los derechos”, acuñada por Luis Prieto Sanchís en: *op. cit.*, pp. 225-229.

producto de los cambios suscitados en la comunidad internacional tras los horrores de la Segunda Guerra Mundial.³⁵

Así, tras esta doble humanización en los órdenes internacional y constitucional, progresivamente se ha construido un nuevo derecho constitucional centrado en los derechos humanos, con marcados tintes de apertura al ámbito internacional y en el cual se desdibujan cada vez más las fronteras entre lo constitucional y lo internacional, dando como resultado que el derecho constitucional en la actualidad pueda ser entendido e identificado como una dinámica más allá de las fronteras nacionales.

Ahora bien, sobre la posibilidad de concebir al derecho constitucional más allá del Estado nacional, existen voces como la de Luigi Ferrajoli que sostienen que en efecto es posible separar la idea de Constitución y Estado si se atiende a la forma en que opera el moderno paradigma constitucional y garantista, entendido como un sistema de límites y vínculos; es decir, a través de una dinámica lógica de carácter formal, que bien puede tener cabida en el ámbito supraestatal, pues puede ser dotada de cualquier contenido.³⁶

Esta perspectiva ofrece la oportunidad de descargar a ese sistema de límites, vínculos y garantías, de contenidos estatistas y soberanistas que son potencialmente dañinos a la protección de los derechos humanos y transitar así a un sistema articulado entre los órdenes nacional e internacional. En ese sentido, piénsese por ejemplo en los casos en que un tribunal internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede asumir un funcionamiento similar al de un tribunal constitucional nacional,³⁷ o en la manera en la que tratados del derecho internacional de los derechos humanos puede

³⁵ ACOSTA ALVARADO, Paola A., *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 40.

³⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo más allá del estado*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2018, pp. 26 y 27.

³⁷ Véase, por todos: BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014, pp. 421-457.

hacer las veces de un texto constitucional, como puede ser el caso del *corpus iuris* interamericano.³⁸

Con base en el carácter formal del paradigma constitucional, es posible su exportación a otros ámbitos para hacer frente a la actual crisis de la democracia y el constitucionalismo. Y es que como señala Ferrajoli, la estructura de dicho paradigma puede caracterizarse por las relaciones jerárquicas entre normas supraordinadas y subordinadas, y por ello puede aplicarse en otros foros y contextos distintos al meramente estatal, por ello, el profesor Ferrajoli sugiere cuatro nuevas articulaciones del paradigma constitucional: i) un constitucionalismo de carácter social; ii) un constitucionalismo de derecho privado; iii) un constitucionalismo de los bienes fundamentales; y, iii) un constitucionalismo supranacional o de derecho internacional.³⁹

A partir estas consideraciones podemos decir que el constitucionalismo contemporáneo, lejos de ser relacionado con material normativo meramente estatal o nacional, podría ser entendido como una dinámica lógica que bien puede materializarse fuera de las fronteras estatales.

Respecto de la primera expansión del paradigma constitucional, si bien tuvo una primera etapa en el diseño del Estado social paternalista a través de los derechos sociales, en el Estado constitucional actual, estos derechos se configuran como expectativas positivas en la esfera pública y ya no como una concesión benévola del Estado. Para Ferrajoli, la consolidación de un constitucionalismo social responde a una necesidad de carácter económica que se resume en el mejoramiento de la calidad de

³⁸ MORALES ANTONIAZZI, Mariela, *La protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 102. Uno de los planteamientos escépticos a la idea de un constitucionalismo internacional o multinivel es el relacionado con la falacia de la *domestic analogy*, que sostiene que un constitucionalismo más allá del Estado sería irrealizable debido a que carecería de los rasgos esenciales presentes en el Estado de derecho, tales como la existencia de un pueblo mundial, un sociedad planetaria, la construcción de una opinión pública y de partidos supranacionales. Sin embargo, como señala Ferrajoli, la pretensión de una analogía simétrica del orden jurídico internacional con el nacional, es lo que verdaderamente se encuentra viciado de una falacia doméstica, en el sentido de concebir como imposible una institución o dinámica política de otro tipo, distinta a las nacionales susceptible de ser sometida a límites y a vínculos constitucionales. Véase: FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo más allá...*, *cit.*, pp. 54-58.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo más allá...*, *cit.*, pp. 25 y ss.

vida de las personas que tendrá repercusiones en la productividad y la riqueza colectivas, y que por ello, los gastos que implican la garantía de los derechos sociales no debe entenderse como un pasivo en las finanzas públicas, sino más bien como una inversión pública productiva.⁴⁰

El segundo escenario de expansión del paradigma constitucional es el relacionado con el sometimiento a vínculos y garantías a los poderes económicos privados, el cual pretende romper con la tradición liberal caracterizada por el diseño estatal únicamente capaz de imponer límites meramente negativos, por lo regular asociada a derechos de libertad, por lo que el Estado se legitimaba a través de la garantía de las libertades y la autonomía individual. Sin embargo, para el profesor italiano, estos límites meramente negativos han provocado la irrupción de un absolutismo de los poderes económicos, de los “poderes salvajes”, lo que ha provocado un desafortunado contubernio entre los poderes del mercado y el poder político, y que ha erosionado gravemente la democracia.⁴¹

Otro escenario de expansión del paradigma constitucional es el relacionado con los bienes fundamentales. Y es que para el profesor Luigi Ferrajoli, aunque los avances tecnológicos han hecho posible la producción de bienes artificiales, también han propiciado la destrucción de algunos bienes naturales vitales como el aire y la integridad del medio ambiente. Por ello cabría la posibilidad de preguntarse si las categorías con las cuales nos aproximamos a los derechos subjetivos atribuibles a las personas podrían servir para diseñar técnicas de tutela y protección de estos bienes, como por ejemplo la creación de una Carta internacional de los bienes fundamentales, así como la equiparación de los bienes fundamentales a los derechos.⁴²

La última posibilidad de expansión del paradigma constitucional que sugiere Ferrajoli es la de un constitucionalismo global, que aunque difícil, es al mismo tiempo, la más necesaria y urgente. Y es que en la era de la globalización, resulta ingenuo pensar que los problemas de los países y sociedades más pobres y vulnerables pueden ser afrontados con ópticas y estrategias meramente nacionales, pues piénsese por ejemplo

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 28-33.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 33-37.

⁴² *Idem*.

en el papel que juegan las decisiones tomadas en organizaciones internacionales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional o la Organización de las Naciones Unidas, e incluso aquellas que son tomadas por actores de carácter privado como las empresas multinacionales.⁴³

Como ya adelantábamos, la propuesta del profesor Ferrajoli tiene como eje rector el carácter formal del paradigma constitucional, el cual hace factible su expansión a un nivel supraestatal. Es importante destacar que la idea de una dinámica constitucional en sede supraestatal no significa en ningún momento la sugerencia de la reproducción de las formas e instituciones estatales, sino más bien la consolidación de técnicas, funciones e instituciones de garantía adecuadas y eficaces en ese nivel. Si bien pudieran existir algunas manifestaciones embrionarias de esta expansión del paradigma constitucional, como por ejemplo la Corte Penal Internacional, aún se muestra bastante débil respecto de lo que Ferrajoli denomina “garantías secundarias”, que son aquellas encaminadas a intervenir en contra de las violaciones de los derechos fundamentales. Sin embargo, por lo que hace a las garantías primarias, aquellas relacionadas con la protección de los derechos, el panorama luce aún menos alentador, pues las instituciones que pudieran enfocarse en ello aún lucen bastante débiles y resultaría necesaria su reforma estructural para que pudieran cumplir eficazmente con la misión que les tendría deparada un constitucionalismo global.

Asimismo existen otras posturas que pueden ofrecer otras aproximaciones a este fenómeno de expansión de las dinámicas y lógicas constitucionales más allá del Estado nacional, como por ejemplo, la idea del “constitucionalismo compensatorio”, acuñada por Anne Peters, en la que se sostiene que a partir de los fenómenos de deconstitucionalización de los Estados provocados por la globalización, dichos vacíos normativos deben ser colmados a través de la incorporación de contenidos normativos internacionales de corte constitucional, como por ejemplo los relacionados con la creación supranacional del derecho.⁴⁴

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ PETERS, Anne, “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures”, *Leiden Journal of International Law*, Reino Unido, núm. 19, 2006, pp. 580-587.

Una forma más de explicar el entrelazamiento normativo entre los órdenes jurídicos nacionales e internacionales es ofrecida por Marcelo Neves a través del concepto de transconstitucionalismo, el cual se refiere básicamente al desdoblamiento de las cuestiones jurídicas transversales a dichos órdenes en sede judicial, ya sea de carácter estatal, internacional, supranacional o transnacional. Este fenómeno se materializa en dos grandes vertientes: i) entre órdenes jurídicos; y, ii) entre dos órdenes jurídicos de la misma o diferente especie y entre una pluralidad de órdenes en un sistema mundial de múltiples niveles, caracterizado por jerarquías entrelazadas.⁴⁵

Por lo que hace al primer grupo, señala Neves, una manifestación nítida de entrelazamiento normativo se da entre el derecho internacional público y el derecho estatal, que en el caso de América Latina se materializa en la relación entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los órdenes constitucionales de los Estados que hayan ratificado la Convención Americana, la cual no debe confundirse con la simple oposición de decisiones de la Corte IDH a los tribunales nacionales con competencias constitucionales, sino también en la revisión que estos hacen de sus actuaciones a la luz de las decisiones de la Corte, lo cual deriva en una relación dialógica entre ambos órdenes.⁴⁶

⁴⁵ NEVES, Marcelo; “Transconstitucionalismo, con especial referencia a la experiencia latinoamericana”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, t. I, p. 717.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 718 y 719. El diálogo entre los tribunales nacionales e internacionales es un potente instrumento para la construcción de un constitucionalismo en el que se superen ideas de “órganos de cierre” u “órganos vértice”, pues como señala Armin von Bogdandy: “La decisión de un tribunal nacional de un país latinoamericano, aunque se trate de la Corte Suprema, puede ser controlada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al mismo tiempo, una decisión de la Corte Interamericana puede ser rechazada por un tribunal nacional. Cuando la Corte Interamericana dicta una sentencia, su implementación puede ser anulada por los tribunales nacionales, pues una resolución de cualquier tribunal puede ser controlada por otro tribunal. En el escenario actual no hay ya ‘últimas palabras’”. Véase: “*Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014, pp. 14 y 15.

Otra manifestación más de este fenómeno se da en la interacción entre el derecho supranacional y el derecho estatal, que si bien hasta el momento no se encuentra experiencia alguna de esta naturaleza en el ámbito latinoamericano, existen casos como el de la Unión Europea, en el que efectivamente se verifican condiciones de atribución competencial a órganos internacionales en materia legislativa, administrativa y jurisdiccional con fuerza vinculante plena para los ciudadanos y órganos de los Estados miembros. En nuestra región, pueden mencionarse como ejemplos en condiciones embrionarias de supranacionalidad en el caso de la Comunidad Andina,⁴⁷ o la Corte Centroamericana de Justicia.⁴⁸

Asimismo la interacción entre órdenes jurídicos estatales es una manifestación sólida del transconstitucionalismo, pues en este caso se da un paso al costado respecto de las concepciones que asumen como rasgo único y exclusivo de la transformación estructural del derecho constitucional la dinámica “vertical” entre los ordenes jurídicos nacionales y el internacional supranacional, pues en este caso se reconoce el importante papel que juegan por ejemplo, las referencias recíprocas que realiza por ejemplo un tribunal de un Estado respecto de otro a manera de una conversación constitucional “horizontal”.⁴⁹

Una dimensión más es aquella que se materializa en la relación entre órdenes jurídicos estatales y transnacionales en sentido estricto, es decir, con órdenes contruidos no necesariamente con base en la voluntad estatal, sino por organizaciones o actores privados o cuasi públicos.⁵⁰

Finalmente, la quinta arista de esta primer faceta del transconstitucionalismo entre órdenes jurídicos se manifiesta en la relación entre los órdenes jurídicos estatales y los órdenes extraestatales de las comunidades nativas. La experiencia latinoamericana es

⁴⁷ Cfr. MORALES ANTONIAZZI, Mariela, *La protección supranacional...*, cit., p. 48.

⁴⁸ NEVES, Marcelo, *op. cit.*, pp. 723 y 724.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 724. Asimismo, véase: BRITO MELGAREJO, Rodrigo, *El diálogo entre los tribunales constitucionales*, México, Porrúa-IMDPC, 2011, pp. 4-10.

⁵⁰ NEVES, Marcelo, *op. cit.*, p. 726.

particularmente fértil respecto del tratamiento de estas relaciones, problemáticas en algunos casos y de aprendizaje y enriquecimiento constitucional en otros.⁵¹

1.4 La transformación estructural del Derecho Constitucional

Tras la exposición de estos elementos teóricos, podemos sostener que en la actualidad el derecho constitucional y el constitucionalismo no pueden ser entendidos de forma íntimamente aparejado e inseparable a la idea del Estado, pues existen fenómenos por los cuales se constata una comunicación en doble vía de los órdenes constitucional e internacional que por una parte dan cuenta de una suerte de simbiosis entre ellos, y por otra, reflejan la insuficiencia de los espacios jurídicos (nacional e internacional y supranacional) para el desenvolvimiento adecuado de dichos regímenes jurídicos.

Por ello, siguiendo a Ferrajoli podemos decir que el constitucionalismo contemporáneo, lejos de ser identificado como un orden jurídico que se materializa de forma exclusiva en el Estado-nación, puede ser entendido como una dinámica o un proceso en permanente desenvolvimiento dentro y fuera de las fronteras estatales que tiene como finalidad el establecimiento de vínculos, garantías y controles a las diversos sujetos detonadores de poder,⁵² entre los que se pueden incluir desde luego a sujetos de derecho privado.

Aunado a ello pueden resultar relevantes las consideraciones de Ignacio Gutiérrez en las que se concibe al derecho constitucional más que como “simple Derecho”, y más bien como un proceso de acumulación, transformación y diferenciación que deriva en la construcción de una idea del constitucionalismo sujeto cada vez más a las normas

⁵¹ *Ibidem*, pp. 727-733. Piénsese por ejemplo en los textos constitucionales de Bolivia y Ecuador en los cuales se establece el reconocimiento de los derechos a la jurisdicción propia, lo que sin duda representa un cambio de paradigma en el protagonismo político de los pueblos indígenas. Véase: SANTOS, Boaventura de Sousa, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-Programa Democracia y Transformación Global, 2010, pp. 90 y 91. Asimismo, véase: CLAVERO, Bartolomé, *Constitucionalismo Latinoamericano: Estados Criollos entre Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ediciones Olejnik, 2016, pp. 45-52.

⁵² FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo más allá...*, *cit.*, p. 44.

internacionales y que se aleja de nociones como unidad o jerarquía propios del Estado constitucional clásico.⁵³

En el mismo sentido, Serna de la Garza ha señalado que la concepción del derecho constitucional, como un sector de normas jurídicas y como una disciplina esencialmente nacional, en la actualidad debe ser repensada, pues fenómenos como globalización implican procesos que han provocado transformaciones estructurales en la base misma del derecho constitucional en sus tres vertientes (teoría, dogmática y derecho constitucional comparado).⁵⁴

Los fenómenos descritos en párrafos anteriores sin duda han implicado mutaciones y transformaciones estructurales en la forma de entender el derecho constitucional, pues con base en estas nuevas perspectivas, actualmente debe entenderse a los textos constitucionales y al discurso constitucional de forma un tanto distanciada a la idea del Estado, es decir, el binomio clásico soberanía-Constitución, hasta hace algunos años considerado como inmutable, actualmente sólo tiene vigencia si se le asume de forma matizada.

Cabe aclarar que en el derecho público y constitucional del siglo XXI, conceptos como soberanía o Estado permanecen en el imaginario jurídico y político, pero replanteados a la luz de las necesidades de las dinámicas internacionales, transnacionales y supranacionales. Sin embargo no funcionan más como conceptos fundantes y vertebrales del derecho constitucional y de la teoría del Estado, sino que se transita a la idea de un Estado abierto que lejos de contar con universo normativo integrado por el derecho público nacional ahora se posiciona en un pluriverso integrado por normas de distinta fuente.⁵⁵

⁵³ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, "El derecho constitucional, memoria y proyecto ante la globalización", en Stolleis, Michael *et al.*, *El Derecho constitucional de la globalización*, México, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, 2016, pp. 20 y 21.

⁵⁴ SERNA DE LA GARZA, José Ma., "El concepto del *ius commune* latinoamericano en derechos humanos: elementos para una agenda de investigación", en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014, pp. 199 y 200.

⁵⁵ VON BOGDANDY, Armin, "*Ius constitutionale latinoamericanum...*", *cit.*, pp. 10-12.

En ese sentido, puede resultar ilustrativa la expresión “constitución convencionalizada”, la cual hace referencia a la incorporación de contenidos propios del derecho internacional a los textos constitucionales, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos o la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto implica la superación de las concepciones autistas de los ordenamientos constitucionales o su interpretación meramente nacionalista.⁵⁶

Esta “convencionalización” plantea nuevos desafíos por lo que hace a la interpretación constitucional, pues en este nuevo modelo se tendrán que replantear los contenidos constitucionales conforme a dichos parámetros internacionales a través de la adaptación y modulación de algunos preceptos constitucionales, así como por la integración de las lagunas u omisiones constitucionales a la luz de estas pautas. Incluso, en su versión más pura, la idea de constitución convencionalizada, pudiera manifestarse a través de la inaplicación de algún precepto constitucional por ser contrario al material normativo internacional y a la jurisprudencia interamericana.⁵⁷

Además, como ya adelantábamos, el paradigma constitucional como dinámica ha resentido una cierta desnacionalización en razón de su vigencia y puesta en acción más allá de las fronteras estatales, a través de la incorporación de materiales normativos internacionales y mediante los procesos de tipo constitucional más allá del Estado, tales como la idea de la Organización de las Naciones Unidas como un superestado mundial o el funcionamiento de la Corte Penal Internacional como garantía secundaria destinada a intervenir contra las violaciones de los derechos humanos.⁵⁸

Por otra parte, Marcelo Neves ha acuñado la expresión “transconstitucionalismo” para explicar las diversas interacciones de carácter constitucional entre los diversos

⁵⁶ SAGÜÉS, Néstor P., *La interpretación judicial de la constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, 2a. ed., México, Porrúa-IMDPC, 2017, p. 356.

⁵⁷ El grado de “convencionalización” varía de país en país, en algunos podrá ser más perceptible, mientras que en otros, puede encontrarse apenas en un estado embrionario. Véase: *Ibidem*, pp. 356 y 357. Ahora bien, el hecho de que se pueda plantear la inconventionalidad de los preceptos constitucionales no significa en ningún caso la concepción de un orden jerárquico en el que en la cúspide se encuentre el derecho internacional, sino más bien la idea de un orden circular y dinámico, en el que los órdenes jurídicos tanto nacional como internacional pueden funcionar como material controlante o material controlado atendiendo a las particularidades de cada caso concreto.

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo más allá...*, *cit.*, pp. 44 y 45.

órdenes jurídicos. En el caso latinoamericano, resulta trascendente, como manifestación de un entrelazamiento entre el derecho internacional público y derecho estatal, el diálogo que han establecido las altas cortes nacionales y la Corte Interamericana mediante la revisión de sus determinaciones, lo cual es una manifestación nítida de la premisa del constitucionalismo contemporáneo referente a la superación de “últimas palabras”.

En resumen, cuando nos referimos a la transformación estructural del derecho constitucional hacemos referencia básicamente a la progresiva desnacionalización del constitucionalismo, la cual se manifiesta en dos niveles: i) a través de la incorporación de material normativo externo (principalmente del derecho internacional de los derechos humanos) en los textos constitucionales nacionales; y, ii) mediante la materialización de dinámicas y lógicas constitucionales en el espacio jurídico supranacional e internacional.

1.5 El concepto de constitucionalismo adoptado para este trabajo

¿Sería prudente preguntarse si en la actualidad el concepto de Constitución merece dos entradas distintas en los diccionarios jurídicos?, ¿una relacionada con su acepción clásica, estática y como ordenamiento normativo autoreferencial, y otra con miras hacia la exploración dinámica y constructiva del objeto de estudio?

En la actualidad podemos cuestionar la concepción del derecho constitucional identificado con el *código constitucional*, pues la naturaleza e identidad constitucional de una cuestión jurídica puede ser advertida a partir de otras consideraciones, tales como el formante material e ideal. Incluso, en esta nueva forma de aproximación al derecho constitucional, puede advertirse el valor de las lecturas de la Constitución de Schmitt⁵⁹ y Heller, quienes aislaban la Constitución escrita como tan sólo una parte de la Constitución total.⁶⁰

⁵⁹ Por todos, véase: VON BOGDANDY, Armin, “El *Ius Constitutionale Commune* en América Latina a la luz de *El concepto de lo político* de Carl Schmitt”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLX, núm. extraordinario, 2019, pp. 131-173.

⁶⁰ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, *Derecho constitucional...*, *cit.*, pp. 22-26.

Con base en en esto, podemos afirmar que hablar de derecho constitucional y de constitucionalismo en la actualidad necesariamente implica hacer alusión a las transformaciones de dichos conceptos; es decir, difícilmente podríamos hablar de perspectivas contemporáneas acabadas y estáticas, y por el contrario, consideramos que en la actualidad estos conceptos deben entenderse en clave dialógica, dúctil y mutante.

En ese sentido, Gustavo Zagrebelsky ya advertía desde los finales del siglo pasado sobre la necesidad de reconfigurar la forma de entender al constitucionalismo, en el sentido de abandonar las perspectivas rígidas e incorporar nuevas de carácter dúctil, líquido o fluido en los cuales puedan encontrar cabida los caracteres del derecho constitucional contemporáneo, tales como su fundamentación humanista y la erosión de los elementos antiguamente considerados inmutables como la soberanía o el binomio indisoluble Estado-Constitución.⁶¹

Si bien la idea de una nueva concepción del constitucionalismo basada en la ductilidad no satisface —en principio— las exigencias históricas de claridad y pureza del pensamiento jurídico,⁶² coincidimos con Zagrebelsky cuando afirma que:

[L]os grandes temas del derecho constitucional actual se caracterizan estructuralmente por la presencia de elementos constitutivos que, para poder coexistir, deben ser relativizados entre sí, es decir, deben (...) hacerse dúctiles o moderados. Esta hipótesis podría comprobarse tanto respecto al modo en que el derecho constitucional concibe las relaciones entre Estados (su carácter abierto y cooperativo, la conexión entre derecho interno y derecho internacional), cuanto respecto al modo en que concibe la disciplina de la vida política interna de los Estados.⁶³

Por ello, valiéndonos de los conceptos que ha sugerido el profesor von Bogdandy como articuladores del constitucionalismo contemporáneo, a saber: i) diálogo; ii) inclusión; y, iii) pluralismo jurídico, podemos decir que el constitucionalismo pudiera ser entendido

⁶¹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos justicia*, trad. de Marina Gascón, 10a. ed., Madrid, Trotta, 2011, p. 17.

⁶² Cfr. NIETO, Alejandro, *Crítica de la Razón Jurídica*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 22-25.

⁶³ ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.*, p. 18.

en un primer momento, retomando las consideraciones de Ferrajoli, como ese conjunto de vínculos y límites sustanciales al poder que funciona a partir de una dinámica de control sobre la producción normativa y su funcionamiento, independientemente de la sede, nacional o internacional, en el que se materialice.⁶⁴

Por otra parte, desde una perspectiva operativa, podemos definir al derecho constitucional contemporáneo como ese ordenamiento compuesto por normas de diversa fuente que tienen como objeto el reconocimiento y protección de los derechos humanos,⁶⁵ así como por normas de origen primordialmente nacional en las que se establece la organización y funcionamiento de las instituciones estatales.⁶⁶

No queremos concluir este capítulo sin proponer algunas reflexiones en torno a las implicaciones epistémicas relacionadas con la importación de categorías teóricas propias del pensamiento constitucional europeo en un proyecto teórico con una vocación transformadora como lo es el *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL). Armin von Bogdandy, uno de los autores líderes en el proyecto, ha señalado que: “Hoy en día, cualquier ‘asesoramiento’ europeo a Latinoamérica sobre la manera ‘adecuada’ para organizar una sociedad despierta suspicacias. Es más, el mero

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, nota 36. Sobre la relación entre dimensión sustancial-estática del derecho con la dimensión dinámica, véase: FERRAJOLI, Luigi, *La lógica del...*, *cit.*, pp. 125 y ss.

⁶⁵ Sobre la discusión y problemática en torno al sistema de fuentes de los derechos humanos así como su relevancia en su interpretación y aplicación, véase: CABALLERO OCHOA, José Luis, “Comentario sobre el Artículo 1o. segundo párrafo de la Constitución (La cláusula de interpretación conforme al principio *pro persona*)”, en Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo *et al.* (coords.), *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, México, SCJN-UNAM-Konrad Adenauer Stiftung, 2013, pp. 49 y ss.

⁶⁶ Primordial en tanto que el impacto del orden jurídico internacional también se ha materializado progresivamente en ámbitos como el andamiaje institucional de los Estados. En ese sentido, véase: SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo, “Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, p. 459

ofrecimiento de conceptos se ve con recelo en el ámbito de los estudios poscoloniales”.⁶⁷

Sin embargo, como ha señalado Gerardo Eto Cruz respecto de la recepción de los conceptos y categorías propias de los desarrollos de la teoría constitucional en Europa, estos, bajo ciertas circunstancias, pueden tener una validez universal, en tanto elementos pertenecientes al mundo del saber,⁶⁸ asimismo, la reivindicación de la utilidad del conocimiento producido en determinada área geográfica puede advertirse en las consideraciones hechas por el profesor von Bogdandy cuando parafraseando a Newton afirma que “para alcanzar nuevo conocimiento en un proceso de investigación común no es necesaria una ubicación más elevada, basta con una ubicación distinta”.⁶⁹

⁶⁷ VON BOGDANDY, Armin, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Aclaración conceptual”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, pp. 137 y 138.

⁶⁸ ETO CRUZ, Gerardo, “La recepción del pensamiento constitucional europeo en América Latina: El bloque de constitucionalidad y bloque de convencionalidad: ¿Estamos ante un *ius constitutionale commune* latinoamericano?”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. 275.

⁶⁹ VON BOGDANDY, Armin, *op. cit.*, nota 67.

2. EL ESTADO Y EL CONSTITUCIONALISMO EN AMÉRICA LATINA

No es exagerado asimilar la historia de América Latina con la de la inestabilidad política. Históricamente, los esfuerzos para la consolidación de Estados y de regímenes constitucionales han estado afectados por acontecimientos como golpes de Estado e intentos revolucionarios, que funcionaron a manera de procedimientos periódicos de renovación y redistribución del poder político, por lo que los intentos de trazar una genealogía y una evolución lineal del constitucionalismo en la región, presenta complejidades insalvables.⁷⁰

Asimismo, se ha dicho que un mal originario del derecho constitucional en la región es la desarmonía entre las normas y la realidad, pues a diferencia de otras experiencias constitucionales en el mundo, en el caso de América Latina, ante la necesidad de abrir constantemente nuevos cauces para las aspiraciones colectivas, las instituciones constitucionales difícilmente han podido fraguar y consolidarse, por ello, las constituciones latinoamericanas han sido concebidas más como una normativa ideal, de las cuales se desconoce su potencial transformador.⁷¹

Ahora bien, sobre los aspectos metodológicos necesarios para realizar una radiografía de la evolución constitucional y política latinoamericana, hay que tomar en cuenta que el estudio y análisis de estos fenómenos, requiere de enfoques particulares, pues como ha señalado Marcos Kaplan, tratándose del estudio de cuestiones como la relación entre sociedad y el Estado, así como su naturaleza, funciones y organización:

⁷⁰ ANDUEZA ACUÑA, José Guillermo, “Los cambios constitucionales en América”, en *Los cambios constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1977, p. 5. Incluso, este elemento pudiera ser considerado como el origen del déficit democrático estructural en la región.

⁷¹ En ese sentido, Andueza Acuña ha señalado que: “Se piensa que las instituciones constitucionales no funcionan o funcionan con una lentitud pasmosa mientras el tiempo pasa y las cosas siguen igual. El analfabeta, el marginado, el que vive en el círculo vicioso de la miseria y del hambre, no tiene tiempo para recrearse en la belleza estructural de su sistema político. Él exige acción y acción rápida”. Véase: *Ibidem*, p. 6.

“Su examen requiere el descarte de todo *enfoque tradicional y convencional*, caracterizable como *restrictivo, formalista y estético*, y la adopción de un *enfoque totalizador, concreto*, dinámico o, en otros términos, *histórico-estructural*”.⁷²

Asentadas estas consideraciones, el objeto de este capítulo será realizar una genealogía de los aspectos estatales y constitucionales de la región a partir de un enfoque en el que desde luego prime la objetividad, pero sin dejar de lado las consideraciones necesarias derivadas de la realidad como proceso histórico,⁷³ pues como acertadamente ha señalado Heinz Dieterich:

La actividad científica no se realiza en un espacio idílico del espíritu, sino dentro de sociedades jerárquicas, donde rigen relaciones sociales de dominación y explotación. Y lo específico de América Latina en este sentido es que se trata de una región dependiente de los centros mundiales de poder, semejante, en muchos aspectos, a lo que fue la situación durante la colonia. Esta dependencia neocolonial determina no sólo los aspectos económicos y políticos de nuestra vida, sino también los científicos y culturales.⁷⁴

2.1 El Estado latinoamericano: un fenómeno particular y complejo

Dadas las magnitudes históricas, teóricas y cronológicas, resultaría por demás complicado realizar una conceptualización integral del Estado latinoamericano, es amplia y vasta la literatura científica enfocada a este objeto, por ello, los esfuerzos que realizaremos en este trabajo se limitarán a realizar una panorámica conceptual en torno

⁷² KAPLAN, Marcos, *Aspectos del Estado en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981, p. 11. Las cursivas fueron encontradas en el original. Sobre los problemas y particularidades teóricas y metodológicas derivados de los procesos de transformación social y del devenir político en la región, véase, por todos: CORTÉS, Fernando, “Desarrollo de la metodología en ciencias sociales en América Latina: posiciones teóricas y proyectos de sociedad”, *Perfiles Latinoamericanos*, México, vol. 23, núm. 45, 2015, pp. 181-202.

⁷³ KAPLAN, Marcos, *op. cit.*, p. 12.

⁷⁴ DIETERICH, Heinz, *Nueva guía para la investigación científica*, México, Ariel, 2001, pp. 15 y 16.

al fenómeno del Estado en la región, enfocándonos en sus particularidades y prospectiva relacionadas con la integración jurídica de los países de la región.

Asimismo, atendiendo a la necesidades y sustrato metodológico de nuestro trabajo, resultaría ociosa la reflexión en torno a la idea o consideraciones conceptuales del Estado, sobre todo cuando la teoría del Estado puede ser considerada como una disciplina erosionada debido a su incompetencia para aportar consideraciones teóricas pertinentes para explicar la moderna articulación normativa, política, social, económica y cultural que ha eclipsado las concepciones históricamente arraigadas del Estado.⁷⁵

Un presupuesto indispensable para pensar la historia y papel del Estado en América Latina consiste en su naturaleza constituyente (y no constituida) de la estructuración y funcionamiento de aspectos como la economía, la sociedad, el régimen político o la integración regional; se trata de un ente autopoiético, que se autodesarrolla y autorreforma frente a las contingencias.⁷⁶

Se ha dicho que las gestas de independencia de las monarquías pueden ser consideradas como el momento en el que las reflexiones sobre América Latina vieron la luz, basadas principalmente en el estudio de los contextos de creación y consolidación de los Estados-Nación modernos,⁷⁷ lo cual pone de relieve las especificidades, particularidades y complejidades estructurales de pensar al Estado en nuestra región. Y es que como ha señalado Roitman: “América Latina no creó los conceptos y categorías fundacionales en las ciencias sociales; por ello, el conocimiento de su realidad debe primero reproducir las condiciones sobre las cuales se asienta la Revolución Industrial, el proceso de modernización y de cambio social”.⁷⁸

⁷⁵ En ese sentido, véase: GALINDO HERNÁNDEZ, Carolina, “La teoría del Estado en la era de la globalización: algunas aproximaciones y problemas pendientes”, en Hoyos Vásquez, Guillermo (comp.), *Filosofía y teorías políticas entre la crítica y la utopía: algunas aproximaciones y problemas pendientes*, Buenos Aires, CLACSO, 2007, pp. 168 y ss.

⁷⁶ KAPLAN, Marcos, “El Estado latinoamericano: entre la crisis y las reformas”, en Becerra Ramírez, Manuel y Schteingart, Martha (coords.), *Las perspectivas del Estado en la obra de Marcos Kaplan*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.

⁷⁷ LÓPEZ NÁJERA, Verónica Renata, “Travesías de un pensar constante. La formulación de América Latina como objeto de conocimiento”, *Andamios. Revista de Investigación Social*, México, vol. 9, núm. 20, septiembre-diciembre de 2010, p.

⁷⁸ ROITMAN ROSENMANN, Marcos, *Pensar América Latina, El Desarrollo de la sociología latinoamericana*, Buenos Aires, CLACSO, 2008, p. 56.

Ahora bien, sobre las particularidades de pensar al Estado en América Latina, podemos decir que se trata de una empresa que presenta diversas complejidades. Comenzando con la insuficiencia de las categorías conceptuales clásicas del Estado para describir dicho fenómeno en nuestra región. En ese sentido, podemos rescatar lo dicho por Altman y Luna cuando refieren que existe una ambigüedad importante en las conceptualizaciones respecto del Estado y su capacidad, pues “existen tantas definiciones como investigadores intentando analizar sus problemáticas”.⁷⁹

Piénsese por ejemplo en las aportaciones weberianas enfocadas de forma preponderante en el monopolio del uso legítimo de la fuerza, las cuales son evidentemente incapaces de explicar la realidad latinoamericana (y algunas otras realidades), pues: “[L]a idea weberiana de la legitimidad no se encuentra libre de controversias. Pensemos, por ejemplo, en países con importantes minorías nacionales y étnicas. Probablemente, para muchas de estas minorías (como los vascos y catalanes en España, los mapuches en Chile, o los maoríes en Nueva Zelanda), el Estado en el que viven carece de legitimidad.”⁸⁰

La problemática se advierte demasiado compleja, sin embargo, reconocemos el importante valor de los esfuerzos por construir concepciones que ilustren de forma más afortunada las configuraciones contemporáneas del Estado latinoamericano y sus capacidades. Dadas las limitaciones naturales de un trabajo con un talante eminentemente jurídico no nos atreveríamos a profundizar en estas consideraciones, pero sí podemos concluir válidamente que la problemática conceptual del Estado contemporáneo precisa de un enfoque profundo y amplio, apegado a estándares teóricos y metodológicos de la ciencia política contemporánea.⁸¹

2.1.1 El pasado colonial

Hablar de un derecho común no es algo completamente extraño para nuestra región, basta darle una mirada a la recepción del *ius commune* romano-canónico durante el

⁷⁹ ALTMAN, David y LUNA, Juan Pablo, “Introducción: El Estado latinoamericano en su laberinto”, *Revista de Ciencia Política*, Santiago de Chile, vol. 32, núm. 3, 2012, p. 524.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 526.

⁸¹ *Ibidem*, p. 541.

periodo colonial, así como de un importante cúmulo de ideas y corrientes jurídicas como la escuela española del derecho natural, así como del humanismo jurídico, del *iusracionalismo*, y de la literatura jurídica del siglo XVIII, entre otros relevantes elementos.⁸²

En ese sentido, señala Barrientos, la difusión y recepción de la tradición jurídica en América se dio a partir de tres principales vías: i) una oficial o real; iii) otra académica o científica; y, iii) otra práctica. La primera de estas vías consistió básicamente a partir de la articulación normativa de las Siete Partidas, que fueron aplicadas en Indias por lo que hace al derecho privado, ante la incompetencia del derecho municipal y la ausencia de un derecho foral. Respecto de la vía académica, destaca naturalmente el papel que asumieron las universidades establecidas en las Indias conforme al arquetipo europeo, las cuales contribuyeron mediante la enseñanza del derecho a recibir y difundir las diversas corrientes jurídicas, así como sus métodos, lo que se reflejó de forma importante en la producción jurídica de aquel entonces.⁸³

Como se puede advertir, la construcción de un derecho común en la región no es una ocurrencia ni algo del todo novedoso. El antecedente de la circulación y aplicación de los materiales normativos del *ius commune*, constituye un antecedente válido para sostener la viabilidad del proyecto de un derecho común en la actualidad. Sin embargo, como ha señalado Barrientos, la presencia del derecho común en la praxis jurídica indiana, constituye un tema inexplorado, derivado principalmente de la inaccesibilidad del material histórico presente en los archivos.⁸⁴

Ahora bien, otra de las razones por las que se advierte necesario hacer una revisión de las cuestiones relacionadas con la herencia colonial de la región está relacionada con las estructuras sociales predominantes en la actualidad, los graves problemas económicos que atañen a la mayoría de las naciones y las condenaron al subdesarrollo. En ese sentido, ha señalado Fallas Barrantes, que para comprender la compleja situación

⁸² BARRIENTOS GRANDON, Javier, *La cultura jurídica en la Nueva España. (Sobre la recepción de la tradición jurídica europeo en el virreinato)*, México, UNAM, 1993, p. 11.

⁸³ *Ibidem*, p. 11 y 12.

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 117 y 118.

de nuestra región es necesario buscar sus raíces en el proceso colonial que derivó en la desigualdad estructural de los países latinoamericanos.⁸⁵

Y es que numerosas condiciones que aún se mantienen en América Latina encontraron su origen o fueron impulsadas por la dominación española, el retraso imperante en la región se debe en gran parte al proceso de colonización que impuso la Corona. Además, sostiene Fallas Barrantes, el colonialismo perpetró patrones de dependencia externa, que no fueron destruidos en el momento de la independencia. No se puede ignorar la realidad histórica contemporánea de este lado del océano, pues: “Constituimos un grupo de países subdesarrollados o en retraso económico con relación al mundo Noratlántico.”⁸⁶

2.1.2 Consolidación de las independencias nacionales

Consumadas las independencias de las diversas naciones latinoamericanas, fueron diversos los ejes y discusiones a través de las cuales funcionó el constitucionalismo latinoamericano, tales como la forma de gobierno (monarquía o república), el diseño institucional (parlamentarismo o presidencialismo), la relación con la Iglesia católica, así como el gobierno de los espacios que heredaron la complejidad étnica y social. En ese sentido, puede afirmarse que los textos constitucionales jugaron un papel trascendental en el devenir político, social y cultural.⁸⁷

Son dos los elementos a partir de los cuales se dota de coherencia histórica a este periodo: i) el primero, relacionado con la evolución del constitucionalismo europeo de los años treinta, que consistió en repensar el sentido de Constitución en una acepción instrumental; y, ii) el segundo rasgo está relacionado con la tensión suscitada en los prolongados procesos de emancipación respecto de la dominación monárquica.⁸⁸

⁸⁵ FALLAS BARRANTES, Marco A., “La herencia colonial de América Latina”, *Estudios*, Costa Rica, vol. 2, núm. 1, julio-diciembre de 1980, p. 51.

⁸⁶ *Idem*.

⁸⁷ PORTILLO VALDÉS, José M., *Historia mínima de El constitucionalismo en América Latina*, México, El Colegio de México, 2016, p. 61.

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 61 y 62.

Por lo que hace al primer rasgo, a finales de la década de los años veinte la noción de Constitución estaba íntimamente aparejada a la idea de expresión de una voluntad y de soberanía. Sin embargo, esta concepción fue erosionándose y sometida a reflexión. En ese sentido, en las experiencias de Chile en 1833 o la de México en 1836 se asumió una nueva concepción del texto constitucional enfocada ahora como instrumento de gobierno de la sociedad, y no tanto ya como gobierno por la sociedad.⁸⁹ Enfocándonos en el segundo rasgo, podemos decir que en esta época un aspecto relevante para el incipiente constitucionalismo latinoamericano fue el debate sobre expandir el proceso de emancipación de la Iglesia católica.⁹⁰

Es lugar común en la historiografía constitucional de la región la afirmación categórica de que los textos constitucionales de la región son un trasplante del diseño constitucional estadounidense de 1787, sin embargo en el primer experimento constitucional de un país independiente (Acta Constitutiva de la Federación Mexicana de 1824) se marcó cierta distancia de dicha experiencia. Y es que si los constituyentes mexicanos de este momento realmente hubieran intentado reproducir el diseño

⁸⁹ Naturalmente, la idea de “sociedad” asume un cariz estructuralmente distinto de lo que podríamos entender por dicho término en la modernidad, pues en los tiempos a los que nos referimos, solamente estaba enfocada en los sectores hegemónicos de la población. Véase: *Ibidem*, p. 62. Asimismo, véase: GARGARELLA, Roberto, *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Madrid, Siglo XXI, 2005, pp. 99 y ss.

⁹⁰ PORTILLO VALDÉS, José M., *op. cit.*, p. 63. Existen voces que sostienen que con excepción del caso uruguayo, impulsado por el caudillo Gervasio Artigas, el reclamo abierto de la libertad de culto brillaba por su ausencia en el devenir político-constitucional de la región. Véase: BOHOSLAVSKY, Ernesto, *Laicidad y América Latina*, México, UNAM, Cátedra Extraordinaria Benito Juárez, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2013, p. 8.

estadounidense, no se habrían establecido los componentes del federalismo de notable originalidad, en lo que se ha denominado como *federalismo nacional*.⁹¹

Las configuraciones federales construidas hasta el momento daban por supuesta, la independencia de los estados federados, y por ello, la habilitación para dotarse de una Constitución propia, aspecto central que debe distinguirse de los sistemas descentralizados pero no federales, como el de la Constitución de Cádiz. En síntesis, el federalismo latinoamericano fue un diseño original, producto de la combinación de la soberanía nacional y la soberanía estatal.⁹²

Por otra parte, la consolidación del constitucionalismo en América Latina estuvo fuertemente marcada por la recepción de la cultura constitucional europea, pues los textos constitucionales no estaban enfocados a la forma jurídico institucional de una corporación, sino que constituían un orden público que necesariamente debía enfocarse en dos aspectos principales: la garantía de los derechos y la separación de los poderes. Y es que de una mirada aunque sea superficial de los ordenamientos constitucionales de

⁹¹ Sobre esta vertiente del federalismo se ha dicho: “A diferencia del confederalismo europeo ideado en Viena en 1815 para los territorios germánicos, no partía de soberanías legitimadas históricamente ni articulaba una forma de relación mediante plenipotenciarios de los estados. A diferencia del federalismo norteamericano, por otro lado, no suponía la precedencia de los estados para formar la unión sino que, al contrario, establecía la de la nación mexicana que era el sujeto que habilitaba a los estados para existir como entes libres y soberanos. Esto último se dejó claro en el caso de Yucatán, que tuvo que repetir su propio ejercicio constituyente como Estado (que había precedido, en principio al de la nación mexicana) para acoplarse a esta lógica nacional del federalismo”. Véase: PORTILLO VÁLDES, José M., *op. cit.*, pp. 75 y 76. O bien, como ha señalado Francisco Fernández-Segado: “En definitiva, aunque el primer federalismo de algunos países de América Latina pudiera acomodarse al *dual federalism*, la realidad federal iberoamericana iba a ser bien pronto muy distinta de la estadounidense, pues desde los primeros momentos aparecería una pauta tendencial centralizadora del poder político en la Federación y, particularmente, en el Ejecutivo federal, viendo progresivamente los estados aminorada su autonomía y alejándose con rapidez estos sistemas de los presupuestos encarnados por el modelo del federalismo dual”. Véase: FERNÁNDEZ-SEGADO, Francisco, *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica 41. El federalismo en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 2003, pp. 17 y 18.

⁹² PORTILLO VÁLDES, José M., *op. cit.*, p. 76

este periodo, se advierte una arquitectura distinta a la que se había fraguado en el norte del continente.⁹³

Por otra parte, como señala el profesor Gros Espiell, la relevancia de la transición del periodo colonial a las sociedades republicanas derivadas de la Independencia, se advierte en las importantes consecuencias en las realidades políticas, institucionales y constitucionales. Aunque existen casos en los que se advierte cierto retroceso a las configuraciones monárquicas,⁹⁴ la realidad es que las formulas republicanas en el constitucionalismo latinoamericano posterior a la independencia, se impusieron frente a los posicionamientos monárquicos, en muy amplios sectores ideológicos, políticos, económicos y sociales.⁹⁵

En suma, pensar el devenir constitucional latinoamericano durante este periodo histórico es apreciar una de las características y el instrumento fundamental de los procesos revolucionarios que acontecieron a lo largo y ancho de la región durante la primera década del siglo XIX. Esta manifestación constitucional implicaba la aceptación de la necesidad de un texto normativo con características supremas, en el que se establecieran las disposiciones relativas a la naturaleza del Estado, la situación de las personas y sus derechos, la soberanía, la formación de la voluntad política, la

⁹³ *Ibidem*, pp. 91 y 92. El arquetipo consolidado en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano ha trascendido a lo largo del tiempo y de la historia del constitucionalismo mundial, lo que incluso ha acarreado complejidades metodológicas al momento de estudiar cualquier experiencia constitucional, pues como ha señalado Pegoraro: “[L]a doctrina prevalente ha elaborado un esquema dicotómico de clasificaciones, aferrado a la idea que reproduce el artículo 16 de la declaración, por la cual los ordenamientos que no reconocen los derechos los cuales configurados por el constitucionalismo europeo y americano, simplemente ojo los tienen. Semánticamente, ‘derechos’ son sólo aquellos que corresponden a esta visión, madurada en la cultura occidental”. Véase: PEGORARO, Lucio, “Derecho constitucional comparado y uso connotativo de la palabra “derechos” (y de los adjetivos que la acompañan “, en Astudillo, César y Carpizo, Jorge (coords.), *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina*, México, UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2013, p. 69. Esto no es una cuestión menor para nuestra investigación pues de acuerdo a las características transformadoras del constitucionalismo latinoamericano, el cual se erige como un auténtico laboratorio constitucional, es necesario replantear los posicionamientos teóricos de arranque para la reflexión en torno al devenir constitucional latinoamericano.

⁹⁴ Entre otros, véase: ANDREWS, Catherine, *De Cádiz a Querétaro. Historiografía y bibliografía del constitucionalismo mexicano*, México, FCE-CIDE, 2017, pp.74 y ss.

⁹⁵ GROS ESPIELL, Héctor, “El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 6, 2002, p. 145.

nacionalidad y la ciudadanía, entre otras cuestiones formantes de la existencia del Estado.⁹⁶

2.1.3 *Inestabilidad, crisis y democratización*

Si bien existe un déficit democrático estructural dentro de las dinámicas políticas de los diversos países latinoamericanos, el episodio más oscuro en la historia del constitucionalismo latinoamericano se encuentra en el periodo dictatorial y de autoritarismo que atravesaron diversos países de la región durante el siglo pasado.⁹⁷

En las líneas introductorias de este capítulo sostuvimos que la historia de América Latina puede ser fácilmente asimilable con la historia de la inestabilidad política, pues como ha señalado Díaz Cardona: “Entre las varias imágenes que la palabra hispanoamérica suscita, figura con notoria y lamentable frecuencia aquella que la presenta como la tierra de los generales triunfantes y los presidentes derrocados”.⁹⁸ Los ciclos de oscuridad constitucional ocurrieron a lo largo y ancho de la región desde los años de 1935, y es hasta los años 70 y 80 que la democracia volvió a hacerse presente.

El elemento común subyacente dentro de los procesos de consolidación de los autoritarismos es el golpe de Estado, a través del cual se depone de forma repentina y efectiva a las autoridades legítimamente constituidas. Este mecanismo de apropiación del poder tiene como objetivo la modificación del sistema legal y una reinterpretación de las esferas competenciales de los entes gubernamentales, sin modificar formalmente las normas jurídicas.⁹⁹

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 147 y 148.

⁹⁷ Los regímenes autoritarios a los que hacemos alusión se configuraron y funcionaron de muy diversas formas: de corte militar, populista o nacionalista. Sin embargo, el eje medular de estos proyectos consiste básicamente en el ejercicio del gobierno al margen de la vida institucional regida por el marco constitucional, o que en caso de que sea conforme a dichos contenidos, se modifican a su conveniencia para que sólo funcione en favor de sus intereses. Véase: VALENCIA GRAJALES, José Fernando y MARÍN GALEANO, Mayda Soraya, “Elementos que describen una dictadura en América Latina”, *Kavilando*, Medellín, vol. 8, núm. 1, enero-junio de 2016, p. 44.

⁹⁸ DÍAZ CÁRDENAS, Francia Elena, *Fuerzas armadas, militarismo y Constitución nacional en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, pp. 205 y 206.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 206.

Aunque no es el objeto de este trabajo realizar una radiografía teórica de las dinámicas golpistas que derivan en regímenes autoritarios, pues estos acontecieron en circunstancias distintas y contextos particulares en cada uno de los países, y además, hablar en términos de dinámicas constitucionales durante este periodo puede ser calificado como una traición al concepto de Constitución. Sin embargo, la relevancia de reflexionar en torno a estos procesos se encuentra en que:

Los años de las dictaduras y las específicas condiciones institucionales y políticas (nacionales e internacionales) a partir de las cuales se “entró” en ellas y los procesos de transición por medio de los cuales se “salió” (se comenzó entonces a salir) de ellas, constituyen coyunturas históricas de enorme relevancia para analizar en concreto los procesos de construcción y desconstrucción, derrumbe y edificación, retrocesos y avances en la historia de los derechos, de la democracia a través de los derechos.¹⁰⁰

Aunque son diversas las causas y elementos de los acontecimientos golpistas, el denominador común a todos ellos es la aceptación de que la intervención de las fuerzas armadas en el poder público obedece a que las crisis institucionales escapen de las manos del dominio civil. Sólo en el contexto de violencia generalizada es como las instituciones armadas encuentran el terreno favorable para su actuación.¹⁰¹

El retorno a la democracia en la región se dio a finales del siglo XX a través de diversas modificaciones constitucionales que tenían por objeto asegurar las condiciones de estabilidad y consolidación de las autoridades legítimamente instaladas en el poder, de tal forma que la promulgación de nuevos textos constitucionales fue concebida como un acto de reinicio y reconstrucción estatal, con algunas diferencias accesorias, el

¹⁰⁰ FILIPPI, Alberto, *Constituciones, dictaduras y democracias. Los derechos y su configuración política*, Buenos Aires, Infojus-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2015, p. 455.

¹⁰¹ DÍAZ CÁRDENAS, Francia Elena, *op. cit.*, p. 207.

común denominador a estos procesos fue la adecuación del marco jurídico preexistente para facilitar las pretensiones de la reinauguración del orden democrático.¹⁰²

Cabe resaltar el importante papel que jugó el discurso jurídico y constitucional en estas transiciones a la democracia. En el caso argentino, por ejemplo, se requirió de un fuerte impulso jurídico para anular y hacer frente al entramado normativo que obstaculizaba el esclarecimiento de las graves violaciones perpetradas durante el régimen dictatorial, lo que representó una nueva concepción del Derecho, con base en el cual se consideraban como válidas las acciones y estrategias represivas de los gobiernos *de facto*. El fin que se buscaba era, a través de innovadoras técnicas de argumentación jurídica, dismantelar los obstáculos legales que sirvieron como instrumento a la dictadura militar para impedir la eventual revisión de las violaciones a los derechos humanos.¹⁰³

2.1.4 El Estado latinoamericano ante la distribución del orden internacional

Como ha señalado Marcos Kaplan, una constante en la historia de América Latina es el fuerte y decisivo impacto de los fenómenos internacionales en los Estados nacionales, particularmente en lo relacionado con la democracia y la gobernabilidad. En ese sentido, no resulta extraño que fenómenos como la globalización y la redistribución del orden internacional provocado por ella, haya tenido repercusiones en la región, tales como la erosión del Estado y una ascendiente hegemonía del orden mundial sobre el nacional.¹⁰⁴

Al respecto, Kaplan identificó como actores y procesos protagónicos en este fenómeno: i) la concentración del poder a escala mundial; ii) la tercera revolución

¹⁰² Brasil en 1988; Chile en 1989; Colombia en 1991; Perú y Bolivia en 1993; Argentina, Guatemala y Nicaragua en 1994. Véase: VELÁZQUEZ RAMÍREZ, Adrián, “La relación entre democracia y derecho en el inicio de la transición argentina: la anulación de la autoamnistía militar”, *Perfiles Latinoamericanos*, México, vol. 28, núm. 56, 2020, p. 2.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 4.

¹⁰⁴ KAPLAN, Marcos, “Estado, democratización gobernabilidad en la globalización: la problemática latinoamericana”; en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Democracia y gobernabilidad. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, t. II, p. 105.

industrial y científica; iii) la transaccionalización; iv) la nueva división mundial del trabajo; v) la globalización como proyecto político; y, vi) el neocapitalismo periférico.¹⁰⁵

Ahora bien, el fenómeno de la globalización impone retos importantes para el debate académico, sobre todo desde la posición latinoamericana. En las discusiones y aportaciones teóricas sobre el devenir globalizador de la realidad en el ámbito latinoamericano, es lugar común intentar hacer equivalencias o comparaciones respecto de la experiencia europea. En ese sentido, son por demás ilustrativas las consideraciones de la profesora Mariela Morales cuando sostiene que a diferencia de Europa, la apertura al devenir supranacional de este lado del Atlántico está directamente vinculada con la humanización.¹⁰⁶

El enfoque propuesto por la profesora Morales consiste en asumir los rasgos actuales de la configuración estatal y constitucional en América Latina a partir del fenómeno de permeabilidad constitucional en dos vías: tanto la relacionada con los derechos humanos, como aquella enfocada en la integración económica. La emergencia de este paradigma normativo significa una franca ruptura con el vetusto paradigma de la soberanía, la superación de la concepción del Estado cerrado, autosuficiente y omnicompreensivo.¹⁰⁷

Por su parte, el profesor Peter Häberle, igualmente haciendo referencia a la concepción de la experiencia europea como “modelo” para explicar el fenómeno de erosión de la soberanía estatal, señala que el desarrollo latinoamericano sobre la materia es realmente interesante, pues:

En materia de unificación europea a partir de 1952 han surgido, tanto en el plano nacional como supranacional, una gran variedad de sustanciosos textos que podrían servir de modelo incluso *más allá de Europa*: por ejemplo, en Latinoamérica (más

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 110.

¹⁰⁶ MORALES-ANTONIAZZI, Mariela, “La doble estatalidad abierta y la tutela de los derechos en el constitucionalismo suramericano de la integración”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2012, p. 238.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 239.

tarde quizá en Asia). Los países de esas regiones están dando los primeros pasos hacia una asociación o integración continental, pero los diversos Estados nacional todavía están fuertemente centrados en ellos mismos. Sin embargo, puede suponerse que ya hay en la actualidad materiales textuales que constituyen cuando menos etapas previas o ‘precursoras’ de una integración más amplia.¹⁰⁸

Y es que aunque no se pueda hablar propiamente de un “derecho constitucional nacional sobre América” que fuera equivalente a la sólida construcción del derecho constitucional nacional sobre Europa,¹⁰⁹ un análisis minucioso y sensible de la realidad constitucional en América Latina podría arrojar diversos resultados que pueden hacernos concluir válidamente que estamos ante una autentico encaminamiento hacia la construcción de una identidad constitucional latinoamericana.

2.2 *La tradición constitucional latinoamericana*

Dentro de cada uno de los periodos de la historia constitucional latinoamericana pueden encontrarse acontecimientos paradigmáticos. Desde las experiencias primigenias y fundacionales del siglo XIX suscitadas en un contexto de hiperactividad constitucional a ambos lados del atlántico que marcaron la crisis y reformulación del liberalismo político decimonónico, pasando por la etapa de obscuridad y asfixia de las dinámicas constitucionales en los periodos dictatoriales, hasta el posicionamiento de la región como vanguardia del constitucionalismo a partir de las transiciones democráticas en la región y la articulación internacional y multinivel en la protección de los derechos humanos, se encuentran elementos con fuerte eco, que han reformado y transformado el pensamiento constitucional universal.

¹⁰⁸ HÄBERLE, Peter, “México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un *ius commune americanum*”, en Häberle, Peter y Kotzur, Markus, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 22. Las cursivas son nuestras.

¹⁰⁹ Sobre la idea del derecho constitucional europeo, por todos véase: VON BOGDANDY, Armin, “Historia y futuro del Derecho Constitucional en Europa”, en von Bogdandy, Armin *et al.*, *El Derecho Constitucional en el Espacio Jurídico Europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 143 y ss; y, del mismo autor: *Hacia un nuevo...*, *cit.*, pp. 3 y ss.

Es decir, el constitucionalismo mundial difícilmente pudiera ser comprendido adecuadamente si no se reconociera la fuerte influencia y difusión alrededor del globo de diversas categorías constitucionales surgidas y maduradas en América Latina. Por ello, el fin que se persigue en las siguientes páginas es poner de relieve el valor del desarrollo constitucional latinoamericano, a partir de un recorrido histórico.

2.2.1 Primeros atisbos

Siguiendo a Roberto Gargarella, podemos decir que las manifestaciones primigenias del constitucionalismo regional, suscitadas en la primera mitad del siglo XIX, tuvieron como preocupación fundamental las problemáticas propias de la independencia y la necesidad de su consolidación. De ahí que sean constantes los diseños institucionales y disposiciones constitucionales tendientes a la concentración del poder.¹¹⁰

Posteriormente, a mediados del siglo, el objeto central de los empeños constitucionales se centró básicamente en cuestiones económicas y en aspectos territoriales como los relacionados con los desiertos. Así, el establecimiento de libertades económicas y políticas fueron lugar común en los diseños constitucionales de aquellos años, lo que sin duda supuso un punto de consenso y encuentro entre los ideales sostenidos por liberales y conservadores, históricamente enfrentados de forma violenta.¹¹¹

Asimismo, otro elemento trascendental de la evolución constitucional de este periodo es el relacionado con la formación de los diseños constitucionales que perdurarían

¹¹⁰ GARGARELLA, Roberto, “Recuperar el lugar del ‘pueblo’ en la Constitución”, en Gargarella, Roberto y Niembro Ortega, Roberto (coords.), *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas: Un homenaje a Mark Tushnet*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, p. 18.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 19. Ejemplo nítido de ello es la experiencia constitucional argentina, pues como pone de relieve el propio Gargarella: “De lo que se trataba era de consagrar un listado de derechos y ‘libertades civiles’ inviolables, que operasen como barreras infranqueables frente a las ansiedades reguladoras del propio Estado”. Véase: *La sala de máquinas...*, *cit.*, p. 40.

históricamente en la región,¹¹² tales como la estructura básica de la organización constitucional del poder, esa “sala de máquinas de la Constitución” a la que alude constantemente el profesor Gargarella, producto de la tregua y consenso entre liberales y conservadores materializado en textos constitucionales cargados de derechos civiles, pero bastante limitados en cuanto a los derechos de participación política y en lo relacionado con la cuestión social.¹¹³

2.2.2 La consolidación

Aunque es difícil hablar de consolidación de las dinámicas constitucionales en la región, pues en la actualidad aún es evidente el déficit institucional-democrático y una importante carencia respecto de la protección de los derechos,¹¹⁴ sí puede observarse cierta estabilidad por cuanto hace a los ciclos constitucionales en la mayoría de los países de la región.

Siguiendo a Villabela Armengol, la configuración constitucional contemporánea de la región estuvo marcada por el importante influjo del neoconstitucionalismo. La introducción de normas e instituciones de talante europeo fue un aspecto predominante en el devenir constitucional regional, buscando una modernización, propiciar la estabilidad democrática y la vigencia de los derechos humanos; los más grandes e importantes déficits estructurales en América Latina. La ilusión que se perseguía con esta reingeniería era la transformación estructural. Naturalmente, algunos de los injertos resultaron inoperantes por no responder a las necesidades del contexto cultural,

¹¹² Incluso existieron experiencias constitucionales, como la mexicana de 1824, particularmente en lo relacionado con aspectos orgánicos, que pueden ser consideradas como de gran calado por la perdurabilidad histórica y capacidad de implantación en ocasiones constituyentes posteriores. En ese sentido véase, entre otros: PANTOJA MORÁN, David, *Bases del constitucionalismo mexicano. La Constitución de 1824 y la teoría constitucional*, México, FCE, 2017, pp. 201 y ss.

¹¹³ GARGARELLA, Roberto, “Recuperar el lugar...”, *cit.*, p. 20.

¹¹⁴ Incluso, en los tiempos en los que esto se escribe, países como Bolivia y Chile están viviendo tiempos de importante convulsión política y constitucional. En ese sentido, véase: MOLDIZ, Hugo, *Golpe de Estado en Bolivia. La soledad de Evo Morales*, Ocean Sur, 2020, pp. 83 y ss; y, ZÚÑIGA URBINA, Francisco, “Nueva Constitución y Operación Constituyente. Algunas notas acerca de la Reforma Constitucional y de la Asamblea Constituyente”, *Estudios Constitucionales*, Talca, año XI, núm. 1, 2013, pp. 511-540.

provocaron tensiones políticas e institucionales, o bien, en algunos casos pasaron desapercibidos.¹¹⁵

Resulta innegable que estas renovaciones marcaron el inicio de un nuevo devenir del constitucionalismo regional, pues trastocó importantes aspectos fisonómicos de los ordenamientos y de la configuración institucional, más allá de las voces que sugieren que esta consolidación no reflejó un impacto inmediato ni una transformación sustancial en la instrumentalización constitucional de la región.¹¹⁶

2.2.3 Rasgos comunes a las diversas experiencias nacionales

De la mano de los males estructurales y de diseño institucional y constitucional dentro de las diversas experiencias nacionales existen algunas figuras comunes que sirven como remedio a dichos males. El juicio de amparo, por ejemplo, es una figura componente del patrimonio constitucional latinoamericano, lo cual no resulta extraño en una región con un importante déficit estructural por lo que hace a la protección de los derechos humanos.¹¹⁷

¹¹⁵ VILLABELA ARMENGOL, Carlos Manuel, “El constitucionalismo contemporáneo de América Latina. Breve estudio comparado”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLX, núm. 149, mayo-agosto de 2017, p. 947.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 949. Sobre estas posturas escépticas, por todos véase: GARGARELLA, Roberto, “Sobre el ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’”, *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, Montevideo, vol. 27, núm.1, junio de 2018, pp. 109-129.

¹¹⁷ Cabe aclarar que nos referimos al amparo en sentido amplio, a través de las tres modalidades que ha identificado Brewer-Carías: i) como mecanismo de protección de la totalidad de derechos y garantías constitucionales; ii) como mecanismo de protección de los derechos constitucionales que no tengan otra vía de protección (piénsese por ejemplo en la libertad a través del *habeas corpus*); y, iii) como mecanismo de protección de determinados derechos. Véase: BREWER-CARÍAS, Allan R., *El amparo a los derechos y garantías constitucionales (una aproximación comparativa)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1993, pp. 63-88; y: *El Proceso de Amparo en el Derecho Constitucional Comparado de América Latina*, México, Porrúa-IMDPC, 2016, pp. 37 y ss. Para una revisión de la configuración de esta figura en los textos constitucionales de la región, véase: AYALA CORAO, Carlos, “Configuración del amparo como un derecho humano internacional: el aporte de México”, en Fix-Zamudio, Héctor, y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *México y la Constitución de 1917. Influencia extranjera y trascendencia internacional (Derecho comparado)*, México, Senado de la República-LXIII Legislatura-Secretaría de Cultura-INEHRM-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 25 y 26.

Por otra parte, como señala Carlos Ayala Corao, la trascendencia del amparo alcanza al orden jurídico internacional de la región desde su reconocimiento en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la dinámica jurisprudencial de la Corte IDH, lo que posiciona al amparo como parte integrante del núcleo fundamental del *ius commune* latinoamericano a partir de su implementación en los regímenes constitucionales nacionales y en el internacional.¹¹⁸

Asimismo, la configuración de elementos fundantes del sistema constitucional se presenta como un área de diversas similitudes y compuesta de rasgos comunes en su construcción. En ese sentido, Jorge Carpizo además del recurso de amparo latinoamericano o al “*ombudsman* criollo”, identifica como cuestiones con características comunes el sistema presidencial o el concepto de democracia acuñado en diversas experiencias constitucionales.¹¹⁹

Sobre el presidencialismo latinoamericano, Carpizo ha propuesto una tipología para su clasificación y estudio, compuesta por tres perspectivas: i) la de la norma constitucional; b) la de la realidad constitucional; y, c) la de la interacción de la norma con la realidad constitucional.¹²⁰

Por lo que hace a la primera perspectiva, esta puede ser abordada en cinco tipos: i) presidencialismo puro; ii) presidencialismo predominante; iii) presidencialismo atemperado; iv) presidencialismo con matices parlamentarios; v) presidencialismo parlamentarizado. La segunda perspectiva se desdobra en tres tipos: i) presidencialismo hegemónico; ii) presidencialismo equilibrado; y, iii) presidencialismo débil. Finalmente, por lo que hace a la perspectiva relacionada con la interacción entre norma y realidad constitucional, Carpizo señala que esta se nutra de las dos primeras perspectivas, pues se trata de una forma de aproximación de carácter dinámico y operativo.¹²¹

¹¹⁸ AYALA CORAO, Carlos, *op. cit.*, p. 54.

¹¹⁹ CARPIZO, Jorge, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 3 y 71 y ss.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 194.

¹²¹ *Idem*.

Ahora bien, la elaboración de tipologías del presidencialismo y en general en el derecho constitucional es en sí misma problemática,¹²² y como han señalado Nohlen y Fernández, el presidencialismo regional ha sido determinado mayormente por el curso del desarrollo socioeconómico que por el institucional, por lo que determinar el grado de intensidad en el que se ejerce el poder presidencial es un ejercicio que requiere de una verificación empírica rigurosa.¹²³

La democracia en América Latina es un concepto sujeto a la periodicidad de los ciclos políticos de los países de la región. Desde su supresión e inexistencia imperante en la vigencia de gobiernos dictatoriales y autocráticos hasta su relativa existencia en los periodos de conformación electoral de gobiernos.¹²⁴

Por lo que hace a la configuración constitucional de la democracia en los ordenamientos latinoamericanos, puede advertirse como lugar común la referencia a la forma representativa de gobierno y en muchos casos la mención expresa del régimen democrático.¹²⁵

Finalmente, sobre la evolución y tratamiento constitucional de la democracia, puede identificarse como una de las etapas más avanzadas, lo que Cançado Trindade ha denominado la “era de internacionalización de la democracia”.¹²⁶ Este fenómeno acontece en el marco de la internacionalización de los derechos humanos y la

¹²² El propio Carpizo señala que: “En consecuencia, la tipología del presidencialismo latinoamericano no constituye labor fácil de elaborar y se presta a ambigüedades. No obstante, vale la pena intentarla para comprender mejor dicho sistema de gobierno en la región latina del continente americano.” Véase: *Ibidem*, p. 216.

¹²³ NOHLEN, Dieter y FERNÁNDEZ, Mario, “El presidencialismo latinoamericano: evolución y perspectivas”, en Nohlen, Dieter y Fernández B., Mario, *El presidencialismo renovado. Instituciones y cambio político en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 1998, p. 125.

¹²⁴ Relativa en tanto que este tipo de democracias han sido incapaces de hacer frente a problemáticas históricas como la pobreza, la desigualdad, el déficit representativo de los partidos políticos, la corrupción o la impunidad. Véase: CARPIZO, Jorge, *op. cit.*, p. 112.

¹²⁵ *Idem*.

¹²⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio A. y PACHECO, Máximo, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 147-183. Este fenómeno naturalmente se materializó en otras latitudes del mundo. Para el caso europeo, por todos, véase: VON BOGDANDY, Armin, “Globalización y Europa: ¿cómo cuadrar democracia, globalización y derecho internacional”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada, núm. 9, 2006, pp. 13-39.

humanización del derecho internacional,¹²⁷ conceptos a los que nos hemos referido en el primer capítulo de este trabajo.

Como ha señalado la profesora Mariela Morales, en el ámbito regional interamericano, la asunción de carices internacionales y supranacionales de la democracia en la región data desde la Carta de la Organización de Estados Americanos (1948), de otros documentos internacionales como la Declaración de Santiago (1959), los protocolos de la reforma a la Carta de la OEA de Cartagena (1985), la Declaración de Managua (1993), y, preponderantemente, la Carta Democrática Interamericana (2001).¹²⁸

Al igual que la mayoría de los desarrollos del constitucionalismo y del derecho público contemporáneo, la interamericanización de la democracia se materializa con base en la idea de los derechos. Mariela Morales sostiene que la ratificación de este derecho a la democracia fue impulsada a partir de acontecimientos como la Declaración sobre la Seguridad de las Américas (2003), o el informe de la Secretaría General de la OEA sobre la Carta Democrática Interamericana (CDI).¹²⁹

Ahora bien, sin ahondar en el desenvolvimiento de estos aspectos, que serán nuestro objeto de estudio en el siguiente capítulo, por el momento podemos concluir que la configuración de la democracia como pilar y valor fundamental del constitucionalismo regional está fuertemente condicionada por aspectos internacionales como la dinámica de política internacional al interior de foros como la OEA y la recepción y tratamiento

¹²⁷ MORALES ANTONIAZZI, Mariela, “La democracia como principio del *ius constitutionale commune* en América Latina? Construcción, reconstrucción y desafíos actuales para la justicia constitucional”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, t. I, p. 207.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 208.

¹²⁹ *Idem*.

—en clave multinivel— en el derecho interno de un amplio *corpus iuris* en la materia, encabezado por la CDI.¹³⁰

2.2.4 La renovación constitucional

A finales de la década de 1980, se dio un fenómeno generalizado en la región de nuevas experiencias y reformas constitucionales de gran trascendencia. Comenzando con Brasil en 1988, Colombia en 1991, Argentina en 1994, Venezuela en 1999, y recientemente — de forma preponderante—, Ecuador y Bolivia en 2008 y 2009, respectivamente,¹³¹ así como México en 2011.¹³² El origen de estas transformaciones, se ha dicho, se encuentra en la necesidad de renovar las constituciones tras los lamentables periodos dictatoriales en diversos países de la región, así como en la adopción de reformas de corte neoliberal en los últimos años de la década de 1980.¹³³

La primer fase de la renovación constitucional en la región está relacionada con la importación de Europa de ideas y contenidos constitucionales. En las experiencias constitucionales de las dos últimas décadas del siglo XX, se buscó modernizar el

¹³⁰ Pues: “Las disposiciones de la Carta tienen la función de ser una especie de “cláusula de corte transversal” constitucional que van a permear la totalidad de los órdenes jurídicos, lo cual también postula e incluye el precepto de homogeneidad entre la Carta y las Constituciones nacionales, garantizando la gramática de la democracia. Existe una “cultura común” o *ius commune* que se ha creado en materia de democracia que induce al reconocimiento de ciertos principios y valores comunes entre los Estados del hemisferio”. Véase: *Ibidem*, p. 215.

¹³¹ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *El neoconstitucionalismo andino*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, 2016, *passim*. Véase además, del mismo autor: *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Abya-Yala-Universidad Andina Simón Bolívar-Fundación Rosa Luxemburg, 2011, pp. 83 y ss.

¹³² CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, “La reforma constitucional de derechos humanos: una Revolución Copernicana”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, vol. 61, núm. 256, julio-diciembre de 2011, pp. 78-79.

¹³³ GARGARELLA, Roberto, “Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Anacronismo e irrupción. Revista de Teoría y Filosofía Política Clásica y Moderna*, Buenos Aires, vol. 3, núm. 4, mayo-noviembre de 2013, p. 250. Más allá de las problemáticas que resultan de la utilización del vocablo “neoliberalismo”, y respecto del cual mantenemos una posición ambivalente, la realidad es que los textos constitucionales de la región resintieron la vigencia de las políticas basadas en dicho modelo. Y es que negar la influencia de las dinámicas económicas y políticas internacionales en las realidades constitucionales es, cuando menos, un despropósito.

discurso e ideas constitucionales con mirada la estabilización democrática y la protección de los derechos humanos. Aunque no puede presumirse un éxito general y rotundo de las importaciones de estos contenidos, el material y la realidad constitucional cambiaron estructuralmente.¹³⁴

A la incorporación de aspectos como la irradiación general de la Constitución, el reconocimiento de los principios, la aplicación directa de las normas constitucionales, la imbricación del orden jurídico nacional con el internacional, entre otros elementos, se le sumaron otros instrumentos de manufactura local, como las cláusulas de apertura al derecho internacional de los derechos humanos, el mandato constitucional de fines y objeto de los partidos políticos, la regulación de los derechos sociales, así como los novedosos e interesantes diseños de justicia y jurisdicción constitucionales.¹³⁵

Una segunda oleada del nuevo constitucionalismo latinoamericano tuvo lugar en la primera década del siglo XXI, que tildado como constitucionalismo aspiracional por diversas voces,¹³⁶ puede ser descrito a partir de cuatro grandes claves: i) el contexto político; ii) la pretensión de cumplimiento fáctico; iii) la ambivalencia entre lo político y jurídico; iv) el impulso político para su efectividad.¹³⁷

Por lo que hace al primer elemento, la materialización del constitucionalismo aspiracional requiere de un contexto de inconformidad política y una consecuente voluntad de un futuro mejor, siendo su opuesto un constitucionalismo preservador, el

¹³⁴ VILLABELA ARMENGOL, Carlos Manuel, *op. cit.*, nota 47.

¹³⁵ *Ibidem*, pp. 948-949. Resulta variada la producción bibliográfica sobre la interesante configuración y (de)construcción de los modelos y sistemas de justicia constitucional en la región. Sobre esta cuestión, véase, entre otros: SAGÜÉS, Néstor, *El sistema de derechos...*, *cit.*, *in toto*; BREWER-CARÍAS, Allan R. *Justicia Constitucional y Jurisdicción Constitucional. Tratado de Derecho Constitucional*, Caracas, Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, 2017, t. XII, pp. 762 y ss.; GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “Los tribunales constitucionales en América Latina”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 61, 2004, pp. 309-321; y, ROLLA, Giancarlo, “La evolución del constitucionalismo en América Latina y la originalidad de las experiencias de justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 16, 2012, pp. 337 y ss.

¹³⁶ Son diversas las denominaciones que se le han asignado a este fenómeno, desde la mencionada en este trabajo como “nuevo constitucionalismo latinoamericano” o “novísimo constitucionalismo”. Véase: VILLABELA ARMENGOL, Carlos Manuel, *op. cit.*, p. 954.

¹³⁷ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, “Constitucionalismo aspiracional”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Sevilla, año XV, núm. 29, enero-junio de 2013, pp. 82 y 83.

cual encuentra como campo fértil los contextos de progreso y estabilidad institucional.¹³⁸

Por otra parte, en lo tocante a las pretensiones de cumplimiento fáctico, se ha dicho que el constitucionalismo aspiracional contempla como vías posibles para su realización: i) la movilización política de las fuerzas originarias de la Constitución; y, ii) el control judicial de las normas y de la administración pública que persigue el cumplimiento efectivo de los principios y derechos constitucionales.¹³⁹

Un rasgo característico más es la ambivalencia presente entre lo político y lo jurídico principalmente en la búsqueda de efectividad de los derechos sociales, lo cual ha derivado en tensiones institucionales¹⁴⁰ principalmente entre las mayorías políticas y el poder judicial, muchas veces debido a la voluntad por parte de este último de hacer valer la fuerza normativa de los derechos sociales.¹⁴¹

Finalmente, en lo relacionado con el cuarto y último rasgo característico de este constitucionalismo, se ha dicho que para su desenvolvimiento fáctico se requieren algunos aspectos más allá de los jurídicos y jurisprudenciales, tales como la movilización social y política que impulsaron al inicio el cambio constitucional; se necesita, pues, una suerte de “constitucionalismo militante”.¹⁴²

Si bien la humanización de los derechos constitucionales nacionales puede vislumbrarse a lo largo y ancho de la región, aún permanecen diversos casos notorios de lo que Luis Roniger denomina constitucionalismo “preservador” o “conservador”. En

¹³⁸ *Ibidem*, p. 82.

¹³⁹ *Idem*.

¹⁴⁰ En ese sentido, véase: SAGÜÉS, Néstor P., *La Constitución bajo tensión*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, pp. 333 y ss.

¹⁴¹ GARCÍA VILLEGAS, *op. cit.*, nota 5.

¹⁴² *Ibidem*, p. 83. Al respecto, Boaventura de Sousa Santos ha referido que esto implica un uso contrahegemónico del derecho y las instituciones, pues: “Las movilizaciones populares de las dos últimas décadas por un nuevo constitucionalismo, desde abajo; por el reconocimiento de los derechos colectivos de las mujeres, indígenas y afrodescendientes; la promoción de procesos de democracia participativa en paralelo con la democracia representativa; las reformas legales orientadas al fin de la discriminación sexual y étnica; el control nacional de los recursos naturales; las luchas para retomar la tensión entre democracia y capitalismo eliminada por el neoliberalismo (democracia sin redistribución de la riqueza y, al contrario, con concentración de riqueza); todo ello configura un uso contrahegemónico de instrumentos e instituciones hegemónicas”. Véase: *op. cit.*, p. 59.

ese sentido, este autor señala el caso de la Constitución de El Salvador, que contempla medidas de seguridad y reeducación contra responsables de actividades antisociales, inmorales o dañosas, lo que a decir de Roniger, deja amplios espacios para dinámicas represivas. Asimismo, señala lo establecido en el artículo 3ero. de la Constitución de Guatemala, disposición que reconoce y protege la vida humana desde la concepción y otorga un trato preferencial a la Iglesia católica sobre las demás.¹⁴³

En términos generales, la renovación constitucional de la región tuvo lugar desde la década de los años ochenta, en el marco de las transformaciones constitucionales en Europa. La diversidad de experiencias latinoamericanas sobre la forma de consolidar regímenes constitucionales democráticos constituye un patrimonio importantísimo sobre el devenir constitucional mundial —a partir de la incorporación de novedosos elementos que hemos repasado líneas arriba—, y los esfuerzos por la consolidación de nuevas realidades en contextos políticos y sociales de elevada complejidad, representan un campo de estudio merecedor de estudio, reflexión y crítica permanente.

2.2.5 Entrelazamiento normativo: internacionalización e humanización

Siguiendo a Mariela Morales, los conceptos de internacionalización y humanización deben entenderse de forma interdependiente, pues ambos han desembocado en el entrelazamiento normativo del derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, materializado principalmente en el rango constitucional en el que se encuentran los tratados internacionales, y que en algunos casos gozan de primacía sobre el derecho interno.¹⁴⁴

¹⁴³ RONIGER, Luis, *Historia mínima de los derechos humanos en América Latina*, México, El Colegio de México, 2018, p. 139.

¹⁴⁴ MORALES ANTONIAZZI, Mariela, *La protección supranacional...*, cit., p. 136. Si bien esto pudiera ser una manifestación nítida de apertura al derecho internacional, consideramos que mantener la relación entre ambos órdenes jurídicos en términos de primacía, supremacía y jerarquías puede resultar bastante problemático. En ese sentido coincidimos con Sagüés, cuando refiere que un concepto clave para articular el derecho internacional de los derechos humanos con el derecho constitucional sería el de primacía del “mejor derecho”, consistente básicamente en la prevalencia de la regla más favorable al individuo (principio pro persona). Véase: SAGÜÉS, Néstor P., *La Constitución bajo...*, cit., p. 390. Asimismo: CASTAÑEDA, Mireya, *El principio pro persona. Experiencias y expectativas*, 2a. ed., México, CNDH, 2015, pp. 101 y ss.

Este fenómeno de humanización del derecho en la región, tiene como génesis la adopción de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el año de 1948, en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), y posteriormente, en el año de 1959, con la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) significó un importante paso en la protección de los derechos humanos, en tanto órgano encargado del seguimiento y monitoreo de los derechos humanos en los países signatarios.¹⁴⁵

El siguiente acontecimiento relevante para la humanización, tuvo lugar veinte años después de la adopción de la Declaración Americana, cuando fue aprobada la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que con el paso del tiempo se posicionó como el documento de mayor relevancia en el SIDH (Sistema Interamericano de Derechos Humanos), pues constituye el catálogo de derechos humanos que los Estados ratificantes deben observar y define la organización, funcionamiento y procedimientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).¹⁴⁶

Como puede advertirse, el proceso de humanización del derecho en América Latina ha sido el producto de importantes acontecimientos, desde la adopción de la

¹⁴⁵ RONIGER, Luis, *op. cit.*, p. 131. Asimismo, véase: PELAYO MOLLER, Carlos María, *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, México, CNDH, 2015, pp. 14 y 15.

¹⁴⁶ PELAYO MOLLER, Carlos María, *op. cit.*, p. 16. De ahí que pueda sugerirse la concepción de la CADH como “carta magna” del continente, y es que como señala Salgado Pesantes: “[E]s fácil comprender que la Convención Americana o Pacto de San José, por su significación e importancia, pasea desempeñar un papel similar al de la Constitución, ley fundamental del ordenamiento interno. De esta manera, bien podría decirse que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece un marco de constitucionalidad formal y material que deben observar tanto los Estados miembros como los dos órganos guardianes del sistema para ejercer las competencias que les han sido atribuidas”. Véase: SALGADO PESANTES, Hernán, “Justicia constitucional transnacional: el modelo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Control de constitucionalidad vs. control de convencionalidad”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, t. II, pp. 472 y 473.

Declaración Americana,¹⁴⁷ la conformación orgánica del SIDH, la adopción de la CADH, así como la dinámica y desenvolvimiento permanente de la actividad jurisdiccional de la Corte IDH y el reconocimiento de la fuerza normativa del material jurídico interamericano.¹⁴⁸

Ahora bien, este fenómeno de internacionalización entendida como humanización tiene importantes implicaciones por lo que hace a la recepción y tratamiento del material normativo internacional, lo cual tiene como resultado un entrelazamiento normativo entre el derecho interno, principalmente en el ámbito constitucional, y el derecho internacional, preponderantemente del derecho internacional de los derechos humanos.

En síntesis, la internacionalización entendida como humanización de los regímenes jurídicos nacionales a través de la incorporación de elementos en clave de apertura, constituye el eslabón más acabado de la evolución jurídica de la región. Sin embargo, este proceso no debe comprenderse de forma estática, pues la naturaleza de estas evoluciones es en sí misma de carácter dinámica y operativa. Es decir, la

¹⁴⁷ Sobre la gran importancia de la Declaración, existen voces como la de Thomas Buergenthal que hacen alusión a su carácter dual, en tanto instrumento político y jurídico. Por lo que hace a su primera faceta, señala Buergenthal: “[L]a Declaración Americana establece un lazo de solidaridad entre todos los pueblos de la región, sin importar su nacionalidad. Gracias a ella, la lucha por los derechos humanos ha adquirido una dimensión internacional; la lucha por los derechos humanos ha adquirido una dimensión internacional; ya no se trata de una lucha local o nacional. Lo que ocurre en un país atañe al pueblo de otro, y viceversa”. Por otra parte, el valor jurídico de la Declaración está basado en legitimación derivadas las obligaciones legales que asumieron los Estados Parte. Véase: BUERGENTHAL, Thomas, “La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista IIDH*, San José, número especial en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 1989, p. 111. Sobre la aplicación jurídica de la Declaración por parte de los órganos del SIDH, véase: PAÚL, Álvaro, *Los trabajos preparatorios de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el origen remoto de la Corte Interamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 20 y ss.

¹⁴⁸ ESTRADA ADÁN, Guillermo E., “Reflexiones sobre el impacto y cumplimiento del derecho internacional y el ‘material interamericano’ en el siglo XXI”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, México, Max Planck Institute for Comparative Public Law-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019, pp. 109-15.

interamericanización debe comprenderse como punto de partida y como proceso en constante evolución.

3. ¿HACIA UN *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* EN AMÉRICA LATINA?

En líneas anteriores de este trabajo hemos revisado la evolución constitucional del constitucionalismo regional, desde las experiencias prototípicas hasta las manifestaciones más acabadas tendientes a la articulación del material normativo supranacional y nacional. En ese sentido, el objetivo siguiente en este trabajo es vislumbrar las implicaciones de esta articulación jurídica en la creación de una dinámica y un derecho constitucional común para los países de la región.

Al respecto, la integración de este capítulo se compone de la revisión conceptual del *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum* (ICCAL) a partir de sus facetas discursivas y normativas, el análisis de las voces críticas o escépticas a la construcción de este proyecto, así como las respuestas que se han dado a dichas voces. Además, en este capítulo pueden encontrarse diversas reflexiones en torno a los retos y problemáticas comunes a los diversos países latinoamericanos, que han servido como impulso y motor para la construcción del ICCAL. Finalmente, se realiza una aproximación conceptual a un elemento articulador de todo el proyecto: la estatalidad abierta entendida como medio y fin.

3.1 *¿De qué hablamos cuando hablamos del ICCAL?*

La interacción que se ha dado entre el régimen internacional y los diversos regímenes nacionales en América Latina en materia de derechos humanos es un suceso del cual no puede negarse su existencia. Este acontecimiento se ha tratado de explicar, desde el ámbito académico, a partir de la denominación *ius constitutionale commune latinoamericanum*.

La expresión derecho constitucional común en derechos humanos para América Latina tiene básicamente dos acepciones: una, relacionada con los contenidos

normativos positivos; y, dos, aquella que está relacionada con una faceta discursiva y como un enfoque y metodología de aproximación al derecho¹⁴⁹ con una perspectiva integral, que toma en cuenta los factores económicos, sociales y culturales.

La vetusta tradición jurídica que identifica al derecho público y al constitucional con el Estado-nación y con la soberanía es el principal reto a superar si se quiere avanzar en la construcción de un derecho supranacional y común en América Latina. La apertura, el pluralismo y el diálogo como concepciones opuestas a dichos postulados clásicos deben impulsarse en las aulas, en el discurso político y, por supuesto, en la realidad jurídica.

Los desarrollos teóricos emergentes que pugnan por la reconfiguración de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, así como entre elementos como la soberanía, el Estado y las relaciones internacionales, presentan como novedad un elemento internacional subyacente, pues parten de entender al Estado nacional como un espacio insuficiente para la protección de los derechos humanos, la democracia o el Estado de derecho. Se tratan, pues, de posturas epistemológicas que pretenden abordar los fenómenos que se materializan, y usando la terminología de Habermas: más allá del Estado nacional.¹⁵⁰

La teoría del nuevo derecho público, desarrollada por Armin von Bogdandy, parte de una agenda de investigación fundamental: reconfigurar la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, la cual puede ser abordada desde la pregunta: ¿debe reconstruirse la pirámide jurídica en razón de la internacionalización del derecho constitucional?¹⁵¹ Dicha interrogante podría ser contestada de forma contundente: sí, la pirámide debe ser deconstruida. Tesis como aquella relacionada con la pugna monismo-dualismo para explicar las relaciones entre el derecho internacional y el derecho público interno deben abandonarse, pues son epistémicamente incapaces para responder a los retos y expectativas del siglo XXI. Deben sustituirse por postulados como el pluralismo jurídico, por ejemplo, en el cual, las fuentes del derecho son amplias y variadas, pues

¹⁴⁹ VON BOGDANDY, Armin, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*”, *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, núm. 34, enero-junio de 2015, pp. 10 y 11.

¹⁵⁰ HABERMAS, Jürgen, *Más allá del Estado nacional*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, México, FCE, 1999, pp. 190 y 191.

¹⁵¹ VON BOGDANDY, Armin, *Hacia un nuevo...*, *cit.*, p. 284.

tendrán sustento en fenómenos jurídicos internacionales que tienen constante vínculo e interacción con las Constituciones nacionales. Así, se hace frente a un concepto de largo cuño en la teoría constitucional: la jerarquía normativa, pues la transición hacia un modelo construido con base en el diálogo, la subsidiariedad o la aplicación de normas con base en principios como el consistente en brindar la máxima protección a los derechos, representa un anquilosamiento de un sistema hasta entonces basado en la jerarquía.

Una teoría más que impulsa el cambio de paradigma respecto de la internacionalización de los órdenes y estructuras nacionales, es la de la estatalidad abierta, expuesta por Mariela Morales. Esta teoría, de talante germano, tiene como piedra angular el concepto de permeabilidad del orden jurídico nacional, el cual fue definido por Mattias Wendel como: “esa cualidad de un ordenamiento jurídico de permitir la incorporación de principios y contenidos normativos provenientes de otro régimen jurídico”.¹⁵² De tal forma que se avanza en la construcción de una estatalidad renovada en la medida en que se incorporan contenidos provenientes de entes y órdenes supranacionales e internacionales a los órdenes jurídicos nacionales.

Ahora bien, en la realidad latinoamericana, la estatalidad abierta, así como el nuevo derecho público tienen como ámbito de concreción la progresiva influencia y condicionamiento del devenir estatal que ejerce el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Como consecuencia de la apertura del Estado a un régimen jurídico eminentemente humanista, se advierte el reto de reconfigurar un concepto vertebral del derecho constitucional clásico: la soberanía. Pues es a partir de ese concepto como surge el derecho constitucional, y a partir de este surge todo el orden jurídico nacional.¹⁵³ Sin embargo, con un Estado abierto, se transita del universo a un pluriverso normativo, pues

¹⁵² WENDEL, Mattias, *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht. Verfassungsrechtliche Integrationsnormen auf Staats-und Unionsebene in Vergleich*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2011, p. 71.

¹⁵³ En este sentido puede resultar ilustrativa la aseveración de José Calvo cuando asimila a lo que denomina “relato constitucional” con el relato bíblico del Génesis: “El relato constitucional es tan portátil como el relato del Génesis, pues en él cupo la creación del Mundo que en adelante fue el Mundo, y tan fundacional como aquél”. Véase *Justicia constitucional y literatura*, Perú, Centro de Estudios Constitucionales-Tribunal Constitucional del Perú, 2016, p. 49.

el derecho positivo de un Estado no es completamente expresión de un soberano o del poder popular.

Una vía por la cual se puede arribar a una solución a esta problemática es a partir de la construcción de instituciones internacionales fuertes que puedan respaldar a un sistema de protección de derechos humanos. Y es que aunque son constantes los argumentos que ponen en entredicho la legitimidad de estas instituciones, dichas voces comúnmente tienen una debilidad de origen: conciben a las instituciones internacionales como instituciones de un Estado global en formación, o de una gran confederación de Estados. Esto es un error, pues el Estado sigue siendo un actor central en el nuevo derecho público. Además, el hecho de que una institución internacional no sea el resultado de procesos comiciales, no es argumento bastante sólido para descartar en su totalidad la posibilidad de que pueda adquirir legitimidad. En ese sentido se han propuesto como soluciones a este aparente déficit de legitimidad: la politización de los procesos de conformación de los tribunales e instituciones internacionales o la atribución de responsabilidad política a los órganos constitucionales nacionales respecto de la decisión de los efectos de las decisiones internacionales. De esta forma, las instituciones internacionales sostienen su legitimación de origen en la soberanía de los Estados pero de forma simultánea se guían por la idea de una ciudadanía transnacional o incluso cosmopolita.

Hay que reconocer que el reto es grande. Adentrándonos en el ámbito académico, las corrientes innovadoras tienen grandes expectativas y un enorme potencial transformador, pero al mismo tiempo enfrentan severas dificultades, tales como la reticencia doctrinal.

El hecho de que progresivamente se esté construyendo un régimen jurídico supranacional en el que convergen e interactúan las constituciones nacionales de los Estados latinoamericanos, los tratados regionales sobre derechos humanos, así como las decisiones de la Corte IDH, hace suponer que los países de la región están construyendo un derecho común y un espacio jurídico latinoamericano en la materia.

Así, se ve materializada, aunque no en los términos más propios, la utopía de la gran integración latinoamericana, pues si bien no se plantea a la manera de la europea, la cual puede considerarse como la experiencia mejor acabada debido a la comprensión de

todos los elementos que implica la integración supranacional, sí se hace respecto de una materia específica: los derechos humanos.

Esto no es baladí si se adopta una postura que atienda a la historia de América Latina, pues como señala Flavia Piovesán, nuestra región cuenta con un pasado de condiciones inaceptables, tales como los regímenes autoritarios y dictatoriales, los altos índices de violencia e impunidad, así como la ausencia de Estado de derecho y la precaria cultura de respeto y promoción de los derechos humanos.¹⁵⁴ De tal forma que una integración con miras a la transformación de las condiciones de vida de sus habitantes así como de las estructuras institucionales, bien puede considerarse un modelo válido en la región. Diferente en sus componentes y propósitos al modelo europeo, pues se tratará de otra integración. Una integración, si se quiere ver de esta forma, de y desde abajo.¹⁵⁵

Dentro del sector discursivo del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (en adelante ICCAL) es lugar común afirmar que dicha corriente teórica asume tres funciones principales: i) una, relacionada con una pretensión analítica u ontológica que sirve para describir un fenómeno jurídico; ii) una función normativa encaminada a impulsar la consolidación de un constitucionalismo transformador en América Latina; y, iii) un enfoque académico integrado por participantes de diversas nacionalidades, que trabaja a partir de la metodología comparativa.¹⁵⁶

Por lo que hace a la primera función podemos decir que el fenómeno al que busca aproximarse o explicar el ICCAL es el relacionado con la interacción normativa entre el *corpus iuris* interamericano y los textos constitucionales nacionales latinoamericanos (a

¹⁵⁴ PIOVESÁN, Flavia, “Protección de los derechos sociales: retos de un *ius commune* para Sudamérica”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, México, UNAM, Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011, p. 370.

¹⁵⁵Al respecto, progresivamente se ha acuñado el término interamericanización para describir y dotar de identidad a este fenómeno. Véase: MORALES ANTONIAZZI, Mariela, “La doble estatalidad abierta...”, *cit.*, pp. 237 y 238.

¹⁵⁶ VON BOGDANDY, Armin *et al.*, “*Ius constitutionale commune* en America Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism”, *MPIL Research Paper Series*, Heidelberg, núm. 21, 2016, p. 2. Disponible en: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2859583>.

través de las cláusulas de apertura al derecho internacional contenidas en diversos ordenamientos), que ha derivado en una relación de fortalecimiento mutuo.¹⁵⁷

La función normativa del ICCAL se materializa a través del impulso de la transformación social en América Latina, con la finalidad de hacer plenas y efectivas las garantías, deseos y promesas establecidos en las constituciones latinoamericanas posteriores a las experiencias dictatoriales, a partir de la incorporación de diversas perspectivas nacionales en un enfoque común de apoyo mutuo y diálogo, derivado del entendimiento de la insuficiencia del espacio estatal para la protección de los derechos humanos.¹⁵⁸

Finalmente, en lo relacionado con la vertiente del ICCAL como enfoque académico, podemos decir que este se materializa en el sector discursivo sobre este fenómeno, y que se nutre de tres objetivos: respeto a los derechos humanos en la región, desarrollar una estatalidad abierta,¹⁵⁹ y construir instituciones internacionales fuertes y legítimas. Dichos objetivos se pretenden alcanzar a través de tres conceptos clave: diálogo, inclusión y pluralismo normativo. Este enfoque del derecho público puede ser caracterizado de la siguiente forma: busca relacionar el derecho nacional e internacional, las cuestiones argumentativas se realizan con base en principios y se le otorga gran importancia al derecho comparado.¹⁶⁰

Asimismo, respecto de la naturaleza del ICCAL, existen voces como la de Héctor Fix-Fierro, que señalan que más allá de la identificación de los rasgos, principios y valores comunes entre los ordenamientos constitucionales de la región¹⁶¹ y de las implicaciones culturales que ello representa, en la actualidad podemos hablar de la

¹⁵⁷ *Idem.* Asimismo, véase: VON BOGDANDY, Armin, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada...*, *cit.*, p. 11.

¹⁵⁸ VON BOGDANDY, Armin *et al.*, *op. cit.*, nota 8.

¹⁵⁹ En ese sentido, Mariela Morales sostiene que el concepto de estatalidad abierta data desde la promulgación de la Ley Fundamental de Bonn en 1949 (*offene Staatlichkeit*). Véase: MORALES ANTONIAZZI, Mariela, *op. cit.*, p. 51.

¹⁶⁰ VON BOGDANDY, Armin, “*Ius constitutionale commune latinoamericanum...*, *cit.*, p. 8.

¹⁶¹ Una postura crítica a estos rasgos comunes la sostiene Néstor Pedro Sagüés respecto de los vicios presentes en los textos constitucionales latinoamericanos, tales como la formulación excesiva y detallada de los derechos constitucionales, las amplias dimensiones de los ordenamientos o las posiciones utópicas y demagógicas plasmadas en las constituciones. Véase: SAGÜÉS, Néstor P., *El sistema de derechos...*, *cit.*, México, Porrúa, 2004, pp. 15 y 16.

construcción de un derecho constitucional común latinoamericano *en sentido estricto* a través de la expansión de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los ámbitos constitucionales internos.¹⁶²

Ahora bien, una de las características principales del ICCAL es su vocación transformadora, pues la región latinoamericana cuenta con un pasado de condiciones de vida que pudieran ser consideradas como inaceptables, tales como los regímenes dictatoriales, los altos índices de violencia e impunidad, ausencia de Estado de derecho¹⁶³ y una precaria cultura de respeto y promoción de los derechos humanos.¹⁶⁴

En ese sentido, en los últimos años se han dado experiencias de transformación social e institucional en América Latina a través de la movilización política y social que han ofrecido como resultado textos constitucionales con una orientación más allá del horizonte liberal en el que se conciben figuras como la plurinacionalidad, el reconocimiento del pluralismo jurídico o la democracia intercultural, lo que representa un constitucionalismo desde abajo protagonizado por los sectores históricamente marginados y excluidos.¹⁶⁵

La Constitución de Ecuador del año 2008, por ejemplo, marcó un hito en el constitucionalismo mundial mediante un posicionamiento claramente posliberal incorporando siete instituciones: i) la plurinacionalidad; ii) la *pachamama*; iii) el *sumak kawsay*; iv) la democracia comunitaria; v) la justicia indígena; vi) la interculturalidad; y,

¹⁶² FIX-FIERRO, Héctor, “Presentación”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, t. I, pp. XII y XIII.

¹⁶³ Aunque la expresión “Estado de derecho” pudiera advertirse anacrónica, existen voces, como la de Luigi Ferrajoli, que presentan una versión renovada de esta figura a través de la sujeción de manera formal, pero también sustancial de los poderes a la ley. Véase: “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta-UNAM, 2003, p. 13.

¹⁶⁴ PIOVESÁN, Flavia, *op. cit.*, p. 370.

¹⁶⁵ Concretamente nos referimos a los casos de Ecuador (2008) y Bolivia (2009). Véase: SANTOS, Boaventura de Sousa, *op. cit.*, p. 72.

vii) los derechos colectivos indígenas, particularmente los territoriales y de autodeterminación.¹⁶⁶

Una de las finalidades últimas del ICCAL es buscar la transformación de las condiciones sociales y políticas en la región a través de una perspectiva dialógica del derecho. Aunque pudiera pensarse que la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos pudiera resultar insuficiente para tal efecto, pues se podrían dejar de lado los factores económicos internacionales que permean e impactan en las dinámicas políticas en América Latina, recientemente el ICCAL ha ampliado su enfoque a las relaciones entre el constitucionalismo latinoamericano y el derecho económico internacional (en lo subsecuente DEI).

Y es que como señalan algunos de los representantes del ICCAL, el constitucionalismo transformador y el DEI entraron en una relación de diálogo por tres grandes razones: i) algunos instrumentos del DEI podrían obstaculizar la consecución de los objetivos del ICCAL, tales como la inclusión y la superación de la pobreza; ii) el DEI cuenta con un gran potencial para procurar los recursos económicos para la consecución de los fines del ICCAL, lo cual abonaría en buena medida para superar el déficit de legitimación del primero en la región; y, iii) el DEI y los derechos humanos tienen varias similitudes, tales como su origen después de la Segunda Guerra Mundial impulsados por los intereses de lo que pudiéramos considerar como Norte Global o la problemática común del nacionalismo que enfrentan actualmente, de tal forma que los vínculos y vasos comunicantes que se establezcan entre ellos son valiosos para ambos.¹⁶⁷

Por otra parte, el establecimiento de una relación dialógica entre el constitucionalismo transformador latinoamericano y el DEI es de vital importancia para la realización de los fines del primero, pues como sostienen algunos autores del ICCAL una sociedad no será verdaderamente próspera si no supera la exclusión, y esto podrá

¹⁶⁶ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *op. cit.*, p. 76.

¹⁶⁷ VON BOGDANDY, Armin *et al.*, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina (ICCAL) y derecho económico internacional (DEI). Una introducción*”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional. De la tensión al diálogo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2018, pp. 5 y 6.

lograrse a través de la dirección de las políticas económicas y tributarias o la elaboración de los presupuestos públicos encaminados a la protección de los derechos humanos y la democracia.¹⁶⁸

Con este enfoque novedoso, el ICCAL se hace de los instrumentos necesarios para abordar la relación entre las relaciones fácticas económicas internacionales que repercuten en las dinámicas nacionales de financiamiento de los derechos y el combate a la pobreza, la desigualdad, la exclusión y la violencia.

La herramienta principal para la construcción del ICCAL es el control de convencionalidad, en tanto que será ésta la que facilite la aplicación del *corpus iuris* interamericano en los ámbitos nacionales¹⁶⁹ a través de la inaplicación de determinadas normas constitucionales o subconstitucionales por ser contrarias a los contenidos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás material normativo, lo que le otorga cierta primacía a este respecto de los ordenamientos nacionales.¹⁷⁰

La trascendencia del control de convencionalidad para la construcción del ICCAL se materializa a través de la superación de los efectos de vinculación directa hacia el Estado parte en determinada controversia, mediante la noción de *res interpretata*, por la cual se obliga a los Estados parte de la Convención Americana a aplicar la

¹⁶⁸ *Ibidem*, pp. 25 y 26.

¹⁶⁹ VON BOGDANDY, Armin, “*Ius constitutionale commune...*”, *cit.*, p. 34.

¹⁷⁰ SAGÜÉS, Néstor P., “El ‘control de convencionalidad’ como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, México, UNAM-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011, pp. 449-468. Si bien la noción de primacía es problemática, pues pudiera ser reproductora de una dinámica constitucional jerárquica más allá del Estado, consideramos que si se asume de forma matizada, abonaría en la concepción de la Convención Americana como un texto constitucional latinoamericano. Véase: BURGORGUE-LARSEN, Laurence, *op. cit.*, p. 422. Sobre la problemática en torno a la delimitación de los alcances y modalidades de este control, véase: ACOSTA ALVARADO, Paola A., *op. cit.*, pp. 77 y 78.

jurisprudencia interamericana.¹⁷¹ De esta forma la Corte Interamericana se posiciona como un tribunal supranacional cuyas determinaciones adquieren fuerza normativa hacia la comunidad de los Estados en su conjunto y no solamente respecto del Estado parte en una controversia, lo cual sin duda abona en la concepción de la jurisprudencia interamericana como parte integrante de un derecho común para la región.

Asimismo, otra herramienta adecuada para la construcción del ICCAL es la interpretación conforme, la cual tiene como propósito evitar la expulsión de normas de los órdenes jurídicos nacionales si puede salvarse su convencionalidad a través de alguna operación hermenéutica, consistente en elegir la interpretación más favorable al texto constitucional, lo que contribuye en la consolidación de una relación de diálogo y no de tensión entre los textos constitucionales y el derecho internacional.¹⁷²

Ahora bien, otra herramienta fundamental es el bloque de convencionalidad, en tanto que pudiéramos identificarlo con el sustrato de derecho positivo sobre el cual se ha construido el discurso sobre ICCAL, pues a partir de la identificación del *corpus iuris* interamericano y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como elementos integrantes de los órdenes jurídicos nacionales se advierte la existencia de un derecho común para la región emanado del orden jurídico internacional.¹⁷³

En el caso mexicano, por ejemplo, si bien la Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha adoptado el término bloque de convencionalidad, sí ha incorporado la noción de parámetro de control de regularidad constitucional, para denominar a ese conjunto de normas que sirven como material controlante de las actuaciones de las autoridades estatales, y que los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados

¹⁷¹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*). (Sobre el cumplimiento del *Caso Gelman Vs. Uruguay*)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Corte Interamericana de Derechos Humanos-UNAM, 2013, p. 666.

¹⁷² ACOSTA ALVARADO, Paola A., *op. cit.*, pp. 81 y 82.

¹⁷³ Para el profesor Armin von Bogdandy el sustrato de derecho positivo del ICCAL lo constituye principalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las garantías de las constituciones nacionales, las cláusulas de apertura y la jurisprudencia nacional e internacional. Véase: “*Ius constitutionale commune latinoamericanum...*”, *cit.*, p. 19.

internacionales de los que el Estado mexicano es parte integran dicho parámetro, independientemente de su fuente, pues éstas no se relacionan en términos jerárquicos.¹⁷⁴

Finalmente podemos señalar que el ICCAL es un enfoque provechoso para hacer frente a los retos que implica la desnacionalización del derecho constitucional, pues derivado de fenómenos como la globalización y la apertura al orden internacional, los regímenes constitucionales han sufrido fuertes transformaciones. Asimismo, en los ámbitos discursivo y teórico del constitucionalismo (teoría constitucional, dogmática constitucional y el derecho constitucional comparado) se pueden advertir nuevos alcances, de tal forma que el ICCAL será una perspectiva adecuada para intentar explicarlos, debido a su vocación dialógica y dúctil.¹⁷⁵

3.2 *El estado de la cuestión*

Como hemos adelantado, el proyecto ICCAL enfrenta diversos retos, tanto en el ámbito práctico como en el teórico. La discusión al respecto puede ser abordada desde dos puntos de vista: i) una, relacionada con las voces reticentes a reconocer los nuevos desarrollos del devenir jurídico latinoamericano; y, ii) otra enfocada en la construcción de un discurso académico que cultive la construcción de un derecho común regional. El sustrato teórico de esta discusión puede ser identificado con la reticencia de pensar dinámicas políticas y constitucionales más allá de los confines estatales por una parte,¹⁷⁶ y por la otra la intención de reconfigurar estos paradigmas a la luz de las necesidades jurídicas actuales.¹⁷⁷

¹⁷⁴ SERNA DE LA GARZA, José Ma., *Derecho constitucional mexicano en su contexto*, México, Porrúa-UNAM, 2018, p. 483.

¹⁷⁵ SERNA DE LA GARZA, José Ma., “El concepto del *ius commune*..., *cit.*, pp. 199 y 200.

¹⁷⁶ Valdría la pena revisar lo dicho por Carl Schmitt en su célebre concepto de lo político, en el que refiere que: “En general ‘político’ se equipara en alguna forma con ‘estatal’, o por lo menos es referido al Estado. Entonces el Estado aparece como algo político y lo político como algo estatal —evidentemente un círculo poco satisfactorio.” Véase: SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, Buenos Aires, Struhart & Cía, 2015, p. 20.

¹⁷⁷ Ya hemos revisado la problemática relacionada con la *domestic analogy*. Véase: FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo más allá...*, *cit.*, p. 55.

3.2.1 Voces que sostienen la inexistencia e inviabilidad del ICCAL

Son diversas las voces que mantienen una postura escéptica respecto de la existencia de dinámicas constitucionales más allá de los confines estatales. Desde aquellas posturas distantes de la construcción de un constitucionalismo global, hasta las que de forma puntual se enfocan en la imposibilidad de construir un constitucionalismo transformador en la región. Al respecto, son destacados los trabajos de Herrera en los que reflexiona en torno a la idea de un derecho común en América Latina con base en sus críticas teóricas¹⁷⁸ así como prácticas.¹⁷⁹

Dentro de estas posiciones escépticas, señala Herrera, destacan las consideraciones de Villagrán y Veçoso,¹⁸⁰ o las de Rodiles,¹⁸¹ quienes en términos generales, sostienen que el ICCAL no representa alguna perspectiva original para entender el derecho público de la región. O bien, lo expuesto por Alterio,¹⁸² quien refiere que el “constitucionalismo transformador” es un concepto inmaduro que representa un peligro por lo que hace a la excesiva judicialización de la política.

Por otra parte, Castilla igualmente mantiene una postura escéptica con base en tres cuestionamientos: “1. ¿Qué tan común es la Convención Americana y demás tratados interamericanos entre los países latinoamericanos? 2. ¿Qué tan comunes son entre los

¹⁷⁸ HERRERA, Juan C., “La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas teóricas”, *MPIL Research Paper Series*, Heidelberg, núm. 25, 2020. Disponible en: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3652404>.

¹⁷⁹ HERRERA, Juan C., “La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas prácticas”, *MPIL Research Paper Series*, Heidelberg, núm. 26, 2020. Disponible en: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3652423>.

¹⁸⁰ VILLAGRÁN, Carlos y VEÇOSO, Fabia, “A Human Rights Tale of Competing Narratives”, *Revista Direito e Praxis*, Rio de Janeiro, vol. 8, núm. 2, 2017, p. 1613.

¹⁸¹ RODILES, Alejandro, “The Great Promise of Comparative Public Law for Latin America: Toward *ius commune americanum*?”, en Roberts, Anthea *et al.* (eds.), *Comparative International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

¹⁸² ALTERIO, Ana, “El *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum* y los desafíos de la judicialización de la política”, *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*, Argentina, vol. 20, núm. 1, 2018, p. 2.

países latinoamericanos las referidas cláusulas de apertura? 3. ¿En verdad todo eso es tan común?”.¹⁸³

Respecto del primer interrogante, señala Castilla que actualmente no todos los países que se pueden identificar como latinoamericanos son parte de la CADH, y que no todos han aceptado la totalidad de su contenido. Por lo que hace al segundo cuestionamiento, el autor considera que tan sólo Argentina cuenta con una cláusula de apertura expresa a la CADH. Finalmente, sobre la tercera pregunta, Castilla señala que sólo países como Costa Rica o Ecuador, cumplen con cabalidad los elementos señalados en las dos primeras interrogantes.¹⁸⁴

Asimismo, para los posicionamientos escépticos resulta de especial atención el desmedido acento que se ha dado en la función jurisdiccional tanto a nivel internacional como en el plano doméstico. Pues se ha dicho que el comportamiento de estos actores ha derivado en un activismo judicial que implica una traducción judicializante de las demandas sociales y políticas.¹⁸⁵ Esto ha traído como consecuencia ignorar a los

¹⁸³ CASTILLA, Karlos, “Qué tan común es lo común del *Ius Constitutionale Commune Latinoamericano*”, *Ventana Jurídica. Blog de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 21 de junio del 2017. Disponible en: <<https://facultad.pucp.edu.pe/derecho/blog/que-tan-comun-es-lo-comun-del-ius-constitutionale-commune-latinoamericano/>>.

¹⁸⁴ *Idem*.

¹⁸⁵ Al respecto, Pedro Salazar ha señalado que: “No pienso que los jueces por sí solos puedan ofrecer garantías plenas a los derechos ni creo que éstos demanden únicamente una protección jurídica o jurisdiccional. Ya he afirmado que los derechos, como fenómenos complejos, requieren de garantías políticas, económicas e incluso sociales. Necesitan, además, de un contexto cultural que les ofrezca sustento. Sin embargo, también es cierto que la función judicial es clave en los Estados constitucionales para superar conflictos de manera pacífica y para procesar los reclamos de manera institucional”. Véase: SALAZAR UGARTE, Pedro, “La disputa por los derechos y el *ius constitutionale commune*”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014, p. 43. En el mismo sentido: CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del estado de Querétaro, 2017, p. 444.

poderes parlamentarios y ejecutivos¹⁸⁶ que igualmente merecen atención, dejando de lado su potencial respecto de la protección de los derechos humanos.¹⁸⁷

Por lo que hace a las críticas prácticas, igualmente la cuestión judicial asume un papel preponderante, al respecto Herrera ha identificado siete aspectos: i) ¿por qué el énfasis en el poder judicial?; ii) la ideal y el ideal del diálogo judicial en un sistema de derecho común latinoamericano; iii) la relevancia del control de convencionalidad frente a las últimas palabras; iv) protección convencional, coadyuvante y complementaria desde arriba y desde abajo; v) la deferencia y/o el margen de apreciación nacional frente al factor democrático; vi) el factor conceptual y de diseño frente a la deferencia y/o el margen de apreciación nacional; vii) protección estructural de los derechos: ¿judicialización o reacomodación de la separación de poderes?¹⁸⁸

3.2.2 (*Sigue*) ...y las respuestas que a ellas se han dado

Las respuestas que ha dado Herrera a las críticas mencionadas en su vertiente teórica, consisten básicamente en la reivindicación de diversas categorías conceptuales que no han sido debidamente valoradas. En ese sentido, sostiene nuestro autor que en el pensamiento jurídico latinoamericano aún pueden detectarse diversas voces que

¹⁸⁶ Sobre esta problemática ya nos hemos pronunciado en otros trabajos, véase: MOLINA HERNÁNDEZ, Mario, “Administración pública y control de convencionalidad: problemáticas y desafíos”, *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 5, núm. 2, julio-diciembre de 2018, pp. 287-299; y, “Derecho administrativo, administración pública y gobernanza global”, en Gallo Aponte, William I. *et al.* (coords.), *Derecho administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*, Belo Horizonte, Fórum, 2018, pp. 409-416.

¹⁸⁷ HERRERA, Juan C., “La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas teóricas”, *cit.*, p. 5.

¹⁸⁸ HERRERA, Juan C., “La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas prácticas”, *cit.*, p. 6-26.

podrían ser consideradas como “zombis intelectuales”,¹⁸⁹ equiparables a “muertos vivientes”, que aún se mantienen bastante reacias a comprender la interacción entre el derecho internacional y el derecho constitucional en una nueva tónica.¹⁹⁰

Señala Herrera que de la lectura de las voces detractoras del proyecto del ICCAL, puede advertirse que en el pensamiento jurídico latinoamericano aun deambulan ideas que pueden ser equiparadas a “zombis intelectuales” de otra época, que se empeñan en entender la interacción del derecho internacional con el derecho constitucional en clave monista/dualista y otros extremos binarios, basados en una visión vertical y formalista, alejada por mucho de una concepción de pluralismo jurídico.¹⁹¹

Además, respecto de las posiciones escépticas que ponen en tela de juicio lo relacionado con el elemento común subyacente a las dinámicas políticas y constitucionales en los países de la región, Herrera realiza un análisis cualitativo de la incorporación de aspectos relevantes en los ordenamientos constitucionales para la construcción del ICCAL. En ese sentido, son por demás sugerentes las conclusiones de Herrera en las que pone de relieve la intensa incorporación de aspectos como la cláusulas de apertura al derecho internacional en los países que representan el 89.07 de

¹⁸⁹ Esta expresión por demás elocuente, acuñada por el profesor von Bogdandy, hace referencia a las añejas categorías que buscan explicar las dinámicas constitucionales e internacional contemporáneas. En ese sentido, este autor ha señalado que: “[A]l discutir la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, la mejor opción es prescindir de los conceptos doctrinales y teóricos de monismo y dualismo. Tal vez puedan ser útiles para indicar una disposición política más o menos abierta hacia el derecho internacional, pero desde una perspectiva científica son unos ‘zombis’ intelectuales de otro tiempo que deben descansar en paz o ‘reconstruirse’. La concepción general de la relación entre las normas internacionales y las del derecho interno debería asentarse en otra base conceptual. Véase: VON BOGDANDY, Armin, *Hacia un nuevo...*, *cit.*, p. 288.

¹⁹⁰ HERRERA, Juan C., “La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas teóricas”, *cit.*, p. 6.

¹⁹¹ *Idem.*

la región y el 86.06% de la población latinoamericana, lo que sin duda deja en claro la realidad imperante sobre lo común.¹⁹²

Por otra parte, las críticas hacia elementos y materiales neurálgicos del ICCAL como el control de convencionalidad y el rol de la jurisprudencia, basadas principalmente en cuestionamientos como la inexistencia de contenidos literales en la CADH que habiliten la obligatoriedad del control de convencionalidad, o los lineamientos que han de seguirse para interpretar el *corpus iuris* interamericano, dan cuenta de un recalcitrante empeño en seguir entendiendo al derecho y a la función jurisdiccional de forma literalista, ignorando que el rol contemporáneo del poder judicial está enfocado en la determinación del derecho, su alcance y sus contenidos.¹⁹³

Respecto de las críticas de carácter práctico señaladas líneas arriba, Herrera responde a estas cuestiones. La primera objeción, enfocada en el rol preponderante del poder judicial en la construcción del ICCAL, se señala que ante la falta de voluntad política de

¹⁹² Señala Herrera que: “Esta tendencia fue replicada gradualmente en las Constituciones de “Costa Rica (1968, Arts. 14, 121.4), Honduras (1982, Arts. Preám, 205.7, 234, 335), El Salvador (1983, Arts. 55, 80, 89, 92.1, 133.5), Guatemala (1985, Arts. 87, 145, 150, 171.2), Nicaragua (1986, Arts. Preám, 5, 9, 131, 140.4), Haití (1987, Art. 277), Brasil (1988, Art. 4 párr.), Colombia (1991, Arts. Preám, 9. 96.2.b, 227), Paraguay (1992, Arts. 144 y 145), Perú (1993, Art. 44), Argentina (1994, Arts. 27, 75.24), Panamá (1994, Arts. Preám, 10.3), Venezuela (1999, Arts. Preám, 33, 37, 102, 153, 318), Ecuador (2008, Arts. Preám, 276.5, 416.10/11, 422, 423), Bolivia (2009, Arts. 10. I, 257. II, 265, 266), República Dominicana (2010, Arts. 26, 27, 209) y Cuba (2019, Arts. Preám, 12, 16.d)”. Véase: *Ibidem*, pp. 17 y 18.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 21. Sobre las configuraciones modernas del rol del poder judicial en el devenir jurídico actual son relevantes las consideraciones de Sagüés cuando señala que: “El comportamiento de la jurisdicción constitucional como agente de cambio social es muy explicable cuando se trata de efectividad directrices constitucionales claras, o reglas provenientes, igualmente claras, cuando las hay, del derecho internacional de los derechos humanos.” Véase. SAGÜÉS, Néstor P., “Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, año XVI, 2011, pp. 540-541.

otro tipo de actores,¹⁹⁴ gradualmente se conformó un sistema supranacional fundamentado en el eje de los derechos humanos y las Cortes como motor de transformación. No puede ignorarse el valor del sistema interamericano que, resiliente, ha sobrevivido a las devastadoras y desastrosas etapas autoritarias en la región. Además, no puede ignorarse la función eminentemente subsidiaria de la judicatura,¹⁹⁵ pues su función ha estado asociada a la aplicación e interpretativa de las normas y no a la de verdaderas fuentes del derecho, así, su creatividad encuentra como límite la solución de ambigüedades o colmar lagunas jurídicas.¹⁹⁶

Por lo que hace a los escepticismos respecto del diálogo judicial, señala Herrera que estas perspectivas críticas están basadas en una concepción errónea de unidireccionalidad. Si se asume una óptica más amplia del concepto de dialogo judicial, podemos reivindicar su verdadero valor más bien relacionado con una conversación o discusión. El diálogo judicial puede ser explicativo o descriptivo, puede ofrecer elementos para proporcionar una comprensión común sobre lo que es el derecho y lejos

¹⁹⁴ Sobre la politización del espacio jurídico internacional, véase, por todos: VON BOGDANDY, Armin, “Lo público en el derecho internacional a la luz de ‘El concepto de lo político’ de Schmitt”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, núm 1., 2018, pp. 1-32. Además, destacan las consideraciones del mismo autor junto con Ingo Venzke, sobre las problemáticas democráticas de los tribunales internacionales: “Concebimos a la práctica judicial internacional como un ejercicio de autoridad pública y deseamos transmitir la idea de que tal actividad no puede ser suficientemente justificada mediante el criterio tradicional del consentimiento estatal o bien a través de una narrativa funcionalismo que exclusivamente atienda a los objetivos o valores a los que supuestamente sirven los tribunales. El hecho de que controlen a la autoridad pública ejercida por otras instituciones, ya sean estas Estados o burocracias internacionales, tampoco esta para conferirles suficiente legitimidad.” Véase: VON BOGDANDY, Armin y VENZKE, Ingo, “¿En nombre de quién? Un estudio sobre la autoridad pública de los tribunales internacionales y su justificación democrática”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-OEA-UNAM, 2013, p. 85.

¹⁹⁵ Y es que como señala Guillermo Estrada: “La función de la Corte Interamericana debe mantenerse subsidiaria. En sociedades democráticas, son los órganos del Estado, elegidos por los ciudadanos, quienes deben construir una cultura por los derechos humanos. Es más, son los individuos quienes deben y pueden edificar mejor una cultura de derechos humanos. La instancia internacional es complementaria y sólo opera en la medida que el Estado falla”. Véase: ESTRADA, Guillermo, *Interpretación judicial internacional*, México, Fontamara, 2016, p. 291.

¹⁹⁶ HERRERA, Juan C., “La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas prácticas”, *cit.*, p. 7.

de ser un “monólogo” o “soliloquio”, la realidad es que este método aspira a encontrar soluciones compartidas que sean mutuamente aceptables.¹⁹⁷

Otro de los elementos prácticos del ICCAL que enfrenta severas críticas es el control de convencionalidad, que para las voces críticas ha derivado en un “efecto aversivo” de corte soberanista frente a la institucionalidad supranacional interamericana. Estas voces pueden dar lugar a un entendimiento equivocado de intromisiones en la soberanía nacional, cuando la verdad es que a partir de estos mecanismos son una invitación a la expansión y construcción de estándares por medio de los jueces en todos sus rangos.¹⁹⁸

En el mismo sentido, cabe destacar la obsesión de algunos autores de entender estas dinámicas en términos verticales, reclamando mayor autonomía o “deferencia” para los tribunales nacionales al momento de determinar el alcance y contenido de ciertos derechos. Lo que está detrás de estas afirmaciones, considera Herrera, es una bandera soberanista en su forma más tradicional y básica al reclamar la “intromisión” de un órgano supranacional, que a través de una vía judicial contramayoritaria introduzca aspectos políticos como cambios legislativos en el ámbito doméstico. Sin embargo, la verdadera razón de ser de mecanismos como los mencionados, radica en que, a través de estas dinámicas, los tribunales de cierre en el ámbito nacional y supranacional son órganos en la base de la estructura, pues:

La doctrina del control de convencionalidad está para que todos los intérpretes de la Convención (nacionales y supranacionales) fijen los términos mínimos para el diálogo judicial y para procurar un estándar balanceado de protección. ¿Genera esta fórmula problemas técnicos? Por supuesto que sí. ¿Imposibles de solucionar? No. De allí que a las respuestas no siempre deban ser puramente técnicas, sino además analizadas con los contextos y desafíos de convergencia multidimensional de la región.¹⁹⁹

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 8.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 14.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 20.

Una de las críticas más trabajadas al proyecto del ICCAL es la relacionada con el factor democrático. La democracia es un pilar de la idea de un derecho común para la región y no es un concepto poco explorado, pues es fundamental para determinar el margen de maniobra que legitima la entrada del elemento supranacional al ámbito doméstico. A partir de metodologías como la medición de la calidad de la democracia es como pueden superarse las problemáticas relacionadas con nociones como “margen de apreciación” o “deferencia”.²⁰⁰

Como conclusión de este apartado, podemos sostener que en el espacio jurídico latinoamericano en la actualidad está ocurriendo algo de magnitudes importantes. Independientemente de que estos fenómenos supongan algo nuevo o desconocido, el fin que se persigue es aprovechar el potencial transformador del derecho público. Más allá de que las críticas constantes y nutridas, basadas en el rol protagónico del poder judicial, debe reconocerse el valor de esta dinámica institucional, pues como señala Herrera, se trata de: “Una transformación silenciosa y sin sangre, inspirada en un mandato cargado de profunda inconformidad con el presente y la normalización de la desigualdad, la pobreza, la exclusión y otras anomalías”.²⁰¹

3.3 Los retos y problemáticas comunes como impulso para el ICCAL

El ICCAL como enfoque jurídico regional, parte de una premisa fundamental: la exclusión de amplios sectores sociales y la escuálida normatividad son problemas comunes a los países de la región. Para hacer frente a estas lacerantes realidades, se tiene la convicción de que la interacción entre los ordenamientos constitucionales y las garantías supranacionales son una poderosa herramienta de transformación. Por ello, más allá de las intensas y nutridas discusiones en torno al constitucionalismo

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 21. Para comprender de mejor forma la cuestión democrática en el proyecto del ICCAL, resulta indispensable la consulta de las aportaciones de la profesora Mariela Morales, principalmente: MORALES ANTONIAZZI, Mariela, *La protección supranacional...*, *cit.*, *in toto*.

²⁰¹ HERRERA, Juan C., “La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas prácticas”, *cit.*, p. 33.

latinoamericano, el ICCAL se presenta como un enfoque renovado de aproximación al derecho como instrumento de emancipación.²⁰²

3.3.1 *Protección de la democracia y los derechos humanos*

No debe perderse de vista que los fines y motivaciones centrales del ICCAL no están relacionados con la integración o apertura entendida en su acepción tradicional, sino más bien, con la salvaguarda de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho desde una dinámica dúctil y dialógica que tome en cuenta los requerimientos propios de una estatalidad abierta. No es que se menosprecie la relevancia histórica de un concepto como la soberanía, pero sí se requiere reconfigurar su concepción clásica, pues las instituciones del derecho internacional, su dinámica e injerencia se entienden como una conquista del derecho constitucional.²⁰³

Piénsese por ejemplo en la experiencia mexicana, en la que desde junio de 2011 se hace referencia expresa a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Incluso, tan sólo un mes después el tribunal constitucional mexicano²⁰⁴ hizo efectivo y comenzó a aplicar dicha disposición. Sin duda, la estatalidad abierta es un fenómeno presente con importantes y notables implicaciones por cuanto hace al devenir constitucional doméstico de la región. Por ello, consideramos que el enfoque del ICCAL resulta por demás interesante para dar tratamiento a estos fenómenos de manera más provechosa.²⁰⁵

3.3.2 *Fortalecimiento institucional*

²⁰² Señala el profesor von Bogdandy que no existe región geográfica en la que se discuta con mayor intensidad el devenir del derecho constitucional como en América Latina. Véase: VON BOGDANDY, Armin, “*Ius Constitutionale Commune...*”, *cit.*, p. 6.

²⁰³ *Ibidem*, p. 27.

²⁰⁴ No entraremos en discusiones conceptuales sobre lo que significa un “auténtico” tribunal constitucional, pues el sustrato teórico de este trabajo obedece a concepciones en las que la creencia de modelos puros de conceptos del derecho constitucional está superada. En ese sentido, por todos, véase: PEGORARO, Lucio, “La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 6, 2002, pp. 393-416; y: TUSSEAU, Guillaume, *Para acabar con los “modelos” de Jurisdicción Constitucional. Un ensayo de crítica*, México, Porrúa-IMDPC, 2011, *in toto*.

²⁰⁵ VON BOGDANDY, Armin, “*Ius Constitutionale Commune...*”, *cit.*, p. 30.

Una de las problemáticas y retos principales para el proyecto ICCAL tiene que ver con el desempeño y empoderamiento institucional. En ese sentido, señala Parra Vera, es necesario apreciar el impacto que han tenido elementos como las sentencias interamericanas en el devenir institucional de los Estados de la región. Para ello, es necesario adoptar una visión renovada del Estado, pues lejos de concebirlo como un ente monolítico o unificado, sería más afortunado concebirlo como polimorfo, es decir como un ente que centraliza distintas redes de poder político.²⁰⁶

Durante los años primigenios de funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, muchos Estados actuaron con una actitud intransigente o reticente, al grado de ser tildados como “enemigos” del Sistema, y aunque en la actualidad aún pueden detectarse algunos casos de relación tensa entre algunos Estados y los órganos del Sistema, la situación en términos generales ha progresado de forma notable. Existen diversos casos en los que funcionarios e instituciones han invocado decisiones interamericanas en escenarios de confrontación con otros poderes públicos.²⁰⁷

En ese sentido destacan ejemplos como las medidas cautelares para magistrados de la Corte Suprema de Colombia;²⁰⁸ las tensiones entre la Sala Criminal de la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad de Guatemala;²⁰⁹ las tensiones entre los poderes legislativo, judicial y ejecutivo en relación con la implementación del

²⁰⁶ PARRA VERA, Óscar, “El impacto de las decisiones interamericanas. notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al ‘empoderamiento institucional’”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014, p. 390.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 393.

²⁰⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, MC 1119/09. Disponible en: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/cap.3c1.09.sp.htm>>.

²⁰⁹ Véase: CORTE IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91; y, Caso Molina Theissen Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 4 de mayo de 2004. Serie C No. 106.

caso Gelman;²¹⁰ o bien, las tensiones entre los ámbitos federal y local.²¹¹ El elemento común subyacente a las experiencias citadas radica en la interacción entre los diversos estados con el Sistema Interamericano en el marco de dinámicas de interacción estratégica entre la intervención internacional interamericana y los órganos estatales nacionales que encontraron resistencia de otros órganos nacionales para la protección de los derechos humanos.²¹²

No puede ignorarse el importante rol que ha asumido el material interamericano en el fortalecimiento de los actores institucionales locales. Estas decisiones interamericanas asumen relevancia en el diálogo interinstitucional local, en el que a través de mecanismos como las reformas constitucionales y legales, así como por el impulso jurisdiccional, se ha transformado la realidad para dar mayor peso al derecho internacional de los derechos humanos.²¹³

3.3.3 *La cuestión indígena*

Históricamente, los derechos humanos, la democracia y el constitucionalismo han sido abordados desde un punto de vista liberal, incluso existen posicionamientos en los que el liberalismo es una noción indisociable de estos conceptos. Sin embargo, existen otras posturas que reconfiguran los fundamentos de estos conceptos, sustituyendo los liberales por otros de corte emancipador.

En América Latina, la región más desigual del mundo, marcada por la violencia, la marginación, la exclusión, la explotación y el déficit representativo en la arena política, estos postulados encontraron un campo fértil para su desarrollo. Así, tenemos que las

²¹⁰ CORTE IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

²¹¹ Véase, entre otros: CORTE IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205; CORTE IDH. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126; o bien: CORTE IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.

²¹² PARRA VERA, Óscar, *op. cit.*, pp. 395-415.

²¹³ *Ibidem*, pp. 419 y 420.

constituciones latinoamericanas cuentan con un alto potencial transformador en lo tocante a las relaciones de poder, el respeto de los derechos humanos y conceptos renovados de democracia.²¹⁴

En los últimos años se ha desarrollado en la región latinoamericana una novedosa forma de aproximarse al constitucionalismo, en la que se toma plena consciencia de las condiciones estructurales e históricas de marginación, desigualdad y exclusión imperantes en las sociedades de los países latinoamericanos, y es conocida como constitucionalismo transformador.

A diferencia del constitucionalismo moderno, históricamente concebido por las élites políticas, cuyas aspiraciones podían resumirse en la construcción de un Estado homogéneo en lo social, determinado en lo territorial y regulado de forma monopólica por un sólo sistema de leyes,²¹⁵ este constitucionalismo transformador, emergente en las últimas décadas en América Latina, se manifiesta como la reivindicación de las luchas y movilizaciones de los excluidos, pues como señala Santos, esta renovación constitucional implica:

[U]n constitucionalismo desde abajo, protagonizado por los excluidos y sus aliados, con el objetivo de expandir el campo de lo político más allá del horizonte liberal, a través de una institucionalidad nueva (plurinacionalidad), una territorialidad nueva (autonomías asimétricas), una legalidad nueva (pluralismo jurídico), un régimen político nuevo (democracia intercultural) y nuevas subjetividades individuales y colectivas (individuos, comunidades, naciones, pueblos, nacionalidades).²¹⁶

²¹⁴ Piénsese por ejemplo en el concepto de democracia comunitaria acuñado en la Constitución ecuatoriana de 2008, y aunque no existe una definición que explique sobre el alcance, los mecanismos y los procedimientos para lograrla, en los estudios en torno al constitucionalismo andino y latinoamericano se ha dicho que a diferencia de la democracia representativa, consistente en una participación puntual, periódica y definida en el acto eleccionario; la comunitaria, en cambio, es permanente. Esta diferencia ha sido resumida de la siguiente forma por Enrique Dussel: el “mandar obedeciendo”, es propio de la comunitaria, mientras que el “mandar mandando” lo es de la representativa.

²¹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa, *op. cit.*, p. 71.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 72. Las cursivas son nuestras.

Ahora bien, existen consenso en que las manifestaciones más acabadas de este fenómeno son las constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009). Además, existen voces, como la de Rainer Grote, que sostienen que un ejemplo primigenio de este fenómeno es la Constitución mexicana de 1917, ya que es un texto con gran atractivo popular y con un fuerte contenido social.²¹⁷

Sin embargo, desde nuestro punto de vista la Constitución mexicana puede ser considerada más bien como una manifestación embrionaria, pues si bien cubrió íntegramente algunos rasgos propios del constitucionalismo transformador, tales como la participación popular en la creación de la Constitución, contenidos enfocados en la igualdad social, la rehabilitación del Estado y en los derechos sociales,²¹⁸ dejó de lado un aspecto fundamental en la transformación de las sociedades latinoamericanas, y que es fundamental en el desarrollo de las dos experiencias más exitosas del constitucionalismo transformador latinoamericano: la cuestión indígena.²¹⁹

En el caso mexicano no se continúa con un proceso integral de transformación constitucional sino hasta el año 2001 con las reformas a los artículos 1º, 2º, 4º, 18 y 115 del texto constitucional, con las cuales se dieron pasos hacia adelante en lo relacionado con la libre determinación y la consolidación de una interculturalidad.²²⁰

²¹⁷ GROTE, Rainer, “La Constitución mexicana de 1917, ¿Un ejemplo temprano de constitucionalismo transformativo?”, en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Influencia extranjera y trascendencia internacional. Derecho comparado. Primera parte*, México, Senado de la República-LXIII Legislatura, Secretaría de Cultura, INEHRM, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. 81.

²¹⁸ *Ibidem*, pp. 97-101.

²¹⁹ Y es que como pone de relieve Bartolomé Clavero: “La Revolución Mexicana no fue muy generosa en el campo constitucional con quienes, como buena parte de la población indígena, habían tenido, por resistencia o por beligerancia, una participación decisiva en su triunfo. Lo dicho sobre el artículo de la propiedad es lo único que en su consideración se registra en la Constitución de 1917”. Véase: “Prólogo”, en López Bárcenas, Francisco, *Legislación y derechos indígenas en México*, México, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Cámara de Diputados-LXI Legislatura, 2010, p. 14. Por otra parte, como sostiene el propio Clavero, en América Latina, la relación entre cuestión indígena y constitucionalismo ha sido desafortunada, pues dicha cuestión ha sido abordada a través de las políticas sociales y no desde el constitucionalismo, lo que ocasiona una invisibilización de un problema estructural. Véase: CLAVERO, Bartolomé, *Constitucionalismo Latinoamericano...*, *cit.*, p. 15.

²²⁰ CLAVERO, Bartolomé, *Geografía jurídica de América Latina. Pueblos indígenas entre constituciones mestizas*, México, Siglo XXI, 2008, pp. 208-215.

El derecho internacional, particularmente en sus relaciones con los derechos nacionales, asume un papel fundamental en la construcción de un constitucionalismo transformador en América Latina. Incluso, existen voces, como la de Armin von Bogdandy, que sostienen que el derecho puede tener un potencial emancipador si se vale de la interacción entre las normas e instituciones internacionales y las nacionales, pues considera que, si bien el espacio estatal es una figura central en un nuevo derecho público, resulta insuficiente para la protección de los derechos humanos, el Estado de derecho y de la democracia. Por ello, es necesario consolidar un Estado abierto al orden jurídico e institucional internacional a través del diálogo, que derive en la inclusión de los sectores históricamente marginados, en el marco de un pluralismo jurídico consistente en el reconocimiento del valor, importancia e interdependencia entre los órdenes jurídicos supranacional, internacional y estatal.²²¹

Ahora bien, el derecho internacional ha sido un escenario para la protección de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, y podemos mencionar diversos acontecimientos trascendentes para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, tales como la adopción del Convenio 169 de la OIT o de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y que si bien esta última no representa una gran innovación al no establecer ningún nuevo derecho que no estuviera contemplado en otros ordenamientos, su valor lo constituye la claridad respecto de cómo se relacionan los derechos de los pueblos indígenas con sus condiciones de vida, por lo que funciona como un mapa de acción para los Estados al momento de implementar políticas en derechos humanos.²²²

Además de estos ordenamientos específicos, otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos son de gran valor en tanto que reconocen a los

²²¹ VON BOGDANDY, Armin, “*Ius constitutionale commune latinoamericanum...*”, *cit.*, pp. 8-21.

²²² STAVENHAGEN, Rodolfo, “Los derechos de los pueblos indígenas: desafíos y problemas”, *Revista IIDH*, San José, vol. 48, julio-diciembre de 2008, pp. 257 y 258.

pueblos indígenas todos los derechos individuales universales,²²³ pero por otra parte, como señala Rodolfo Stavenhagen, derivado de los diversos instrumentos del orden jurídico internacional, existen ciertos derechos específicos cuya titularidad únicamente corresponde a estos grupos, como por ejemplo, los derechos de libre determinación o los derechos sobre la tierra, los territorios y los recursos naturales.²²⁴

En suma, el constitucionalismo transformador es una corriente que renueva los contenidos del constitucionalismo liberal, a través de la inversión de las posiciones de poder de los sectores dominantes y los históricamente marginados y excluidos del juego político, quienes conducen una actividad refundadora del Estado y las instituciones. Su sustrato de derecho positivo se integra por las constituciones nacionales, en las cuales se plasman contenidos enfocados básicamente a la inclusión y la participación popular, así como por los diversos instrumentos internacionales que de forma general o particular están enfocados a la protección de los derechos de los sectores excluidos.

Aunque este trabajo pretende una perspectiva latinoamericanista, rebasaría su límites realizar un mapeo integral de la regulación constitucional de los derechos de los pueblos indígenas en todos los países de la región, por ello, nos enfocaremos únicamente en la experiencia de México.²²⁵

En el caso mexicano, la primera atención constitucional de diversas problemáticas derivadas de la cuestión indígena se dio hasta el año de 1992, la cual consistió en el reconocimiento pluricultural de la nación mexicana, en la protección del desarrollo de

²²³ Esto no quiere decir que se ignoren las condiciones estructurales e históricas de exclusión de las cuales han sido víctimas estos pueblos, lo cual pudiera derivar en una ineficacia en el ejercicio de sus derechos, pues como sostiene Stavenhagen: “[L]os pueblos indígenas reconocen que su inserción en la estructura y la práctica de los derechos humanos está basada en un acceso diferenciado y desigual a los mismos. Esto, a su vez, puede ser el resultado de distintos factores, tales como la ineficacia de los mecanismos de implementación de los derechos humanos, la insuficiencia de políticas en materia de derechos humanos, los obstáculos que enfrentan los pueblos indígenas cuando quieren ejercer sus derechos o las diferentes formas de discriminación que siguen sufriendo en todo el mundo”. Véase: *Ibidem*, pp. 258 y 259.

²²⁴ *Ibidem*, pp. 263-366.

²²⁵ Una revisión a los reconocimientos de los derechos de los pueblos indígenas en otros países latinoamericanos como Panamá, Guatemala, Nicaragua, Brasil, Colombia, Paraguay y Perú puede encontrarse en: CLAVERO, Bartolomé, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México, Siglo XXI, 2009, pp. 181-192.

las lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas de organización social y de la integridad de las tierras de los pueblos indígenas.²²⁶

Posteriormente, en el año 2001, derivado de los Acuerdos sobre Derechos y Cultura Indígena, también conocidos como Acuerdos de San Andrés,²²⁷ la comisión encargada para la pacificación de la grave discordia suscitada por los enfrentamientos entre el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) y el gobierno en el año de 1996, propuso una reforma constitucional que en un principio fue aceptada por los rebeldes, pero rechazada por el gobierno. Sin embargo, fue hasta finales del año 2000, cuando la alternancia política marcada por la derrota electoral del Partido Revolucionario Institucional y el ascenso al gobierno del Partido Acción Nacional, cuando se envió al Congreso de la Unión.²²⁸

En esta una nueva reforma constitucional de más amplio calado que la de 2001, dentro de las novedades introducidas al texto constitucional, destaca, entre todas, la relacionada con el reconocimiento y garantía del derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación. Cabe destacar que esta reforma significó que México fuera el primer país de toda América Latina que consagrara este derecho en su texto constitucional.²²⁹

Asimismo, se plasmaron otras novedades como el establecimiento de la indivisibilidad de la nación mexicana, la prohibición de la discriminación, como los sujetos titulares de derechos (pueblos y comunidades indígenas, los individuos que las integran y cualquier comunidad que se asemeje a ellas), la facultad a cargo de las entidades federativas de reglamentar en sus normas internas el reconocimiento de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.

²²⁶ STAVENHAGEN, Rodolfo, *op. cit.*, p. 189.

²²⁷ Estos acuerdos tienen una naturaleza dual, pues por una parte son el resultado de una larga negociación entre el Gobierno Federal y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional, y por otra, funcionan también como directrices que marcarían las futuras negociaciones para alcanzar la así llamada “paz digna”. Véase: COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Los problemas del derecho indígena en México*, México, CNDH, 2002, p. 9.

²²⁸ LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, *Legislación y derechos indígenas en México*, México, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Cámara de Diputados-LXI Legislatura, 2010, p. 50.

²²⁹ CLAVERO, Bartolomé, “Prólogo”, *cit.*, p. 19.

Como planteábamos en las líneas introductorias de este trabajo, la noción de derechos humanos asume un cariz estructuralmente distinto si se atiende a aquellos de los cuales son titulares los sectores marginados y excluidos, como por ejemplo los pueblos y comunidades indígenas. Pues en este caso, lejos de atender a categorías propias de la tradición liberal, es pertinente abordarlos con conceptos que cuenten con un potencial emancipador y transformador.

Y es que en el caso puntual de América Latina, el reconocimiento de estas categorías puede ser abordado desde la asunción de una multiculturalidad en las sociedades, lo que implicará una nueva forma de entender los derechos humanos, pues en una sociedad multicultural se tiene plena consciencia del otro, del excluido y marginado. Una forma muy alejada y distinta de la perspectiva liberal.

Una herramienta fundamental para alcanzar estas perspectivas renovadas es el diálogo en igualdad de condiciones entre las culturas, que puede derivar en un enriquecimiento mutuo. Sólo con base en los ejercicios dialógicos interculturales puede alcanzarse la utopía constitucional de un verdadero ejercicio limitado del poder y plena garantía de los derechos en los Estados pluriculturales como los latinoamericanos.²³⁰

3.3.4 Exclusión, pobreza y desigualdad

El ICCAL como enfoque transformador del derecho en la región, apunta a la superación de las condiciones sociales y políticas para hacer efectiva la democracia, el Estado de derecho y la protección de los derechos humanos. Para ello, debe hacer frente a

²³⁰ Sobre estos elementos, existen voces críticas como la de López Bárcenas. Por ejemplo, en lo relativo al carácter indivisible de la nación, este autor sostiene que dicha disposición constitucional guarda una fuerte carga de prejuicios, pues sostiene que si por nación se entiende al Estado nacional, resulta evidente para los pueblos indígenas es único indivisible pues ninguno de ellos se ha propuesto fraccionarlo. Respecto de la prohibición de la discriminación, se dice que el texto constitucional resulta ambiguo y que la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación racial ofrece una definición más clara y específica. Por lo que hace a la titularidad de los derechos se refiere que, igualmente, el texto constitucional resulta ambiguo sobre los sujetos titulares. Finalmente, respecto de la reglamentación estatal, este autor sostiene que esto puede resultar perjudicial, pues coarta la posibilidad de crear reglas generales y claras que unifiquen la forma en que se diseñará una nueva relación entre los pueblos y comunidades indígenas, el estado y la sociedad. Véase: *op. cit.*, pp. 51-58.

cuestiones sociales muy delicadas como la igualdad o la redistribución. Esta problemática se identifica con el concepto de exclusión, que facilita la comprensión de situaciones en las que amplios grupos sociales son ignoradas por el sistema político, económico o legal.²³¹

Ha sido por demás explorada la marcada desigualdad y pobreza en América Latina y el Caribe; se cuentan por decenas los estudios académicos, informes de organismos internacionales o de organizaciones no gubernamentales que dan cuenta de esta lacerante realidad. Asimismo, muchos de los textos constitucionales e instrumentos internacionales de la región identifican a los grupos desfavorecidos que sufren esta situación de desigualdad, incluso, estos ordenamientos reconocen que esta situación de carácter estructural difícilmente podrá ser combatida con acciones individuales, sino que se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras. En ese sentido, pueden encontrarse diversas tendencias en la jurisprudencia de los tribunales de la región, impulsadas por el elemento interamericano, que hacen frente a esta situación a partir de un enfoque de desigualdad estructural.²³²

Al respecto, Clérico, Ronconi y Aldao advierten cinco categorías sospechosas²³³ presentes en el desarrollo jurisprudencial nacional e internacional, sobre las cuales se ha intentado avanzar por esta vía en el mejoramiento de estas condiciones : i) nacionalidad

²³¹ VON BOGDANDY, Armin, “*Ius Constitutionale Commune...*”, *cit.*, p. 9.

²³² CLÉRICO, Laura *et al.*, “Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no discriminación, la no dominación y la redistribución y el reconocimiento”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, pp. 22 y 23.

²³³ Sobre esta noción, véase: TREACY, Guillermo F., “Categorías sospechosas y control de constitucionalidad”, *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, núm. 89, 2011, pp. 181-216.

y migrantes;²³⁴ ii) etnia;²³⁵ iii) edad;²³⁶ iv) discapacidad;²³⁷ v) orientación sexual;²³⁸ y, vi) pobreza.²³⁹

Las tendencias jurisprudenciales sobre estos fenómenos develan que dentro del imaginario jurídico regional está fuertemente arraigada la concepción de igualdad como no discriminación, pero no puede negarse que el desarrollo jurídico de estas problemáticas tiende hacia la emancipación, y aunque el derecho puede llegar a ser insuficiente para enfrentar condiciones tan profundas, no puede negarse el potencial transformador del mismo.²⁴⁰

3.4 La estatalidad abierta como medio y fin

Algunas de las características fundantes del ICCAL, tanto en su vertiente de discurso y proyecto académico como en su faceta operativa de derecho positivo, son la ductilidad y su permanente dinamismo. Esto puede apreciarse en el funcionamiento de los conceptos y valores principales del ICCAL, a saber: la estatalidad abierta. Como ya hemos, señalado líneas arriba, esta idea funge como uno de los objetivos principales de la articulación normativa supranacional e internacional en los ordenamientos de la región,

²³⁴ Por ejemplo: CORTE IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 130, párr. 240.

²³⁵ Entre otros, véase: CORTE IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C, núm. 279.

²³⁶ Principalmente véase: CORTE IDH. Caso Villagrán Morales y Otros (“Niños de la Calle”) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C, núm. 77.

²³⁷ CORTE IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298.

²³⁸ Corte IDH. Caso Atala Rifo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, núm. 239. Asimismo, véase: PARRA VERA, Óscar y HUBER, Florian, “Orientación sexual, derechos de las niñas y los niños y no discriminación: comentarios al caso *Atala Riffo y niñas*”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law-IMDPC, 2012, pp. 167 y ss.

²³⁹ CLÉRICO, Laura *et al.*, *op. cit.*, pp. 35-88.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 95.

sin embargo, es necesario mencionar su doble naturaleza: i) como fin; y, ii) como una noción viva y presente en el sustrato de derecho positivo, que articula los diversos materiales normativos regionales.

La estatalidad abierta puede manifestarse de distintas maneras, desde las materializaciones más nítidas como las cláusulas de apertura al derecho internacional establecidas en los textos constitucionales de finales del siglo pasado y de inicios de este hasta en las construcciones jurisprudenciales que facilitan la incorporación del material normativo internacional en las dinámicas jurídicas nacionales. Las implicaciones de estas cláusulas pueden apreciarse desde dos aristas: i) como instrumento para la incorporación de los derechos establecidos en el orden jurídico internacional; y, ii) como mecanismo de regulación de la participación estatal en la integración normativa.²⁴¹

²⁴¹ MORALES ANTONIAZZI, Mariela, Voz “Estatalidad abierta”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.*, (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 657.

4. ELEMENTOS QUE CONFORMAN EL ICCAL. SU POTENCIAL TRANSFORMADOR

Ya que hemos descrito la naturaleza, orígenes e impulsos para el ICCAL, en este capítulo nos centraremos en aspectos como el sustrato de derecho positivo del proyecto (compuesto por el material constitucional e internacional), así como en la importancia del rol nomogénico y transformador de la jurisprudencia interamericana y nacional. La finalidad que se persigue en este capítulo es ahondar en las consideraciones conceptuales y analíticas del ICCAL y poner de relieve su valor en el devenir jurídico positivo, más allá de las consideraciones teóricas y académicas.

4.1 El sustrato de derecho positivo

El proyecto ICCAL progresivamente se ha posicionado como un fenómeno con desarrollo y cumplimiento normativo, aterrizado en el derecho positivo, tanto en el plano nacional como el internacional. En ese sentido, no puede negarse el soporte y efectos que estos postulados han tenido en los ordenamientos nacionales (principalmente en los textos constitucionales y en la jurisprudencia nacional) y en el plano internacional (principalmente en el *corpus iuris* interamericano). Por ello, nuestra tarea en este capítulo, consiste en la exploración de los diversos elementos jurídicos que han resentido la humanización e interamericanización de manera preponderante y más intensa.

4.1.1 Textos constitucionales nacionales

Desde el punto de vista normativo, el ICCAL se vale del impulso del constitucionalismo transformador subyacente en las experiencias de renovación constitucional posteriores a

los regímenes autoritarios y pugna por el cumplimiento efectivo de las promesas principales de dichos ordenamientos. Asimismo, contenidos puntuales como los relacionados con la inclusión, en un marco de democracia constitucional, son relevantes para la construcción e impulso del ICCAL.²⁴²

Dentro de las aportaciones de los textos constituciones destaca el papel de las cláusulas de apertura al derecho internacional. En ese sentido, podemos identificar a estas disposiciones como aquellas que se encuentran enfocadas a la inserción, recepción y tratamiento del derecho internacional de los derechos humanos en los ordenamientos internos de los estados.

León y Wong han señalado que esta dinámica puede ser explicada de dos formas: i) inserción explícita, cuando los ordenamientos constitucionales contemplan expresamente los derechos humanos y les dan un tratamiento constitucional;²⁴³ o bien, ii) una inserción implícita, manifestada principalmente en las cláusulas abiertas. También se ha dicho que la recepción del material normativo internacional puede funcionar con base en cuatro rangos de jerarquización: i) supraconstitucionalización, que implica la supremacía de los tratados sobre la Constitución y determina que la validez del tratado y su vigencia; ii) la constitucionalización propiamente dicha, que implica la declaración del rango constitucional a ciertos documentos internacionales; iii) la subconstitucionalización de primer grado, que significa que los tratados internacionales se subordinan a la Constitución; y, iv) la equiparación legislativa, que implica la nivelación de los tratados internacionales con una ley común.²⁴⁴

²⁴² VON BOGDANDY, Armin *et al.*, “A manera de prefacio. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, pp. 20 y 24.

²⁴³ Entre todas, la experiencia constitucional argentina es la mejor lograda en ese sentido, pues en el artículo 75.2 de dicho ordenamiento se encuentra una enumeración nominal de diversos tratados internacionales que gozan de “supremacía constitucional”. Véase: TORRES LÉPORI, Alejandro, “Los tratados internacionales en la Constitución argentina”, *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, núm. 67-68, 1997, pp. 287 y ss.

²⁴⁴ LEÓN, Carolina y WONG, Víctor A., “Cláusulas de apertura al derecho internacional de los Derechos Humanos: constituciones iberoamericanas”, *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Madrid, vol. 18, núm. 2, 2015, pp. 103 y 104.

Ahora bien, refiriéndonos a los ordenamientos nacionales que han incorporado cláusulas de apertura al derecho internacional podemos destacar experiencias como la de Chile, que con una formulación particular de estos elementos, abre la puerta a la adición de nuevos derechos esenciales que no se encuentren dentro de su articulado. El caso boliviano es igualmente ilustrativo, pues señala de forma lacónica que los derechos establecidos en ese ordenamiento no pueden ser entendidos como negación de otros derechos no enunciados.²⁴⁵

Por otra parte, existen algunas experiencias que a partir de la dignidad humana basan la apertura del ordenamiento nacional. Tales son los casos de Guatemala,²⁴⁶ Paraguay,²⁴⁷

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 106.

²⁴⁶ Art. 44. *Derechos inherentes a la persona humana*. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. Véase: *Idem*.

²⁴⁷ Art. 45. *De los derechos y garantías no enunciados*. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía. Véase: *Ibidem*, p. 107.

Uruguay,²⁴⁸ Colombia,²⁴⁹ Venezuela,²⁵⁰ Perú,²⁵¹ Honduras,²⁵² Panamá²⁵³ y Ecuador.²⁵⁴

Existen otros casos basados en conceptos como los “derechos pertenecientes al pueblo en una democracia”, en “los derechos y garantías de la misma naturaleza que los

²⁴⁸ Art. 72. La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno. Véase: *Ibidem*, p. 108.

²⁴⁹ Art. 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. Véase: *Idem*.

²⁵⁰ Art. 22. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos. Véase: *Ibidem*, p. 109.

²⁵¹ Art. 3.º La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno. Véase: *Ibidem*, p. 111.

²⁵² Art. 63. Las declaraciones, derechos y garantías que enumera esta Constitución no serán entendidos como negación de otras declaraciones, derechos y garantías no especificadas que nacen de la soberanía, de la forma republicana, democrática y representativa de gobierno, y de la dignidad del hombre. Véase: *Idem*.

²⁵³ Art. 17. Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley. Los derechos y garantías que consagra esta Constitución deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona. Véase: *Ibidem*, p. 113.

²⁵⁴ Art. 11.7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento. Véase: *Ibidem*, p. 114.

derechos y garantías fundamentales” o en “la democracia cristiana”; tales son los casos de Puerto Rico,²⁵⁵ República Dominicana²⁵⁶ y Costa Rica.²⁵⁷

Otro tipo de cláusulas constitucionales son igualmente relevantes para la construcción de un derecho común regional, como las relacionadas con la concepción de “América”, “Latinoamérica”, “Centroamérica” o el espacio caribeño. Estas disposiciones están presentes en diversos ordenamientos, como en el caso brasileño, que en su artículo 4o. define como tarea del gobierno federal la integración económica, política, social y cultural de Latinoamérica y señala como objetivo político la creación de una comunidad latinoamericana. Asimismo, destaca el artículo 9 de la Constitución de Colombia, en el que se señala que la política exterior se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe.²⁵⁸

Como se puede advertir, el material constitucional disponible para construir un derecho común en América Latina es contundente y nutrido, tanto por la vía de la apertura al orden jurídico internacional como por el impulso propiamente nacional. Desde luego no puede dejarse de lado el desarrollo político necesario para tales fines, que aunque deficiente en la mayoría de los casos, consideramos que la base jurídica para tales efectos existe y bastará con la asunción de dichos posicionamientos políticos para consolidar la integración jurídica latinoamericana.

4.1.2 Derechos humanos contenidos en tratados internacionales

²⁵⁵ Art. 2, sección 19. La enumeración de derechos que antecede no se entenderá en forma restrictiva ni supone la exclusión de otros derechos pertenecientes al pueblo en una democracia y no mencionados específicamente. Tampoco se entenderá como restrictiva de la facultad de la Asamblea Legislativa para aprobar leyes en protección de la vida, la salud y el bienestar del pueblo. Véase: *Ibidem*, p. 114.

²⁵⁶ Art. 74. Principios de reglamentación e interpretación. La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la presente Constitución se rigen por los principios siguientes: 1) No tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza. Véase: *Ibidem*, pp. 114 y 115.

²⁵⁷ Art. 74. Los derechos y beneficios a que este capítulo se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional. Véase: *Ibidem*, p. 116.

²⁵⁸ HÄBERLE, Peter, *op. cit.*, pp. 24 y 25.

Como ya hemos mencionado, uno de los aspectos articuladores principales de todo el proyecto ICCAL es el relacionado con el elemento internacional. En ese sentido, destaca el rol que asume la CADH y el gran cúmulo de material normativo interamericano, integrado principalmente por el Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Carta Democrática Interamericana y la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión y por los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.²⁵⁹

Ahora bien, lejos de ignorar el valor intrínseco del formante normativo propiamente internacional, sí es digno de destacar el desarrollo y tratamiento que se le ha dado a este en el plano nacional. Al respecto, es indudable la importancia que tuvo el movimiento generalizado de reformas constitucionales en América Latina desde mediados de los ochenta, y particularmente en los años noventa, a través de los cuales, los ordenamientos constitucionales ampliaron el material normativo en favor de las personas. Esta incorporación del derecho interamericano implicó un mejoramiento de la dinámica institucional de los sistemas democráticos.²⁶⁰

Aunque no puede hablarse en los términos más optimistas de una apertura o internacionalización íntegra a lo largo y ancho de la región, pues existen ordenamientos nacionales que permanecen intactos, vale la pena destacar el rol nomogénico y activo de sectores como la abogacía, las personas defensoras de derecho humanos, la función gubernamental y demás actores que son fundamentales para dotar de eficacia a los

²⁵⁹ STEINER, Christian y URIBE, Patricia, “Introducción general”, en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung-Themis, 2014, p. 6.

²⁶⁰ *Ibidem*, p.9.

estándares internacionales y regionales en materia de derechos humanos en el ámbito doméstico.²⁶¹

Ahora bien, sobre el formante normativo internacional, Acosta Alvarado ha sugerido una clasificación para presentar dicho material. En ese sentido, destaca las siguientes clases de normas: i) los principios de funcionamiento del sistema; ii) las normas sobre obligaciones generales de los Estados; iii) las relativas a los derechos de las personas; iv) las relacionadas con la interpretación; y, v) las disposiciones respecto de las sentencias, su obligatoriedad y cumplimiento.²⁶²

Por lo que hace a la primera categoría, Acosta alude al principio de subsidiariedad del funcionamiento del Sistema Interamericano, establecido en el preámbulo de la CADH, en el que se señala que el Sistema ejerce una protección coadyuvante y complementaria a la establecida en los regímenes constitucionales domésticos. Además, cabe destacar la obligación de respetar los derechos previstos en dicho tratado internacional así como la de adaptar el ordenamiento nacional para tal efecto. Así las cosas, con la finalidad de cumplir con las obligaciones contraídas en la CADH y para evitar la activación del mecanismo internacional, los órdenes jurídicos nacionales deben seguir los lineamientos interamericanos respecto del acceso a la justicia.²⁶³

Respecto de la segunda categoría de normas propuesta por Acosta se encuentran los artículos 1.1 y 2 de la CADH, los cuales contienen importantes obligaciones de protección de los derechos, cuya trascendencia ha sido tildada como “el corazón normativo” de la red de protección internacional de los derechos. En ese sentido, retomamos lo señalado por esta autora respecto del artículo 1.1:

Gracias a esta disposición, los Estados y en consecuencia todos sus agentes, están obligados a reconocer y proteger los derechos contemplados en la Convención en los términos previstos en ella, términos que no se limitan a la redacción de dicho

²⁶¹ *Idem.*

²⁶² ACOSTA ALVARADO, Paola A., *op. cit.*, p. 50.

²⁶³ *Ibidem*, p. 51.

instrumento internacional sino que se construyen, también, desde la propia jurisprudencia interamericana.²⁶⁴

Por lo que hace al artículo 2, el cual prevé la obligación general de adaptación del derecho interno, consistente en que los Estados deben ajustar su orden jurídico nacional para cumplir con el objetivo de protección del SIDH. Esta obligación tiene alcances como el deber de derogar todas las normas internas que contravengan el orden interamericano, de emitir las normas que complementen la consecución de sus cometidos, así como el deber de ceñir el comportamiento de los agentes estatales y sus estructuras, al servicio del SIDH. Con base en esta norma, señala Acosta, la judicatura interamericana ha podido influir en la reconfiguración de los ordenamientos nacionales en favor de la protección de los derechos.²⁶⁵

²⁶⁴ Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Véase: *Ibidem*, p. 52.

²⁶⁵ Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Véase: *Ibidem*, p. 53. Asimismo, resulta ilustrativo lo señalado por la Corte IDH en el Caso La Cantuta Vs. Perú en el párrafo 172: “Ciertamente el artículo 2 de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta. Por ello, la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”. Véase: CORTE IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, no. 162, párr. 172.

La tercera categoría normativa contiene los artículos 8²⁶⁶ y 25²⁶⁷ de la CADH, que determinan el fundamento y contenido del acceso a la justicia en el foro interamericano, que puede ser definido como:

²⁶⁶ Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada
 - c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

²⁶⁷ Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene un derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en funciones de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
 - a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión que se haya estimado procedente el recurso.

El derecho que tiene todo individuo a accionar los recursos necesarios para la tutela de sus derechos y la solución de sus controversias, así como para la sanción de los delitos; persiguiendo con ello una respuesta acorde a derecho y ejecutable, obtenida en plazo razonable, ante un órgano competente independiente e imparcial luego de tramitar un proceso con las debidas garantías que aseguren tanto la defensa como la igualdad de condiciones entre las partes que participen en él. Este derecho incluye también la posibilidad de defensa motivada por el propio individuo.²⁶⁸

La efectividad de este derecho, a decir de Acosta Alvarado, está fuertemente entrelazada con la aptitud del desempeño judicial, aspecto que en la mayoría de las ocasiones necesita una articulación normativa, institucional y procesal, así como de la labor jurisdiccional conforme a los parámetros interamericanos. Por ello, el ejercicio de armonización es vital para el cumplimiento de los artículos 8 y 25 para respetar el principio de subsidiariedad.²⁶⁹

Con relación a la cuarta categoría normativa propuesta por Acosta, tocante a las normas sobre interpretación, se ha dicho que conforme a lo establecido por el artículo 29 de la Convención,²⁷⁰ los operadores jurídicos nacionales y regionales deben actuar

²⁶⁸ ACOSTA ALVARADO, Paola A., *op. cit.*, p. 55. En páginas anteriores de este trabajo nos hemos pronunciado sobre el valor y trascendencia de elementos como el juicio de amparo en el formante constitucional latinoamericano. Sin embargo, cabe hacer referencia a los posicionamientos críticos hacia esta figura con relación a su incompetencia para la satisfacción de los mandatos interamericanos respecto del “recurso efectivo”, particularmente por cuanto hace a su accesibilidad. Véase: POU GIMÉNEZ, Francisca, “El nuevo amparo mexicano y la protección de los derechos: ¿ni tan nuevo ni tan protector?”, *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago de Chile, núm.10, 2014, pp. 91-103.

²⁶⁹ ACOSTA ALVARADO, Paola A., *op. cit.*, p. 55.

²⁷⁰ Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

conforme a la regla del efecto útil de los tratados internacionales, pues con base en esta norma, la judicatura interamericana se ha servido del *corpus iuris* internacional para determinar el contenido de los derechos previstos en la CADH de la mano de una diversidad de normas nacionales e internacionales que deriven la interpretación más favorable. Así, cualquiera que sea el origen de la interpretación más favorable, la judicatura regional y nacional debe ajustarse conforme a ella. Estamos pues, ante el fundamento de los mayores avances jurisprudenciales de la red de protección multinivel de los derechos y del catalizador para el acoplamiento jurisprudencial nacional e internacional.²⁷¹

Finalmente, la quinta y última categoría normativa propuesta por Acosta está relacionada con el contenido de las reparaciones, la obligatoriedad de los pronunciamientos interamericanos y la supervisión de su cumplimiento. Al respecto se ha dicho que a partir del artículo 63 de la CADH,²⁷² la judicatura regional ha construido una nutrida jurisprudencia respecto de las reparaciones por demás interesante y variada, tales como las indemnizaciones, las medidas de restitución, rehabilitación y garantías de no repetición. En ese sentido, Acosta señala como ejemplos notables los casos en los que el juez regional condenó a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones por las que se condenó a un Estado y se motivó la reapertura de los procesos judiciales. Así, las judicaturas nacionales han podido hacer frente a la reapertura de

²⁷¹ ACOSTA ALVARADO, Paola A., *op. cit.*, pp. 56 y 57. Sobre la labor interpretativa complementaria entre el material normativo internacional general y el interamericano, véase: ESTRADA ADÁN, Guillermo E., *La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: una revisión desde la fragmentación del derecho internacional*, México, CNDH, 2016, pp. 36 y ss.

²⁷² Artículo 63

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.
2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

procesos en torno a las violaciones de derechos humanos superando obstáculos como las leyes de amnistías o normas sobre caducidad o prescripción.²⁷³

Estos esfuerzos en torno a las reparaciones son reforzados por el mecanismo de supervisión del cumplimiento de sus sentencias que, establecido en el artículo 69 del Reglamento de la Corte IDH,²⁷⁴ se ha convertido en un auténtico escenario de dialogo entre los jueces regionales y los nacionales, pues en su desarrollo los representantes del Estado dan a conocer al tribunal interamericano, los obstáculos para el cumplimiento de la condena.²⁷⁵

4.1.3 *Jurisprudencia nacional*

Una de las bisagras más importantes para la interacción e hibridación del derecho internacional y el derecho interno la constituye la jurisprudencia nacional a partir de una dinámica dialógica. En ese sentido, ha señalado Brito que el diálogo entre la Corte IDH

²⁷³ ACOSTA ALVARADO, Paola A., *op. cit.*, p. 58. Sobre la dinámica jurisprudencial interamericana en torno a la superación de obstáculos como las amnistías para dotar de eficacia a las garantías de los derechos humanos, véase: BINDER, Christina, “¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, t. II, pp.159 y ss.

²⁷⁴ Artículo 69. Supervisión de cumplimiento de sentencias y otras decisiones del Tribunal

1. La supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes. La Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes.
2. La Corte podrá requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, que permitan apreciar el cumplimiento. Para los mismos efectos podrá también requerir los peritajes e informes que considere oportunos.
3. Cuando lo considere pertinente, el Tribunal podrá convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y en ésta escuchará el parecer de la Comisión.
4. Una vez que el Tribunal cuente con la información pertinente, determinará el estado del cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime pertinentes.
5. Estas disposiciones se aplican también para casos no sometidos por la Comisión.

²⁷⁵ ACOSTA ALVARADO, Paola A., *op. cit.*, p. 59. Sobre este importante mecanismo de supervisión de cumplimiento de sentencias, por todos, véase: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Eficacia de la sentencia...”, *cit.*, pp. 617-671.

y las jurisdicciones nacionales en la actualidad ha avanzado progresivamente, a pesar de las reticencias provocadas por factores gnoseológicos de desinformación, psicológicos o de inadapatación e incomprensión. Por ello, al día en que se escribe esto, podemos afirmar contundentemente que estas dinámicas de dialogo y fortalecimiento jurisdiccional mutuo han desembocado en la evolución de un derecho común latinoamericano.²⁷⁶

Este fenómeno tuvo como primeras manifestaciones aquel que se da entre tribunales constitucionales, es decir, una suerte de diálogo horizontal. En México, data por primera vez por lo menos de la década pasada,²⁷⁷ y representa, aunque en un menor grado, una manifestación de estatalidad abierta, pues el hecho de que un juez, al resolver un caso, contemple en su abanico de posibles resoluciones, una opción extranjera, implica cierto abandono de la idea de las opciones nacionales como única fuente del derecho.

Por otra parte, el dialogo que se da entre un tribunal internacional, como la Corte IDH, y los tribunales constitucionales nacionales, representa un mayor grado de acercamiento al nuevo derecho público. Y en ese sentido, resultan interesantes las consideraciones de Rodrigo Brito cuando señala que: “La idea de dejar de lado planteamientos estrictamente jerárquicos es fundamental en la noción de diálogo y presupone la existencia de un sistema que no está unificado en un ordenamiento bajo una Constitución, sino integrado por una estructura múltiple en distintos niveles y basada en un pluralismo constitucional”.²⁷⁸

Desde luego estas nuevas relaciones entre los agentes jurisdiccionales nacionales e internacionales acarrea importantes polémicas y debates, principalmente en lo relacionado con las dinámicas jerárquicas entre los ordenes jurídicos. Al respecto, señala Sagüés, que estamos ante una nueva etapa del derecho de los derechos humanos, en la cual se reconoce la primacía del bien común internacional sobre el bien común nacional y se despoja de diversos parásitos y protuberancias al concepto de soberanía.

²⁷⁶ BRITO MELGAREJO, Rodrigo, *Diálogo jurisprudencial y protección de los derechos humanos*, México, CNDH, 2016, p. 34.

²⁷⁷ El primer antecedente data del año 2006. En él, un ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación hizo referencia al diálogo judicial. Véase BRITO MELGAREJO, Rodrigo, “El diálogo entre las cortes constitucionales”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, tomo LVIII, núm. 249, enero-junio de 2008, p. 83.

²⁷⁸ BRITO MELGAREJO, Rodrigo, *Diálogo jurisprudencial y...*, *cit.*, p. 16.

Asimismo, resulta innegable la existencia de un Estado constitucional y convencional y la presencia de una Constitución convencionalizada.²⁷⁹

Por otra parte, un rol fundamental de la jurisprudencia nacional respecto de la construcción del ICCAL es el relacionado con el cumplimiento de las sentencias interamericanas. En el caso mexicano por ejemplo, destaca la resolución del expediente “Varios” 912/2010, considerado como una de las más importantes para el orden jurídico mexicano en los más de 100 años de vigencia de la Constitución de Querétaro. Señala Herrera que, a partir de este acontecimiento, emergió la convicción por parte de la Suprema Corte de interrumpir y modificar un modelo judicial en torno al control de los actos del poder público y de la protección de los derechos humanos ante los tribunales.²⁸⁰

La intervención de la Suprema Corte en la recepción y tratamiento de la sentencia interamericana no era obligatoria, pues en este caso (Radilla Pacheco) el tribunal interamericano no analizó ninguna actuación de la Corte mexicana y tampoco determinó alguna obligación atribuible a dicho órgano jurisdiccional. Sin embargo, el tribunal mexicano consideró que el ordenamiento procesal contenía los elementos normativos suficientes para justificar su competencia e involucrarse en la implementación y cumplimiento de la condena.²⁸¹

4.1.4 Jurisprudencia interamericana

²⁷⁹ SAGÜÉS, Néstor P., “¿Puede válidamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos obligar a que una Corte Suprema Nacional deje sin efecto una sentencia suya?”, en Ferrer MacGregor, Eduardo y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 833 y 834.

²⁸⁰ HERRERA GARCÍA, Alfonso, “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado mexicano. El papel de la Suprema Corte en la búsqueda de su cumplimiento”, en Bazán, Víctor y Fuchs, Marie-Christine (eds.) *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Ejecución, nivel de cumplimiento e implementación de sentencias de tribunales constitucionales y cortes supremas en la región*, Tirant lo blanch-Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, núm. 8, 2020, p. 203.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 204.

El formante jurisprudencial interamericano, construido en los cuarenta años de vida de la Corte IDH, es bastante rico en una diversidad de temas, desde la desaparición forzada, detenciones ilegales y arbitrarias, ejecuciones extrajudiciales, tortura, pena de muerte, hasta, de forma más reciente, a la violencia de género, justicia penal, debido proceso, libertad de expresión, migraciones, derechos de los pueblos indígenas y muchos más. Estos desarrollos han nutrido el derecho interamericano, con base en la interpretación de la CADH y el *corpus iuris* interamericano.²⁸²

A partir de las motivaciones principales de los tratados de derechos humanos, como lo es la construcción de un orden público común, la Corte IDH en sus labores de interpretación del material interamericano ha señalado que la finalidad de estos tratados está en la garantía y goce los derechos y libertades del ser humano y no tanto en buscar un equilibrio de intereses entre Estados. En ese sentido, la Corte ha señalado que con base en el deber de garantía de los derechos humanos, los Estados están obligados a organizar el aparato gubernamental y todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.²⁸³

Sentadas las bases a partir de las cuales funciona el devenir jurisprudencial interamericano, podemos destacar algunas aportaciones relevantes de la Corte IDH. Al respecto, uno de los temas principales presentes en el material jurisprudencial es la reparación integral. Y es que desde las primeras sentencias, la Corte ha sido un tribunal pionero en la promoción y aseguramiento de la reparación integral a las víctimas de violaciones de derechos humanos. Estas reparaciones pueden ser agrupadas dentro de seis categorías: i) restitución; ii) rehabilitación; iii) satisfacción; iv) investigación de los hechos y sanción si corresponde; v) indemnización; y, vi) garantías de no repetición.²⁸⁴

²⁸² SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo, “40 años cambiando realidades. Una mirada al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, México, Max Planck Institute for Comparative Public Law-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019, p. 552.

²⁸³ CORTE IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párr. 166. Véase: *Ibidem*, p. 555.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 558.

No puede negarse el valor de estas reparaciones, pues a partir de ello, la jurisprudencia interamericana ha tenido lo que Saavedra Alessandri denomina “impacto estructural”. Muestra de esto son las transformaciones en el ámbito estatal suscitadas a partir de las decisiones interamericanas, como lo son las reformas legislativas, la adopción de políticas públicas o la modificación de las prácticas estatales.²⁸⁵

Ahora bien, si nos seguimos centrando en el impacto de la jurisprudencia interamericana como su valor principal, y que a decir de Estrada aunque no constituye una categoría jurídica al día de hoy, sí estamos ante una alternativa adecuada para revisar la influencia de las decisiones jurídicas en un país. En el caso mexicano, por ejemplo, el Poder Judicial ha impulsado en una mayor medida diversas acciones tendientes a la vinculación de las sentencias interamericanas con las autoridades nacionales, lo que ha generado un posicionamiento de este material normativo como un importante centro de gravedad del devenir jurídico nacional.²⁸⁶

En síntesis, el material interamericano constituye un auténtico elemento integrador del orden jurídico, por ello, la reflexión y aportaciones al respecto son una poderosa herramienta de transformación jurídica e institucional. Y además, en la medida en que circulen y se incorporen en los ordenes jurídicos nacionales los contenidos jurisprudenciales interamericanos, estaremos, sin duda alguna, ante la construcción de un auténtico derecho común latinoamericano.

4.2 El sector discursivo del ICCAL

Como ya ha señalado el profesor von Bogdandy, así como muchos términos jurídicos (derecho constitucional, derecho internacional o derecho de familia), la idea de un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina se refiere al derecho positivo y al discurso jurídico sobre el mismo. En ese sentido, este proyecto se basa de forma importante en un discurso común de derecho comparado. Al respecto, uno de los pilares del discurso sobre el ICCAL lo constituye la fundación del Instituto Iberoamericano de Derecho

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 567.

²⁸⁶ ESTRADA ADÁN, Guillermo E., “Reflexiones sobre el...”, *cit.*, p. 110. Sobre las tensiones generadas por el rol protagónico del Poder Judicial en estas cuestiones y los retos que esto significa, véase: MOLINA HERNÁNDEZ, Mario, “Administración pública y...”, *cit.*, pp. 287-299.

Constitucional en el año de 1974 en la Ciudad de Buenos Aires, Argentina, en el contexto de los regímenes autoritarios en la región.²⁸⁷

Asimismo, destaca la iniciativa del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, de la creación del Coloquio Iberoamericano en el año 2004, que ha servido para la reflexión y conceptualización de diversos fenómenos jurídicos en América Latina, particularmente lo relacionado con el constitucionalismo transformador de la región. Esta iniciativa, coordinada por la profesora Mariela Morales Antoniazzi, ha fungido como foro para el intercambio, comparación y contraste de ideas de un nutrido grupo académico con una agenda de investigación común.²⁸⁸

Esta plataforma de trabajo común también ha sido integrada por diversos actores institucionales, como los integrantes de judicaturas constitucionales nacionales, integrantes de la judicatura interamericana, ONG, entre otros. Lo que sin duda ha servido para la trascendencia de los desarrollos de este proyecto del ámbito estrictamente académico al devenir institucional fáctico.

4.3 Las herramientas del ICCAL

Las consideraciones finales de este trabajo estarán encaminadas hacia la reflexión concreta y puntual de las herramientas principales en el ámbito del derecho positivo

²⁸⁷ VON BOGDANDY, Armin *et al.*, “A manera de prefacio...”, *cit.*, pp. 24 y 25.

²⁸⁸ VON BOGDANDY, Armin, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Aclaración ...”, *cit.*, p. 138.

para la construcción del ICCAL. En ese sentido, voces como la de Morales²⁸⁹ o Herrera,²⁹⁰ señalan como tales el diálogo jurisprudencial y el control de convencionalidad. Ya que nos hemos referido a este último concepto al momento de hablar de la jurisprudencia nacional como parte integrante del sustrato de derecho positivo del ICCAL, queda explorar diversas consideraciones sobre el control de convencionalidad y la interpretación conforme, tales como su definición, origen, desarrollo jurisprudencial, características esenciales y fundamento normativo.

4.3.1 *El control de convencionalidad*

La importancia del control de convencionalidad en el derecho público latinoamericano del siglo XXI puede ser tildada de inconmensurable. Podríamos sugerir válidamente que estamos ante una de las figuras neurálgicas que anima la mayor parte del devenir jurídico interamericano. Se trata de una de las construcciones más importantes de la Corte IDH para incrementar el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados que han firmado el Pacto de San José; es una institución jurídica que ha

²⁸⁹ Señala Morales que: “El diálogo jurisdiccional y el control de convencionalidad son herramientas clave para ir consolidando la protección de la democracia y los derechos humanos, que como dijo la Corte IDH en el *Caso Gelman*, tiene un núcleo intangible que no puede vulnerarse ni por las decisiones de las mayorías. El acervo jurisprudencial está destinado no sólo a promover a incentivar avances a nivel doméstico, sino también a evitar retrocesos en los estándares de protección. Las garantías convencionales han sido constitucionalizadas. El *ius constitutionale commune* proveniente del sistema interamericano forma parte del piso o base sobre la cual todos los estados pueden continuar la edificación.” Véase: MORALES ANTONIAZZI, “El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014, p. 299.

²⁹⁰ HERRERA, Juan C., “La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas prácticas”, *cit.*, *passim*.

impulsado la internacionalización de categorías constitucionales a partir de dicotomías de nociones como control difuso-control concentrado de constitucionalidad.²⁹¹

El origen del control de convencionalidad se encuentra en el ánimo de impulsar a las judicaturas nacionales y a las autoridades estatales en su conjunto a que cumplieran con su deber de respetar y garantizar los derechos humanos en su funcionamiento. Y es que como fue definido en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del Caso Gelman, estamos ante una “institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, particularmente “el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia”.²⁹²

La dinámica básica de esta doctrina consiste en interpretar cualquier norma nacional, sin importar su jerarquía, a la luz de la CADH y del *corpus iuris interamericano*, y en el caso de que exista una incompatibilidad entre estas normas, las autoridades nacionales estarán obligadas a abstenerse de aplicar la norma nacional para evitar vulnerar la norma internacional. Este control debe ser ejercido *ex officio*, siempre dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales.

²⁹¹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, México, Max Planck Institute for Comparative Public Law-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019, p. 615.

²⁹² CORTE IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013, cdo. 65. Asimismo, véase: *Ibidem*, p. 616.

Si bien el control de convencionalidad en sede interna ha sido producto de una amplia doctrina jurisprudencial,²⁹³ tuvo su manifestación embrionaria de como lo conocemos hoy día en el caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, en la sentencia del 26 de noviembre de 2016, pues la Corte afirmó:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. *En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*²⁹⁴

Como ya advertíamos, se trata de una primer acercamiento al control de convencionalidad, y se puede evidenciar en la timidez de la Corte IDH, pues lejos de

²⁹³ Sergio García Ramírez refiere como antecedentes jurisprudenciales remotos en los que se menciona el control de convencionalidad en sede interna: Mack Chang Vs. Guatemala (noviembre de 2003), Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú (Aguado Alfaro y otros) (noviembre de 2006) y Vargas Areco Vs. Paraguay (septiembre de 2006). Véase *El control judicial interno de convencionalidad (documento de trabajo)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 16. Incluso, Brewer-Carías ha señalado experiencias como la venezolana en la que se puede constatar la aplicación del derecho convencional en ámbitos como la protección judicial del derecho de amparo con bastante anterioridad a la intensa difusión que se le ha dado en los últimos años. Al respecto, véase: BREWER-CARÍAS, Allan R., *Control de convencionalidad. Marco conceptual, antecedentes, derecho de amparo y derecho administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Olejnik, 2019, pp. 39 y ss.

²⁹⁴ CORTE IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2016. Serie C No. 154, párr. 124. Las cursivas son nuestras.

construir un concepto sólido de control de convencionalidad, sólo hace mención de “una especie” de dicho control.

Para abordar las cuestiones medulares del control difuso de convencionalidad y sus implicaciones en la construcción de un derecho común, es preciso hacer un análisis referido a los sujetos que realizan el control. Según la doctrina, existen dos tipos de control de convencionalidad: i) el que se realiza “desde arriba”, es decir aquel realizado por la Corte IDH como órgano controlante, y ii) el que se realiza “desde abajo”, siendo este el que se realiza en sede nacional, por todas las autoridades.²⁹⁵ Con base en la actuación tanto de las jurisdicciones internas como de la corte IDH, se produce un nuevo entendimiento del Sistema Interamericano al concebirse como un “sistema integrado” de derechos humanos. A partir de este diálogo jurisdiccional se produce una interamericanización de los órdenes domésticos y un *ius commune* como base o piso mínimo sobre la cual los estados deben continuar la edificación jurídica de la protección de los derechos humanos.²⁹⁶

Ahora bien, estos desarrollos no están exentos de encontrar puntos problemáticos para su desenvolvimiento fáctico. En ese sentido, destacan los elementos operativos de su aplicación, como por ejemplo el relacionado con las autoridades obligadas a aplicarlo. Comenzando con las interrogantes respecto de la configuración central o federal de un Estado, sobre las cuales la doctrina jurisprudencial interamericana ha arrojado luz en diversas ocasiones, en la que básicamente se señala que, con base en el derecho internacional, si un Estado es parte de un tratado, todos los órganos en su conjunto se obligan a la luz de sus contenidos.

Asimismo, Quintana Osuna destaca tres discusiones importantes sobre el control de convencionalidad: “a) [E]l origen y el alcance del control de convencionalidad; b) el alcance de las obligaciones precisas que tiene que hacer todo funcionario público dentro del ámbito de sus competencias; y c) sobre qué se ejerce el control o sobre qué se

²⁹⁵ SAGÜÉS, Néstor P., *La interpretación judicial...*, cit., pp. 339 y 340.

²⁹⁶ IBÁÑEZ RIVAS, Juana María, *Control de convencionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-CNDH, 2017, p. 77.

cumple la obligación”.²⁹⁷ Y es que a partir de las diversas sentencias sobre los sujetos obligados a realizar este control, saltan a la luz, invariablemente, diversos cuestionamientos:

¿Pueden de conformidad con sus competencias, inaplicado una norma que consideren inconvencional? ¿Pueden expulsarla del ordenamiento? ¿Pueden determinar que una acción por parte de una autoridad fue contraria al bloque de convencionalidad? ¿Están obligadas todas las autoridades a conocer y aplicar el control de convencionalidad y a realizar un ejercicio hermenéutico?²⁹⁸

Sobre esta problemática pueden encontrarse diversas fases evolutivas en el material jurisprudencial interamericano. En ese sentido destaca la obligación de realizar control de convencionalidad a cargo de: i) el Poder Judicial;²⁹⁹ ii) los órganos del poder Judicial;³⁰⁰ iii) Jueces y órganos vinculados a la Administración de justicia en todos los niveles; iv) cualquier autoridad y no sólo el Poder Judicial; y, v) adecuación de las interpretaciones judiciales y administrativas y de las garantías judiciales conforme a lo establecido por el material normativo interamericano.

Este proceso de convencionalización integral en todas las estructuras estatales, lejos de establecer certezas y parámetros objetivos del ejercicio del control de convencionalidad más allá de los confines jurisdiccionales, en realidad ha provocado incertidumbre respecto de las autoridades, los grados, alcances y efectos concretos de

²⁹⁷ QUINTANA OSUNA, Karla I., *Control de convencionalidad en el derecho interamericano y mexicano. Retos y perspectivas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa-IMDPC, 2019, p. 40.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 41.

²⁹⁹ CORTE IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. En el párrafo 124 la Corte señala que: “En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

³⁰⁰ CORTE IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

dicho control. Piénsese por ejemplo en las implicaciones de esta categoría jurídica en la administración pública, sobre la que se ha señalado que existen diversos derechos, principios y garantías aplicables a todos los procedimientos ante este sector del entramado estatal, tales como el respeto a la dignidad humana, la aplicación del principio pro persona, el derecho a la verdad, la tutela administrativa efectiva, el debido proceso, el principio de eficiencia administrativa, el plazo razonable, entre otros.³⁰¹

Como posible ruta de exploración a estas problemáticas, podemos sugerir la reflexión modélica de dinámicas de control de convencionalidad. El sustrato teórico de esta propuesta obedece a la necesidad señalada por Huerta Ochoa de crear modelos para recrear circunstancias que enfrentan importantes dificultades para desarrollarse por métodos de experimentación debido a su alta complejidad de reproducción.³⁰² Tal es el caso del control de convencionalidad más allá del horizonte jurisdiccional, que presenta importantes rasgos particulares, principalmente en lo relacionado con la inaplicación de nomas o actos inválidos, la discrecionalidad administrativa o la objetividad en su implementación, que se presentan como una constante en la mayoría de los diseños institucionales de los países de la región.³⁰³

A partir de estas aristas distintivas, se advierte la necesidad de encaminar esfuerzos hacia la reflexión y construcción de un modelo de control de convencionalidad en sedes distintas a las jurisdiccionales. Al respecto, uno de los elementos que arroja luz sobre estos aspectos es la fórmula “dentro de sus respectivas competencias” presente en el material jurisprudencial interamericano a partir de la cual se obliga a autoridades distintas al poder judicial a realizar este control. En ese sentido, Castilla dos roles principales de la administración pública relacionados con el control de

³⁰¹ Sobre estas cuestiones nos hemos referido en: MOLINA HERNÁNDEZ, Mario, “Administración pública y control...”, *cit.*, p. 291.

³⁰² HUERTA OCHOA, Carla, *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 4.

³⁰³ MOLINA HERNÁNDEZ, Mario, “Administración pública y control...”, *cit.*, p. 293.

convencionalidad: i) el cumplimiento de sentencias; y, ii) el cumplimiento de obligaciones internacionales primarias.³⁰⁴

Respecto de la primera obligación señalada por Castilla, no existe gran complejidad en ese sentido, pues bastaría con la realización de la actividad concreta a la que se encuentra la autoridad obligada en el cumplimiento de la sentencia que se verifique efectivamente la esencia del control de convencionalidad, a través de la (in)compatibilidad entre los actos y lo establecido en el material interamericano. Respecto del cumplimiento de obligaciones internacionales primarias, el control de convencionalidad se materializa de forma caustítica y concreta en los diversos actos que el Poder Ejecutivo realiza, en los que debe procurar la compatibilidad entre dicho acto y lo establecido por el material interamericano. En ese sentido, si una autoridad ha sido condenada al diseño de una política pública en materia de educación, debe tomar en cuenta los materiales normativos y jurisprudenciales interamericanos.³⁰⁵

Otra visión relevante es la expuesta por Sagüés cuando señala que el control de convencionalidad en sede administrativa puede manifestarse en dos grandes vertientes: i) a través de la emisión de normas por parte del Poder Ejecutivo; y, ii) a través de la aplicación de normas. Por lo que hace a la primer vertiente, señala el profesor Sagüés, ya que el Poder Ejecutivo emite diversas normas, tales como decreto ley, reglamentarios o autónomos en áreas constitucionalmente propias, en dichos actos de emisión normativa, la administración pública debe cuidar la conformidad con el material interamericano y corregir o dejar sin efecto la normativa contraria a los parámetros convencionales.³⁰⁶

En lo relacionado con la segunda vertiente propuesta por Sagüés, puede ser desdoblada en dos distinciones: i) control constructivo de convencionalidad; y, ii) control represivo de convencionalidad. La primera distinción se encuentra íntimamente ligada a la doctrina de la interpretación conforme, pues la sugerencia de un control

³⁰⁴ CASTILLA JUÁREZ, Karlos A., “Control de convencionalidad interamericano: Una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre”, *Revista IIDH*, San José, vol. 64, julio-diciembre de 2016, p. 116. Asimismo: MOLINA HERNÁNDEZ, Mario, “Administración pública y control...”, *cit.*, p. 294.

³⁰⁵ CASTILLA JUÁREZ, Karlos, *op. cit.*, p. 117.

³⁰⁶ SAGÜÉS, Néstor P., “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Bogotá, año XXI, p. 146

constructivo significa que todos los órganos de la administración pública deben hacer funcionar la normatividad aplicable, constitucional y legal, en consonancia con el material interamericano. Así, las autoridades administrativas nacionales están obligadas a elegir, de entre las interpretaciones jurídicas válidas de una norma nacional, aquella que sea compatible con los parámetros internacionales, y en caso de ser necesario deben construir la interpretación adecuada para lograr la compatibilidad entre el derecho doméstico y los estándares internacionales.³⁰⁷

Respecto del control represivo de convencionalidad, como segunda distinción en el ámbito del poder ejecutivo como aplicador de normas, este debe ser aplicado de forma subsidiaria ante un eventual fracaso del control constructivo. Y es justo en esta etapa cuando se advierten las intensas problemáticas, obstáculos y retos del control ejecutivo de convencionalidad, pues a diferencia del control constructivo, en el que si un órgano emisor de normas advertía la inconvencionalidad de una norma podría válidamente inaplicarla, en el caso del control represivo la cuestión se torna mucho más compleja si un órgano subordinado advierte dicha incompatibilidad, no siempre podrá dejarla sin efecto.³⁰⁸

Asimismo, sobre esta discusión, pronunciamientos como los de Fajardo Morales son relevantes, cuando señala que sería común observar que una autoridad administrativa se encuentra ante una norma jurídica que sea violatoria a los derechos humanos, y que para su inaplicación sea necesaria una habilitación del orden jurídico nacional. Sin embargo, esto debería ser considerado como la excepción, mientras que la interpretación conforme, o en términos de Sagüés, el control constructivo, pueda realizarse de forma regular. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que este control represivo debe practicarse atendiendo a las reglas competenciales y procesales de cada caso concreto. Esta problemática se agudiza en aquellos Estados en los que autoridades distintas al Poder Judicial no se encuentran facultadas para declarar la inconstitucionalidad-inconvencionalidad de una norma. A esta dificultad se han sugerido diversas opiniones para desahogar estas complejidades, tales como el otorgamiento de legitimación procesal de los agentes estatales que adviertan la inconvencionalidad de normas que se

³⁰⁷ *Idem*.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 147.

encuentren obligados a aplicar ante alguna instancia decisoria, así como creación de mecanismos internos en la administración pública que deriven en la decisión sobre la aplicación o inaplicación de la norma inconvencional.³⁰⁹

Sin duda, el principal reto en estos temas es la superación o matización de categorías rígidas e inmutables que dificultan la concepción de nuevas formas de entender los procesos de control en diversos ámbitos y bajo diversas dinámicas y lógicas, lo que sin duda representa una gran área de oportunidad para reconfigurar y reestructurar importantes categorías conceptuales del derecho público.³¹⁰

4.3.2 *La interpretación conforme*

Como ha señalado Ferrer Mac-Gregor, la interpretación conforme es una técnica hermenéutica a través de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los contenidos del material normativo internacional, para lograr su mayor eficacia y protección. Una de las apariciones primigenias y más destacadas se encuentra en el artículo 10.2 de la Constitución española en el que se señala que: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.³¹¹

Esta herramienta no debe entenderse como una imposición o primacía del derecho internacional sobre el nacional, sino realmente como un proceso interpretativo de armonización, que puede derivar en dejar de aplicar las normas domésticas, si la norma internacional cubre un radio de protección más amplio, de conformidad con el principio

³⁰⁹ SAGÜÉS, Néstor P., “Notas sobre el control...”, *cit.*, p. 148.

³¹⁰ MOLINA HERNÁNDEZ, Mario, “Administración pública y control...”, *cit.*, p. 296.

³¹¹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell Sánchez, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 358.

pro persona y con la obligación general de respeto de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales.³¹²

En el caso mexicano, la cláusula de interpretación conforme se encuentra plasmada de forma expresa en el segundo párrafo del artículo 1o. del texto constitucional. Para Eduardo Ferrer, es necesario destacar algunas notas características de este concepto: i) los destinatarios de esta cláusula son todos los intérpretes constitucionales; ii) resulta obligatoria en cualquier caso que involucre normas de derechos humanos; iii) el objeto materia de la interpretación conforme no se limita a los derechos humanos contenidos en la Constitución, a los establecidos en el capítulo I del texto constitucional, los contenidos en tratados internacionales de la materia y a las normas sustantivas; iv) la acepción de “tratados internacionales” contenida en dicha cláusula se asimila a la establecida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.³¹³

Por su parte, Acosta Alvarado señala que la figura de la interpretación conforme fue creada con la intención de salvar la constitucionalidad de determinadas normas a través de un ejercicio hermenéutico y eligiendo la interpretación más favorable al ordenamiento constitucional en un ejercicio de deferencia al legislador democrático. Y aunque encuentra regulación expresa en algunos ordenamientos de la región (México, Perú, Colombia y República Dominicana) su desarrollo ha sido primordialmente jurisprudencial, al grado de consolidarse como una herramienta hermenéutica protagónica en el devenir judicial nacional e interamericano, facilitando la aplicación del derecho internacional y tejiendo una red interjudicial que ha fortalecido la protección de los derechos humanos.³¹⁴

Se ha dicho que la judicatura suele señalar como justificación de la obligación de este ejercicio interpretativo la existencia de las cláusulas de jerarquía que sostienen la que los derechos humanos contenidos en tratados internacionales adquieren rango

³¹² *Idem*. En el mismo sentido, véase: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Carlos María, “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, *Estudios Constitucionales*, Talca, núm. 2, 2012, pp. 141-192.

³¹³ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y...”, cit., pp. 363 y 364.

³¹⁴ ACOSTA ALVARADO, *op. cit.*, pp. 81-85.

constitucional o supralegal. Sin embargo, existen casos en los que la interpretación conforme se ha consolidado pese a los vacíos normativos en torno a la jerarquía.³¹⁵

Por otra parte, respecto de los destinatarios de esta figura, Acosta ha señalado que todas las autoridades estatales, particularmente los jueces, son quienes deben asegurarse de la interpretación y aplicación del derecho en una dinámica armónica al material normativo internacional. Este trabajo debe realizarse conforme a la referencia los derechos humanos contenidos en tratados internacionales y en modelos más complejos y avanzados, la jurisprudencia de los órganos dedicados a su interpretación. Finalmente, podemos señalar que el objetivo primordial de este ejercicio hermenéutica es asegurar la interpretación más favorable al objeto y contenido de protección, más allá de que esto implique dar prioridad a la norma o interpretación internacional; no se trata pues, de “rescatar” una disposición del ordenamiento, como en las versiones primigenias de esta figura, sino de ajustar el derecho nacional para dotar de la mayor protección posible a las personas.³¹⁶

³¹⁵ *Ibidem*, p. 83.

³¹⁶ *Ibidem*, pp. 84 y 85.

CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS: ¿EXISTE UN DERECHO CONSTITUCIONAL COMÚN PARA AMÉRICA LATINA?

1. El derecho constitucional del siglo XXI enfrenta grandes transformaciones, principalmente las relacionadas con su intensa humanización e internacionalización. En la actualidad se posiciona como un derecho enfocado principalmente en la protección de la persona, alejándose cada vez más de su configuración primigenia relacionada con la consolidación de la soberanía y la organización y distribución del poder del Estado. Resulta notorio que estamos ante lo que Prieto Sanchís denominó “constitucionalismo de los derechos”.
2. Por otra parte, se puede advertir la hibridación de los órdenes constitucionales a partir del entrelazamiento de los contenidos normativos de carácter nacional con los de carácter internacional y supranacional. Así, resulta cada vez más complicado hablar de fronteras entre lo nacional-constitucional y lo internacional, pues aunque pueden existir puntos de conflicto y tensión entre ambas categorías, también resulta evidente que se encuentran en una relación de diálogo y fortalecimiento mutuo.
3. Ahora bien, este fenómeno de intensa desnacionalización del derecho constitucional no debe confundirse con la desaparición del Estado, o que la construcción de un orden jurídico supranacional vendrá a sustituir enteramente a los derechos nacionales, pues el fin que perseguimos desde el inicio de esta investigación es poner de manifiesto la transformación estructural del derecho público nacional e internacional a partir de la interacción entre ambos, así como el cambio del paradigma estatal antiguamente centrado en la soberanía.
4. El constitucionalismo y el derecho constitucional en América Latina pueden ser explorados desde una óptica de lo común a partir de dos grandes perspectivas: i) a partir de la incorporación de elementos comunes en los diversos desarrollos constitucionales de los países de la región; y, ii) a través de la interacción, circulación, recepción e

incorporación de diversos contenidos normativos (particularmente en lo relacionado con la democracia y la protección de los derechos humanos) emanados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

5. Como posibles puntos de partida para la continuación de los estudios de esta línea de investigación, podríamos sugerir principalmente la tensión existente entre los proyectos constitucionales regionales alternativos, señalados en algunas ocasiones como autoritarios, con el devenir jurídico internacional liderado por el desarrollo jurisdiccional de la Corte IDH.

6. En el mismo sentido, llama la atención una de las principales críticas dirigidas al ICCAL, enfocada en la desmedida atención y preponderancia del rol judicial en todos sus desarrollos. Por ello, consideramos como un provechoso punto de arranque para futuras investigaciones las complicaciones suscitadas a partir de la tensión teórica relacionada con la preponderancia del poder y la función judicial en el proyecto ICCAL.

BIBLIOGRAFÍA, HEMEROGRAFÍA Y DECISIONES JUDICIALES

ACOSTA ALVARADO, Paola A., *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

ALTERIO, Ana, “El *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum* y los desafíos de la judicialización de la política”, *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*, Argentina, vol. 20, núm. 1, 2018, pp. 1-21.

ALTMAN, David y LUNA, Juan Pablo, “Introducción: El Estado latinoamericano en su laberinto”, *Revista de Ciencia Política*, Santiago de Chile, vol. 32, núm. 3, 2012, pp. 521-543.

ANDREWS, Catherine, *De Cádiz a Querétaro. Historiografía y bibliografía del constitucionalismo mexicano*, México, FCE-CIDE, 2017.

ANDUEZA ACUÑA, José Guillermo, “Los cambios constitucionales en América”, en *Los cambios constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1977.

ARAGÓN, Manuel, “Constitución y derechos fundamentales”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 5a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2012.

ATIENZA, Manuel, *Filosofía del derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, 2018.

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *El neoconstitucionalismo andino*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, 2016.

———, *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Abya-Yala-Universidad Andina Simón Bolívar-Fundación Rosa Luxemburg, 2011.

AYALA CORAO, Carlos, “Configuración del amparo como un derecho humano internacional: el aporte de México”, en Fix-Zamudio, Héctor, y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *México y la Constitución de 1917. Influencia extranjera y trascendencia internacional (Derecho comparado)*, México, Senado de la República-LXIII Legislatura-Secretaría de Cultura-INEHRM-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.

BARRIENTOS GRANDON, Javier, *La cultura jurídica en la Nueva España. (Sobre la recepción de la tradición jurídica europeo en el virreinato)*, México, UNAM, 1993.

BINDER, Christina, “¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un *Ius Constitutionale Commune en América Latina?**, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, t. II.

BLANCO VALDÉS, Roberto L., *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del estado liberal*, 4a. ed., Madrid, Alianza Editorial, 2010.

VON BOGDANDY, Armin, “El *Ius Constitutionale Commune* en América Latina a la luz de *El concepto de lo político* de Carl Schmitt”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLX, núm. extraordinario, 2019, pp. 131-173.

——— *et al.*, “A manera de prefacio. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017.

——— *et al.*, “*Ius constitutionale commune* en America Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism”, MPIL Research Paper Series, Heidelberg, núm. 21, 2016. Disponible en: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2859583>.

——— *et al.*, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL) y derecho económico internacional (DEI). Una introducción”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional. De la tensión al diálogo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2018.

———, “Globalización y Europa: ¿cómo cuadrar democracia, globalización y derecho internacional”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada, núm. 9, 2006, pp. 13-39.

———, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

———, “Historia y futuro del Derecho Constitucional en Europa”, en von Bogdandy, Armin *et al.*, *El Derecho Constitucional en el Espacio Jurídico Europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

———, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Aclaración conceptual”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017.

———, “*Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.

———, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, núm. 34, enero-junio de 2015, pp. 3-50.

———, “Lo público en el derecho internacional a la luz de ‘El concepto de lo político’ de Schmitt”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, núm 1., 2018, pp. 1-32

——— “Los principios fundamentales después de la apertura del Estado: un análisis desde la perspectiva alemana”, en von Bogdandy, Armin y Serna de la Garza, José Ma. (coords.), *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht-UNAM, 2014.

——— y VENZKE, Ingo, “¿En nombre de quién? Un estudio sobre la autoridad pública de los tribunales internacionales y su justificación democrática”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-OEA-UNAM, 2013.

BOHOSLAVSKY, Ernesto, *Laicidad y América Latina*, México, UNAM, Cátedra Extraordinaria Benito Juárez, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2013.

BREWER-CARÍAS, Allan R., *Control de convencionalidad. Marco conceptual, antecedentes, derecho de amparo y derecho administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Olejnik, 2019

———, *El amparo a los derechos y garantías constitucionales (una aproximación comparativa)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1993.

———, *El Proceso de Amparo en el Derecho Constitucional Comparado de América Latina*, México, Porrúa-IMDPC, 2016.

———, *Justicia Constitucional y Jurisdicción Constitucional. Tratado de Derecho Constitucional*, Caracas, Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, 2017, t. XII.

BRITO MELGAREJO, Rodrigo, *Diálogo jurisprudencial y protección de los derechos humanos*, México, CNDH, 2016.

———, “El diálogo entre las cortes constitucionales”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, tomo LVIII, núm. 249, enero-junio de 2008, pp. 83-91.

———, *El diálogo entre los tribunales constitucionales*, México, Porrúa-IMDPC, 2011.

BUERGENTHAL, Thomas, “La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista IIDH*, San José, número especial en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 1989, pp. 111-118.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.

CABALLERO OCHOA, José Luis, “Comentario sobre el Artículo 1o. segundo párrafo de la Constitución (La cláusula de interpretación conforme al principio pro persona)”, en Ferrer MacGregor Poisot, Eduardo *et al.* (coords.), *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, México, SCJN-UNAM-Konrad Adenauer Stiftung, 2013.

CALVO, José, *Justicia constitucional y literatura*, Perú, Centro de Estudios Constitucionales-Tribunal Constitucional del Perú, 2016,

CANÇADO TRINDADE, Antonio A., *El acceso directo del individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001.

——— y PACHECO, Máximo, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001.

CARPISO, Jorge, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

CASTAÑEDA, Mireya, *El principio pro persona. Experiencias y expectativas*, 2a. ed., México, CNDH, 2015.

CASTILLA, Karlos A., “Control de convencionalidad interamericano: Una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre”, *Revista IIDH*, San José, vol. 64, julio-diciembre de 2016, pp. 87-125.

———, “Qué tan común es lo común del Ius Constitutionale Commune Latinoamericano”, *Ventana Jurídica. Blog de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 21 de junio del 2017. Disponible en: <<https://facultad.pucp.edu.pe/derecho/blog/que-tan-comun-es-lo-comun-del-ius-constitutionalecommune-latinoamericano/>>.

CLAVERO, Bartolomé, *Constitucionalismo Latinoamericano: Estados Criollos entre Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ediciones Olejnik, 2016.

———, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México, Siglo XXI, 2009.

———, *Geografía jurídica de América Latina. Pueblos indígenas entre constituciones mestizas*, México, Siglo XXI, 2008.

———, “Prólogo”, en López Bárcenas, Francisco, *Legislación y derechos indígenas en México*, México, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Cámara de Diputados-LXI Legislatura, 2010.

CLÉRICO, Laura *et al.*, “Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no discriminación, la no dominación y la redistribución y el reconocimiento”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, “La reforma constitucional de derechos humanos: una Revolución Copernicana”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, vol. 61, núm. 256, julio-diciembre de 2011, pp. 69-79.

COMANDUCCI, Paolo, *Estudios sobre Constitución y derechos fundamentales*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, MC 1119/09. Disponible en: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/cap.3c1.09.sp.htm>>.

CORTE IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2016. Serie C No. 154.

———, Caso Atala Rifo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

———, Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91.

———, Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

———, Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 12.

———, Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

———, Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013.

———, Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

———, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

———, Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

———, Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.

———, Caso Molina Theissen Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 4 de mayo de 2004. Serie C No. 106.

———, Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.

———, Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.

———, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

———, Caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155.

———, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

———, Caso Villagrán Morales y Otros (“Niños de la Calle”) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77.

CORTÉS, Fernando, “Desarrollo de la metodología en ciencias sociales en América Latina: posiciones teóricas y proyectos de sociedad”, *Perfiles Latinoamericanos*, México, vol. 23, núm. 45, 2015.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Los problemas del derecho indígena en México*, México, CNDH, 2002.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del estado de Querétaro, 2017.

DÍAZ CÁRDENAS, Francia Elena, *Fuerzas armadas, militarismo y Constitución nacional en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988

DIETERICH, Heinz, *Nueva guía para la investigación científica*, México, Ariel, 2001.

DUSSEL, Enrique, *20 tesis de política*, México, CREFAL-Siglo XXI, 2006.

ESTRADA, Guillermo, “El individuo como ‘persona jurídica’ en el Derecho Internacional Público”, en Serrano Migallón, Fernando y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Ciencia Jurídica y constitución. Ensayos en homenaje a Rolando Tamayo y Salmorán*, México, Porrúa-Facultad de Derecho de la UNAM, 2008.

———, *Interpretación judicial internacional*, México, Fontamara, 2016.

———, *La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: una revisión desde la fragmentación del derecho internacional*, México, CNDH, 2016.

———, “Reflexiones sobre el impacto y cumplimiento del derecho internacional y el ‘material interamericano’ en el siglo XXI”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, México, Max Planck Institute for Comparative Public

Law-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.

ETO CRUZ, Gerardo, “La recepción del pensamiento constitucional europeo en América Latina: El bloque de constitucionalidad y bloque de convencionalidad: ¿Estamos ante un *ius constitutionale commune* latinoamericano?”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.

FALLAS BARRANTES, Marco A., “La herencia colonial de América Latina”, *Estudios*, Costa Rica, vol. 2, núm. 1, julio-diciembre de 1980, pp. 51-60.

FERNÁNDEZ-SEGADO, Francisco, *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica 41. El federalismo en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 2003.

FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo más allá del estado*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2018

———, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 34, 2011, pp. 15-53.

———, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2014.

———, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Madrid, Trotta, 2014.

———, *La lógica del derecho. Diez aporías en la obra de Hans Kelsen*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2017.

———, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta-UNAM, 2003.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, México, Max Planck Institute for Comparative Public Law-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.

———, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*). (Sobre el cumplimiento del *Caso Gelman Vs. Uruguay*)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-OEA-UNAM, 2013.

———, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell Sánchez, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

——— y PELAYO MÖLLER, Carlos María, “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, *Estudios Constitucionales*, Talca, núm. 2, 2012, pp. 141-192.

FILIPPI, Alberto, *Constituciones, dictaduras y democracias. Los derechos y su configuración política*, Buenos Aires, Infojus-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2015.

FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001.

———, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, trad. de Manuel Martínez Neira, 7a. ed., Madrid, Trotta, 2016.

FIX-FIERRO, Héctor, “Presentación”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, t. I.

——— y VALADÉS, Diego, “Hacia la reordenación y consolidación del texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. “Estudio introductorio”, en Fix-Fierro, Héctor y Valadés, Diego (coords.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado. Ley de desarrollo constitucional. Anteproyecto*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Senado de la República-Cámara de Diputados, LXIII Legislatura-Centro de Estudios e Investigaciones Parlamentarias, 2017.

GALINDO HERNÁNDEZ, Carolina, “La teoría del Estado en la era de la globalización: algunas aproximaciones y problemas pendientes”, en Hoyos Vásquez, Guillermo (comp.), *Filosofía y teorías políticas entre la crítica y la utopía: algunas aproximaciones y problemas pendientes*, Buenos Aires, CLACSO, 2007.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “Los tribunales constitucionales en América Latina”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 61, 2004, pp. 309-321.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, “Intento de conceptualización y defensa del neoconstitucionalismo”, en Fabra Zamora, Jorge L. y García Jaramillo, Leonardo (coords.), *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El control judicial interno de convencionalidad (documento de trabajo)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, “Constitucionalismo aspiracional”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Sevilla, año XV, núm. 29, enero-junio de 2013, pp. 77-97.

GARGARELLA, Roberto, “Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Anacronismo e irrupción. Revista de Teoría y Filosofía Política Clásica y Moderna*, Buenos Aires, vol. 3, núm. 4, mayo-noviembre de 2013, pp. 245-257.

———, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, España, Katz, 2014.

———, *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Madrid, Siglo XXI, 2005.

———, “Recuperar el lugar del ‘pueblo’ en la Constitución”, en Gargarella, Roberto y Niembro Ortega, Roberto (coords.), *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas: Un homenaje a Mark Tushnet*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.

———, “Sobre el ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’”, *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, Montevideo, vol. 27, núm.1, junio de 2018, pp. 109-129.

GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, trad. de Raúl Sanz Burgos y Antonio López Piña, Madrid, Trotta, 2006.

GROS ESPIELL, Héctor, “El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 6, 2002, pp. 143-175.

GROTE, Rainer, “La Constitución mexicana de 1917, ¿Un ejemplo temprano de constitucionalismo transformativo?”, en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Influencia extranjera y trascendencia internacional. Derecho comparado. Primera parte*, México, Senado de la República-LXIII Legislatura, Secretaría de Cultura, INEHRM, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, *Derecho constitucional en construcción*, México, CIIJUS-Derecho Global Editores, 2018.

———, “El derecho constitucional, memoria y proyecto ante la globalización”, en Stolleis, Michael *et al.*, *El Derecho constitucional de la globalización*, México, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, 2016.

HÄBERLE, Peter, “México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un *ius commune americanum*”, en Häberle, Peter y Kotzur, Markus, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

HABERMAS, Jürgen, *Más allá del Estado nacional*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, México, FCE, 1999.

HERRERA GARCÍA, Alfonso, “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado mexicano. El papel de la Suprema Corte en la búsqueda de su cumplimiento”, en Bazán, Víctor y Fuchs, Marie-Christine (eds.) *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Ejecución, nivel de cumplimiento e implementación de sentencias de tribunales constitucionales y cortes supremas en la región*, Tirant lo blanch-Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, núm. 8, 2020, pp. 201-222.

HERRERA, Juan C., “La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas prácticas”, *MPIL Research Paper Series*, Heidelberg, núm. 26, 2020. Disponible en: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3652423>.

———, “La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas teóricas”, *MPIL Research Paper Series*, Heidelberg, núm. 25, 2020. Disponible en: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3652404>.

HUBER, Peter M., “Estatalidad abierta: un análisis comparado”, en von Bogdandy, Armin y Serna de la Garza, José Ma. (coords.), *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht-UNAM, 2014.

HUERTA OCHOA, Carla, *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

IBÁÑEZ RIVAS, Juana María, *Control de convencionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-CNDH, 2017.

KAPLAN, Marcos, *Aspectos del Estado en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981.

———, “Estado, democratización gobernabilidad en la globalización: la problemática latinoamericana”, en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Democracia y gobernabilidad. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, t. II.

———, “El Estado latinoamericano: entre la crisis y las reformas”, en Becerra Ramírez, Manuel y Schteingart, Martha (coords.), *Las perspectivas del Estado en la obra de Marcos Kaplan*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.

LEÓN, Carolina y WONG, Víctor A., “Cláusulas de apertura al derecho internacional de los Derechos Humanos: constituciones iberoamericanas”, *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Madrid, vol. 18, núm. 2, 2015, pp. 93-125.

LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, *Legislación y derechos indígenas en México*, México, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Cámara de Diputados-LXI Legislatura, 2010.

LÓPEZ NÁJERA, Verónica Renata, “Travesías de un pensar constante. La formulación de América Latina como objeto de conocimiento”, *Andamios. Revista de Investigación Social*, México, vol. 9, núm. 20, septiembre-diciembre de 2010, pp. 89-113.

MOLDIZ, Hugo, *Golpe de Estado en Bolivia. La soledad de Evo Morales*, Ocean Sur, 2020.

MOLINA HERNÁNDEZ, Mario, “Administración pública y control de convencionalidad: problemáticas y desafíos”, *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 5, núm. 2, julio-diciembre de 2018, pp. 287-299.

———, “Derecho administrativo, administración pública y gobernanza global”, en Gallo Aponte, William I. *et al.* (coords.), *Derecho administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*, Belo Horizonte, Fórum, 2018.

MORALES ANTONIAZZI, Mariela, “El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.

———, “El nuevo paradigma de la apertura de los órdenes constitucionales: una perspectiva sudamericana”, en von Bogdandy, Armin y Serna de la Garza, José Ma. (coords.), *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht-UNAM, 2014.

———, “La democracia como principio del *ius constitutionale commune* en América Latina? Construcción, reconstrucción y desafíos actuales para la justicia constitucional”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, t. I.

———, “La doble estatalidad abierta y la tutela de los derechos en el constitucionalismo suramericano de la integración”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2012.

———, *La protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

———, Voz “Estatualidad abierta”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.*, (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

NEVES, Marcelo, “Transconstitucionalismo, con especial referencia a la experiencia latinoamericana”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, t. I.

NIETO, Alejandro, *Crítica de la Razón Jurídica*, Madrid, Trotta, 2007.

NOHLEN, Dieter y FERNÁNDEZ, Mario, “El presidencialismo latinoamericano: evolución y perspectivas”, en Nohlen, Dieter y Fernández B., Mario, *El presidencialismo renovado. Instituciones y cambio político en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 1998.

PANTOJA MORÁN, David, *Bases del constitucionalismo mexicano. La Constitución de 1824 y la teoría constitucional*, México, FCE, 2017.

PARRA VERA, Óscar, “El impacto de las decisiones interamericanas. notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al ‘empoderamiento institucional’”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.

——— y HUBER, Florian, “Orientación sexual, derechos de las niñas y los niños y no discriminación: comentarios al caso Atala Riffo y niñas”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law-IMDPC, 2012.

PAÚL, Álvaro, *Los trabajos preparatorios de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el origen remoto de la Corte Interamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.

PEGORARO, Lucio, “Derecho constitucional comparado y uso connotativo de la palabra “derechos” (y de los adjetivos que la acompañan “”, en Astudillo, César y Carpizo, Jorge (coords.), *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina*, México, UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2013.

———, “La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 6, 2002, pp. 393-416.

PELAYO MOLLER, Carlos María, *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, México, CNDH, 2015.

PETERS, Anne, “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures”, *Leiden Journal of International Law*, Reino Unido, núm. 19, 2006, pp. 579-610.

PIOVESÁN, Flavia, “Protección de los derechos sociales: retos de un *ius commune* para Sudamérica”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, México, UNAM, Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011.

PORTILLO VALDÉS, José M., *Historia mínima de El constitucionalismo en América Latina*, México, El Colegio de México, 2016.

POU GIMÉNEZ, Francisca, “El nuevo amparo mexicano y la protección de los derechos: ¿ni tan nuevo ni tan protector?”, *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago de Chile, núm.10, 2014, pp. 91-103.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2017.

QUINTANA OSUNA, Karla I., *Control de convencionalidad en el derecho interamericano y mexicano. Retos y perspectivas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa-IMDPC, 2019.

RIVERA LEÓN, Mauro A., “Justicia constitucional en Apatzingán y Cádiz”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Derecho procesal constitucional en perspectiva histórica. A 200 años del Tribunal de Ario de Rosales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Poder Judicial del Estado de Michoacán, 2018, t. II.

RODILES, Alejandro, “The Great Promise of Comparative Public Law for Latin America: Toward *ius commune americanum?*”, en Roberts, Anthea *et al.* (eds.), *Comparative International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

ROITMAN ROSENMANN, Marcos, *Pensar América Latina, El Desarrollo de la sociología latinoamericana*, Buenos Aires, CLACSO, 2008.

ROLLA, Giancarlo, “La evolución del constitucionalismo en América Latina y la originalidad de las experiencias de justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 16, 2012, pp. 329-351.

RONIGER, Luis, *Historia mínima de los derechos humanos en América Latina*, México, El Colegio de México, 2018.

SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo, “40 años cambiando realidades. Una mirada al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, México, Max Planck Institute for Comparative Public Law-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.

———, “Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017.

SAGÜÉS, Néstor P., “¿Puede válidamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos obligar a que una Corte Suprema Nacional deje sin efecto una sentencia suya?”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.

———, “El ‘control de convencionalidad’ como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, México, UNAM-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011.

———, *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México, Porrúa, 2004.

———, *La Constitución bajo tensión*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.

———, *La interpretación judicial de la constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, 2a. ed., México, Porrúa-IMDPC, 2017.

———, “Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, año XVI, 2011, pp. 527-541.

———, “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Bogotá, año XXI, pp. 141-149.

SALAZAR UGARTE, Pedro, “Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción”, en Fabra Zamora, Jorge L. y García Jaramillo, Leonardo (coords.), *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

———, “La disputa por los derechos y el *ius constitutionale commune*”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.

SALGADO PESANTES, Hernán, “Justicia constitucional transnacional: el modelo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Control de constitucionalidad vs. control de convencionalidad”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, t. II.

SANTOS, Boaventura de Sousa, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-Programa Democracia y Transformación Global, 2010.

SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, Buenos Aires, Struhart & Cía, 2015.

SERNA DE LA GARZA, José Ma., *Derecho constitucional mexicano en su contexto*, México, Porrúa-UNAM, 2018.

———, “El concepto del *ius commune* latinoamericano en derechos humanos: elementos para una agenda de investigación”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.

———, “Soberanía y apertura del Estado: una perspectiva mexicana”, en von Bogdandy, Armin y Serna de la Garza, José Ma. (coords.), *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht-UNAM, 2014.

SERRANO MIGALLÓN, Fernando, *Historia mínima de las constituciones en México*, México, El Colegio de México, 2013.

SERRANO, Sandra y VÁZQUEZ, Daniel, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, México, FLACSO México, 2017.

STAVENHAGEN, Rodolfo, “Los derechos de los pueblos indígenas: desafíos y problemas”, *Revista IIDH*, San José, vol. 48, julio-diciembre de 2008, pp. 257-268.

STEINER, Christian y URIBE, Patricia, “Introducción general”, en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung-Themis, 2014.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, 2a. ed., México, Fontamara, 2002.

- TORRES LÉPORI, Alejandro, “Los tratados internacionales en la Constitución argentina”, *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, núm. 67-68, 1997, pp. 285-304.
- TREACY, Guillermo F., “Categorías sospechosas y control de constitucionalidad”, *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, núm. 89, 2011, pp. 181-216.
- TROPER, Michel, *Ensayos de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2008.
- TUSSEAU, Guillaume, *Para acabar con los “modelos” de Jurisdicción Constitucional. Un ensayo de crítica*, México, Porrúa-IMDPC, 2011.
- VALENCIA GRAJALES, José Fernando y MARÍN GALEANO, Mayda Soraya, “Elementos que describen una dictadura en América Latina”, *Kavilando*, Medellín, vol. 8, núm. 1, enero-junio de 2016, pp. 43-56.
- VELÁZQUEZ RAMÍREZ, Adrián, “La relación entre democracia y derecho en el inicio de la transición argentina: la anulación de la autoamnistía militar”, *Perfiles Latinoamericanos*, México, vol. 28, núm. 56, 2020, pp. 1-26.
- VILLABELA ARMENGOL, Carlos Manuel, “El constitucionalismo contemporáneo de América Latina. Breve estudio comparado”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLX, núm. 149, mayo-agosto de 2017, pp. 943-978.
- VILLAGRÁN, Carlos y VEÇOSO, Fabia, “A Human Rights Tale of Competing Narratives”, *Revista Direito e Praxis*, Rio de Janeiro, vol. 8, núm. 2, 2017, pp. 1603-1651.
- VOGEL, Klaus, *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit*, Tübinga, Mohr Siebeck, 1964.
- WENDEL, Mattias, *Permeabilität im europäischen Verfassungs recht. Verfassungsrechtliche Integrationsnormen auf Staats-und Unionsebene in Vergleich*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2011.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos justicia*, trad. de Marina Gascón, 10a. ed., Madrid, Trotta, 2011.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco, “Nueva Constitución y Operación Constituyente. Algunas notas acerca de la Reforma Constitucional y de la Asamblea Constituyente”, *Estudios Constitucionales*, Talca, año XI, núm. 1, 2013, pp. 511-540.