

# ALÉTHEIA

ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS  
Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

Núm. 03, 2025



UNIVERSIDAD DE  
GUADALAJARA

Red Universitaria e Institución Benemérita de Jalisco



100

— años —  
de pensar y trabajar

ALÉTHEIA, Año 3, No. 3, enero-diciembre 2025, es una publicación anual editada por la Universidad de Guadalajara; a través de la Oficina de la Abogacía General, con domicilio en Avenida Juárez 976, Piso 3, Col. Centro, Guadalajara, Jalisco, México, teléfono 3331344661 extensión 11548, correo electrónico [anuario.aletheia@gmail.com](mailto:anuario.aletheia@gmail.com), página web <http://aletheia.udg.mx/index.php/Inicio>, editor responsable Dr. José de Jesús Cervantes Chávez. Reserva de derechos al uso exclusivo del título 04-2022-032910570300-203, ISSN: 2954-5099, otorgados por el Instituto Nacional de Derechos de autor. Responsable de la última modificación de este número: Oficina de la Abogacía General, con domicilio en Avenida Juárez 976, Piso 3, Col. Centro, Guadalajara, Jalisco, México, Dr. José de Jesús Cervantes Chávez. Fecha de última modificación octubre 2025.

Las opiniones vertidas en su contenido son responsabilidad exclusiva de los autores y no reflejan la postura de los editores, ni de la Universidad de Guadalajara.

Queda prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización de la Universidad de Guadalajara.

## **DIRECTORIO**

**Karla Alejandrina Planter Pérez**

Rectora General

**Héctor Raúl Solís Gaeda**

Vicerrector Ejecutivo

**Jaime F. Andrade Villanueva**

Vicerrector Adjunto Académica y de Investigación

**César Antonio Barba Delgadillo**

Secretario General

**Carlos Oscar Trejo Herrera**

Abogado General

**José de Jesús Chávez Cervantes**

Director de Alétheia, Anuario de Derechos Humanos y  
Filosofía del Derecho

**Hilda Villanueva Lomelí**

Codirectora de Alétheia, Anuario de Derechos Humanos y  
Filosofía del Derecho

**Raúl Padilla Padilla**

Subdirector de Alétheia, Anuario de Derechos Humanos y  
Filosofía del Derecho

### **COMITÉ EDITORIAL:**

Juan Carlos Guerrero Fausto

Marcos Josué Vargas Estrada

Teresa Magnolia Preciado Rodríguez

Selene Villanueva Sosa

Juan Pablo Carbajal Camberos

Editor en Jefe: Rafael Amézquita Castellanos

## CONSEJO CIENTÍFICO:

- Alfonso Ruíz Miguel** (Universidad Autónoma de Madrid)  
**Ana Micaela Alterio** (Instituto Tecnológico Autónomo de México)  
**Andrea Arabella Ramírez Montes de Oca** (Universidad Nacional Autónoma de México)  
**Alfonso Hernández Barrón** (Universidad de Guadalajara)  
**Alfonso Hernández Godínez** (Universidad de Guadalajara)  
**Arturo Villarreal Palos** (Universidad de Guadalajara)  
**Carlos Bernal Pulido** (Comisión Interamericana de los Derechos Humanos)  
**Carlos Lema Añón** (Universidad Carlos III de Madrid)  
**Carlos Ramiro Ruiz Moreno** (Universidad de Guadalajara)  
**Cesar Ruvalcaba Gómez** (Universidad de Guadalajara)  
**Dante Jaime Haro Reyes** (Universidad de Guadalajara)  
**Diego García Ricci** (Universidad Iberoamericana)  
**Enriqueta Benítez López** (Universidad de Guadalajara)  
**Erika Bárcena Arévalo** (Universidad Nacional Autónoma de México)  
**Eusebio Fernández** (Universidad Carlos III de Madrid)  
**Francisco Javier Ansuategui** (Universidad Carlos III de Madrid)  
**Francisco M. Mora Sifuentes** (Universidad de Guanajuato)  
**Germán Cardona Müller** (Universidad de Guadalajara)  
**Guillermo Escobar Roca** (Universidad de Alcalá)  
**Ilse Carolina Torres Ortega** (Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente)  
**Irene Spigno** (Academia Interamericana de Derechos Humanos)  
**Irma Leticia Leal Moya** (Universidad de Guadalajara)  
**Jorge Chaires Zaragoza** (Universidad de Guadalajara)  
**José Antonio Estrada** (Academia Interamericana de DDHH)  
**José de Jesús Becerra Ramírez** (Universidad de Guadalajara)  
**José de Jesús Ibarra Cárdenas** (Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente)  
**José Ramón Cossío Díaz** (Colegio de México)  
**Juan Antonio Cruz Parceró** (Universidad Nacional Autónoma de México)

(continua)

## CONSEJO CIENTÍFICO:

- Juan Antonio García Amado** (Universidad de León)  
**Juan Jesús Garza Onofre** (Universidad Nacional Autónoma de México)  
**Juan José Moreso** (Universidad Autónoma de Barcelona)  
**Leonardo García Jaramillo** (Universidad EAFIT)  
**Luigi Ferrajoli** (Universidad La Sapienza De Roma)  
**Luis Efrén Ríos** (Academia Interamericana de Derechos Humanos)  
**Luis Manuel Lloredo Alix** (Universidad Autónoma de Madrid)  
**Manuel Atienza Rodríguez** (Universidad de Alicante)  
**Mara Robles Villaseñor** (Universidad de Guadalajara)  
**Marcos Pablo Moloeznik** (Universidad de Guadalajara)  
**María Carmen Barranco** (Universidad Carlos III de Madrid)  
**María Esther Avelar Álvarez** (Universidad de Guadalajara)  
**Massimo La Torre** (Universidad Magna Graecia)  
**Mauro Barberis** (Universidad de Trieste)  
**Óscar Perez de la Fuente** (Universidad Carlos III de Madrid)  
**Pedro Pallares Yabur** (Universidad Panamericana)  
**Rafael Fernando Asís Roig** (Universidad Carlos III de Madrid)  
**Ramón Ruiz Ruiz** (Universidad de Jaén)  
**Riccardo Guastini** (Universidad de Génova)  
**Roberto Gargarella** (Universidad Torcuato Di Tella)  
**Roberto Niembro Ortega** (Universidad Complutense de Madrid)  
**Rodolfo Vázquez Cardoso** (Instituto Tecnológico Autónomo de México)  
**Rodrigo Camarena González** (Instituto Tecnológico Autónomo de México)  
**Silvia Patricia López González** (Universidad de Guadalajara)  
**Silvina Ribotta** (Universidad Carlos III de Madrid)  
**Susanna Pozzolo** (Universidad de Brescia)

ALÉTHEIA, Año 3, No. 3, enero-diciembre 2025

Reserva de derechos al uso exclusivo del título 04-2022-032910570300-203,  
ISSN: 2954-5099, otorgados por el Instituto Nacional de Derechos de autor

En la formación de esta revista se utilizaron las familias tipográficas Cardo Pro. Diseñadas por el artista gráfico David Perry que se distribuye a través de un licenciamiento SIL Open Font License (OFL).

En portada: Fachada del Paraninfo Enrique Díaz de León de la Enciclopedia Histórica y Biográfica de la Universidad de Guadalajara

**Óscar Ascary Aréchiga Del Toro**

Cuidado de la edición y formación editorial

## CONTENIDO

PRESENTACIÓN .....	7
JOSÉ DE JESÚS CHÁVEZ CERVANTE	
EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO .....	12
JOSEPH AGUILÓ REGLA	
DES]CONSTITUCIONALIZACIÓN: EL DERECHO CONSTITUCIONAL EN TIEMPOS DE REGRESIÓN DEMOCRÁTICA.....	24
PEDRO P. GRÁNDEZ CASTRO	
LA MIGRACIÓN DE CONCEPTOS Y SU ESPECIAL INCIDENCIA EN EL DEBATE SOBRE UN POSIBLE CONSTITUCIONALISMO GLOBAL.....	53
OSCAR ANDRÉS PAZO PINEDA	
PRESENTACIÓN Y COMENTARIO DE DER ARBEITENDE SOUVERÄN: <i>EINE NORMATIVE THEORIE DER ARBEIT DE AXEL HONNETH.</i> .....	91
ALESSIO BELLI	
TRES APROXIMACIONES CONTEMPORÁNEAS A LA BIOÉTICA Y SUS RELACIONES CON LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO .....	106
OMAR DE JESÚS ROMERO GONZÁLEZ	
“ANÁLISIS VICTIMOLÓGICO CON PERSPECTIVA DE GÉNERO DE LA JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CASOS DE VÍCTIMAS MUJERES.” .....	141
LUCERO MORENO MURGUÍA	
RIGIDEZ CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO...	170
DIANA LAURA MAYORGA HUERTA	
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y DEMOCRACIA: ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.....	185
DANA XIMENA RIVERA CAMACHO	

# PRESENTACIÓN

## JOSÉ DE JESÚS CHÁVEZ CERVANTES

Con certeza se puede afirmar que la filosofía es la vía para la construcción de aquellas ideas necesarias para interactuar con el mundo e intentar comprender la vida. Ello es lo que han procurado, a través de diferentes métodos y caminos, las diferentes corrientes de pensamiento que han marcado la historia y han fraguado la maquinaria de ideas que nos rigen hoy en día. En otras palabras, sin Dante probablemente no existiría la idea de Europa y su consecuente proyecto político, sin San Agustín y la escolástica, la edad media tendría una forma radicalmente distinta a lo que conocemos; sin Rousseau y los ilustrados no se habría consolidado lo que entendemos por modernidad; o, más recientemente, sin pensadores como Bobbio, el Estado Constitucional de Derecho y sus consecuencias materiales no habrían sido posibles. Es decir, que el mundo se rige por las ideas que se gestan en el ámbito de la filosofía, siendo esta un cincel con el que se va dando forma al mundo y se genera perspectiva ante la vida.

El matiz viene después, pues bien dice Unamuno que “nuestra filosofía, esto es, nuestro modo de comprender o de no comprender el mundo y la vida, brota de nuestro sentimiento respecto a la vida misma”. Es decir, así como la filosofía da forma al mundo, es también el mundo forjador de las ideas que la filosofía gesta. Ello implica que existe una necesidad mutua entre la filosofía y el mundo, de manera que una da forma constantemente a la otra. Es un diálogo entre la realidad que invita a los filósofos a pensar de cierta manera sobre el mundo y la filosofía que pretende transformarla. En términos orteguianos, la circunstancia constriñe la gestión de ideas, las cuales son generadas con la intención de alterar la circunstancia. Por tanto, la Universidad como cuna histórica del pensamiento occidental no puede ser omisa o indiferente ante lo que ocurre en el mundo. Para satisfacer la exigencia pública de incentivar la discusión, generar ideas y contar con los recursos intelectuales que respondan a las necesidades sociales, es preciso que la academia voltee a su alrededor y que la gestión y generación del conocimiento interactue



continuamente con el exterior. En palabras de Ortega, “la Universidad tiene que estar también abierta a la plena actualidad; más aún: tiene que estar en medio de ella, sumergida de ella”.

Así, en ese orden de ideas, es que puedo justificar el placer con el que presento el tercer número de esta publicación que es un muy sincero esfuerzo de la Universidad de Guadalajara por responder a las realidades jurídicas y filosóficas que México y la región enfrentan. Ante la renovación institucional que se vive en el país; la crisis del aparato institucional del constitucionalismo y de la modernidad que se manifiesta en el mundo; así como las exigencias sociales que exigen respuestas a los problemas comunes, es preciso que toda buena Universidad que se precie de serlo refuerce sus líneas de acción, incentive el debate, tienda puentes y funja como plataforma para el desarrollo filosófico. Por tanto, en esta entrega se presentan una selección de ocho trabajos provenientes de plumas nacionales e internacionales que desarrollan inquietudes intelectuales en diálogo directo con el mundo, ello desde una perspectiva filosófica y con un espíritu particularmente original. En síntesis, es un esfuerzo de agudeza intelectual y de reflexión serena frente al mundo acelerado e inmediato que vive problemas y requiere respuestas.

El primer trabajo es una contribución del doctor Joseph Aguilo Regla que, desde la Universidad de Alicante, presentó en la Universidad de Guadalajara. En esta contribución que fue denominada “El Estado Constitucional de Derecho”, el autor expone con bastante talento sintáctico y dotes pedagógicos, los caracteres definitorios, principales riesgos y soluciones ofrecidas por la democracia constitucional y la estructura institucional que rige nuestros tiempos.

En seguida, Pedro P. Grández Castro publica el artículo “[Des]constitucionalización: El Derecho constitucional en tiempos de regresión democrática”. Dicho trabajo, en diálogo directo con las realidades que se enfrentan en las democracias constitucionales del mundo, el autor aborda el estado que guarda el Constitucionalismo como modelo jurídico-político (o conjunto de ideas jurídico-filosóficas) en un contexto adverso que se muestra hostil y pretende girar hacia nuevas formas de autoritarismo.

Oscar Andrés Pazo Pineda es el autor del artículo “La migración de conceptos y su especial incidencia en el debate sobre un posible constitucionalismo global” en el que se aborda una discusión que ha cobrado eco en la discusión jurídica internacional que es la internacionalización del derecho constitucional como forma de normar y regular las realidades globales y la explosión tecnológica.

Desde Europa, Alessio Belli hace una contribución bastante valiosa para la discusión jurídico-filosófica en América Latina. Presentando y comentando la obra “Der arbeitende Souverän: Eine normative Theorie der Arbeit” de Axel Honneth, el autor abre una discusión referente a la teoría del trabajo y el papel que ocupa en la teoría democrática. Sin duda es una discusión que conecta directamente con las cuestiones sociales de la región y que se insertan de forma ineludible con la crisis que enfrenta la democracia constitucional frente a los trabajadores-ciudadanos. Con un tinte eminentemente sociológico, esta obra abre cuestiones interesantes respecto a omisiones de la teoría democrática y la necesidad de revisar los pilares ideológicos de nuestros tiempos, persuadiendo a consultar la obra de Honnet.

El trabajo de Omar de Jesús Romero González, que lleva por título “Tres aproximaciones contemporáneas a la bioética y sus relaciones con los derechos humanos en México” ofrece un análisis completo referente al debate metodológico y epistemológico de la bioética y su vínculo con los derechos humanos así como los problemas que surgen en el ámbito jurídico, social y político a partir de un análisis del lenguaje del prefijo “bio”. Sin duda, es una discusión novedosa que difiere de los esquemas convencionales que caracterizan las discusiones bioéticas y que da claridad respecto a su ámbito de análisis.

Abordando la cuestión de género, Lucero Moreno Murguía presenta el artículo “Análisis Victimológico con Perspectiva De Género de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de Víctimas Mujeres”, en el que se analiza la jurisprudencia de la Corte IDH a fin de determinar las posibilidades jurídicas que brinda para la consolidación de un derecho penal que diferencie entre hombres y mujeres, ello con el objetivo de consolidar un sistema con perspectiva de género y que proteja de forma efectiva los derechos de las mujeres.

En esa misma secuencia, Diana Laura Mayorga Huerta comparte el artículo “Rigidez Constitucional en el Sistema Jurídico Mexicano”, con el cual se presenta un interesante recorrido teórico por este importante concepto de la materia constitucional, concretamente aterrizado en el caso de las instituciones jurídicas mexicanas, los mecanismos que la protegen y traza líneas de análisis en lo referente a su efectividad.

La última contribución que compone este gran número es de Diana Ximena Rivera Camacho con el título “Garantías Constitucionales y Democracia: Análisis del Principio de Supremacía Constitucional”, donde se propone un análisis interesante respecto a lo que tal principio propone y una revisión bibliográfica interesante.

No es lícito omitir esta presentación sin mencionar que este número, al igual que los anteriores, es resultado del compromiso para con el pensamiento filosófico por parte de la Universidad de Guadalajara, en general, y la oficina de la Abogacía General, en particular. Es necesario agradecer a todas aquellas personas que fungieron como colaboradores e hicieron posible este producto académico, al comité científico, al consejo editorial, equipo de dirección y editor en jefe. Muchas gracias.

## ARTÍCULOS

# EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

*The Constitutional State under the Rule of Law*

JOSEP AQUILÓ REGLA  
UNIVERSIDAD DE ALICANTE

**Palabras clave:** Estado Constitucional de Derecho, constitucionalismo, derechos fundamentales, racionalidad jurídica, teoría del derecho.

**Keywords:** *Constitutional State under the Rule of Law, constitutionalism, fundamental rights, legal rationality, theory of law.*

Buenas tardes, estoy abrumado por la grandiosidad del escenario y por la amable invitación, atención y expectativa que se ha generado en torno a mis palabras. En primer lugar, quiero agradecer amable y sinceramente la invitación para hablar aquí y espero no decepcionar. Yo voy a tratar de hablar del Estado constitucional y voy a tratar de darle algunas vueltas a lo que normalmente llamamos Estado constitucional. Ello, porque es común usar un concepto muy estrecho de Constitución muy finito; “Constitución es lo que está en un texto que está codificado y nada más”. Yo voy a tratar de darle algunas vueltas más para tratar de desentrañar la idea de Estado constitucional y las implicaciones que tiene para el método jurídico y la argumentación jurídica, así como para como las operaciones que hacemos de aplicar en el derecho la idea de Estado constitucional, así como sus afectaciones.

Quisiera empezar empezando diciendo que no se puede definir el Estado constitucional a partir de los tres rasgos más básicos que suelen darse de nuestras Constituciones. Suele decirse que los Estados constitucionales tienen una Constitución formal, ¿qué queremos decir con que tiene una Constitución formal? que las normas Constitucionales tienen una forma distinta de las de la ley y entonces

un principio no podría decir: “Constitución es todo lo que está en la forma Constitucional que es una forma distinta de la de la ley”.

La segunda propiedad que suele decirse es que es rígida. Las Constituciones, la forma Constitucional, es distinta de la forma legal porque quiere decir que las capacidades de cambio de la Constitución, las posibilidades de cambio son más difíciles. No es más difícil cambiar una Constitución que cambiar una ley. Las mayorías son diferentes, los órganos son diferentes, etcétera. Por tanto, suele decirse “es formal y es rígida”.

Y se añade un tercer elemento: que es normativa. ¿Qué quiere decir que es normativa? quiere decir que sus normas no sólo tienen valor político, no son solo normas programáticas, sino que son normas jurídicas susceptibles de producir consecuencias jurídicas y de ser aplicadas en los razonamientos jurídicos ordinarios. Es decir, que son aplicables.

Esas son las tres propiedades básicas. Y, derivadas de estas tres propiedades, suelen sacarse otros dos corolarios: uno es que la Constitución es superior jerárquicamente a la ley y otro es que hay alguna forma de garantía jurisdiccional de esa superioridad. Esto quiere decir que tenemos esas características y hay alguna forma de control o de garantía de la jerarquía de la Constitución frente a la ley ordinaria. Eso es lo que normalmente solemos decir a la hora de caracterizar el Estado Constitucional pero entonces, ¿Qué es?

Si ustedes se fijan, la Constitución es normativa y es superior y hay alguna forma de control jurisdiccional de esa superioridad, se sigue una cuestión muy básica y es que el *lex superior* de la Constitución está llamado a inhibir el *lex posterior* de la legislación. ¿Se entiende la idea? es fácil; en un sistema jurídico meramente legislativo es puramente dinámico: el *lex posterior* cancela las normas anteriores, sin embargo, el *lex superior* de la Constitución lo que hace es que inhibe, imposibilita o establece mecanismos para hacer imposible o para hacer improbable ciertos *lex posterior*. Es decir, que algunas leyes no serán posibles en un Estado constitucional. Así es como solemos definirlo. Sin embargo, yo creo que esas propiedades no definen al Estado constitucional ¿y por qué no definen al Estado constitucional? por qué es perfectamente posible imaginar Estados que tengan una Constitución

formal, que tengan una Constitución rígida y normativa y que tengan alguna forma de control jurisdiccional de esa jerarquía normativa y, sin embargo, no merezcan el calificativo de Estados Constitucionales. ¿Qué quiere decir “no merezcan”? que la forma, la jerarquía y la normatividad de la Constitución sólo tienen justificación si están al servicio de ciertas cosas, si no, no. Y entonces, el estar al servicio de esas cosas es la que dota de sentido a esas tres propiedades y a los 2 corolarios a los que antes me refería. Por tanto, no podemos definirlo solo a través de los rasgos formales que yo acabo de dar.

Entonces, ¿qué es lo que me interesa mostrar aquí? que lo que dota de sentido a esos mecanismos son los valores y los derechos del Constitucionalismo, no toda Constitución. Esto es muy importante tenerlo en cuenta porque va a tener gran relevancia para lo que voy a decir después. Fíjense en una cosa que me parece muy importante resaltar: el Estado Constitucional es compatible con muchas formas distintas de organización del poder político, hay estados Constitucionales que son repúblicas y otros que son monarquías, hay estados Constitucionales que son centralistas o unificados y otros son federales, hay Estados Constitucionales que tienen control difuso y otros que tienen control Constitucional concentrado, hay Estados Constitucionales que están divididos territorialmente y otros que no, en fin, la variedad política del Estado Constitucional es inmensa. En políticas del Estado, en las formas de la democracia hay sistemas mayoritarios y hay sistemas proporcionales, hay sistemas de circunscripción única y sistemas de múltiples circunscripciones, etcétera. ¿qué quiere decir esto? las formas de elección, las listas cerradas, las listas abiertas o las listas unipersonales tienen muchísimas combinaciones posibles y ninguna de ellas es definitoria del Estado Constitucional. No obstante, lo que no puede ocurrir es que haya un Estado Constitucional sin los derechos del Constitucionalismo. El Estado Constitucional gira esencialmente en torno a los derechos del Constitucionalismo y eso es lo que dota de sentido y valor a todas esas estructuras formales a las que nos estábamos refiriendo. Entonces, no tienen valor por sí mismo que no se pueda legislar sobre ciertas materias. Si lo que se protege no es valioso, ¿qué sentido tiene?

En ese sentido las Constituciones son idiosincrásicas en múltiples aspectos, pero los derechos no son idiosincrásicos, son universales y, por tanto, los derechos son compartidos por todo el Constitucionalismo. Voy a hacer una muy breve pincelada, donde voy a tratar de explicar de dónde vienen los derechos, esa idea de los derechos y por qué son ineliminables, o si se eliminan, dejamos de hablar de Estado Constitucional o de Constitucionalismo. Una de las claves para entender el Constitucionalismo es esta idea: el Constitucionalismo es, por un lado, universalista. ¿por qué es universalista? porque viene a decir algo importante. El mundo se entiende desde la relación en la que unos mandan y otros obedecen, que es la relación política, la relación más básica, y podemos remontarnos desde el origen de los tiempos de la política, siempre hay unos que están llamados a mandar y otros que están llamados a obedecer, lo quieran o no, no es como un contrato, no es una relación en la que unos mandan y tienen título para mandar y otros tienen el deber de obedecer. Todo el Constitucionalismo está construido sobre lo siguiente: en la relación política es necesaria, no es eliminable, no es concebible organizar una sociedad sin relación política. Ahora bien, hay cuatro males característicos insertos en la propia relación política: que no son eliminables, estarán siempre, no son susceptibles de ser eliminados. Si alguien dice que ese mal en su país está eliminado, no entendió. En la relación política está el mal de manera potencial.

Entonces ¿cuáles son esos cuatro males? el primero de ellos es la arbitrariedad. En la relación política uno de los riesgos mayores es la arbitrariedad. ¿qué queremos decir con la idea de arbitrariedad? la idea de arbitrariedad es estar sometido exclusivamente a la voluntad de otro y ese es un mal a la voluntad que se trata de combatir armando a los ciudadanos con todos los derechos vinculados al debido proceso y al imperio de la ley. ¿qué quiere decir eso? uno tiene un deber de obedecer, pero no obedece a personas, obedece normas. Frente al mal de la arbitrariedad, los derechos vinculados al debido proceso, claro. Pero ¿por qué se arman como derechos que sean ineliminables? porque en la relación política el riesgo de la arbitrariedad está siempre y por eso necesitas algo que sea permanente, un arma que sea permanente para combatir ese mal que está potencialmente en la relación política.



El segundo mal es el autoritarismo ¿por qué? porque la relación política presupone que hay alguien que tiene título para ordenar, pero no puede ordenarlo todo. Esa idea de que tiene título para ordenar, pero no puede ordenarlo todo arma los ciudadanos frente al mal del autoritarismo con el Constitucionalismo, pretende armar a los ciudadanos con los llamados derechos de libertad, los cuales son inmunidades para el ciudadano e incompetencias para el soberano. ¿se ve entonces como se combate ese segundo mal? Armando a los ciudadanos con los derechos de libertad.

El tercer mal característico es el del despotismo. ¿que implica la idea de despotismo? la idea de despotismo es actuar sin el pueblo. Es la tendencia de la política y de las élites políticas de autonomizarse en el uso del poder, de ejercer de forma autónoma respecto a la idea de servicio del poder. Entonces la forma de combatir ese mal son los llamados derechos de participación política. Todos los derechos democráticos existen como un mecanismo para combatir el despotismo, es decir, la ignorancia del pueblo. Está muy desacreditado el poder democrático, de participar y de votar, pero hay un poder que no se quita nunca que, si uno lo ve en positivo y dice “no, es que a mí no me representan”, que es el poder de negar el voto al que decepcionó; el poder de destituir a las elites. Ese es un poder que es muy importante y muchas veces no se valora. Pero los derechos de participación política están para evitar esa tendencia a la autonomización de acción de la política respecto de los ciudadanos. El cuarto mal es la exclusión social, que se refiere a la idea de exclusión social. Un excluido social es alguien que no consigue jamás que sus intereses queden reflejados. Alguien o algunos grupos que no consiguen jamás que sus intereses sociales queden representados en esa gran negociación que es el interés general. Se entiende que es por razones de poder social que tienen quedan siempre excluidos entonces el mecanismo del combate frente a la exclusión social son los llamados derechos sociales. ¿qué son los derechos sociales? aquello que el sistema político no puede negar a nadie. Es decir, hay bienes a los que tiene derecho cualquier ciudadano con independencia del poder que tenga a la hora de influir en la negociación del interés general. Una cosa es la capacidad que tengo como funcionario para conseguir que me suban el sueldo y eso es un problema de

negociación de representaciones (y cuestiones por el estilo) y otra cosa es que hay ciertos bienes o males que no se les puede negar a nadie. Esa es la idea de los derechos de igualdad o de los derechos sociales. Y ello, sin establecer si dichos derechos se han realizado o no, sino que son las claves del Constitucionalismo.

Entonces, si uno lo lee así, el Constitucionalismo tiene un potencial crítico muy alto y muy crítico. Muy alto, en primer lugar, porque es universalista, no hay excusas idiosincrásicas, esto en el sentido de decir: “es que en mi país esto no pasa”, no, estos son males potenciales. Pasan porque están insertos en la propia relación de acuerdo las relaciones necesarias. En segundo lugar, es muy alto por la idea de que ese entramado tiene un potencial deslegitimador muy alto, entonces lo que llamamos “Constitucionalismo de los derechos” vendría a sostener algo así como qué todas las estructuras que hemos antes hablado tienen sentido en la medida en que estén orientadas a garantizar los derechos.

Entonces, esto es un cambio en la concepción del Estado y de la política extraordinariamente relevante. Eso es lo que llevó a Bobbio a hablar de la era de los derechos. ¿que quería decir Bobbio con eso de la era de los derechos? Estamos acostumbrados a leer la relación política siempre desde la parte del príncipe, que significa cuestionarnos ¿quien tiene la soberanía?, ¿quién tiene el título para mandar? Entonces, la era de los derechos es la inversión que se ha producido. Por Primera Vez se pueden leer los conceptos políticos, no de forma *ex parte principis*, sino que *ex parte populi*. Lo que quiere decir es que, si se lee bien el Constitucionalismo y lo que representa el Estado Constitucional, se tiene un potencial crítico muy importante y entonces eso es lo que llamamos el Estado Constitucional de Derecho.

¿Qué es lo que ocurre? Que con eso definimos el Estado Constitucional de Derecho o la idea normativa del Estado Constitucional de Derecho. No obstante, uno puede decir, como siempre cuando uno habla del Estado de Derecho: el nivel de realización que se haya producido en la historia es el que es, pero normativamente uno sabe a qué se está refiriendo cuando hablamos del ideal normativo del Estado Constitucional de Derecho. ¿Qué es lo que ocurre? Que venimos de un Constitucionalismo que no tenía estas estructuras, que venimos de un

Constitucionalismo que no era así. Si lo piensan como juristas, nosotros no venimos de una mentalidad de Estado Constitucional, nuestra tradición jurídica no es la del Estado Constitucional. El Estado de Derecho para los juristas, tal como lo hemos interpretado, era el imperio de la ley. ¿Qué significa la idea del imperio de la ley? significa que el soberano, el legislador, gobierna per leges y los juristas operan sub leges. O sea, el soberano dicta las leyes. Ese es el modelo del imperio de la ley, el soberano dicta leyes que tienen que tener ciertas características para corresponderse con un Estado de Derecho. Es decir, las leyes deben ser publicas, tienen que ser generales, tienen que ser descriptivas en los supuestos de hecho y cosas por el estilo; tienen que tener ciertas características, no me voy a detener en ello, pero soberano gobierna per *leges* y todos los juristas operamos sub leges. Ese es el modelo del Estado de Derecho que nosotros hemos recibido.

En ese modelo jurídico de teoría del derecho, de método jurídico, de racionalidad jurídica, que representaba el imperio de la Ley, lo que le correspondía en términos políticos es lo que se llamaba el Constitucionalismo Político que daba forma al poder político. No obstante, la Constitución no tenía la relevancia jurídica que hoy le atribuimos. ¿Que quiere decir que no tenía la relevancia jurídica? Hay una forma de decirlo de manera sintética que es muy clara: del modelo que venimos, en el que ni se interpretaba la Constitución, la ley era el principal intérprete de la Constitución. Así, hemos cambiado a un modelo en el que hay que interpretar las leyes conforme a la Constitución. Hemos dado la vuelta estrictamente. Entonces, en términos jurídicos, a la Constitución lo que le correspondía era la organización del poder político; la relevancia jurídica de la Constitución era esencialmente el derecho político de un país, pero no se refería a los otros elementos. Por lo tanto, esa forma tenía lugar en todos los países que veníamos de la tradición del siglo, teníamos la Constitución en términos políticos y la relevancia jurídica de la Constitución en términos políticos era lo que se llamaba el derecho político.

Y yo no sé si ustedes, pero cuando yo estudié derecho, el derecho Constitucional que se estudiaba en la facultad, se estudiaban las partes orgánicas de la Constitución y las partes dogmáticas de la Constitución. No estudiaba nadie las partes que establecían los principios y los derechos no se estudiaban porque eran normas

programáticas, eran normas que valían para el debate político, pero no tenían relevancia jurídica; eran estrictamente ineficaces. Entonces, ese modelo ha cambiado y eso es a lo que se refiere cuando decimos que los ordenamientos que se están Constitucionalizando o que están sufriendo un proceso de Constitucionalización. Esto quiere decir que los principios Constitucionales van penetrando en todo el ordenamiento jurídico y la Constitucionalizan de un ordenamiento jurídico es fácil de observar en términos de hechos. ¿Qué quiere decir? que cuando los juristas en general y los jueces en particular empiezan a usar argumentos Constitucionales y no estrictamente legales entonces uno observa que, de hecho, se está produciendo la Constitucionalización. Lo que me interesa mostrar ahora y, un poco, es el sentido de esta intervención, es más o menos que: el método jurídico, las claves de la racionalidad jurídica en nuestros ordenamientos han cambiado, el proceso de Constitucionalización ha cambiado drásticamente nuestra forma de entender el derecho y su método. Pero ¿qué es lo que me interesa mostrar? que estamos en un proceso de cambio, de transición, que es dinámico, en el que no está asentado todavía nada. Y, si ustedes se fijan, eso quiere decir que estamos conviviendo con dos modelos de racionalidad jurídica que de alguna manera no acaban de casar, que hay múltiples discusiones que tienen que ver con esta transición que en teoría del derecho han sido muy relevantes y que han tenido trascendencia a efectos jurídicos. Les puedo poner muchos ejemplos de discusiones relevantes que han tenido que ver estrictamente con esto, por ejemplo, la discusión dentro de la racionalidad jurídica entre lo que se ha llamado el positivismo y el post positivismo, entre el modelo de las reglas como racionalidad jurídica y los principios que expresa la voluntad del legislador o la ponderación de los valores Constitucionales que ha hecho el legislador. Por un lado, en uno se toma la soberanía como base, el legislador expresa su voluntad de manera soberana y en otro se toma como base los derechos y los principios Constitucionales en la que el legislador hace una ponderación. Uno está construido ex parte principis y otro está construido tratando de dar cuenta de los derechos y los valores Constitucionales. No pretendo hacer ideología, yo no pretendo decir que esto es una cuestión de hechos, pues no es una cuestión de hechos; en los hechos no ha pasado y no hay

manera de mostrarlo. Es una cuestión de método y de racionalidad jurídica y de cómo concebimos la racionalidad jurídica. Es decir, que se puede ser leal a la voluntad del legislador y a su expresión, o ser leal a la ponderación; es determinar que es lo que dota de sentido a esa regla. ¿Se entiende por qué digo que es muy importante y darse cuenta de que están conviviendo en el mundo del derecho dos racionalidades que en cierto modo están enfrentadas?

Creo que esencialmente lo que ocurre es que se está discutiendo muy mal el asunto porque parece que uno tuviera que elegir entre el modelo de los principios y el modelo de las reglas. Y allí sí que hay una cuestión de método que es: hay un hecho y ese hecho es que el legislador ha dictado esta ley, pero la cuestión de teoría del derecho es: ese hecho ¿que expresa? ¿la voluntad del legislador o la ponderación de los valores constitucionales? Si expresa la voluntad del legislador, no tengo forma de justificar que hay lagunas axiológicas a la hora de aplicar la ley en un momento determinado. Que haya lagunas axiológicas quiere decir que hay un caso que es relevante pero que el legislador no toma en cuenta y por tanto no es aplicable. Yo considero que decir que la ley expresa la voluntad del legislador es como cuando uno dice: “el testamento expresa la voluntad del testador”, pues habrá que ser fiel a la voluntad del testador y esto quiere decir que habrá que ser fiel a lo que expresó y todo lo demás serán argumentos, por decirlo de alguna manera, para escaparse del por qué dijo eso. ¿Por qué digo eso? la forma de entender la ponderación depende de nuestra concepción del derecho, de cómo interpretemos la ley, de cómo entendamos la ley. Eso no es una cuestión de hechos y no es una cuestión de si uno quiere fugarse o no. Querrá fugarse de las leyes aquel al que no le gustan las leyes, no tiene nada que ver con eso. Por el contrario, tiene que ver con cómo entendemos y concebimos el derecho y el método jurídico. Entonces creo que esa es una de las claves importantes que deberíamos tomar en consideración porque, en el fondo, creo que es urgente ir construyendo aquello a lo que algunos nos hemos sumado, a una cierta denominación que es el el Constitucionalismo Jurídico.

En nuestros países, la tradición siempre fue el Constitucionalismo Político. En Estados Unidos, la idea de Constitucionalismo jurídico no tiene sentido. Ello, porque fue jurídico desde el principio. En nuestros sistemas jurídicos, venimos de

la tradición del siglo en que el constitucionalismo era político, era la estructura del poder y era el derecho político de un país. Entonces, ¿Qué quiere decir construir el Constitucionalismo jurídico? Es ir avanzando en la construcción de la teoría del derecho y del método jurídico del Estado Constitucional y creo que es urgente. Por ejemplo, en la discusión entre reglas y principios, todo puede ser visto como un gran malentendido porque del modelo del imperio de la ley, la idea de normatividad. ¿Cuál era la idea de normatividad? Que una ley está bien hecha si excluye al completo la deliberación del aplicador. No es que en el modelo de las reglas y del imperio de la ley no hubiera principios, había principios, eran institucionales y funcionaban como reglas y había principios que cumplían funciones sistemáticas, servían para agrupar reglas. Por ejemplo, el principio de imparcialidad judicial ha existido siempre, pero ¿cómo se usaba el principio? El principio se usaba para dotar de sentido pues a todas las reglas de que existían de abstención y recusación de jueces. Pero el principio no podía detectar lagunas porque sólo cumplía funciones de agrupación de reglas.

Al respecto, es pertinente comentar lo siguiente. El Tribunal Supremo Español tenía una doctrina que venía a decir que las causas de abstención y recusación de jueces están tasadas y se interpretan restrictivamente. ¿qué significaba eso? eso significa que no puede haber lagunas axiológicas, no puede haber casos relevantes valorativamente y que el legislador no haya tenido en cuenta. Entonces, toda esa discusión principios-reglas que se ha construido con la creencia de que los que son partidarios del Constitucionalismo Jurídico no les gustan las reglas no tiene sentido.

Otra discusión que ha estado pésimamente argumentada o discutida es la discusión formalismo judicial-activismo judicial. Yo tengo escrito por ahí que, si uno lo entiende bien, tanto el activismo es un mal como el formalismo es otro mal y a mí me recordaba un viejo proverbio judío que decía “cuando hay que elegir entre males, el pesimista se queda con los dos”. Bueno, el buen jurista tiene que decir: el formalismo es un mal y el activismo es otro mal. Esas son formas de ser malos jueces. Naturalmente que uno puede canalizar la discusión entre qué pesa más y eso es ineliminable; si la conciencia jurídica formal de los jueces o la conciencia jurídica

material, pero eso va a ser una tensión que va a estar siempre, está en la propia estructura del derecho.

Pero la discusión entre formalismo o activismo no tiene sentido. ¿Por qué? pues porque se estructura de la siguiente forma: “tú que eres partidario de las reglas, eres formalista; tú que eres partidario de los principios y la justicia, eres activista”. Son formas desviadas de discusión. ¿qué quiero decir con eso? Hay muchas cuestiones que se han canalizado mal, se han discutido mal y esto es porque se ha hecho una lectura muy sesgada de la cuestión. Yo creo que es urgente debatir de manera seria la idea de construir la teoría del derecho adecuada para el Estado Constitucional de Derecho y esa es una tarea que es de todos.

Y es verdad que en estos momentos están conviviendo en la conciencia jurídica esos dos paradigmas, esos dos modelos y lo estamos padeciendo nosotros. ¿por qué? porque venimos de una tradición de puro Constitucionalismo Político, en donde la relevancia jurídica de la Constitución era estrictamente el derecho político de ese país, pero el derecho administrativo iba al margen el derecho Constitucional. Solo en la dimensión de distribución del poder jugaba el Constitucionalismo y la Constitución. ¿A qué nos lleva eso? si el Estado Constitucional sobrevive, -cosa que no está tan clara, aunque yo soy un convencido de que es el nivel civilizatorio más alto que hemos conseguido-, necesita urgentemente que los juristas seamos capaces de construir la teoría del derecho adecuada para la estructura jurídica que estamos gestionando. ¿Por qué digo eso? El Estado Constitucional de Derecho está asediado por múltiples frentes, es decir, tiene muchos enemigos externos, por decirlo de alguna manera. Dichos enemigos están vinculados a la delincuencia como como al populismo como a movimientos políticos, son muchos. Pero a mí hay algo que me que me subleva y es que los juristas no seamos capaces de ver el componente civilizatorio que tiene el Estado Constitucional de Derecho y de racionalidad que está detrás y que los juristas seamos algo necios o contumaces en algunas discusiones que en el fondo lo único que hacen es debilitar internamente el Estado Constitucional de Derecho. La distinción entre cultura jurídica interna y cultura jurídica externa; la primera es es cómo ven al derecho desde fuera del derecho y la interna es como vemos el derecho desde dentro del derecho, es decir, los operadores

jurídicos, los jueces, los académicos, los profesores, etcétera. Entonces es entender cómo lo vemos desde dentro, pues esa mirada interna creo yo que ha sido bastante frívola a la hora de evaluar y dotar de sentido el valor del Estado Constitucional de Derecho y eso es lo que les quería traer un poco para discutir y si abrimos un debate pues mejor. Muchas gracias.



# DES]CONSTITUCIONALIZACIÓN: EL DERECHO CONSTITUCIONAL EN TIEMPOS DE REGRESIÓN DEMOCRÁTICA

*Deconstitutionalization: constitutional law in times of democratic regression*

**PEDRO P. GRÁNDEZ CASTRO**

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

**Palabras clave:** desconstitucionalización, constitucionalización, regresión democrática, rigidez constitucional, control constitucional, independencia judicial.

**Keywords:** *deconstitutionalization, constitutionalization, democratic regression, constitutional rigidity, constitutional review, judicial Independence.*

“Los documentos constitucionales, bien pensados y articulados, fueron pensados en la época de su primera aparición como la llave mágica para la ordenación feliz de una sociedad estatal. Hoy, manipulada por los políticos profesionales, la Constitución ha cesado de ser un proyecto optimista, una realidad viva para la masa de los destinatarios del poder”

**Karl Loewenstein**

## I. INTRODUCCIÓN

El Derecho constitucional se ocupa de la organización del poder para limitar su uso arbitrario y, de otro lado, fija las reglas constitutivas de una sociedad que se orienta hacia fines y metas colectivas. Se suele citar al artículo 16 de la Declaración francesa de 1789 como un símbolo del ideal de una Constitución democrática: “toda

sociedad donde no se ha fijado la separación de poderes y no está asegurada la garantía de los derechos, no tiene una Constitución”. Siendo algo básico, en la actualidad, hay mucho que se tendría que añadir.

Para empezar, a quién corresponde hoy la garantía última de los derechos es algo que, aún con los debates que suscita, ya no puede reducirse a la actuación del legislador. También la separación de los poderes ha sufrido una mutación. Ackerman, por ejemplo, se refirió a la segunda separación de poderes, para dar cuenta, desde una perspectiva realista, de la presencia gravitante del Poder Ejecutivo en la gestión de los servicios y prestaciones exigidas por el Estado social. Más recientemente, desde el continente europeo, Mauro Barberis se ha referido a una tercera e incluso una cuarta separación de los poderes para dar cuenta del papel fundamental del juez en los Estados constitucionales.

Hay un ideal progresista en el desarrollo del constitucionalismo, aunque puede ser sólo un ideal normativo. Vistas bien las cosas, las regresiones son una amenaza constante que, en distintos periodos de la historia, se han concretado en verdaderas catástrofes sociales. Las lecciones sobre regresiones son múltiples y diversas: en la misma Francia posrevolucionaria en el siglo XIX, o para no apartarnos del continente americano, la caída en manos de caudillos militares de las nacientes repúblicas durante todo el siglo XIX y buena parte del siglo XX; ya en el siglo XX, el triunfo del nazismo en Alemania, la caída de la segunda república española, etc.

Como ha destacado Loewenstein con sagaz inteligencia en su *Teoría de la Constitución*, la Constitución vale como norma efectiva allí donde ha sido capaz de convertirse en el marco pacífico para la lucha por el poder. Es decir, donde el conflicto político puede desarrollarse hasta resolverse en sus marcos sin violentarla y manteniendo intactas las expectativas que la Constitución proyectaba al momento de su aprobación por el poder constituyente.

Hay que reflexionar, en nuestros contextos, para reparar, cuántas veces la Constitución ha servido de marco para canalizar el conflicto. Los constantes golpes de Estado o la contemplación de la Constitución como una norma irrelevante o superflua frente a los poderes fácticos y los intereses de los grupos y facciones,

muestran un constitucionalismo periférico y subsidiario, que se ha mantenido incapaz a lo largo del tiempo, no sólo para canalizar los conflictos y la lucha por el poder, sino también indiferente frente a las injusticias y, por tanto, vulnerada constantemente por los detentadores del poder y sin mayores consecuencias.

Es también por eso, por la marginalidad del constitucionalismo en la mayoría de nuestros países de América Latina, que parece alejada de la realidad, la propuesta de un *Ius Constitutionale Comune* a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. No porque el papel de la Corte no haya resultado relevante e, incluso, en determinadas circunstancias, la única garantía frente a las violaciones sistemáticas de los derechos humanos al interior de los estados; sino porque un constitucionalismo perdurable requiere de convicciones y de actores también perdurables y eso solo es posible de desarrollar y mantener si el constitucionalismo logra, primero, estabilizarse en cada uno de los Estados. Sin democracias estables en los estados, el propio sistema interamericano de protección de derechos se encuentra en riesgo. Por ello resulta relevante conocer los ciclos de nuestros constitucionalismos y los riesgos que experimentan en cada contexto, porque es posible que sus riesgos sean más *comunes* que sus éxitos. En lo que sigue intento presentar algunas de estas manifestaciones del proceso de regresión o desmontaje del modelo del constitucionalismo de los derechos. La experiencia peruana me sirve de contexto para una reflexión que espero muestre algunas variables más generales que pueden percibirse también en otros contextos. En la primera parte me refiero al proceso de constitucionalización y sus alcances relativos, para luego presentar algunos rasgos de un proceso que he denominado como “desconstitucionalización” y que permite comprender también el proceso más general de regresión democrática.

## II. LA CONSTITUCIÓN IRRELEVANTE

La *Constitución irrelevante* depende, en buena medida, de quienes la convierten en irrelevante desde el poder y, desde luego, como lo ha hecho notar Nino, también depende del sentido que le asignamos al propio concepto de *Constitución*: si como un sistema de reglas y principios que modulan, de hecho, la vida de una determinada comunidad, o si como un concepto más bien de tipo normativo y que,

en muchos casos, aun cuando resulta irrelevante para la vida del común de las personas, define, sin embargo, el proyecto de vida social colectiva y, en este sentido relevante, puede constituir la “carta de navegación de una Nación”, sin la cual ella divaga sin rumbo.

La Constitución es también irrelevante en otro sentido, uno menos técnico-jurídico que a veces incluso resulta exagerado en el discurso público cuando, por ejemplo, en el contexto del debate peruano o chileno de los últimos años, en el que se exigía una nueva Constitución, se escuchan frases como “una nueva Constitución no nos va a dar *de comer*” o “de Constituciones no vive nadie.” Está en la intuición de la gente: las Constituciones no resuelven problemas prácticos y, quizá por ello, como con frecuencia se observa, tampoco es defendida por las multitudes cuando es agredida en sus elementos esenciales. De nuevo, Loewenstein nos recuerda la irrelevancia que tiene la Constitución en este sentido para el común de la gente en la medida que “ni la más perfecta Constitución” puede satisfacer los deseos o necesidades básicas del común de las personas: la Constitución no puede salvar el abismo entre pobreza y riqueza; no puede traer comida, casa, ropa, educación, ni descanso, es decir, las necesidades esenciales de la vida. De manera que “las preguntas vitales que afectan a la vida diaria no son decididas, desde hace tiempo, por órganos establecidos constitucionalmente, sino por los grupos de interés y los partidos políticos sobre los que la Constitución guarda silencio y que, por lo tanto, operan fuera del marco constitucional”.

Loewenstein escribió su libro desde el exilio a partir de unas conferencias que brindó en la Universidad de Chicago en 1956. Pueden por ello resultar algo exageradas sus afirmaciones respecto de la poca o nula incidencia de las Constituciones de la postguerra en la vida de la gente. Para cuando el jurista alemán dio aquellas memorables conferencias, la *ley fundamental* alemana ya había estampado en su primer artículo, con enorme influencia en el constitucionalismo posterior, que “[l]a dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público” (art. 1.1) Igualmente, la Constitución italiana de 1947, aunque “inactuada” en los primeros años, había dispuesto en su artículo 3, como “obligación de la República” la supresión de cualquier obstáculo “de orden

económico y social” que pudiera limitar, en los hechos, la libertad y la igualdad en el “acceso al pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.

Lo que esto indica es quizá una nueva manera en que la Constitución resulta irrelevante. No se trata del fenómeno que el propio Loewenstein identifica como una *forma consciente* de desacatar lo que establece la Constitución por parte de los detentadores del poder. La Constitución resulta irrelevante en este caso debido a que no se activan los propios mecanismos que ella misma incorpora para hacerse cumplir. Esto puede deberse a diversos factores y/o circunstancias, pero también a la presencia de cierta cultura proclive a mantener una Constitución irrelevante.

Este es el fenómeno que se ha podido apreciar en varios países de América Latina, donde la cultura jurídica en general y, la judicial en particular, pese a contar con Constituciones que proclamaban su superioridad por sobre la ley, incorporando el control judicial de las leyes, simplemente no lo acataban o no se ejercía esta competencia, permitiendo que leyes o decretos de los gobiernos de turno la desnaturalicen o las mantengan sin ninguna eficacia práctica. El caso peruano es paradigmático en este punto pues se puede observar, por ejemplo, que el control constitucional de las leyes por parte de los jueces del Poder Judicial fue puesto en práctica recién luego de muchas décadas de haberse recogido en el texto de la propia Constitución. Los jueces y los propios comentaristas de la Constitución sostenían que la previsión constitucional no podía ejecutarse sin una regulación especial que la hiciera efectiva. Tal *regulación* vino finalmente en el año 1963 mediante un decreto-ley de la junta militar de aquel entonces, que puso en vigencia un decreto de organización del Poder Judicial a la que tuvo la osadía de denominar “Ley Orgánica”.

Lo que quiero destacar con esta breve introducción es que la relevancia de la Constitución no depende de ella misma, sino de los actores que le dan vida y sentido en la práctica y que, en conjunto, definen el prestigio y relevancia social de la Constitución democrática.

### III. CONSTITUCIONALIZACIÓN: LA CONSTITUCIÓN RELEVANTE

No ha sido estudiado —al menos no entre nosotros— qué hace que una Constitución se vuelva de pronto relevante. Como ha ocurrido con la Constitución peruana de 1993 que se mantuvo como un texto sin mayor relevancia respecto de sus contenidos básicos durante el régimen autoritario de Alberto Fujimori. De pronto, tras la caída del régimen que la puso en vigencia, activó algunos de sus principales mecanismos que, junto con las reformas producidas durante los primeros años de la transición y las mutaciones producidas por la jurisprudencia constitucional de los primeros años, permitieron mostrarla como una Constitución que fue adquiriendo, de a pocos, cierta relevancia, en particular, respecto de sus cláusulas económicas.

En Europa, tras la atroz experiencia del nazismo, se instauró un nuevo estadio del constitucionalismo con Constituciones rígidas confiando esta vez no más en la legislación, sino más bien en la independencia de los jueces —el resguardo último de los derechos— y creando, de este modo, una nueva estructura constitucional que cambió *el ADN* del constitucionalismo democrático. El resultado ha sido la comprensión de las Constituciones como normas supremas ancladas en la dignidad humana; Constituciones, según se ha dicho, son “materiales y garantizadas” judicialmente, que han reestructurado la armadura del constitucionalismo liberal, y han auspiciado, al mismo tiempo, un proceso progresivo y sin precedentes de “constitucionalización del ordenamiento jurídico” en su conjunto.

Por *constitucionalización* se entiende un proceso de impregnación de los valores y principios constitucionales hacia las demás fuentes infraconstitucionales y también hacia las prácticas del Derecho, con estrategias que van desde la interpretación de conformidad con la Constitución, hasta decisiones judiciales que orientan la propia legislación incorporando, aun con disidencias de por medio, decisiones exhortativas al Parlamento para adecuar la legislación a los mandatos de la Constitución. Como ha precisado el actual presidente del Tribunal Federal del Brasil, la constitucionalización no debe ser confundida con la simple supremacía constitucional. Se trata, más bien, de un fenómeno que requiere de ciertas

actuaciones de los poderes constituidos que ponen de manifiesto que, en un determinado sistema, la Constitución empieza a tener un rol normativo relevante. Esta suerte de “evidencia” que da cuenta de que, en un determinado contexto, se va produciendo progresivamente un proceso de constitucionalización, se expresa en vínculos hacia la legislación, las prácticas judiciales y los particulares. En lo que se refiere al Poder Legislativo, la constitucionalización se expresa: *i)* limitando la discrecionalidad o libertad absoluta de la legislación, *ii)* o bien generando obligaciones para concretar ciertas expectativas que imponen los derechos o el programa constitucional en su conjunto. De otro lado, respecto de las prácticas judiciales, la constitucionalización activa los mecanismos del control constitucional, permitiendo que los jueces, por lo general, puedan desarrollar su jurisprudencia interpretando la Constitución, impactando, de este modo, en forma creciente en las demás fuentes. Respecto de los ciudadanos, la constitucionalización permite que cualquier ciudadano pueda invocar en forma directa la Constitución en todo tipo de procesos judiciales; de otro lado, supone también un vínculo de su propio actuar, limitando su libertad para hacerla compatible con los demás principios y valores del orden constitucional.

El fenómeno se ha hecho notar en Europa tras la adopción de las Constituciones de la posguerra y el diseño de una nueva estructura judicial que incluye el control de constitucionalidad de las leyes. Incluso en Francia, donde la judicialización de la Constitución tiene más restricciones y donde no existe un amparo directo como en Alemania o España, el proceso no ha tardado en presentarse en forma visible para los juristas. Favoreu, por ejemplo, ha anotado como uno de los efectos de este proceso que tiende “a borrar la distinción entre derecho público y derecho privado”. En Alemania, el Tribunal Federal acuñó con inusitado éxito la expresión “efecto irradiación” (*Ausstrahlungswirkung*) de los derechos fundamentales para expresar la forma cómo la Constitución expande su eficacia y valor a las normas del derecho privado. Según expuso el Tribunal Federal Alemán, en su famosa sentencia del caso Lüth del año de 1958:

“Si el juez civil deja de reparar en el efecto objetivo que las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales producen sobre las disposiciones del Derecho civil —efecto de irradiación— viola con ocasión de su fallo el derecho fundamental que ha debido proteger y cuya observancia judicial le es impuesta, como quiera que a ello el titular tiene derecho. En este caso, contra las sentencias lesivas de los derechos fundamentales, sin perjuicio de los restantes recursos, cabe la acción de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal, el cual limitará su examen a la cuestión constitucional únicamente, vale decir, al análisis aludido —efecto de irradiación— y a su correcta o incorrecta valoración por parte del juez de la causa”.

Pronto, el razonamiento en el caso Lüth se expandió siguiendo la ruta de los tribunales constitucionales contra lo que el propio Kelsen previó, convirtiendo el denominado efecto horizontal de los derechos fundamentales en patrimonio común de un constitucionalismo expansivo que ha generado entusiasmo en toda América Latina. Así, como describió Guastini, el proceso de constitucionalización suele ser progresivo y, además, —como nosotros explicaremos más adelante— cíclico. Dependiendo de los actores y la forma cómo se va consolidando, el proceso puede involucrar a los tribunales, la Academia y la cultura jurídica primero y, luego, a la cultura en general. Cuando ello ocurre, el proceso habrá impregnado en la vida de la sociedad con menos riesgo de regresión.

### **III.1. Constitucionalización académica y jurisprudencial**

El ciclo de la constitucionalización inicia con la jurisprudencia constitucional bajo ciertas premisas que permiten el control judicial de la Constitución. Como anota Guastini, la rigidez de las Constituciones y la presencia de mecanismos de justicia constitucional se presentan como condiciones necesarias en estos procesos. No obstante, en el caso peruano, con Constituciones formalmente rígidas y con garantías jurisdiccionales compartidas entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, tanto en la Constitución de 1979 como en los primeros años de la Constitución de 1993, el proceso de constitucionalización no despegó sino hasta la transición democrática, luego de la caída del régimen de Fujimori producida en el año 2000.



La constitucionalización es, entonces, un proceso que no sólo depende de presupuestos normativos o institucionales. Los procesos políticos y sociales incorporan insumos que activan ciertos mecanismos. Una suerte de “hambre de Constitución” como sostuvo Loewenstein refiriéndose a los procesos de transición que impulsan a la propia sociedad a exigir sus derechos a los tribunales. Una primavera democrática que auspicia que el movimiento social vea en las instituciones de la justicia y en la jurisprudencia, una forma cercana y directa de convertir en algo tangible las promesas de la Constitución. Esto explicaría, por ejemplo, el papel relevante del proceso de amparo en los procesos de constitucionalización en la mayoría de los países de América Latina. Los propios ciudadanos suministran insumos para reivindicar la Constitución, incluso para hacer frente a las injusticias de la ley. En el caso del Perú, existe la posibilidad de acudir a los tribunales, mediante un proceso de amparo contra la propia ley, cuando es posible argumentar una afectación directa a los derechos fundamentales. Pero durante la transición democrática de la década del 2000, también se acudió al proceso de inconstitucionalidad, en algunos casos notables, para “adecuar” normas preconstitucionales (como las del Código Civil) a los mandatos de la Constitución. Los procesos de constitucionalización han sido ampliamente estudiados y documentados sobre todo a partir de la jurisprudencia de los tribunales. La literatura académica, sin embargo, no ha indagado en las bases más realistas sobre las razones que alientan o estabilizan los procesos de constitucionalización. Si la constitucionalización fuera, como sugiere Guastini, “un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta plenamente ‘impregnado’ por las normas constitucionales”, entonces podría afirmarse que se trata de un proceso delimitado o delimitable en el tiempo. Pero esta imagen, aunque expuesta con claro interés pedagógico, paradójicamente, no es realista. La Constitución no es una *crema* para “impregnar” y tampoco el ordenamiento puede concebirse como una superficie determinada que debe ser cubierta o impregnada por el recubrimiento de la Constitución, como si se tratara meramente de un aerosol.

Lo cierto es que se trata de un proceso permanente, en la medida que lo que está en juego es la eficacia cotidiana de la Constitución. Como ha escrito Zagrebelsky refiriéndose al contexto de la crisis presente en torno a la Constitución, no se trata de un objeto o un documento, sino de una tarea y, para el caso de los constitucionalistas y los tribunales, según ha remarcado, es “la tarea”. Una tarea ardua, difícil y permanente, que no puede ser solamente de jueces y juristas profesionales. La constitucionalización es superficial si en esta tarea están comprometidos sólo los profesores de Derecho constitucional y algunos jueces. La constitucionalización realmente impregna la vida cotidiana cuando se transforma en prácticas y cultura del día a día. Quizá es este el desafío mayor: que la constitucionalización trascienda la labor de la jurisprudencia y la Academia y se convierta en una cultura que compromete el movimiento social, político, económico e incluso militar. La constitucionalización es sólo entusiasmo si se queda a nivel de los académicos y de algunos jueces. El riesgo es, en todo caso, un proceso de desconstitucionalización que es lo que, en la actualidad, vivimos ahora en forma acelerada, y al que me referiré enseguida.

#### IV. DESCONSTITUCIONALIZACIÓN

Por *desconstitucionalización* comprendo aquí al proceso y/o conjunto de mecanismos e instrumentos que, usados en forma consciente o no, logran, en la práctica, el desmontaje del valor normativo de la Constitución. Por efecto de este proceso o de uso de estos mecanismos, la Constitución —que antes vinculaba de cierta manera— se vuelve, una vez más, irrelevante respecto de los fines para los que estuvo pensada. Tal como ocurre con la constitucionalización, también aquí se trata de un proceso gradual cuyo impacto puede ir desde episodios aislados que desnaturalizan el sentido de las cláusulas constitucionales, hasta la degradación absoluta y sistémica que desactiva por completo el valor y sentido de la Constitución en su conjunto. Los procesos de desconstitucionalización ya han sido estudiados antes. Aparecen como el declive de un proceso previo de constitucionalización, como ocurrió en la Europa de entreguerras. Werner Kagi se refiere a ambos procesos en un texto escrito en las vísperas de la Segunda Guerra Mundial. El proceso previo a lo que él denomina “desmontaje constitucional” muestra el fuerte impulso hacia la

construcción del Estado constitucional en Europa. Incluso como una comprensión “más allá de las fronteras, en ese lenguaje común del derecho constitucional”. Según refiere, se avizoraba en el Estado constitucional “una etapa previa de una verdadera *civitas máxima*, de un Estado mundial, sobre la base del derecho”.

Pero este entusiasmo, como el propio Kagi documenta enseguida, “era solamente una coyuntura aparente: muchas de esas Constituciones eran plantas de invernadero que no podían mantenerse en la dura realidad”. Esta “dura realidad” es la época de entreguerras (1919-1939), donde el estado de excepción se convirtió en muchos países en algo normal. La legislación de la guerra se prolongó frente a la crisis financiera que azotó en los años posteriores. Las naciones que estaban abrazando con esperanzas las promesas del Estado constitucional optaron por normalizar los estados de emergencia: “[m]uchos Estados se apartaron deliberadamente de la idea del Estado constitucional, en otros, por la ocupación militar, el ordenamiento autónomo constitucional fue en mayor o menor medida suspendido”. En otros países, las “razones de Estado” sustituyeron a la normatividad constitucional. De este modo, Kagi resume el impacto del desmontaje de la Constitución que afectó a sus elementos esenciales: *i)* las normas que establecen las relaciones entre ciudadano y Estado se ven afectadas decisivamente “por la expansión de las funciones estatales, es decir, las tendencias hacia el Estado “autoritario y totalitario”; *ii)* los derechos fundamentales “pierden su sentido absoluto”. Tanto el legislador como el poder del gobierno “se exceden en sus límites”. En estas circunstancias, “a menudo el individuo, en una situación de total carencia de garantías, vuelve a enfrentarse al poder absoluto del Estado”.

Otro tanto ocurre del lado de las competencias del Estado: *iii)* “la concentración de los poderes sustituye a la división de poderes”. En el caso europeo, la degradación constitucional muestra en este punto un reforzamiento sin límites del Poder Ejecutivo que adquiere poderes absolutos mediante herramientas como la delegación de facultades y el dictado de medidas de emergencia; *iv)* se desactivan los controles judiciales y, de este modo, “el contrapeso de la justicia (la jurisdicción constitucional), no se fortalece sino, por el contrario, se debilita cada vez más”. Finalmente, esta experiencia también muestra que el desmontaje de la Constitución

incide en la forma democrática de gobierno; v) en este punto, el autor señala aquellas prácticas legislativas que optan por procedimientos acelerados (abreviados) prescindiendo de los procesos ordinarios, el “estrangulamiento del referéndum”, e incluso, “las modificaciones de la Constitución se realizan despreciando el poder constituyente del pueblo”.

Haciéndose eco de las reflexiones del profesor Kagi, Sagüés ha elaborado una suerte de catálogo de supuestos de “desconstitucionalización”, incluyendo tanto supuestos formalmente válidos, como también procedimientos y estrategias claramente vedadas que tienen como objeto dejar sin efecto o desvirtuar el sentido de las normas constitucionales. Interesa destacar este segundo grupo. Esto ocurriría, según anota, “cuando una regla constitucional no es formalmente cambiada pero sí resulta desvirtuada, pervertida, bloqueada o desnaturalizada, especialmente por prácticas, costumbres o interpretaciones mutativistas, por lo general manipulativas de la Constitución, que en definitiva producen una caída en el vigor jurídico (o fuerza normativa) del precepto constitucional sancionado en su momento”.

Sin duda, se trata de un proceso que está presente en distintos contextos y de diversas formas. Zagrebelsky nos habla, desde Italia, sobre los “tiempos difíciles de la Constitución”, en los que esta se enfrenta a una serie de riesgos que la alejan de su ideal primigenio, el de unidad y construcción de sociedades basadas en el bien común. La Constitución, según señala el profesor de Turín, “es consignada en un texto escrito, se le  *fija*  para sustraerla del egoísmo y de las cambiantes relaciones de fuerzas”. Pero las Constituciones son también objetos expuestos, a lo que nuestro autor denomina la “ley de los castores y termitas”. Al comienzo, sobre todo cuando la Constitución es expresión genuina de un nuevo pacto, la norma suprema es una obra colectiva de castores, pero las termitas surgen desde dentro, expresando las fuerzas corrosivas de las facciones y grupos: “son las facciones partidarias, los  *lobbies* , las asociaciones más o menos secretas, los ‘círculos’ ocultos del poder, las corporaciones, las oligarquías económico-financieras; todas las fuerzas que, inactivas o relativamente impotentes en el momento del período constituyente, aparecen o reaparecen inmediatamente después”.

En la literatura desde la politología, se viene hablando hace ya un tiempo de los procesos de regresión democrática. En un texto del año 2018, Ginsburg intenta resumir, en una tipología, las diversas modalidades de regresión. Los casos de Venezuela y Hungría le sirven para ejemplificar dos formas frecuentes de regresión: por un lado, las reformas constitucionales para permitir la reelección manipulando los procesos electorales, y, por otro, el control de los altos tribunales mediante intervenciones directas, como puede ser el cese de algunos de sus integrantes para cambiarlos por nuevos miembros, o las reformas legales para aumentar el número del pleno del alto tribunal.

En otros casos, se apunta al control de las instituciones de la justicia, como el Ministerio Público o el Poder Judicial. Estas intervenciones pueden incluir verdaderas purgas que se orientan a intimidar a los funcionarios del sistema de justicia que tienen, entre sus funciones, alguna parcela de control del poder. El abuso del poder puede incluir también, por lo general siempre en simultáneo, acciones orientadas a “manipular el entorno informativo atacando o controlando los medios de comunicación” a través de las licencias. Ginsburg cita también el caso de la intervención de la Universidad Centro Europea de Hungría por el régimen de Viktor Orbán.

El artículo de Ginsburg observa el valor que han adquirido en los últimos cien años los tribunales de justicia en la arquitectura de los Estados constitucionales. Desde su análisis, los tribunales pueden ser instituciones fundamentales para proteger a la democracia del retroceso. Observando el caso colombiano que impidió en el 2010 una nueva reelección de Álvaro Uribe, concluye que: “[p]odría decirse que la decisión de la Corte Constitucional de 2010 marcó una coyuntura crítica en la democracia colombiana”. Desde luego, también hay ejemplos en los que los tribunales sucumben ante la tendencia autoritaria del régimen, como ocurrió en Perú en la década de los 90, cuando el fujimorismo, que controlaba el Parlamento, logró aprobar una ley para una nueva reelección presidencial contra lo que establecía el texto constitucional. La norma denominada de *Ley “interpretación auténtica”* fue impugnada ante Tribunal Constitucional, donde no se lograron los votos necesarios para declarar su inconstitucionalidad, generándose con ello una

división en la votación al interior del Tribunal, lo que ocasionó una acusación desde el Parlamento contra los magistrados que habían votado por declarar inconstitucional la ley. Los magistrados fueron destituidos y luego reincorporados por una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sin duda, el papel de la justicia y, en particular, del Tribunal Constitucional en el control frente a las regresiones, resulta fundamental. Sin embargo, cuando es el Tribunal mismo la institución que logra ser controlada o desactivada en sus decisiones más relevantes, el proceso de regresión en general y, el proceso de desconstitucionalización en particular, pueden acelerarse de modo mucho más pernicioso, como sugiere el caso peruano.

Con estas anotaciones generales, en lo que sigue, me propongo identificar algunas de las notas más saltantes del proceso que vive el Perú en los últimos años. Algunas notas son generales y se han presentado en otros espacios aquí referidos; otras son propias de nuestro contexto y pueden contribuir a advertir sobre nuevas manifestaciones del proceso de regresión.

Una precisión adicional antes de ingresar al desarrollo de las diversas manifestaciones de desconstitucionalización que se vienen presentando en Perú: sobre el concepto de *desconstitucionalización* y los otros adjetivos vinculados que se vienen usando, como *regresión*, *erosión*, o incluso, *asedio democrático*. El fenómeno de la *regresión* democrática parece incluir más elementos y, por ello, asumiré este término como el género, mientras que la *desconstitucionalización* corresponde a uno de los elementos o variables de la regresión. En concreto, se trataría del proceso en el que la Constitución va dejando de cumplir un rol relevante, fundamentalmente, en sus mecanismos de garantía y de control del poder. El proceso de desconstitucionalización es, por ello, la cara jurídica del proceso de regresión más amplio que se expresa indefectiblemente en otras variables con que suele medirse el estándar democrático. Desde luego, no son dos procesos totalmente ajenos uno del otro. Por ejemplo, el ataque a jueces y fiscales sería un fenómeno propio de la regresión democrática, en la medida que se usa un instrumento propio de la democracia, como es la libertad de expresión y comunicación; pero, al mismo tiempo, sería un elemento claro de ataque contra un valor constitucional

fundamental, como es la independencia judicial. Veamos algunos de estos indicadores en la reciente experiencia peruana.

#### **IV.1. Desconstitucionalización y cláusula de rigidez constitucional**

La cláusula de la rigidez identifica a las Constituciones del Estado constitucional. En términos prácticos, supone que la Constitución no sólo tiene mecanismos que la protegen frente a cambios con mayorías simples, como podría ocurrir con la ley; sino que, además, la rigidez tiene también una dimensión material, en la medida que asume que los contenidos de la Constitución tienen un valor superior y, por ello, están protegidos frente a las mayorías simples. Por ejemplo, el requerimiento para que las enmiendas a la Constitución no sólo se produzcan mediante votaciones calificadas (sino, además, por lo menos en dos legislaturas reiteradas, como ocurre con la cláusula peruana), supone la exigencia de una mayor reflexión sobre cada propuesta de reforma.

La crisis política y el control que ha logrado imponerse al gobierno desde el Parlamento, ha tenido en la cláusula de la rigidez alguna incidencia directa. En algunos casos, la urgencia de cerrar las puertas a supuestos que estaban abiertos en la Constitución, mediante el derecho de iniciativa ciudadana para su reforma a que se refiere la ley respectiva, llevó a modificar de modo explícito algunas normas constitucionales mediante una ley ordinaria. Este fue el caso de la Ley N.º 31399 que, con el pretexto de modificar el artículo 44 de la Ley N.º 26300, en realidad, añadió como nuevo supuesto los contemplados en el artículo 32 de la Constitución. De este modo, mientras la Constitución peruana establece que “[no] pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor”, por su parte, la reforma a nivel legal y no constitucional dispone que “[...] ni aquellas que no se tramiten según el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución Política”.

Como era de esperarse, la norma en cuestión fue impugnada ante el Tribunal Constitucional, el que en mayoría declaró infundada la demanda tras considerar que: “[...]la sola ampliación de los supuestos de improcedencia para llevar a cabo el

referéndum no exige que para tal fin se realice necesariamente una reforma a la Constitución.” De este modo, en los hechos, se ha añadido un supuesto de prohibición de sometimiento al referéndum relacionado con una posibilidad remota: la de una reforma constitucional que surgiera por iniciativa ciudadana, pero que no se encuentra prohibida. Al someter al trámite parlamentario una iniciativa de reforma de la Constitución que podría surgir en el marco de los derechos de iniciativa legislativa que aquella prevé a favor de los ciudadanos, se desnaturaliza el concepto de democracia directa, que es lo que se encuentra en la base de este tipo de instrumentos de participación.

Otro caso claro de reforma o “añadido” constitucional mediante ley ordinaria y que también fue convalidada por el Tribunal Constitucional es la conocida *Ley del Despacho Virtual de la Presidencia de la República* cuando el mandatario o mandataria se encuentra fuera del territorio nacional. En este caso, se trataba de responder a un problema práctico ante la ausencia de vicepresidentes en el periodo gubernamental 2021-2026. Al margen de la necesidad de una regla que resuelva este problema, lo cierto es que la regulación de las “encargaturas” en supuestos de ausencia del titular del despacho de la Presidencia, se encuentra en el artículo 115 de la Constitución, que, respecto de la ausencia del titular del despacho presidencial, establece: “Cuando el Presidente de la República sale del territorio nacional, el Primer Vicepresidente se encarga del despacho. En su defecto, lo hace el Segundo Vicepresidente”.

La Ley N.º 31810 incorpora el artículo 8-A en la Ley N.º 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, que en su inciso 3 establece: “8-A.3. En caso de que el presidente de la República deba salir del territorio nacional y no haya vicepresidentes en ejercicio, de manera excepcional, el presidente de la República se mantiene a cargo del despacho presidencial empleando tecnologías digitales. Es obligatoria la implementación de mecanismo de seguridad digital para el uso de dichas tecnologías.”

Una vez más, la ley fue impugnada por un grupo de parlamentarios ante el Tribunal Constitucional. El Tribunal advierte que, en efecto, respecto del supuesto que se está regulando mediante ley, existe un vacío constitucional. Según el Tribunal, si bien “[...]se ha advertido que el constituyente no previó la posibilidad de que no



haya vicepresidente durante un determinado mandato presidencial, al que se le pueda encargar el despacho; [...] Este vacío no puede ser un impedimento para que este Tribunal resuelva la presente controversia, por cuanto, como establece el artículo 139.8 de la Constitución, el ejercicio de la función jurisdiccional se rige, entre otros, por el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley o, en este caso, de la propia Norma Fundamental”.

Sin embargo, la cuestión que debía ser resuelta por el Tribunal Constitucional no tenía que ver con un “vacío”, como se sugiere en la sentencia, sino, precisamente, de lo que se trataba era si tal “vacío” podía ser regulado mediante una reforma constitucional o mediante una ley ordinaria, como hizo finalmente el Parlamento. Si bien es verdad que las facultades de mantener el despacho virtual durante los viajes al exterior del Presidente en funciones no altera ninguna competencia específica de la Presidencia, también es cierto, como lo hace notar el voto en discordia del magistrado Monteagudo que: “[...]en la medida en que se trata de una materia de naturaleza constitucional, el hecho que sea el legislador ordinario el que se haya arrogado la facultad de regular el uso de las tecnologías digitales para la gestión del despacho presidencial, así como la autoridad encargada de hacerlo, supone una infracción del principio de jerarquía normativa, el cual se encuentra previsto en el artículo 51 de la Ley Fundamental”.

La cuestión parece poco relevante en este caso. Si nos atenemos al contenido de la ley, incluso se puede coincidir con la tesis interpretativa de la mayoría del Tribunal cuando concluye que “la Constitución permite que el Presidente continúe a cargo del despacho presidencial, empleando tecnologías digitales, cuando se encuentre de viaje y no cuente con vicepresidentes que puedan encargarse de la gestión administrativa del mismo”. Sin embargo, lo que estaba en juego, en términos formales, era algo más relevante. Como se mencionó para el ejemplo anterior, la cuestión era si, puestos a intervenir en el denominado “vacío constitucional”, el competente para llenar tal vacío era el legislador ordinario o el poder de reforma constitucional que no se ha activado en este caso. Esto muestra que hay cuestiones que se pueden resolver vía interpretación constitucional (mutaciones constitucionales), pero que no pueden hacerse por vía de la legislación ordinaria,

porque lo que está en cuestión es una regla constitutiva de los Estados constitucionales: la cláusula de la rigidez constitucional.

#### **IV.2. Desconstitucionalización y control constitucional**

Los casos del apartado anterior muestran cómo la Constitución pierde su carácter de norma fundamental y suprema cuando el legislador la puede manipular desviando el procedimiento de su reforma e incorporando alteraciones al texto constitucional por vía de la legislación ordinaria. El proceso se consolida cuando el Tribunal Constitucional renuncia a realizar un control efectivo de estas leyes que, como vimos, inciden en el contenido de la norma suprema sin pasar por el procedimiento de la reforma constitucional.

Ahora veamos otra de las manifestaciones de la desconstitucionalización. Esta vez se trata del corazón de la Constitución del Estado constitucional: los controles judiciales. A diferencia de las Constituciones políticas, pensadas fundamentalmente para limitar y organizar el poder político, las Constituciones de los Estados constitucionales ponen especial énfasis en la garantía judicial de los derechos y en el control del Parlamento mediante mecanismos de revisión constitucional de la ley. Esta es también la razón por la que autores como Ginsburg resaltan el papel de los tribunales en los procesos de regresión democrática.

También en el proceso de desconstitucionalización en el caso peruano, la incidencia del Tribunal Constitucional se ha visto, al menos en una primera fase, con la misma intensidad con que intervino en el proceso de constitucionalización reciente. El papel gravitante del Tribunal radica en que sus funciones abarcan no sólo el control y confirmación de la legislación a través del proceso de inconstitucionalidad, sino que también controla, en última instancia, la actuación del Poder Judicial a través, fundamentalmente, del amparo contra decisiones judiciales; además, es instancia única en el conflicto de competencias entre los diversos poderes del Estado.

En el caso del Tribunal Constitucional, el sistema de designación de sus integrantes es un anuncio de su fragilidad frente a los intentos de penetración y control político, especialmente en contextos de crisis y disputas de las facciones. Las reglas de selección que, pese las modificaciones que incluyen un concurso de selección previa

a la elección por parte del Parlamento, sigue estando en manos por completo de “una comisión especial de selección integrada por un (1) representante de cada grupo parlamentario”. Incluso en tiempos de normalidad y estabilidad política, el dejar en el espacio del poder político —como es por excelencia el Parlamento— la totalidad del proceso de elección del máximo tribunal que juzgará la actuación de los poderes políticos, no parece nada sensato; más todavía en tiempos de polarización y disputas exacerbadas. Cada espacio del poder se vuelve parte de la disputa política y la confrontación sin concesiones. El resultado es parte del problema que vemos en la actualidad.

Ya hemos tomado nota de algunas de las decisiones del Tribunal Constitucional en el apartado anterior. Su actuación ha venido siendo fundamental como parte de las disputas políticas, precisamente. Sobre la composición que en mayoría inició funciones el año 2022, el Parlamento ha tomado decisiones importantes que recibieron respaldo inmediato cuando el debate se extendió al Tribunal Constitucional. En algunos casos, se trataba de claras disputas que involucraban al poder que había, recientemente, elegido a la nueva conformación del Tribunal. El equilibrio de poderes se ha roto así inclinándolo en favor del Poder Legislativo, en buena medida, con el respaldo del máximo tribunal del país.

El control y equilibrio del poder de los tribunales de la justicia en general y, del Tribunal Constitucional en particular, pueden contribuir de manera notable a restablecer los pesos y contrapesos en estas circunstancias. Sin embargo, la independencia es una condición *sine qua non* para que ello ocurra. Cuando dejamos en manos solamente de uno de los poderes del Estado la selección de sus integrantes (además en el caso reciente, de seis de sus integrantes en bloque), las probabilidades de copamiento y control son muy altas. No debemos olvidar en este punto que el cierre del Parlamento en el año 2019 y la posterior intervención del Tribunal Constitucional que declaró constitucional esta disolución, dejó aun más en evidencia el papel gravitante del máximo intérprete de la Constitución en medio de la crisis y la disputa de las facciones. Los consensos políticos para las nuevas designaciones ya con el nuevo Parlamento del 2021 y, además, en medio de una crisis aun más pronunciada con la proclamación del candidato de izquierda Pedro

Castillo, alertó aun más las precauciones de los grupos políticos conservadores que controlaban el Parlamento en aquellos días. La agenda agresiva en materia de derechos, así como las reformas para desactivar los mecanismos de control y equilibrio de poderes, tanto desde el Poder Ejecutivo, como desde el sistema judicial, se pusieron en marcha de inmediato.

Incluso antes que la nueva composición se instalara, el máximo Tribunal ya había declarado la inconstitucionalidad de un primer intento del Parlamento por limitar la cuestión de confianza desde el Poder Ejecutivo, mediante la reforma a su propio reglamento. La respuesta del Tribunal fue que la cuestión de confianza posee una regulación abierta “con la clara finalidad de brindar al Poder Ejecutivo un amplio campo de posibilidades en busca de respaldo político por parte del Congreso, para llevar a cabo las políticas que su gestión requiera”. Para el Tribunal, el intento de regulación por parte del Parlamento para “promover, interrumpir o impedir la aprobación de una norma o un procedimiento legislativo o de control político”, vulnera el principio de separación y balance entre poderes, pues desnaturaliza la finalidad constitucional de esta institución.

No obstante, instalado el nuevo Parlamento, contra lo decidido por el Tribunal Constitucional, publicó por insistencia y pese a las observaciones del Poder Ejecutivo —que se encontraba aún bajo el gobierno de Pedro Castillo—, la Ley N.º 31355 que establece que:

“La facultad que tiene un ministro y la del presidente del Consejo de Ministros a nombre del Consejo, de plantear una cuestión de confianza conforme al último párrafo del artículo 132 y al artículo 133 de la Constitución Política del Perú, está referida a materias de competencia del Poder Ejecutivo relacionadas directamente a la concreción de su política general de gobierno, no encontrándose, entre ellas, las relativas a la aprobación o no de reformas constitucionales ni las que afecten los procedimientos y las competencias exclusivas y excluyentes del Congreso de la República o de otros organismos constitucionalmente autónomos.”

La ley, como era de esperarse, fue impugnada ante el Tribunal Constitucional en la medida que no sólo intentaba incorporar una regulación con limitaciones que no aparecen en la Constitución y estableciendo, además, en una de sus disposiciones respecto del sentido de la decisión que se adoptara, que: “[s]olo el Congreso de la República puede interpretar el sentido de su decisión”, lo que de nuevo dejaba fuera de toda posibilidad de intervención al poder legislador.

La ponencia de la sentencia, que no logró la votación requerida, proponía que, siguiendo la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional y, conforme a lo establecido en forma clara en la Constitución respecto de la prerrogativa de la cuestión de confianza, la ley fuera declarada inconstitucional por la forma y por el fondo. Según se lee en uno de los fundamentos: “La incorporación al ordenamiento jurídico de materias o exigencias establecidas en la ley implican la modificación del marco constitucional que configura la cuestión de confianza facultativa. No obstante, la ley impugnada no ha sido aprobada a través del mecanismo de la reforma constitucional e, incluso, la reforma constitucional, como ya se puso de relieve, no puede alterar el balance entre poderes”. En su voto particular, la exmagistrada Marianella Ledesma advierte, a partir de la presente decisión, que “una seria erosión a la democracia cuando el Congreso de la República no sólo discrepa de las interpretaciones efectuadas por el Tribunal Constitucional, sino que las inobserva de forma abierta y deliberada”.

No obstante, cuatro magistrados que habían respaldado la decisión anterior respecto de la modificación del reglamento del Parlamento para restringir la cuestión de confianza concluyeron, esta vez, que la ley era constitucional. En su voto particular, el magistrado Blume, por ejemplo, sostiene que: “No se trata en esencia, y lo enfatizo, de una ley de reforma constitucional. Se trata más bien de una ley de desarrollo constitucional que, teniendo a la Constitución como punto de partida, ha establecido precisiones y límites razonables respecto del ejercicio de la cuestión de confianza regulada en sus artículos 132 *in fine*, y 133. Un desarrollo constitucional que, como veremos más adelante, se encuentra dentro de lo constitucionalmente posible”.

El debate de esta ley en el seno del Tribunal avizora los tiempos de regresión más profundizada en la jurisprudencia constitucional en Perú. A nivel legislativo, por su parte, muestra también que el equilibrio de poderes se había roto y la suerte del Poder Ejecutivo estaba, finalmente, bajo el control del Parlamento. Sin partido de respaldo, la nueva Presidenta en funciones, Dina Boluarte, sabía que la cuestión de confianza ya no era más una carta a su favor: se había activado uno de los “*airback*” en la conducción de la democracia. Por su parte, el Tribunal Constitucional parecía no tomar conciencia que había ayudado a consumir un accidente fatal en las ya maltrechas pistas de la democracia peruana.

La nueva composición de los miembros del Tribunal Constitucional ponía en evidencia, al menos a la luz de sus primeras decisiones, que el equilibrio de poderes se había roto a favor del Poder Legislativo. Respecto de la institución de la cuestión de confianza, aun quedaba pendiente decidir un caso que venía del régimen del expresidente Castillo. En su decisión, el nuevo Tribunal da cuenta que se trata de un caso en el que ya no existiría un verdadero interés, dada la nueva composición del Consejo de Ministros tras la caída de Castillo. No obstante, aplicando reglas supletorias del proceso de inconstitucionalidad, el Tribunal se avoca al caso para validar algunas modificaciones que, a nivel del propio reglamento del Parlamento, habían limitado aún más el trámite de la cuestión de confianza, al punto que se había introducido un procedimiento de “rechazo liminar” que ni siquiera dependía del Pleno de Parlamento, sino solamente de su mesa directiva.

El interés del Tribunal Constitucional por dejar zanjadas las cuestiones sobre este tema, incluso respecto de la propia jurisprudencia anterior, parecen muy elocuentes. Respecto de la jurisprudencia anterior, la nueva composición del Tribunal entiende que el admitir en forma abierta que el Poder Ejecutivo pudiera formular una cuestión de confianza sobre cualquier asunto, incluidas las competencias exclusivas del Poder Legislativo, “terminó desequilibrando este principio constitucional primordial a favor del Poder Ejecutivo, y puso en sus manos un poder que la Constitución no le asigna, al convalidar un ejercicio arbitrario e indiscriminado de la cuestión de confianza”.

Pese a que, para la nueva composición del Tribunal, el dejar en manos de un único poder la decisión respecto de la procedencia o no de la cuestión de confianza, suponía trasladar un poder que la Constitución no le asigna en tales términos, en esta ocasión, su decisión hace exactamente lo mismo. Sólo que esta vez el poder que adquiere esta asignación de poder “que la Constitución no le asigna” ya no es el Poder Ejecutivo, sino el Legislativo. En efecto, en esta ocasión el Tribunal concluye afirmando que:

“[...]el Congreso de la República es la entidad competente para determinar: a) cuándo se ha producido un rechazo, rehusamiento o negación de la confianza a las que se refieren los artículos 132, 133 y 134 de la Constitución; y, b) el alcance de dicho rechazo, rehusamiento o negación. [...] Asimismo, también es la autoridad competente para: a) decidir sobre el rechazo de plano de la cuestión de confianza; y, b) determinar la valoración que corresponde dar a la decisión de “rechazar de plano” la cuestión de confianza que adopte la Mesa Directiva del Congreso de la República.”

En este caso, la desconstitucionalización tiene como víctima no a cualquier cláusula de la Constitución, sino a una que resultará luego determinante en el avance arbitrario de parte del Parlamento: la cláusula del equilibrio de poderes.

Algunas de las decisiones que siguieron, especialmente aquellas en las que el Parlamento tenía un especial interés, han generado que la ciudadanía perciba un Tribunal disminuido y condicionado a las expectativas del Parlamento. Una decisión importante que desafió incluso la jurisdicción internacional tuvo lugar con la liberación de Alberto Fujimori. Otro caso en el que la mayoría del Tribunal Constitucional mostró que sus tiempos estaban sincronizados con la agenda del congreso fue la abrupta habilitación de un amparo a favor del excongresista Marco Tulio Falconí. El amparo había sido interpuesto en abril de 2020 contra los integrantes de la Comisión Especial que tenía a su cargo la designación de los integrantes de la Junta Nacional de Justicia. Tras la renuncia también abrupta de José Ávila, integrante de dicha institución (quien tuvo que renunciar al haber sido implicado en una trama de corrupción por declaraciones de un colaborador eficaz),

el Tribunal se apresuró en publicar una sentencia declarando fundada la demanda y cerrando así la posibilidad de que sea convocado el primer suplente en la lista, quien era un reconocido profesor universitario al que la mayoría en el Parlamento ubicaba distante a sus intereses. De este modo, cierto sector parlamentario trataba de controlar las votaciones al interior de otra de las instituciones claves para la independencia judicial, como es la Junta Nacional de Justicia.

### **III.2.1. Desconstitucionalización e instituciones de la justicia**

Como puede observarse, la desconstitucionalización se centra en los procesos que amenazan instituciones y/o herramientas que son propios de la Constitución y del Derecho constitucional. El acoso a las instituciones de la justicia, el intento de copamiento y control desde los poderes políticos hacia el Poder Judicial, el Ministerio Público, la justicia electoral o la Junta Nacional de Justicia, constituyen acciones que van más allá de los procesos de desconstitucionalización. Aquí solo se mencionan algunos eventos que permiten mostrar que el desbalance de poderes — o lo que es lo mismo, la concentración del poder— mira con especial interés cualquier posibilidad de control del sistema de justicia que es el que, eventualmente, puede activarse en cualquier momento frente a los excesos de los poderes concentrados o desbordados.

Lo vimos con el Jurado Nacional de Elecciones y los intentos desmesurados por destituir a su Presidente, el juez supremo Jorge Salas Arenas. La acusación de fraude en las elecciones de 2021 se extendió una vez instalado el Parlamento, con el pedido de las agrupaciones que perdieron la presidencia para conformar una comisión investigadora que no pudo acreditar los cargos postulados. Luego vinieron una serie de acusaciones constitucionales y un feroz ataque en medios cercanos a los grupos políticos que mantenían las acusaciones aun sin poder acreditarlas. Las denuncias del juez Salas han merecido la atención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que, en su resolución de medidas provisionales del 4 de septiembre de 2023, exigió al Estado peruano que adopte las medidas necesarias para garantizar la vida y seguridad del juez y su núcleo familiar.



Un caso particular de desconstitucionalización ocurrió con el Ministerio Público. En este caso, la constitucionalización de sus importantes atribuciones se produce con la Constitución de 1979, que en su artículo 250 constitucionalizó también su autonomía y dispuso, entre otras funciones, una especialmente importante: “b) Vigilar e intervenir en la investigación del delito *desde la etapa policial* y promover la acción penal de oficio o a petición de parte”. Esta atribución constitucional se mantiene incluso con mayor énfasis en la dirección de la investigación a cargo del Ministerio Público, para cuyos fines, según se precisa, “la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función”. El proceso de adecuación de la legislación a los mandatos de la Constitución fue lento, pero progresivo. Incluso la implementación del último Código Procesal Constitucional tuvo que esperar cerca de veinte años para que se pusiera en vigencia a nivel nacional. El efecto práctico de dicha reforma ha sido la concreción del reparto de competencias en términos de dirección de la investigación a cargo del Ministerio Público. Y es precisamente este proceso de dirección de la investigación y de la separación entre técnica de investigación y dirección jurídica (en consecuencia, de control del derecho sobre el poder de policía) lo que ahora está en juego. La reforma procesal penal, con un lenguaje ambiguo y redundante, pretende liberar a la Policía de las órdenes del Ministerio Público en los procesos de investigación del delito, contraviniendo de manera expresa el manto constitucional. En este punto, el proceso de desconstitucionalización no es sólo explícito (intentar modificar la Constitución mediante una simple reforma legal), sino que expresa también, en forma simbólica, la vocación autoritaria de imponer la fuerza sobre el Derecho. La contrarreforma, que viene auspiciada por sectores vinculados al sector policial, encuentra en este tipo de retrocesos legales un mensaje de respaldo a las acciones de “ley y orden” que es el sello característico del contexto en que se genera la regresión en materia de derechos y, sobre todo, de controles sobre la actuación de la autoridad policial.

El ataque a las instituciones de la justicia, incluido al Ministerio Público, incorpora también proyectos de reforma constitucional para cesar al pleno de la Junta de Fiscales y de la Junta Nacional de Justicia. El que los políticos hayan puesto la

mirada en las instancias de la justicia no debiera extrañarnos. Un buen número de líderes de los principales partidos políticos han sido tocados de manera directa con investigaciones y procesos que avanzan en distintas instancias de la justicia. Contribuye a este ataque la fragilidad de algunas instituciones como ocurre con el Ministerio Público que, durante toda la transición democrática, no ha sabido fortalecer sus estructuras internas que las mantiene desde la década de los 80, sin cambios estructurales importantes.

#### **IV.2.2. El retorno de las “zonas exentas” de control y la limitación al amparo constitucional-convencional**

En el contexto que vamos presentando, el hilo conductor del proceso de desconstitucionalización es el desmontaje del Estado constitucional respecto de uno de sus componentes fundamentales: la independencia de las instituciones de la justicia, y con ello, el control judicial del poder. En este contexto, la justicia constitucional cumple un rol fundamental. No sólo a través del control constitucional de la ley, sino mediante el proceso de amparo que, además de ser un mecanismo procesal de protección frente a violaciones o amenazas de afectación a los derechos por parte de “cualquier autoridad o funcionario”, es también, en el marco del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, un derecho humano.

Es esta dimensión del amparo la que también se ha puesto en cuestión en estos tiempos de regresión y desconstitucionalización. Los intentos vienen no sólo en forma de leyes y proyectos de ley que se tramitan desde el Parlamento para limitar el proceso de amparo constitucional, especialmente cuando se trata del control de algunas decisiones del Congreso, sino que también algunas decisiones del Tribunal Constitucional muestran una tendencia hacia la limitación del proceso de amparo. El mecanismo ha sido el proceso competencial. Mediante este proceso, ha sido requerido para pronunciarse contra lo resuelto por los jueces del Poder Judicial cuando el proceso aún no había concluido, pudiéndose hacer a través del recurso de agravio constitucional. Sin embargo, para no esperar, el Tribunal ha

argumentado que “un proceso competencial tiene etapas y plazos más breves que un proceso de amparo; [...] En cambio, el proceso de amparo puede tener hasta tres instancias e involucra un análisis de situaciones concretas relacionadas con la supuesta vulneración de derechos fundamentales”.

Con este argumento pragmático que a la postre termina respaldando la postura del Parlamento que era demandante en el conflicto competencial en cuestión, el Tribunal olvida lo previsto en el artículo 139.2 de la Constitución que proscribiera cualquier intervención de parte de toda autoridad que interfiriera en un proceso en trámite. Pero la instrumentalización del conflicto competencial no ha sido más que la puerta de entrada para interferir en la actuación de la justicia constitucional a cargo del Poder Judicial en tiempos de concentración del poder por parte del Parlamento. La incorporación de la doctrina de las *political questions*, ampliamente debatida y rebatida en el derecho norteamericano, ha sido invocada por el Tribunal para intentar construir una zona de intangibilidad en la actuación del Parlamento. Para avanzar en esta línea, la nueva composición ha tenido que confrontar de manera abierta la doctrina jurisprudencial consolidada en los últimos veinte años. En este sentido, en el conflicto competencial sobre el caso de la destitución de dos integrantes de la Junta Nacional de Justicia que habían sido tutelados por el Poder Judicial en un proceso de amparo, la actual composición del Tribunal, con un lenguaje propio de los tiempos de desconstitucionalización, señala: “pretender imponer como idea infalible en el sistema peruano que “no existen zonas exentas de control constitucional”, en puridad, no se sostiene ni puede entenderse cabalmente en un sistema de frenos y contrapesos, es decir, de límites”. Citando un par de fuentes del derecho español y ninguna del derecho norteamericano, la ponencia intenta sustentar una supuesta doctrina “inamovible” en el Derecho norteamericano sin contextualizar algunas cuestiones que pueden resultar fundamentales para comprender la institución en cuestión.

Una de estas cuestiones es destacada, por ejemplo, por Tushnet cuando refiere que, pese al intento de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Baker v. Carr* de precisar en seis elementos a tomar en cuenta para determinar la no justiciabilidad de cierto caso, la flexibilidad y prudencia con que se manejan estos estándares

depende siempre de la propia Corte. En muchos casos, la Corte ha considerado suficiente identificar al menos uno de estos seis elementos para abstenerse de intervenir; en otros casos, sin embargo, la interpretación siempre ha sido un instrumento suficientemente flexible para burlar las reglas y controlar las actuaciones de los demás poderes, incluso en casos de clara competencia a favor de uno de los poderes políticos, como ocurrió en el caso *Powell v. McCormack* (1969). Una conclusión a la que se puede arribar sin mayor controversia observando la práctica de la doctrina de las *political question* en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos es que se trata de una doctrina creada y administrada por la Corte que no suele usarse para disminuir su poder o socavar sus competencias; menos para reducir su competencia en el control constitucional. En un sistema donde no es posible una confrontación entre el Poder Judicial y un Tribunal Constitucional como ocurre en nuestro contexto, la doctrina de las *political question* no puede ser utilizada desde las ramas políticas para desactivar el poder de revisión o de control del judicial. Como se ha destacado, esta doctrina no puede concebirse como un arma contra el control constitucional: “El coste moral de tal resultado, tanto para la sociedad en general como para el Tribunal Supremo en particular, supera con creces cualquier beneficio que se piense que puede derivarse de la abdicación constitucional de la función de control judicial”.

## V. CONCLUSIONES PRELIMINARES

El proceso que vive Perú en los últimos años muestra una tendencia preocupante de deterioro de la gobernabilidad democrática y la garantía de los derechos. Al proceso de constitucionalización iniciado tras la caída del régimen de Fujimori en los inicios del siglo XXI, le ha seguido un acelerado proceso que he identificado como “desconstitucionalización” y que está desmontando algunos de los logros más representativos del constitucionalismo de los derechos. El ataque a la cláusula de rigidez de la constitución muestra el poder descontrolado del Congreso que viene produciendo una serie de cambios en la propia estructura de la Constitución, sin respetar el trámite del proceso de reforma constitucional.

El proceso de desconstitucionalización comprende también el ataque a las instituciones de la justicia y, en particular, a algunas de las garantías fundamentales

para la protección de los derechos como es el amparo. Mediante un mecanismo de intervención directa como es el proceso competencial, las instancias políticas como el parlamento o el poder ejecutivo, vienen paralizando procesos de emparo en trámite socavando la independencia judicial y tratando de crear zonas de inmunidad mediante la invocación de la doctrina norteamericana de las *political questions*. Lo que muestra esta jurisprudencia de la actual composición del Tribunal Constitucional es una negación de la doctrina constitucional que se había desarrollado durante la transición y que establecía que en el estado constitucional “no existen zonas inmunes al control constitucional” que ejercen los jueces. Esta doctrina jurisprudencial se ha puesto en cuestión durante la crisis.

El proceso de desconstitucionalización tiene, desde luego, mayores alcances y se expande también al discurso público, al debate de la academia y también a la cultura en general. En conjunto se expresa como una crítica al discurso de los derechos y la garantía de protección judicial, refuerza el discurso populista de la “mano dura” y la negación de garantías básicas en los procesos judiciales y, desde luego, sirve también para madurar y alentar la idea que siempre ronda en el discurso político de tiempos de regresiones: Hay que salirnos del sistema interamericano de protección de derechos humanos.

Lima, diciembre de 2024.

# LA MIGRACIÓN DE CONCEPTOS Y SU ESPECIAL INCIDENCIA EN EL DEBATE SOBRE UN POSIBLE CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

*The migration of concepts and its particular impact on the debate about a possible global constitutionalism*

OSCAR ANDRÉS PAZO PINEDA

**Palabras clave:** Constitucionalismo global – Universalidad – Globalización – Constituciones – Derechos Humanos

**Keywords:** *Global Constitutionalism – Universality – Globalization.- Constitutions – Human Rights*

## RESUMEN

Los teóricos del derecho han tenido múltiples inconvenientes cuando se han interrogado a propósito de la existencia de un posible constitucionalismo global. Quizás uno de los problemas más notorios tenga que ver con el hecho que, en líneas generales, ellos solo han conocido los conceptos y estructuras institucionales propias del Estado, lo cual genera que sea ciertamente complejo razonar más allá de sus fronteras.

En efecto, ideas como la Constitución estatal, el poder constituyente o el mismo concepto de democracia se han consolidado, particularmente, dentro del seno del Estado-Nación. Es así que se genera el conocido dilema de la “migración de conceptos”, el cual surge cuando se intentan trasladar términos o estructuras de un escenario o marco hacia otro distinto. En esta investigación, lo que precisamente se intenta reflejar es la presencia de una serie de retos en el terreno de la investigación jurídica, ya que las reflexiones en torno a un posible constitucionalismo global,

según se entiende, solo tendrían dos caminos: o se intenta construir este concepto desde el armazón del Estado-Nación, o, por el contrario, se le diseña desde un sistema *ex novo*, esto es, a partir de herramientas, términos y lógicas distintas a la estructura estatal.

De esta forma, en esta investigación se presentarán los puntos que deben ser analizados al momento de decidir abordar el complejo debate respecto de la posibilidad de si es posible o no hablar de un constitucionalismo global.

## **I. EL ESTADO-NACIÓN BAJO ESCRUTINIO: ALGUNOS APUNTES DESDE EL PARADIGMA POST-WESTFALIANO**

La migración o el traslado de conceptos en el ámbito del constitucionalismo global demanda el previo cuestionamiento del arsenal teórico asociado al Estado-Nación. En efecto, uno de los cuestionamientos que suele formularse en contra del traslado de conocimientos asociados al Estado al ámbito global es el relativo a que se trata de categorías que operan en planos considerablemente distintos, lo que generaría que el uso indistinto de conceptos en ambos escenarios no sea apropiado.

En ese sentido, es preciso entender las pautas sobre las que se rige el Estado-Nación, ya que ello permitirá, en mejor medida, apreciar la revolución que ha supuesto el debate sobre la eventual existencia de un constitucionalismo global. Ahora bien, el rol del Estado en el Derecho Internacional solo puede ser correctamente visibilizado a través de la conocida Paz de Westfalia (1648), la cual va a generar la consolidación de una serie de reglas que van a caracterizar el desarrollo de las relaciones entre los países entre los siglos XVII al XX.

En efecto, el denominado modelo westfaliano va a asumir que los Estados son los únicos actores en el ámbito internacional, lo cual genera una serie de consecuencias. La primera de ellas es la relativa a que ellos son los únicos legitimados y autorizados para celebrar tratados internacionales. En el seno de esta construcción, no existen otros sujetos que se encuentren facultados de asumir compromisos internacionales, por lo que la persona solo puede articular reclamos a través de su respectivo país, y no de forma individual. Por otro lado, en este paradigma el Derecho Internacional se sostiene, esencialmente, sobre la idea del consenso de los Estados. Esto supone que la única fuente de la que se derivan las obligaciones radica en la voluntad de

cada país, por lo que no existen mecanismos o influencias externas que puedan incidir en la necesidad de cumplir con los tratados o acuerdos.

En el ámbito interno, una consecuencia de este principio será, como no puede ser de otro modo, que solo los Estados producen normas jurídicas válidas. En este orden de ideas, no existen agentes externos a ellos con competencia de expedir disposiciones que puedan obligar a los países, salvo, claro está, que ellos mismos hayan decidido asumir el compromiso respectivo. En esta época, conceptos como el de “orden público internacional” van a permitir que los Estados puedan invocar su derecho interno con el propósito de negarse a reconocer un acto o negocio jurídico en su territorio. Del mismo modo, las autoridades judiciales solamente aplican, en la resolución de controversias, las normas jurídicas estatales. En esta época, los tribunales no se encontraban tan familiarizados, como en la actualidad, de aplicar directamente los tratados internacionales.

Este modelo westfaliano va a tener un considerable impacto en la política internacional entre los siglos XVII y XX. Sin embargo, el desarrollo y las pérdidas ocasionadas a propósito de las dos conflagraciones mundiales van a generar que se replanteen varias ideas y conceptos que se encontraban nítidamente consolidados para los Estados. En efecto, de forma particular las experiencias totalitarias permitieron advertir que, en muchas oportunidades, los Estados pueden ser los principales responsables de realizar vulneraciones de los derechos fundamentales.

De similar forma, se planteó la problemática respecto de ante qué entidad podía acudir una persona cuando el denunciado era el propio Estado. Evidentemente, en el seno de gobiernos autoritarios, difícilmente las autoridades judiciales van a ser necesariamente estrictas en relación con posibles denuncias de violaciones a los derechos. Por ello, era indispensable articular mecanismos de reclamo a través de los cuales se habilitará la posibilidad de plantear quejas en contra de los Estados. Es así que, después de la Segunda Guerra Mundial, se va a impulsar la celebración de diversos tratados multilaterales sobre derechos humanos, y también se crearon distintas organizaciones internacionales con atribuciones para recibir denuncias en contra de los Estados. Sobre ello, Flavio Inocencio precisa que estos nuevos regímenes van a contribuir con la fragmentación del derecho internacional, pero



también permitirán cierta institucionalización en el terreno de los asuntos internacionales, ya que se va a generar un fuerte impacto en la idea de que era el Estado la única autoridad en esta clase de materias (Inocencio, 2014, p. 204).

Esto va a suponer el inicio de un lento pero progresivo proceso de alteración del paradigma westfaliano: los Estados ya no serán los únicos actores relevantes en el ámbito de la comunidad internacional, ya que deberán coexistir con otros sujetos internacionales. Sobre ello, es importante notar que esta época se ha caracterizado por un marcado incremento de las relaciones interestatales, sobre todo por medio de las organizaciones intergubernamentales (OIG). Se ha reportado, de esta manera, que la cantidad de estas instituciones ha aumentado desde las 123 en 1951 a 260 a mediados del decenio de 1990; mientras que, en el caso de las organizaciones internacionales no gubernamentales (OING), se produjo un aumento de 832 en 1951 a 5472 a mediados de 1990 (Sorensen, 2010, pp. 83 y 84).

La constante creación y desarrollo de estos actores va a generar que diversas premisas entendidas como consolidadas en el seno de los Estados comiencen a resquebrajarse. Así, ya no serán ellos los únicos productores de normas jurídicas obligatorias. En el escenario actual, es posible identificar a múltiples actores relevantes en el contexto internacional. Puede considerarse, por ejemplo, ya no solo el caso de los organismos internacionales, sino que bien puede añadirse a los reguladores no estatales, las agencias administrativas globales e incluso a diversas comunidades infra-estatales (Auby, 2018, p. 8). El hecho de que, en la actualidad, los ordenamientos jurídicos estén compuestos no solamente de normas jurídicas producidas directamente por los Estados, sino también de otras obligaciones que emanan de fuentes colocadas más allá de ellos, genera, a su vez, que se replanteen muchas dudas acerca de las relaciones y espacios de conexión entre el derecho interno y el internacional.

Este considerable cambio del *statu quo* internacional va a generar que, en la academia, ya se haga referencia a una suerte de paradigma post-westfaliano. En esencia, este se va a caracterizar por asumir la idea de soberanías fragmentadas, estatalidad abierta, la existencia de un poder público más allá del territorio, la expansión de modelos supranacionales, el diálogo judicial, la ciudadanía post-

nacional, o la pretensión asociada a una democracia global (Belov, 2018, p. xv). Del mismo modo, es en este contexto en que se hace referencia al concepto de gobernanza multinivel, el cual parte de la premisa de pretender dejar atrás el concepto de jerarquía normativa, por lo que la determinación de la legitimidad de alguna actividad bajo cualquier sistema de normas raras veces es definitiva. De hecho, esta ha permitido advertir que, cada vez en mayor medida, las diferencias entre *hard law* y *soft law* sean menos notorias, por lo que la idea de regulación suele estar asociada a distintas formas legales (Picciotto, 2008, p. 461 y 462). De este modo, es en el marco del paradigma post-westfaliano en el que se van a iniciar las discusiones vinculadas con la eventualidad de impulsar el constitucionalismo global. Y es precisamente en este momento en el que empiezan las reflexiones sobre la pertinencia de hacer migrar los conceptos propios del esquema del Estado-Nación al ámbito de la comunidad internacional. Y es que muchos de los conceptos con los que se le suele vincular desde una perspectiva histórica (el poder constituyente, la idea misma de Constitución, la democracia representativa, o la división de poderes) no se han incorporado, siquiera remotamente, en el ámbito internacional. Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, es necesario precisar que los avances en relación con la posibilidad de referirnos a un derecho de alcance global se han advertido, en mayor medida, en el ámbito del derecho privado. Piénsese, por ejemplo, en el caso de la *lex mercatoria*. En muchas oportunidades, sobre todo cuando se discute acerca del contenido de los derechos fundamentales, los factores culturales impiden un acercamiento más íntimo entre diversas tradiciones. Sin embargo, los asuntos comerciales y financieros no generan, usualmente, esta clase de impedimentos, por lo que es natural que este cuerpo de normas de *soft law* haya evolucionado de forma más rápida de lo que han podido asumir los Estados. Esto implica que, en el derecho público, aun existe una gran cantidad de tareas pendientes. Sobre ello, Ferrajoli apunta que “la crisis de los estados, y con ello del papel de las esferas públicas nacionales, no ha tenido correspondencia en la construcción de una esfera pública a la altura de los procesos de globalización, es decir, la introducción de límites y vínculos, en garantía de la paz y de los derechos

humanos, frente a los poderes transnacionales, tanto públicos como privados [...]” (Ferrajoli, 2018, p. 43).

Ahora bien, con el propósito de examinar con mayor detenimiento la viabilidad de esta exportación, resulta necesario, en primer lugar, entender en su verdadera dimensión la noción de “constitucionalismo global”. Solo cuando se interioricen los verdaderos alcances de este concepto será posible analizar, en qué medida, existe la posibilidad de impulsar este movimiento en el ámbito internacional.

## **II. ACERCAMIENTO CONCEPTUAL AL “CONSTITUCIONALISMO GLOBAL”**

Una primera y necesaria precisión que es pertinente formular es que el constitucionalismo global no está reflejado o representado en una sola corriente de pensamiento. Como bien refiere Atilgan, éste se encuentra presente en diversas ideas o, como él prefiere denominarlas, escuelas. La construcción de cada una de ellas va a depender de los distintos acercamientos que se realicen al derecho internacional, la concepción misma de comunidad internacional, o la idea de constitución. En ese sentido, estima que el constitucionalismo global es una suerte de término paraguas, el cual permite identificar todas aquellas corrientes que intentan una fuerte conexión entre el lenguaje constitucional y el internacional (Aydin, 2018, pp. 1 y 2).

Ahora bien, quizás sea importante, en primer lugar, analizar en qué medida la comunidad internacional ha impactado al derecho constitucional. Esta primera aproximación es importante, ya que permite identificar en qué momento se iniciaron estos escenarios de acercamiento entre ambas disciplinas. Al respecto, se puede mencionar que, en líneas generales, muchas veces las constituciones regulan el procedimiento para la adopción de tratados. En efecto, con posterioridad a las revoluciones atlánticas empezaron importantes discusiones relacionadas con la necesidad de limitar el poder del monarca. En el ámbito de la política exterior, esto va a suponer que, por ejemplo, la aprobación de los tratados ya no era un asunto de su exclusiva competencia, sino que, en lo sucesivo esa atribución tenía que ser compartida con el Parlamento.

Sin embargo, esto solo nos dice algo de un fenómeno usual en los siglos XVIII y XIX, que es el hecho que eran solo las constituciones las que establecían las condiciones para el ejercicio del poder público. En efecto, esto poco nos dice acerca la influencia del escenario internacional en el proceso mismo de la elaboración de la constitución. De hecho, era normal que así lo fuera, ya que el modelo westfaliano de derecho internacional se encontraba, en aquel entonces, fuertemente consolidado. Esto suponía que la convocatoria del poder constituyente y el contenido mismo de una constitución eran asuntos que solo correspondían ser evaluador por los propios Estados y sus ciudadanos, por lo que la comunidad internacional no podía ejercer ningún rol relevante en este punto.

Ahora bien, la influencia de la comunidad internacional en los procesos constituyentes será una característica más asociada al siglo XX. Evidentemente, mucho tendrá que ver la gradual superación del modelo westfaliano, ya que ello permitirá que los países se caractericen por lo que, como se comentó, se denomina estatalidad abierta. En todo caso, es importante precisar que, con el transcurrir de los años, las formas de intervenir en estos procesos han ido variando. En un inicio se asociaron más con motivos imperialistas y militares; mientras que, en la actualidad, se han dado de distintas formas, incluso a través de pronunciamientos de organismos internacionales.

En un interesante estudio, Manon Bonnet menciona que existen distintos escenarios en los que, cada vez en mayor medida, se advierte la intervención internacional, y estos son los casos de países con vacíos de poder (Afganistán o Irak), los que se encuentran sumergidos en guerras civiles (Camboya, Bosnia y Herzegovina o Sudán) y los casos en los que existan dudas acerca del estatuto de un territorio (Timor Oriental). Lo llamativo de esto es que no necesariamente en todos los escenarios se adoptaron las mismas soluciones: en algunos casos existieron acuerdos a través de tratados, en otros existió supervisión directa internacional, o, como ocurrió en Irak, a través de una intervención directa del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (Bonnet, 2019, pp. 211-217). Esta progresiva intervención o interés de la comunidad internacional en los procesos constituyentes nacionales ha generado que, inclusive, existan

pronunciamientos vinculados con la validez de la propia ley fundamental de un país. En el caso de Sudáfrica, el Consejo de Seguridad de la ONU, a través de la Resolución 554 de 1984, declaró nula y sin efectos la denominada “nueva constitución sudafricana”, por entenderla como contraria a diversos principios de la Carta de la ONU, entre ellos el de igualdad racial. Lo llamativo de este caso, y que aun permite reflexionar sobre el grado de influencia que puede tener la comunidad internacional en los procesos internos, es que este texto constitucional se mantuvo en vigencia durante diez años más, hasta que fue reemplazada por la Constitución interina de 1994 (Roznai, 2019, p. 91).

Del mismo modo, otro problema al que se encuentra expuesta la noción de poder constituyente en un contexto extraestatal es el relativo a la determinación de la comunidad involucrada. En efecto, es compleja la delimitación del pueblo que se verá beneficiada con lo que sería la expedición de una nueva constitución. De esta manera, “el pueblo no puede decidir en tanto alguien no decida quién es el pueblo” (Rustow, 1970, p. 351), ya que ello puede generar una asimilación no muchas veces deseada por los integrantes de algún colectivo. Ahora bien, esto no quiere decir que sea inviable teorizar sobre la posibilidad de un poder constituyente más allá de las fronteras estatales, tan solo implica que deberán trazarse importantes vínculos entre sus integrantes para que la pertenencia y la identificación con una comunidad no sean conceptos vacíos.

La situación es aun más compleja cuando se intenta exportar un concepto clásico del Estado-Nación, como es el de constitución, al escenario internacional. Los problemas son inmediatos cuando se advierte que el derecho constitucional comparado demuestra lo complejo que puede ser referirse a una constitución. Si se piensa, por ejemplo, en la experiencia constitucional de Inglaterra, aparecen nítidamente perfiladas importantes diferencias en comparación el constitucionalismo francés. Como se conoce, en el primer caso este país ha optado por no contar con una constitución escrita, mientras que, en el caso del segundo, sus más de diez constituciones escritas hablan por sí mismas. De hecho, con el propósito de no crear conceptos que puedan generar alguna clase de confusiones, la doctrina ha optado por indicar que existen constituciones formales y materiales.

Es así que, en el escenario internacional, la primera duda que deberían despejar los autores que intentan hacer un traslado del concepto de constitución pasa necesariamente por precisar si es que se tratará de un cuerpo escrito de normas jerárquicamente superiores al resto, o si, por el contrario, solo estará compuesto por un conjunto de reglas que determinarán la estructura de la comunidad internacional. En todo caso, existe un importante sector de la doctrina que estima que no es recomendable perfilar un cuerpo superior de normas en el ámbito de una comunidad internacional, o que, por lo menos, no parece ser algo viable en el corto plazo. Al respecto, en un interesante texto, Marti Koskenniemi ha sostenido que

no habrá jerarquía entre los diversos regímenes jurídicos en un futuro próximo. El acuerdo de que algunas normas simplemente *deben* ser superiores a otras normas no está reflejado en ningún consenso respecto a quién debe tener la última palabra. El debate sobre una constitución internacional no se parece a la forja nacional de una constitución. No solo porque el ámbito internacional carece de un *pouvoir constituant*, sino porque si algo así se diera, sería un imperio. La constitución que promulgara no sería internacional sino imperial (2020, pp. 282 y 283).

Todo esto demuestra que, si bien el impacto de la comunidad internacional es, en el siglo XXI, claramente mucho más verificable que lo que ocurría en los siglos XVIII y XIX, lo cierto es que aun están pendientes de resolver muchos asuntos relacionados con las interacciones entre el derecho constitucional y el internacional. Esto obedece a que, en líneas generales, los textos constitucionales suelen reclamar ser los documentos supremos de un ordenamiento, por lo que inclusive prevalecerían sobre los tratados. Por otro lado, en virtud de lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, los Estados no pueden invocar su derecho interno con el propósito de justificar el incumplimiento de alguna obligación internacional.

En todo caso, y más allá de los ejemplos expuestos, es evidente que debe añadirse un componente adicional a la ecuación, y es el relativo al desarrollo y aceleración de los procesos de globalización. De hecho, ellos no solo han tenido un marcado

impacto en el establecimiento de las políticas económicas, financieras o comerciales de los Estados, sino que su influencia es cada vez más perceptible en el ámbito del derecho. Sobre ello, se ha sostenido que la consecuencia más importante de la globalización en el ámbito del derecho público es la “progresiva erosión del Estado-nación como espacio territorial y social en el que se adoptan de forma libre e independiente las decisiones políticas fundamentales y se elaboran de manera autónoma las normas jurídicas correspondientes; la crisis, en definitiva, de la noción de *soberanía*, de soberanía estatal” (Mir Puigpelat, 2004, p. 37).

Esta progresiva erosión del concepto de soberanía ha generado, además, el desgaste de otros conceptos asociados al Estado-Nación. Ahora bien, en esta clase de casos se podrían adoptar, fundamentalmente, dos clases de soluciones: la primera, en que simplemente se decida descartar cualquier referencia al armazón teórico que sostiene a los Estados (lo que supone, por ejemplo, que no sea posible referirse a una constitución o un poder constituyente internacional); por otro lado, la segunda alternativa plantea que es posible emplear estos conceptos, aunque reformulándolos y acoplándolos a la realidad internacional actual.

La primera alternativa, esto es, el descartar completamente cualquier referencia a conceptos asociados al Estado-Nación no parece ser una salida viable. Y ello por múltiples motivos. Se puede señalar, como premisa inicial, que los propios países no han descartado el hecho de recurrir a términos asociados al derecho constitucional con el propósito de intentar consolidar ciertos asuntos internacionales. Por ejemplo, la apelación a la idea del pueblo es recurrente en tratados de considerable relevancia como la Carta de la ONU. Así, el preámbulo de este documento sostiene que son los pueblos de las Naciones Unidas los que se plantean el cumplimiento de una serie de finalidades, entre las que se encuentran la de preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra, o a la necesidad de reafirmar la fe en los derechos fundamentales de la persona.

En un sentido similar, existen diversos pronunciamientos en el ámbito de la comunidad internacional en los que ella se refiere a lo que puede denominarse como una suerte de “Estado de Derecho Internacional” (Becerra, 2014, p. 20). Como se conoce, la fórmula del Estado de Derecho surgió con el propósito de

evidenciar que la obediencia se debía a las leyes y no a las personas, por lo que trató de generar la creación de un régimen impersonal. Ahora bien, esta cláusula no solo se limitó a eso, sino que también empezó a ser asociada con otros principios que, aun en la actualidad, tienen marcada notoriedad, como lo son los de legalidad, separación de poderes, alternancia en el ejercicio del poder, la soberanía de la nación, entre otros.

De este modo, la fórmula del Estado de Derecho comenzó a ser empleada, particularmente, luego de las revoluciones atlánticas, justamente con el propósito de resaltar que el poder público debe encontrarse claramente delimitado. En dicha labor, esta cláusula va a estar generalmente reconocida en las constituciones nacionales, por lo que será bastante común la conexión entre los Estados-Nación, la idea de constitución y la cláusula de Estado de Derecho. En realidad, el propio término alude a un vínculo al parecer indisoluble entre el Estado y el Derecho, ya que se llega a asumir que ambos deben coexistir con la finalidad de garantizar importantes niveles de estabilidad. Y, si a ello agregamos que el orden internacional actual está compuesto esencialmente de Estados, parece ser que esta conexión es inexorable.

Sin embargo, el fenómeno de la constitucionalización del derecho internacional empezó a generar diversas reflexiones en relación con la posibilidad de extender ciertas fórmulas asociadas a los Estados al escenario internacional. De esta forma, y como no podía ser de otro modo, se empezó a hacer referencia de forma creciente a la posibilidad de una suerte de “Estado de Derecho Internacional”. Esta figura alude a la necesidad que, en el ámbito internacional, también se garanticen una serie de principios elementales que puedan garantizar una adecuada convivencia entre los pueblos. Sin embargo, la fórmula es curiosa, ya que sigue refiriéndose al Estado, cuando en realidad debería vincularse a la comunidad internacional. En todo caso, y ello también sería recomendable, la fórmula también podría vincularse con la actuación o acción exterior de los Estados, es decir, con la forma en que las autoridades estatales se desenvuelven cuando asumen compromisos internacionales. Esto ha impulsado a que diversos académicos presenten llamativas reflexiones sobre la viabilidad de este concepto. Por ejemplo, Luigi Ferrajoli, quien ha presentado



interesantes estudios en relación con el tránsito del Estado Legislativo al Estado Constitucional, se ha referido a lo que ha denominado como una suerte de cuarto modelo (el primero es el derecho jurisprudencial, el segundo el Estado Legislativo de Derecho y el tercero el Estado Constitucional), en el que el orden constitucional se amplía al plano supranacional. Se encarga de destacar que, aunque ya no queda mucho de los viejos Estados, aun se conservan muchas de sus formas y garantías constitucionales (Ferrajoli, 2001, p. 40). Sin embargo, el mismo autor es consciente que, dado el contexto en que dicho movimiento se desenvuelve, “la perspectiva de este tercer modelo ampliado de estado de derecho, diseñada por las cartas supranacionales de derechos, suscita todavía en la cultura politológica resistencias y dudas teóricas, tanto en lo relativo a su posibilidad como sobre que sea predecible”. Puede desprenderse de lo expuesto que, si bien Ferrajoli concibe en abstracto un posible futuro del tradicional Estado de Derecho, lo cierto es que, tal y como se encuentra configurado en la actualidad el derecho internacional, alcanzar este nuevo estado de evolución es, aun, bastante complicado.

En todo caso, el empleo del lenguaje constitucional en estos niveles no es del todo inusual, lo cual ha sido demostrado con la referencia al Estado de Derecho, pero también por el empleo de conceptos como el de constitución. Es bastante llamativo, en este sentido, que el Presidente de los Estados Unidos Harry Truman, en un discurso realizado en el año 1945, haya comparado a la Carta de las Naciones Unidas con una clase de constitución que se desarrolla y expande con el devenir de los años. El hecho que la autoridad más importante de uno de los países centrales en la instauración de la ONU se haya expresado en este sentido permite sugerir que, en la mente de muchas personas, este documento puede operar como una suerte de constitución embrionaria de la humanidad.

Del mismo modo, también se advierte un uso no sistemático del lenguaje constitucional en el derecho internacional, y esto se advierte en prácticas como las de referirse al término “constitución” con el propósito de distinguir los tratados que establecen o crean una organización internacional del resto de acuerdos (Fassbender, 2008, p. 270). Esta clase de interacciones permiten concluir que existe un importante diálogo entre ambas disciplinas, las cuales saben muy bien que

requieren de la otra para una adecuada actualización. Ciertamente, el derecho constitucional no puede ser comprendido, en su verdadera dimensión, sin una verdadera apelación al derecho internacional; pero, por otro lado, tampoco es posible que el derecho internacional desconozca todo el armazón conceptual que le puede brindar una entidad consolidada como lo es el Estado-Nación.

### **III. LA MIGRACIÓN DE CONCEPTOS Y SU IMPACTO EN RELACIÓN CON LA ESTRUCTURA DE UN EVENTUAL “CONSTITUCIONALISMO GLOBAL”**

Analizar la posibilidad de extender categorías o conceptos propios del Estado-Nación al ámbito global genera el deber de indagar a qué es que deseamos referirnos con la migración de conceptos. Esta idea se asocia con la necesidad de interrogarnos en relación con la conveniencia de trasladar conceptos de un ambiente a otro, como ocurre entre el derecho local y el internacional. Por ejemplo, Andreas Paulus indica que un constitucionalismo internacional puede ser entendido como la fase final de la institucionalización del derecho internacional a través de la aplicación de principios conocidos por el derecho constitucional doméstico, lo que podría inclusive derivar en una suerte de Estado de Derecho Universal. También suele ser empleado para hacer referencia a traslados de ideas de un escenario cultural a otro (Paulus, 2013, p. 69).

En efecto, no debería ser dejado de lado el hecho que, en múltiples oportunidades, el derecho constitucional ha brindado importantes herramientas de trabajo al derecho internacional, como puede ocurrir cuando este último acoge en su seno conceptos del primero. Esto se ha presentado, por ejemplo, con la extensión de ideas típicamente nacionales al escenario internacional, lo cual obedece a que el derecho constitucional y el internacional han tenido que afrontar, en algún momento, desafíos que en muchos casos aparecen como comunes.

Ahora bien, de esto no puede desprenderse que el derecho constitucional se encuentre imposibilitado de brindar conceptos y técnicas al todavía incipiente derecho internacional. De hecho, como se examinará posteriormente en esta investigación, el derecho constitucional tiene muchas herramientas que puede habilitar para el internacional. Sobre ello, se ha mencionado que la teoría

constitucional puede brindar información valiosa sobre la estructura de la ley y del poder dentro de las organizaciones internacionales, lo cual se materializa, por ejemplo, en el arsenal conceptual y analítico que brinda el derecho constitucional, y también en las herramientas que ella tiene para la evaluación y crítica de las instituciones vigentes (Arato, 2013, p. 299).

#### IV. La exportación de conceptos propios del constitucionalismo local al ámbito internacional y global

Como se ha señalado, el surgimiento y posterior evolución de la comunidad internacional y global ha generado nuevas reflexiones, las cuales pueden advertirse no solamente en los estudios económicos o financieros, sino también en el ámbito del derecho público. La tendencia mayoritaria intentó efectuar encomiables esfuerzos para explicar el funcionamiento de estos fenómenos a partir de conceptos y principios íntimamente conexos con el Estado-Nación. Esto supuso que, difícilmente, se efectuaran investigaciones que intentaran promover la creación de instituciones o bases que obedecieran a un modelo político distinto y autónomo, el cual partiera de postulados y bases distintas.

Esto era entendible, ya que los académicos vinculados con el Derecho Internacional solo habían convivido con el clásico Estado-Nación. Los estudios históricos permitían, de una u otra forma, entender cómo este modelo había sido el predominante en buena parte de Europa y América. Sin embargo, difícilmente esto suponía alguna clase de proyección a futuro. Ya se conocía bastante bien la estructura que sostenía a este tipo de Estado, pero esto no era suficiente para indagar respecto de lo que le esperaba frente a los progresos de diversos procesos de integración. En todo caso, la tarea que pretende el constitucionalismo global no es exclusiva, ya que diversas áreas del derecho público se han visto involucradas en discusiones similares.

Ahora bien, no es sencillo el simplemente trasladar las instituciones que ya conocemos a una nueva realidad, la cual se caracteriza por ser mucho más compleja. De esta forma, no podría sostenerse, sin más, que sea viable “que los principios jurídicos internos puedan ser trasladados inmediatamente a la esfera internacional” (Ruiz, 2014, p. 36). Esto no quiere decir, sin embargo, que no hayan existido

importantes intentos de pensar la esencia de las instituciones fuera de las fronteras estatales. De hecho, desde hace una considerable cantidad de tiempo diversos pensadores han concebido, por ejemplo, la posibilidad de la instauración de una monarquía universal o de una confederación mundial de Estados.

En todo caso, estas construcciones solo habían servido para imaginar un futuro bastante distante e incluso utópico, por lo que no tenían, según se entendía, mucha repercusión práctica. Sin embargo, la reciente experiencia europea ha demostrado que la posibilidad de pensar fuera de los límites presentados por el Estado-Nación es sumamente viable, aunque, en muchas ocasiones, los iuspublicistas han intentado trasladar los conceptos y principios de instituciones desarrolladas en los siglos XVIII y XIX a la actualidad. Esto ha obedecido a que siempre se ha presentado como un reto pensar en conceptos como pueblo, democracia o representación fuera de los confines del Estado.

De esta forma, para un sector considerable de la doctrina el fracaso de ciertas estructuras supranacionales se puede advertir en que ellas no han podido acopladas al modelo del Estado-Nación. Las críticas de falta de legitimidad se fundamentan, así, en la carencia de una suerte de “Constitución para Europa”, la inexistencia de un poder constituyente común, a la falta de partidos políticos europeos, y a la nula fiscalización a los representantes. Como se puede apreciar, muchos de estos conceptos o categorías fueron creados en el seno de los Estados, por lo que el éxito de la fórmula supranacional es, para muchos autores, dependiente de la posibilidad de que se pueda emular la estructura estatal. Evidentemente, es posible trasladar estos cuestionamientos al ámbito del constitucionalismo global, ya que, en ese nivel, existen aun más cuestionamientos respecto de la viabilidad de su posible implementación.

Frente a este sector, existen iuspublicistas que consideran que no es conveniente extender las categorías propias del Estado-Nación a las estructuras supranacionales o al constitucionalismo global, ya que ambas obedecen a lógicas completamente distintas. En todo caso, también se encargan de precisar que sería recomendable que algunos conceptos estatales puedan ser trasladados, aunque con cambios, al esquema supranacional. Uno de los conceptos que se ha intentado con mayor

ahínco trasladar es, precisamente, el de la democracia, lo cual obedece a múltiples razones. Se ha indicado, sobre ello, que si la integración europea solo es entendida como un acuerdo entre gobiernos, se puede generar una situación potencialmente peligrosa, ya que “[s]i no se construyen instituciones democráticas a nivel supranacional, que es en el que se vienen adoptando muchas decisiones, Europa perderá democracia” (Paciotti, 2014, p. 123).

Uno de los ámbitos específicos en los que más se han advertido inconvenientes con el derecho constitucional de la integración o con la constitucionalización de la comunidad internacional o global ha sido el de la democracia representativa. Sobre ello, se suele alegar que, si antes distintos sectores de la sociedad no se encontraban adecuadamente representados ante las autoridades políticas, esto es aún más notorio en el ámbito de entidades supranacionales y globales, las cuales, se dice, se caracterizarían por una suerte de gobierno de élites. En todo caso, es justo decir que ello no obedece a algún inconveniente que sea consustancial a la entidad supranacional o global, sino que es hasta cierto punto entendible dada la juventud de esta clase de organizaciones. Como bien apunta Habermas,

la limitación de la soberanía nacional a favor de una transferencia de los derechos de soberanía a instancias supranacionales no *tiene que* pagarse al precio de una incapacitación de los ciudadanos democráticos. Esta transferencia, *siempre y cuando deje intactos los procedimientos democráticos*, prosigue aquella forma de constitucionalización del poder estatal a la que los ciudadanos ya deben su libertad dentro del Estado nacional (Habermas, 2012, p. 52).

Otro concepto que ha sido contantemente exportado fuera de los confines estatales es el del Estado de Derecho. Sobre ello, César Villegas (2013, p. 164) ha hecho referencia a un *Rule of Law among Nations*, con el fin de advertir la necesidad de extender la clásica idea del Estado de Derecho al escenario internacional. De este modo, postula que un *International Rule of Law* debe contar con cuatro elementos estructurales: orden internacional basado en el derecho, la aplicación uniforme del Derecho Internacional a todos los sujetos en un plano de igualdad, la prevención

del ejercicio arbitrario del poder de los Estados y la aplicación independiente y efectiva de las normas jurídicas internacionales. Esto no es sino la última fase de proyección del constitucionalismo del Estado-Nación hacia la comunidad internacional.

Por otro lado, también se ha criticado que el derecho internacional y global no cuentan con las prácticas de legitimidad democrática suficientes (Trachtman, 2013, p. 269) -al menos no por ahora-, como para imponer un nuevo orden mundial, ya que existen concepciones del mundo marcadamente distintas entre distintos Estados, lo que ha generado que distintos críticos consideren que el derecho internacional no es más que una imposición de la sociedad occidental al resto de la humanidad. Sobre ello, distintos autores que abordaron la naturaleza del derecho internacional consideraron que los tratados internacionales no eran más que la expresión de la recíproca relación de fuerzas entre los Estados, por lo que esta disciplina, en buena cuenta, dependía solamente de cuestiones de política internacional (Walz, 1943, p. 77).

Todo lo anteriormente expuesto es aún más problemático si es que se advierten las diferencias que existen, tanto en la teoría como en la *praxis*, en relación con el derecho constitucional e internacional. Las constituciones suelen ser documentos que, aunque con conceptos indeterminados, son producto de un importante nivel de deliberación y consenso. Del mismo modo, aunque en una sola realidad puedan confluir distintas culturas o grupos, la constitución se presenta como el núcleo de lo estrictamente necesario para la convivencia, lo cual se ha demostrado que no es estrictamente cierto en el panorama internacional. Todos estos factores hacen pensar que, aunque cada vez es más notoria la influencia recíproca entre ambos ordenamientos, también es cierto que los estudios sobre esta conexión son, también, cada vez más problemáticos.

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, uno de los conceptos que ha generado mayor nivel de controversia en cuanto a su extrapolación al derecho internacional es el de poder constituyente, que es una de las ideas que más se ha vinculado con el Estado-Nación. En líneas generales, la doctrina que ha analizado este asunto se ha mostrado pesimista respecto de la posibilidad de extenderlo a escenarios ubicados

fuera de las fronteras nacional. En todo caso, también se ha enfatizado que, a diferencia de lo que ocurría hace unas décadas, en la actualidad se puede observar un cambio social que, eventualmente, puede allanar el camino para una invocación más exitosa de este concepto respecto de colectivos transnacionales o cosmopolitas (Krisch, 2016, p. 279).

Se ha destacado, en este espacio, que muchas veces la dificultad de hacer un traslado o migración de conceptos propios del Estado-Nación al espacio internacional o global obedece a que no existe la posibilidad de una exportación que respeta la esencia de la idea dentro de las fronteras. Esto, en realidad, es natural que así sea. Difícilmente se puede plantear una idea fuera de un contexto en el que ella tuvo su origen y posterior evolución.

En esta línea, Daniel Innerarity será bastante enfático al sostener que “[e]s poco realista pensar en transponer las categorías de la democracia en el Estado-nación a procesos como la integración europea y, menos aún, a la gobernanza global” (Innerarity, 2017, p. 38). La crítica de este autor está orientada en el sentido que en ambos niveles se advierten *polities* distintas y que responden a funciones diversas, lo que genera, a fin de cuentas, que el mismo concepto de legitimidad sea diferente en cada uno de estos órdenes.

Esto demostraría, en general, que el Estado-Nación no podría trasladar automáticamente sus conceptos al campo internacional, y mucho menos al global. Sin embargo, y es justo decirlo, muchos de estos autores también ven cierto nivel de optimismo la posibilidad de reformular viejos conceptos con el propósito de adaptarlos a las nuevas realidades. De hecho, el mismo autor se encarga de precisar que

[n]o se trata de encontrar nuevas instituciones para adaptar ideas familiares a nuevos contextos, sino de entender que los cambios en la configuración de nuestras realidades sociales [...] exigen una reconstrucción de la teoría de la democracia que la despoje de todo lo que se le ha ido vinculando como si fuera parte esencial de ella (soberanía, territorialidad, homogeneidad, estatalidad, por ejemplo) y no un aditamento contingente del que puede y debe prescindir (2017, p. 19).

Uno de los campos en los que más se advierte esta necesidad se puede notar, como se pudo advertir con anterioridad, en el concepto mismo de Constitución. En la actualidad los jueces, al momento de resolver controversias, ya no interpretan o aplican únicamente la normatividad interna, la cual se encuentra encabezada por el texto constitucional. La labor que ellos manejan hoy en día implica conocer e interactuar, en una importante medida, con cláusulas internacionales (o, como ocurre en el caso de la Unión Europea, con derecho comunitario). Esto ha generado la necesidad de reflexionar respecto del rol que desempeña en esta época la Constitución, y si es que acaso su naturaleza sigue siendo la misma de aquella vigente en la época más brillante del Estado-Nación (siglos XVIII al XX).

En este sentido, un sector de la doctrina, el cual hace referencia a una suerte de constitución “pluralista” o “constitución red”, estima que las eventuales tensiones entre disposiciones pertenecientes a distintos ordenamientos (sea el nacional, el internacional o incluso el comunitario”) no pueden ya resolverse apelando a una suerte de “*Grundnorm*” kelseniana, entendida ella como la autoridad última en un país determinado. Como refiere Rafael Bustos, con especial énfasis en el caso europeo, “[e]n términos tradicionales siempre existía una norma última claramente identificable y, con ello, una jurisdicción última que resolviera la cuestión. Este escenario ha desaparecido. En una constitución pluralista, por definición, no hay autoridad última, sino una red de autoridades últimas” (Bustos, 2005, p. 201). Ello parece una muestra más que evidente que ni el derecho constitucional ni el internacional son los mismos de hace cincuenta años, y es muy probable que en la misma cantidad de tiempo también se adviertan importantes cambios en ambos campos de estudio. De hecho, también existen esfuerzos académicos que intentan extender la idea de constitución a escala mundial. Por ejemplo, Bardo Fassbender es bastante conocido por sostener la idea que la Carta de las Naciones Unidas es una suerte de Constitución embrionaria para el mundo (Fassbender, 1998, p. 580), como se indicará con posterioridad.

Según indica, para 1945, el empleo del término “Carta” quería reflejar precisamente la naturaleza constitucional del documento. Para probar su afirmación, este autor sostiene que los *framers* del documento prefirieron el empleo de esta palabra en



lugar de la de “Pacto”, que fue empleada para el caso de la Sociedad de Naciones, y ello demuestra precisamente la variación de la naturaleza del documento. También agrega otros elementos como la existencia de cláusulas que establecen la necesidad de dar prevalencia a las obligaciones que se derivan de la Carta antes que a otras obligaciones internacionales, o el hecho que el preámbulo emplee una expresión tan conocida como *We the Peoples*, que es bastante asociada al constitucionalismo estadounidense.

Como conclusión, puede sostenerse que no puede afirmarse, de manera apriorística, que el derecho constitucional no pueda brindar ninguna clase de aporte o herramienta al derecho internacional. Aunque se traten de disciplinas no necesariamente similares, de esto no puede deducirse que no va a existir una interacción, la cual, por cierto, es cada vez más notoria. Lo que sí va a demandar es que los conceptos, en algunos casos, van a tener que amoldarse a la nueva realidad social si es que tienen la intención de perdurar. Un ejemplo se puede advertir en la idea misma de “constitución”, ya que, como resalta Rafael Bustos, se trata de un documento en el que ha desaparecido su carácter omnicompreensivo “en tanto norma reguladora de los principios sustantivos y procedimientos para la resolución de problemas y ejercicios en el marco de la integración supranacional” (2012, p. 11). La supervivencia de las constituciones, de este modo, dependerá de cuán flexibles y abiertas se muestren al nuevo panorama internacional, con el que deberán convivir.

En esta misma línea, tampoco han faltado autores que han recurrido a conceptos clásicos del derecho constitucional para explicar el panorama actual del derecho internacional. Así, Peter Häberle ha hecho referencia a un “Estado constitucional cooperativo”, el cual es aquel que, de forma activa, se conecta con los demás Estados, y “se ocupa también de las demás instituciones nacionales y supranacionales, así como igualmente de los ciudadanos de sus respectivos países, ciudadanos que ya no le son en modo alguno ‘extraños’, [es decir,] se convierte en una apertura al mundo” (Haberle, 2002, p. 259). Evidentemente, como el mismo autor lo reconoce, se trata aun de una idea que no se encuentra realizada, ya que se carecen tanto de estructuras concretas “como falta de procedimientos, tareas y competencias que, si bien todavía

se perfilan sólo de grosso modo, no obstante, aparecen como fragmentarias corriendo, por tanto, peligro de desaparición [...]” (2002, p. 259).

Hasta este punto, parece existir cierto nivel de consenso en la idea de que la aplicación inmediata de los principios que orientan al constitucionalismo del Estado-Nación a la comunidad internacional no pasa de ser un noble deseo. Sin embargo, si algo han resaltado estos autores, es que ni el derecho constitucional ni el internacional son los mismos de hace unas décadas. Ejemplo de lo último puede destacarse con el ejemplo de la Unión Europea o las competencias asignadas a la Organización Mundial de Comercio, experiencias que demuestran que el constitucionalismo está lejos de ser un movimiento que deba únicamente emplearse para examinar al Estado-Nación.

Es así que un sector de la doctrina invita a repensar algunos conceptos antes entendidos como consolidados en el derecho constitucional, y que bien pueden ser trasladados al ámbito de la comunidad internacional. Ahora bien, si puede sostenerse con cierto nivel de certeza que la internacionalización de los derechos fundamentales ha adquirido un elevado nivel de éxito, no es posible aun afirmar ello respecto del proceso de constitucionalización de la comunidad internacional. De hecho, casos como los de la Unión Europea, al propio tiempo que brindaron aspectos positivos del proceso de integración, también inmediatamente hicieron que salten a la vista los puntos negativos (porque los existen) de aplicar técnicas y métodos del derecho constitucional en el ámbito internacional o global.

Del mismo modo, una discusión importante se aprecia en el ámbito de los derechos fundamentales de la persona. En líneas generales, muchos autores estiman que este es un importante punto de partida para reflexionar en la posibilidad de un constitucionalismo global. Se sostiene, en esencia, que la protección de las libertades es un asunto que ha dejado de ser propio de los Estados, y ha pasado a ser una preocupación de la comunidad internacional. De esta forma, se sostiene que existe una preocupación generalizada por tutelar estos derechos. A ello se agrega, como refieren Beck, Meyer, Hosoki y Drori, que los derechos humanos serían un claro ejemplo de orden legal transnacional, en el que las normas, los actores y las instituciones se orientan a promover un conjunto específico de prácticas. Esto,

precisan los mismos autores, en muchas oportunidades supera la voluntad o la capacidad misma de los Estados (2019, pp. 88 y 89).

Ahora bien, puede que, ciertamente, exista una tendencia general de los Estados a reconocer en sus textos constitucionales un conjunto de atributos básicos. Sin embargo, de ello no puede desprenderse que exista un acuerdo importante en relación con los contenidos específicos de cada uno de ellos. De hecho, cuando las discusiones se profundizan, se advierte con mayor nitidez la distancia que separa a diversos países en relación con su comprensión de lo que protegen estos derechos. En efecto, en muchas oportunidades el componente cultural y las tradiciones de un país son determinantes para entender el ámbito específico que se reconoce a ciertos derechos. La experiencia ha demostrado que el solo texto de los documentos normativos es insuficiente para aprehender la forma en que los Estados asumen las libertades fundamentales de la persona.

Por otro lado, es bastante llamativo el hecho que no necesariamente una mayor estipulación de libertades vaya asociada con niveles más óptimos de protección de los derechos. Se ha destacado, en un reciente estudio, que los países con democracia más antiguas y consolidadas se han caracterizado, curiosamente, por no contar con catálogos amplios de derechos fundamentales. Y, en un sentido contrario, diversos países con serios cuestionamientos en relación con sus políticas relativas a derechos humanos cuentan, por lo general, con declaraciones considerablemente amplias de estas libertades. Así, se ha reportado que en Norteamérica, el oeste de Europa y en la Commonwealth no existen ordenamientos jurídicos que se caractericen por contar con una generosa regulación de los derechos de la persona.

## **V. UN PUNTO DE PARTIDA ESPERANZADOR PARA EL “CONSTITUCIONALISMO GLOBAL”: LA POSICIÓN ACTUAL DEL ESTADO FRENTE A LA COMUNIDAD INTERNACIONAL**

Se ha mencionado en esta investigación que el contexto social actual puede generar la sensación de que no es imposible iniciar una discusión sobre un eventual constitucionalismo de carácter global. Esto, obedece, en esencia, a que la situación política actual no es similar a la existente en el siglo XVII, en la que, a través de la Paz de Westfalia, se había diseñado una visión del mundo basada esencialmente en

el desenvolvimiento de los Estados, los cuales eran concebidos como los únicos facultados para configurar lo que en ese momento sería un primigenio Derecho Internacional. En esa misma lógica, aspectos como la protección de los derechos fundamentales o la configuración de las leyes se entendían como labores asociadas a las autoridades estatales. El derecho era, en ese sentido, una creación estrictamente vinculada al Estado-Nación.

Sin embargo, en el marco de la actual Comunidad Internacional ya no se controvierte la necesidad de reconocer los derechos fundamentales más allá de las fronteras estatales. La finalización de la Segunda Guerra Mundial generó la idea que esas libertades debían formar parte del patrimonio común de la humanidad, por lo que su protección no podía dejarse, al menos no de manera exclusiva, a los Estados, los cuales habían demostrado que no siempre iban a tutelarlos. De hecho, si así hubiera sido, los derechos fundamentales solo hubiesen dependido de un generoso *self-restraint* estatal, y nunca se hubiese podido exigir judicialmente a los Estados – al menos no con éxito– su efectivo cumplimiento ante instancias internacionales. Es el inicio de lo que se ha denominado como el proceso de internacionalización de los derechos fundamentales.

Ahora bien, ello no quiere decir que los Estados ya no sean relevantes en todos los asuntos relacionados con los derechos fundamentales. De hecho, quizás este sea un ejemplo que permita demostrar cómo es que resulta necesario que la Comunidad Internacional recoja las experiencias vividas por los Estados-Nación para articular su respectivo ordenamiento, ya que estos últimos cuentan con una experiencia histórica vinculada con estos quehaceres que no debería ser ignorada. Como bien anota Bidart Campos, “cualquiera se da cuenta que mal podría la comunidad internacional hacerse cargo del problema de los derechos del hombre, si con anterioridad cronológica y lógica ese mismo problema no hubiera madurado suficientemente en el seno interno del derecho constitucional” (Bidart, 1974, p. 154).

En efecto, la decisión de distintos países de Europa de aprobar un convenio de derechos humanos en 1950 (reconociendo, por lo demás, competencia a un tribunal de justicia para enjuiciar a los Estados) no hubiera sido adoptada si es que no hubiera

madurado, al interior de los ordenamientos, la idea que los derechos fundamentales son límites infranqueables frente cualquier poder político. Esto supuso un punto a favor de voltear a mirar las experiencias estatales locales para repensar la arquitectura y el diseño de la flamante comunidad internacional con la Organización de las Naciones Unidas.

El constitucionalismo global ciertamente no es una realidad hoy, pero sus partidarios intentan aproximarse a lo que el ordenamiento *debería ser*. Como bien anota Berman, la tendencia universalista no debería ser subestimada, ya que, particularmente desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, hemos sido testigos de la vertiginosa creación de organizaciones internacionales, tratados multilaterales y esfuerzos transfronterizos, lo cual demuestra la adopción de importantes pasos para la armonización de normas (Berman, 2007, p. 1190). En efecto, en muchas ocasiones los regionalismos o particularismos no nos permiten examinar la magnitud de los verdaderos problemas sociales. Sobre ello, es posible hacer un paralelo con los postulados de Niklas Luhmann, quien consideraba, al examinar la situación de lo que él denominaba como sociedad mundial y sus relaciones con las distintas regiones, lo siguiente:

Mirando de reojo a la metodología de las comparaciones funcionales, también puede argumentarse de manera convincente por qué debe partirse del sistema de sociedad mundial. Cuando se parte de las sociedades regionales no se llega más allá de la enumeración y el registro de las particularidades, de la comprobación de las diferentes tradiciones culturales, de las idiosincrasias, de la geografía, de la base de sus materias primas, de su situación demográfica, etcétera. Entonces, en virtud de estas categorías más bien descriptivas, los países se comparan. De modo diferente, partiendo de la sociedad mundial y su diferenciación por funciones se ofrecen puntos de referencia a los problemas con los cuales se ven confrontadas las diversas regiones (Luhmann, 2006, p. 562).

Se pretende destacar que, en líneas generales, muchas veces los autores no cuentan con una perspectiva o lectural total de los fenómenos, lo cual es, en realidad, el verdadero barómetro para medir y comparar a las sociedades. Sin este entendimiento, los estudios de los distintos ordenamientos se encargarían simplemente de resaltar lo que los hace distintos, pero no reflejarían las verdaderas diferencias (y sobre todo carencias) en relación con lo que ocurre en otros Estados o niveles normativos. De este modo, los movimientos que promueven el denominado constitucionalismo global tienen un sólido argumento a favor, pues han dejado de lado la comodidad de analizar sus respectivos ordenamientos regionales o locales con el propósito de apuntar a un escenario más amplio y complejo.

Por ello, aunque en la actualidad nos encontramos bastante lejanos a la posibilidad de contar con una constitución mundial, o con un conjunto mínimo de principios aplicables a toda sociedad, no por eso debe renunciarse al constitucionalismo global, el cual puede ser empleado como faro que ilumine el desarrollo y la evolución de las relaciones internacionales. Es importante recordar que si bien los Estados siguen ostentando un considerable poder, son cada vez menos proclives a vivir de una manera aislada, por lo que terminan siendo conscientes que coexisten con una pluralidad de normas, procesos e instituciones (Shinar, 2019, p. 18). En todo caso, es importante resaltar que la misma vigencia del Estado no es directamente incompatible con algún modelo global. Como bien anota Isabel Turégano, “las condiciones políticas globales no se consideran a priori incompatibles con la pervivencia de los Estados, siendo la relación entre nacionalismo y cosmopolitismo una relación contingente que depende de cómo cada uno se inscribe y opera en la red de vínculos e interconexiones que se cruzan en un momento histórico dado” (2010, p. 84).

A todo lo expuesto es posible agregar que el impacto de diversas normas pertenecientes al derecho internacional se puede advertir en múltiples ámbitos, y ello ha impactado considerablemente en la otrora soberanía ilimitada de los Estados. Este es el caso, por ejemplo, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En efecto, por lo general el cumplimiento de sus disposiciones suele asociarse con

la imperiosa necesidad de tutelar la dignidad de la persona. Sin embargo, es cada vez más recurrente que, por ejemplo, algunos organismos supranacionales requieran del cumplimiento de un estándar mínimo de libertades para admitir la incorporación de algún miembro. Del mismo modo, cada vez existen más ejemplos en los que el adecuado nivel de cumplimiento de estas libertades es tomado en consideración para decidir, por ejemplo, realizar operaciones o inversiones en algún país (Krisch, 2010, p. 10).

Finalmente, el constitucionalismo global tiene una importante ventaja, y es que es una realidad evidente que, en la actualidad, las autoridades judiciales suelen recurrir, cada vez con más frecuencia, tanto al derecho comparado como al propio derecho internacional para reforzar la justificación de sus decisiones. En relación con la primera disciplina, debe recordarse que, en el Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en el año 1900, ya existían diversas voces que defendían la posibilidad de la implementación de un derecho común. Así, el jurista francés Edouard Lambert sostenía que “la codificación de los derechos nacionales debe ser el punto de partida para la constitución de un derecho común legislativo, como la redacción de nuestras costumbres fue el punto de partida para la formación de un derecho común consuetudinario” (Pegoraro y Rinella, 2006, p. 34). Por otro lado, es también cada vez más evidente que los jueces locales interactúan con el derecho internacional, y ello no solo a propósito de eventuales cuestionamientos relativos a la eventual inconstitucionalidad de los tratados, sino justamente a propósito de disputas en las que lo que es objeto de impugnación es el incumplimiento de algún acuerdo. Al respecto, André Nollkaemper ha señalado que las autoridades jurisdiccionales se desenvuelven en una zona mixta, la cual no es ni completamente nacional ni internacional, y su accionar es relevante para garantizar lo que él ha denominado como *international rule of law*, esto es, la necesidad de observar los tratados y de evitar los problemas derivados de su fragmentación (Nollkaemper, 2011, p. 1).

Las construcciones desarrolladas por las autoridades judiciales no pasan desapercibidas por sus colegas en otras partes del mundo, y esto ha generado que se haga referencia a un diálogo judicial. De hecho, algunas personas cercanas al estudio de estas interacciones han sostenido que cada vez es más notorio el surgimiento de suerte de “Comunidad Global de Cortes (Slaughter, 2003, p. 193). Así, sus integrantes se unen de diversas formas, y la más usual suele ser a través del estudio y la comparación con los pronunciamientos de otros tribunales de justicia, sean estatales o internacionales. Sin embargo, a ello debe agregarse que este intercambio se efectúa, también, en otra clase de foros, tal y como ocurre en los seminarios o en jornadas de capacitación, que son eventos en los que las autoridades jurisdiccionales intercambian conocimientos y experiencias que, en muchas oportunidades, permite enriquecer el enfoque de un caso nacional. Este contexto, como no podría ser de otro modo, ciertamente favorece el conocimiento y sienta las bases fundamentales de lo que podría ser, en algún momento, un posible constitucionalismo global.

## **VI. ALGUNAS CUENTAS PENDIENTES PARA UN “CONSTITUCIONALISMO GLOBAL”**

El debate a propósito de la posible exportación de categorías o conceptos comúnmente asociados al Estado-nación al ámbito supranacional e internacional deja saldos importantes, más allá de si una completa adaptación sea viable o no. En efecto, más allá de lo complejo que podría resultar implementar una “Constitución global”, lo cierto es que las reflexiones en relación con la necesidad de limitar el poder permiten debatir acerca de eventuales reformas para democratizar tanto el poder público estatal como el extraestatal.

Y, sin embargo, la posibilidad de un “constitucionalismo global” aun tiene unos asuntos pendientes de resolver. En efecto, es importante considerar que diversos estudios desde el ámbito del derecho direccionados a la orientación hacia procesos globalizadores solo se han dedicado a explorar la realidad europea o estadounidense, y de ella han intentado derivar conclusiones. Esto último es relevante, ya que la construcción de ciertos paradigmas globales demanda, inexorablemente, un importante nivel de representatividad. Sin embargo, la realidad de los estudios



comparados demuestra que la mayor cantidad de investigaciones parte desde los ejemplos que se desprenden de los modelos democráticos de algunos países de Europa (piénsese, por ejemplo, en el caso de países como Alemania, Francia, Italia o España) o América (como ocurre con Estados Unidos y Canadá), mas no del contexto latinoamericano, asiático o africano.

Sobre ello, autores como Ran Hirschl han formulado importantes interrogantes sobre el problema de representatividad que puede existir en una disciplina como lo es el Derecho Constitucional Comparado. Estas críticas han sido catalogadas como el cuestionamiento del “Sur Global”, y se basan en el hecho que gran parte del debate constitucional tiene naturaleza eurocéntrica. En ese sentido, indica el académico israelí lo siguiente:

¿qué tan universales, representativas o generalizables son las lecciones de un cuerpo de conocimiento que casi nunca se refiere a la experiencia constitucional, al derecho ni a las instituciones de más del noventa y cinco por ciento del universo constitucional (que en el presente comprende aproximadamente doscientas constituciones nacionales, cientos de unidades constitucionales subnacionales y varios regímenes supranacionales cuasi constitucionales, sin mencionar el gran número de constituciones pasadas, las miles de enmiendas constitucionales y los cientos de miles sentencia constitucionales)? (2019, p. 254).

De este modo, un primer reto que debe afrontar un potencial constitucionalismo global es su nivel de representatividad, ya que debe ser abierto y receptivo respecto de otros modelos de organización del poder y enfoque de los derechos fundamentales. En relación con lo primero, existe un gran reto pendiente en relación con los países que mantienen en sus constituciones una clara alusión a la necesidad de que la Iglesia y el Estado se mezclen. Esto ocurre, principalmente, en países del mundo islámico, y a propósito de la vigencia de la *sharia*. Sin embargo, en realidad este no es el único inconveniente. Podría plantearse que la vigencia de la ley islámica en diversos países del mundo puede constituirse en un considerable obstáculo para la posible vigencia de un constitucionalismo global, pero a ello hay

que agregarle que el mundo musulmán es mucho más complejo de lo que en realidad se cree. Como bien afirma Francisco Martínez,

[a]l igual que los cristianos no forman un grupo monolítico, los musulmanes tampoco se distinguen por su homogeneidad. Constituyen, por el contrario, grupos de diversas sensibilidades que no responden a una única manera de interpretar el Corán. O de no interpretarlo, puesto que la secularización también opera sobre este segmento de la población. Suponer que los ciudadanos procedentes de los países musulmanes son todos creyentes y practicantes solo distorsiona nuestra visión de las cosas, con una confusión entre pertenencia nacional y pertenencia religiosa” (2020, p. 238).

En efecto, los prejuicios también deben ser un frente a considerar por parte de los partidarios del constitucionalismo global. En el caso del Islam, suele existir la percepción de que se trata de una religión con un conjunto de creyentes estable y uniforme. Sin embargo, es importante recordar que no es conveniente asociar culturas a conceptos estáticos de identidad, sobre todo cuando se intenta explicar hechos sociales o históricos (Mirsepassi, 2014, p. 95). Otro gran problema vigente al interior de esta religión es que, como se conoce, muchos fundamentalistas reclaman la aplicación directa de la *sharia*, la cual “ha sido extraída actualmente de su contexto histórico y político, y dotada con cualidades esencialistas y eternas” (Ayubi, 1996, p. 17). Estas disidencias respecto de la forma de cómo debe entenderse la ley islámica también generan una fuerte polémica con el mundo occidental.

Por otro lado, el fundamento de los derechos de la persona es un asunto que, ciertamente, ha encontrado importantes niveles de consenso en ciertas partes de Europa y América; pero que ello no necesariamente ha sido así en el caso asiático. Por ejemplo, Ginsburg resalta que la tradición imperial china por lo general se caracteriza por imponer el respeto al orden social antes que a la idea misma de la autonomía individual.

De este modo, en muchos de los países en los que el pensamiento de Confucio ha ejercido una gran autoridad, se plantea que las leyes no existen para empoderar o proteger a las personas desde una lógica individual, sino como un instrumento de control estatal (Ginsburg, p. 2003, p. 12). Ello no quiere decir, evidentemente, que no haya existido ninguna clase de impacto de la globalización a nivel ideológico en China. Ahora bien, a diferencia de otros países, este no es un simple ente pasivo, ya que incluso tiene el potencial como para iniciar alguna agenda exportadora. Sin embargo, a la fecha no es un asunto que haya llamado notoriamente su atención. En todo caso, al menos existen tres tendencias que actualmente son objeto de un nutrido debate: las corrientes socialistas, las liberales y el tradicional pensamiento de Confucio (Chengyi, 2019, pp. 1-15).

Ahora bien, tal y como se precisó a propósito del Islam, ello no supone asumir que todo el continente asiático sea un complejo monolítico. De hecho, existen diversos países en los que los tribunales de justicia han asumido un rol importante en la interpretación de los documentos fundamentales, y han implementado técnicas o herramientas que suelen denotar un claro activismo en la protección de los derechos de la persona. Piénsese, por ejemplo, en las experiencias de Japón, Singapur y Hong Kong. En el caso del primero, la superación del régimen de la *Era Meiji* y de la noción de *kokutai* han generado un importante espacio para el desenvolvimiento del principio democrático y, con él, de las libertades de la persona (Kawagishi, 2007, p. 308). En el caso de Singapur y Hong Kong, se han adoptado leyes fundamentales en las que se ha reconocido el valor de diversos instrumentos internacionales, lo que ha generado, a su vez, que los tribunales puedan tener un rol expectante en la configuración de su contenido (Jhaveri, 2019, pp. 33-52).

Así las cosas, este variopinto contenido al interior de las culturas puede ser visto como una amenaza o como una oportunidad para el constitucionalismo global. Lo primero se relaciona con el hecho que la diversidad de las creencias, tradiciones o costumbres puede generar la imposibilidad de encontrar algún conjunto mínimo de postulados básicos sobre los cuales pueda asentarse el constitucionalismo global. Y, sin embargo, esta variedad también puede ser asumida y comprendida como una oportunidad, ya que las culturas predominantes han demostrado que no son tan

rígidas como inicialmente se asume. Esto supone que la aceleración de los procesos de globalización y de intercambio puede generar que sea el mismo tiempo el que promueva un acercamiento en relación con ciertos contenidos esenciales.

Es así que el constitucionalismo global, si intenta ser una empresa realista, no puede obviar los desarrollos conceptuales existentes en distintas partes de Asia y África. Ahora bien, es cierto que la primera impresión que se genera es que, al parecer, estos modelos son diametralmente distintos del esquema occidental. Sin embargo, esto se encuentra lejos de ser cierto. Como se pudo advertir, esto ocurre no solo porque, al interior de cada tradición, existen importantes disidencias que no deberían ser inadvertidas por parte de la literatura especializada. Ahora bien, a ello también debe agregarse que la revisión de diversos textos constitucionales permite notar que no existe un distanciamiento tan elevado en lo que respecta con ciertos derechos fundamentales, los cuales suelen estar contenidos en las leyes básicas de los países. Es cierto que la delimitación de estos derechos genera, en no pocas oportunidades, importantes desacuerdos, pero esto es atribuible al propio mundo occidental, en el cual, pese a los avances, aun no existe uniformidad respecto de ciertas materias, como ocurre con la pena de muerte, el matrimonio entre personas del mismo sexo o la eutanasia.

Esto supone asumir que el posible éxito del constitucionalismo global puede estar en su humildad y sinceridad. Un proyecto de esta naturaleza no puede ser concebido, desde luego, a través de la imposición. En todo caso, es a través del diálogo que pueden conseguirse importantes avances, sobre todo en el ámbito de los derechos. Sobre ello, bien hace notar Paolo Carrozza que se trata de un proceso lento y gradual que requiere paciencia, ya que las culturas deberán comprometerse a ceder y formular renunciaciones en relación con algunas perspectivas (2019, p. 82). Evidentemente, esta empresa requiere de una estimable cantidad de tiempo y de voluntad de diálogo. Si la figura del Estado-Nación se consolidó luego de varios siglos de disputas internas, pensar en un constitucionalismo global demandará, probablemente, un tiempo mayor. De hecho, como bien hace recordar Enrique Madrazo, “existe un aspecto en el que parecen coincidir las variadas aproximaciones

y es en el hecho de que la globalización es, como indica el final de la palabra, un proceso y, en consecuencia, algo inacabado y orientable” (Madrado, 2010, p. 215). Otro aspecto que no debe dejarse de lado es el relativo al derecho interno de los Estados. Los esfuerzos alrededor de un constitucionalismo global no conllevan a la supresión automática de los ordenamientos nacionales. De hecho, en muchas oportunidades ellos brindan importantes lecciones y prácticas que son observadas en el ámbito de la comunidad internacional.

Sobre ello, hacen recordar Sara McLaughlin Mitchell y Emilia Justyna Powell que el sistema internacional no debería ser percibido como un dominio absolutamente gobernado por el propio derecho internacional, ya que las leyes estatales, en muchas oportunidades, son relevantes en la medida en que se infiltran en las relaciones entre los Estados, y esto lo hacen en numerosas e importantes formas (2011, p. 225). En efecto, muchas de las prácticas y tradiciones estatales –y que son determinantes en el terreno de la negociación internacional–, permiten que las bases del derecho de la comunidad internacional estén establecidas en bases más sólidas, y ello en la medida en que son conocidas por los actores estatales.

De similar forma, también debe asumirse que el Estado es –y seguirá siendo durante una considerable cantidad de tiempo– como un actor relevante en el escenario internacional, por lo que su relevancia no debe ser infravalorada. Como bien recuerda Ignacio Gutiérrez, “[e]l Estado aparece, en muchos casos, como decisivo agente globalizador, y no solo como un mero elemento inerte subordinado al proceso general. Son justamente algunos Estados democráticos los que parecen tener el control de las grandes decisiones, en Europa (Alemania) y en el mundo (EEUU). En definitiva: más allá del Estado sigue presente el Estado” (Gutiérrez, 2020, pp. 28 y 29).

## VII. CONCLUSIONES

- El estudio de un posible “constitucionalismo global” tiene como principal obstáculo el hecho que las principales investigaciones académicas siempre se han centrado o han considerado la estructura del Estado-Nación como un modelo a tener en cuenta.
- De este modo, cuando se intenta hacer referencia a alguna clase de “constitucionalismo global”, siempre existe un importante esfuerzo por parte de la academia por tratar de que conceptos tales como constitución, poder constituyente o pueblo puedan encajar en su posible estructura.
- Sin embargo, un importante punto de partida para acercarse a un constitucionalismo global debe pasar, necesariamente, por asimilar la idea que los conceptos en dicho ámbito no necesariamente van a encajar de la misma forma en que lo hacían en el ámbito del Estado-Nación.
- Otro importante factor para considerar es que la estructura del actual Estado-Nación no es similar a la existente en el siglo XVIII. En aquella época, el paradigma westfaliano defendía la tesis según la cual los Estados eran los principales actores y protagonistas del escenario internacional. Del mismo modo, todo el derecho tenía origen exclusivamente estatal.
- Después de la Segunda Guerra Mundial ha empezado a impulsarse el denominado modelo “postwestfaliano” de derecho internacional, el cual asume que, en la actualidad, los Estados comparten el manejo del escenario internacional con otros actores, tal y como ocurre en el caso de organismos intergubernamentales, organismos internacionales, o con órganos reguladores transnacionales.
- De similar forma, en el modelo postwestfaliano la producción del derecho ya no solo tiene origen estatal. El derecho supranacional es un claro ejemplo de que ya no es este un rasgo exclusivo de los Estados.
- Se puede advertir que, en ese contexto, las posibilidades de un constitucionalismo global no son tan remotas como antes, ya que muchos de los conceptos asociados al Estado y su territorio han demostrado que

pueden adaptarse a otra clase de estructuras. La Unión Europea es un claro avance en este punto.

- El constitucionalismo global debe asumir, como punto de partida, que no todos los conceptos asociados al clásico Estado-Nación van a encajar exactamente igual. De hecho, también debe tener la suficiente paciencia para demostrarse como un proceso que camine a paso lento, pero de forma segura y progresiva.
- Sin perjuicio de ello, existen algunos asuntos pendientes en la agenda del constitucionalismo global, tales como los relativos a la existencia de culturas y tradiciones que no comparten el pensamiento occidental. Diversos aspectos del pensamiento en algunos países asiáticos, o el propio Islam, son un ejemplo de ello.
- En todo caso, diversas autoridades han demostrado que el camino a la desaparición de las fronteras territoriales es cada vez más notorio. En el ámbito judicial, los órganos que administran justicia se caracterizan, hoy en día, por cada vez hacer un mayor empleo tanto del derecho comparado como del derecho internacional. A esto se le ha denominado como una suerte de “Comunidad Global de Cortes”, y es una práctica muy importante para favorecer el surgimiento de un constitucionalismo global.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Amuchástegui, J. (1998). ¿Son los derechos humanos universales? *Anuario de Filosofía del Derecho*, (15).
- Arato, J. (2013). Treaty interpretation and constitutional transformation: informal change in international organizations. *Yale Journal of International Law*, 38.
- Auby, J.-B. (2018). Global constitutionalism and normative hierarchies. En M. Belov (Coord.), *Global constitutionalism and its challenges to Westphalian constitutional law* (pp. xx-xx). Oxford: Hart Publishing.
- Aydin, A. (2018). *Global constitutionalism*. Heidelberg: Springer.

- Ayubi, N. (1996). *El islam político: Teorías, tradición y rupturas*. Barcelona: Edicions Bellaterra.
- Beck, C., Meyer, J., Hosoki, R., & Drori, G. (2019). Constitutions in world society: A new measure of human rights. En G. Shaffer, T. Ginsburg, & T. Halliday (Eds.), *Constitution-making and transnational legal order* (pp. xx-xx). Nueva York: Cambridge University Press.
- Belov, M. (Coord.). (2018). *Global constitutionalism and its challenges to Westphalian constitutional law*. Oxford: Hart Publishing.
- Berman, P. (2007). Global legal pluralism. *Southern California Law Review*, 80, xx-xx.
- Bidart Campos, G. (1974). *Los derechos del hombre: Filosofía, constitucionalización, internacionalización*. Buenos Aires: Ediar.
- Bonnet, M. (2019). The legitimacy of internationally imposed constitution-making in the context of state building. En R. Albert, X. Contiades, & A. Fotiadou (Eds.), *The law and legitimacy of imposed constitutions* (pp. xx-xx). Nueva York: Routledge.
- Burgorgue-Larsen, L. (2014). La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional. En A. Bogdandy, H. Fix-Fierro, & M. Morales (Coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos* (pp. xx-xx). México, D. F.: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional / Max Planck Institute / UNAM.
- Bustos, R. (2005). *La Constitución red: Un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública.
- Bustos, R. (2012). *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*. México, D. F.: Editorial Porrúa.
- Carrozza, P. (2019). Kelsen and contemporary constitutionalism: The continued presence of Kelsenian themes. *Estudios de Deusto*, 67(1), xx-xx.
- Chengyi, P. (2019). *Chinese constitutionalism in global context*. Nueva York: Routledge.
- Espinosa, F. (2010). Irenismo y cosmopolitismo en los proyectos de paz del siglo XVIII. En G. Sastre & S. Vidarte (Eds.), *Cosmopolitismo y nacionalismo: De la Ilustración al mundo contemporáneo* (pp. xx-xx). Valencia: Publicacions de la Universitat de València.



- Fassbender, B. (1998). The United Nations Charter as constitution of the international community. *Columbia Journal of Constitutional Law*, 36, xx–xx.
- Fassbender, B. (2008). We the peoples of the United Nations: Constituent power and constitutional form in international law. En M. Loughlin & N. Walker (Eds.), *The paradox of constitutionalism: Constituent power and constitutional form* (pp. xx–xx). Nueva York: Oxford University Press.
- Ferrajoli, L. (2001). Pasado y futuro del Estado de Derecho. *Revista Internacional de Filosofía Política*, 17, xx–xx.
- Ferrajoli, L. (2018). *Constitucionalismo más allá del Estado*. Madrid: Trotta.
- Ginsburg, T. (2003). *Judicial review in new democracies: Constitutional courts in Asian cases*. Cambridge, MA: Cambridge University Press.
- González, A. (2010). Globalización y derecho: Una visión desde la Organización Mundial del Comercio. En J. Ponce (Coord.), *Derecho administrativo global* (pp. xx–xx). Madrid: Marcial Pons.
- Gutiérrez, I. (2020). Estado de Derecho y democracia más allá del Estado. En L. Arroyo, I. Delgado, & P. Meix (Dirs.), *Derecho público global: Fundamentos, actores y procesos* (pp. xx–xx). Madrid: Iustel Portal Derecho.
- Häberle, P. (2002). *Pluralismo y Constitución: Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos.
- Habermas, J. (2012). *La Constitución de Europa*. Madrid: Trotta.
- Hirschl, R. (2019). *Asuntos comparativos: El renacimiento del derecho constitucional comparado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Innerarity, D. (2017). *La democracia en Europa: Una filosofía política de la Unión Europea*. Barcelona: Galaxia Gutenberg.
- Inocencio, F. (2014). *Reconceptualizing sovereignty in the post-national state: Statehood attributes in the international order*. Bloomington, IN: AuthorHouse.
- Jhaveri, S. (2019). The role of courts in advancing constitutional moments: Constitutionalising the constitution in Singapore and Hong Kong. En R. Albert, M. Guruswamy, & N. Basnyat (Eds.), *Founding moments in constitutionalism* (pp. xx–xx). Oxford: Hart Publishing.
- Kant, I. (2013). *La paz perpetua*. Madrid: Tecnos.

- Kawagishi, N. (2007). The birth of judicial review in Japan. *International Journal of Constitutional Law*, 5(2), xx–xx.
- Koskenniemi, M. (2020). *La política del derecho internacional*. Madrid: Trotta.
- Krisch, N. (2010). *Beyond constitutionalism: The pluralist structure of postnational law*. Oxford: Oxford University Press.
- Krisch, N. (2016). Pouvoir constituant and pouvoir irritant in the postnational order. *International Journal of Constitutional Law*, 14(3), xx–xx.
- Ledesma, J. (2014). El orden internacional en *Monarchia* de Dante. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 64(262), xx–xx.
- Luhmann, N. (2006). La sociedad mundial. *Estudios Sociológicos*, 24(72), xx–xx.
- Madrazo, E. (2010). *La soberanía: La evolución del concepto hacia una perspectiva internacional*. Madrid: Dykinson.
- Martínez, F. (2020). *Cristianismo e Islam: De Mahoma al siglo XXI*. Madrid: Cátedra.
- McLaughlin, S., & Justyna, E. (2011). *Domestic law goes global*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Mir Puigpelat, O. (2004). *Globalización, Estado y Derecho: Las transformaciones recientes del derecho administrativo*. Madrid: Thomson-Civitas.
- Mirkiné-Guetzévitch, B. (2008). *Derecho constitucional internacional*. Madrid: Reus.
- Mirsepassi, A., & Graham, T. (2014). *Islam, democracy and cosmopolitanism*. Cambridge, MA: Cambridge University Press.
- Neves, M. (2010). Transconstitucionalismo, con especial referencia a la realidad latinoamericana. En *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* (Tomo II, pp. xx–xx). México, D. F.: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional / Max Planck Institute / UNAM.
- Nollkaemper, A. (2011). *National courts and the international rule of law*. Oxford: Oxford University Press.
- Paciotti, E. (2014). Democracia y Europa. En M. Bovero & V. Pazé (Eds.), *La democracia en nueve lecciones* (pp. xx–xx). Madrid: Trotta.

- Paulus, A. (2013). The international legal system as a constitution. En J. Dunoff & J. Trachtman (Eds.), *Ruling the world? Constitutionalism, international law and global governance* (pp. xx–xx). Nueva York: Cambridge University Press.
- Pegoraro, L., & Rinella, A. (2006). *Introducción al derecho público comparado*. Lima: Palestra Editores.
- Picciotto, S. (2008). Constitutionalizing global governance? *International Journal of Constitutional Law*, 6(3–4), xx–xx.
- Roznai, Y. (2019). *Unconstitutional constitutional amendments*. Nueva York: Oxford University Press.
- Ruiz, J. (2014). El Estado de Derecho internacional: Una aproximación cartográfica a su definición. En M. Becerra & N. González (Coords.), *Estado de Derecho internacional* (pp. xx–xx). México, D. F.: UNAM.
- Rustow, D. (1970). Transitions to democracy. *Comparative Politics*, 2(3), xx–xx.
- Shinar, A. (2019). The ideologies of global constitutionalism. *Global Constitutionalism*, 8(1), xx–xx.
- Simma, B. (1995). The contribution of Alfred Verdross to the theory of international law. *European Journal of International Law*, 6, xx–xx.
- Slaughter, A.-M. (2003). A global community of courts. *Harvard International Law Journal*, 44(1), xx–xx.
- Sorensen, G. (2010). *La transformación del Estado: Más allá del mito del repliegue*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Trachtman, J. (2013). *The future of international law: Global government*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Turégano, I. (2010). *Justicia global: Los límites del constitucionalismo*. Lima: Editorial Palestra.
- Villegas, C. (2013). *La preeminencia del derecho en derecho internacional*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.

**PRESENTACIÓN Y COMENTARIO DE DER  
ARBEITENDE SOUVERÄN: *EINE  
NORMATIVE THEORIE DER ARBEIT DE  
AXEL HONNETH.***

*Presentation and commentary on Der arbeitende Souverän: Eine normative  
Theorie der Arbeit by Axel Honneth*

**ALESSIO BELLI**  
UNIVERSITY OF LUXEMBOURG

**Palabras clave:** teoría normativa del trabajo, democracia, reconocimiento, autonomía, división social del trabajo.

**Keywords:** *normative theory of work, democracy, recognition, autonomy, social division of labor.*

En *Der arbeitende Souverän: Eine normative Theorie der Arbeit* (El soberano trabajador: una teoría normativa del trabajo, 2023), el filósofo Axel Honneth pone de relieve lo que en la teoría de la democracia suele quedar en un segundo plano o pasar desapercibido: el vínculo ineludible entre el carácter democrático de un sistema político y la división social del trabajo. Este «soberano trabajador» se refiere aquí al conjunto de ciudadanos considerados no solo como actores en los procesos democráticos, sino también, en un sentido hegeliano, como miembros de la sociedad civil, es decir, como «sujetos trabajadores» (p. 11) dentro de un orden capitalista que opera bajo unas condiciones y una división del trabajo y de la producción determinadas históricamente. Partiendo de esta premisa metodológica, y mediante la movilización crítica de pensadores-clave como Smith, Hegel o Durkheim, la teoría normativa del trabajo de Honneth busca actualizar una tradición de pensamiento «enterrada» (p. 41), olvidada por las teorías democráticas contemporáneas, en la medida en que no integran el elemento conceptual

fundamental que une a los pensadores de esta tradición: «la participación de todos los miembros de la sociedad en las decisiones políticas, tal como se postula en los regímenes democráticos, exige en sí misma que las condiciones en las que se realiza el trabajo estén sujetas a reglas normativas que permitan a todo asalariado hacer uso efectivo de su derecho a participar» (p. 50). Este argumento constituye un valor emancipador irrenunciable en las sociedades democráticas y organiza la «reconstrucción normativa» de las relaciones sociales que caracterizan los sistemas laborales actuales llevados a cabo en el libro. Esta reconstrucción, que en la obra de Honneth se establece como la metodología principal desde *Freedom's Right*, consta de 1) una dimensión analítica, dirigida a certificar la capacidad de las instituciones y prácticas implicadas para realizar e implementar los «valores socialmente legitimados» (Honneth, 2024, 6) que las sustentan; 2) una dimensión de crítica social inmanente, dirigida a «enfatar el hecho de que determinadas prácticas e instituciones sociales, que solo realizan de forma incompleta los ideales y valores que las sustentan, podrían cumplir mejor su función si cambiáramos su estructura siguiendo esta perspectiva crítica» (Schmidt, 2019, 15). Honneth propone así una interpretación normativa e históricamente fundamentada del valor moderno del trabajo «libre» como un vehículo fundamental de emancipación social, expresión de la propia libertad personal y participación en la vida democrática, dirigida a dar respuestas políticas a las cuestiones críticas que hoy separan «la realidad social y la idea normativa» (p. 16), las condiciones existentes de división del trabajo y el mencionado ideal democrático.

Honneth organiza el libro en tres partes, una normativa, una histórica y una política. En la primera (capítulos 1-3, digresión 1), establece los puntos clave de su interpretación crítica-normativa del concepto de «trabajo libre», a partir de los cuales desarrolla las propuestas políticas que, en su opinión, se requieren para resolver las contradicciones existentes. Para fundamentar filosóficamente su postura, Honneth identifica tres corrientes de pensamiento, cada una de las cuales constituye un paradigma normativo específico para interpretar el concepto de «trabajo libre» y analizar las condiciones histórico-concretas en que debe realizarse. La primera es la corriente filosófica de la alienación, enmarcada en la tradición

hegelo-marxista, cuya formulación más influyente reside en la teoría marxista del trabajo alienado. En esta tradición, el trabajo representa la actividad mediante la cual los seres humanos se afirman como tales, en acuerdo con sus cualidades específicas como seres humanos. En consecuencia, esta tradición de pensamiento atribuye al trabajo «un valor intrínseco, que lo distingue de todas las demás actividades humanas» (p. 23) y exige, por tanto, que se desarrolle en condiciones tales que permitan a cada individuo, mediante el ejercicio de sus cualidades y capacidades humanas peculiares (creativas, transformadoras, cooperativas, etc.), apropiarse del contenido de su trabajo y reconocerse en él a sí mismo y a sus propias intenciones. El elemento fundamental que une las distintas ramas de esta tradición de pensamiento es la crítica al capitalismo como sistema en el que el trabajo es «entendido sólo como mercancía y no también como la persona que trabaja» (Tiraboschi, 2019, 45): produce alienación, ya que en él las condiciones laborales no permiten al trabajador «tomar conciencia de sí mismo y de sus cualidades» (Léger, 271, 2019) a través del trabajo realizado y de su contenido, ya que este último está determinado heterónomamente.

La segunda tradición de pensamiento que Honneth moviliza es la de la autonomía. Surgida durante el desarrollo del capitalismo industrial como crítica a la asimetría negociadora entre el poseedor de los medios de producción y el trabajador que carece de capital de reserva y, por tanto, se ve obligado a aceptar las condiciones de trabajo impuestas por el primero, esta corriente «no se preocupa de si el trabajo se realizará en el futuro sin alienación, de si puede percibirse como portador de sentido» o de si tiene valor en sí mismo, sino de «lo que hay que hacer para liberar al trabajo de todas las protecciones y dominaciones arbitrarias» (p. 25). Para los pensadores que pertenecen a esta tradición, como Gourevitch, Anderson, etc., el punto-clave radica en reivindicar el derecho a la autonomía en el ámbito de la organización del trabajo como en el político, es decir, el derecho a estar protegido contra cualquier poder arbitrario, reforzando el poder de los trabajadores para «determinar o al menos codeterminar las condiciones de su contrato de trabajo y de su actividad» (p. 28).

El tercer paradigma es el democrático. En él, el trabajo posee un valor social específico, pero al mismo tiempo es instrumental «para la consecución de un bien superior», es decir, «el bien intrínseco de la integración más completa y efectiva de todos los miembros de la sociedad en las prácticas de autodeterminación democrática» (p. 29). El argumento normativo fundamental de este paradigma sostiene que, en un sistema democrático, la organización del trabajo debe estructurarse de forma que permita la participación de todos los trabajadores en la formación democrática de la voluntad. Este «bien mayor» se hace alcanzable en la medida en que las actividades desempeñadas por los trabajadores son «suficientemente complejas» (p. 30) y estimulantes para que puedan contribuir a la vida social y ser reconocidos y valorados por ello mediante el ejercicio de sus cualidades específicas. De este modo, adquieren la «confianza en sí mismos» (p. 31) necesaria para sentirse dignos y capaces de hacer valer sus ideas en la esfera pública. Honneth desarrolla su teoría normativa a partir de esta tradición de pensamiento, ya parcialmente trabajada en *Freedom's Right* (2011). En ella y en sus importantes desarrollos contemporáneos, la actividad laboral constituye una de las principales «declinaciones de la acción pública» y el derecho al trabajo «un verdadero derecho de participación política» (Cantaro, 2006, 55-56) que «sirvió para fortalecer la participación y la confianza en la democracia política» y para crear «un sentido de ciudadanía en el trabajo» (Dukes&Streeck, 2023, 9).

De la crítica de Honneth a estos dos paradigmas, emerge que ambos «se centran en un único principio moral»: en efecto, «en el primer caso, se trata de liberar el trabajo individual de toda alienación y carencia de sentido; en el segundo, de eliminar en el trabajo todas las formas de dominación y protección que no pueden reclamar ninguna legitimidad democrática» (pp. 36-37). En consecuencia, ambos paradigmas parecen dicotómicos, es decir, basados en el principio normativo de «todo o nada» (p. 38) – alienación/no alienación y libertad/no libertad en el trabajo – y, por tanto, resultando incapaces de aplicarse a las complejidades de las sociedades contemporáneas. En cambio, la lógica normativa del paradigma democrático está estructurada per gradus: actúa de forma incremental y pragmática, considerando las peculiaridades de un contexto histórico-concreto específico, para identificar, en

cada caso, las normas «que, en las circunstancias dadas, aumentan las posibilidades de los asalariados de participar en la formación de la voluntad democrática» (p. 37). Esta lógica parece, pues, preferible, ya que permite captar mejor las «disfunciones» (p. 39) presentes en un sistema laboral concreto, a la luz de un criterio normativo que no es perfeccionista e idealista, como ocurre con los paradigmas dicotómicos, sino regulador. Es decir, uno que no prevé su (imposible) realización completa y definitiva en la realidad, sino una aplicación parcial, situada, flexible y abierta a las modificaciones debidas al carácter complejo y evolutivo de los sistemas actuales.

Dada la relevancia que el concepto de «alienación» ha recobrado en el ámbito de la crítica social, la exclusión que hace Honneth de este concepto resulta especialmente significativa. Hoy en día, numerosos estudiosos movilizan este concepto para poner de relieve y categorizar experiencias individuales muy extendidas en el seno de las relaciones laborales, caracterizadas por la fragilización o pérdida de sentido en el ejercicio de la propia actividad y de poder en la determinación de su contenido (Jaeggi, 2014), para dejar constancia del sufrimiento psíquico, físico y social que ello genera en muchos trabajadores y, así, destacar «la dimensión colectiva de estas experiencias, lo que facilita a su vez la crítica de las estructuras y condiciones sociales que las provocan» (Tekin, 2023, 382). En este sentido, una crítica interesante al texto de Honneth es la de Schmidt, quien rehabilita el concepto de alienación en el escenario actual, destacando cómo, en la tradición hegel-marxista, no se refería únicamente – como en la interpretación de Honneth – al trabajo industrial o al objeto trabajado, sino a cualquier «extrañamiento de la actividad real y, por tanto, del yo, sus capacidades y voluntades» (Schmidt, 2023, 369). Por un lado, esta interpretación parece acertada: como señala Marcuse, en esta tradición de pensamiento, el trabajo no está esencialmente «determinado por el tipo de sus objetos, ni por su meta, resultado, etc.», sino que se refiere principalmente a un «hacer» fundamental «a través del cual uno se convierte por sí mismo en lo que es, llega a sí mismo» (Marcuse, 1973, 13). Esta interpretación parece, por tanto, revalorizar el concepto de alienación en la medida en que permite extender su aplicación a aquellas actividades (domésticas, de cuidado, de servicio, etc.) en las que el sujeto está implicado y, en muchos casos, es explotado, actividades que en la



lectura de Honneth quedan, en cambio, fuera de la circunscripción de este concepto, inutilizándolo así como lente crítica para analizar el mundo laboral postindustrial.

Por otra parte, adoptar este concepto implica también incorporar en este contexto una perspectiva aristotélica, según la cual el hombre y el trabajo poseen un telos que corresponde a su esencia intrínseca. Como señala Honneth, el término «alienación» «presupone en su significado original, que algo que pertenece a la “esencia” de una cosa ya no puede realizarse adecuadamente, es decir, conforme a su esencia, debido a determinadas circunstancias históricas» (Honneth, 2023, 424). En consecuencia, utilizar este concepto para referirse a las experiencias mencionadas parece conceptualmente impreciso y pretencioso, pues implicaría asumir cada una de estas experiencias refleja la violación objetiva de una constelación de esencias y fines universalmente válidos y reconocidos, un supuesto insostenible para cualquier teoría social que no pretenda enredarse en cuestiones metafísicas.

Situándose en el paradigma democrático, Honneth sigue estructurando su teoría normativa del trabajo al identificar cinco condiciones fundamentales de las que depende la capacidad de un trabajador para participar adecuadamente en los diversos procesos democráticos de formación de la voluntad política. Estas son:

1. Independencia económica mediante «un empleo garantizado, un salario mínimo decente y prestaciones adecuadas en caso de inactividad forzosa» (p. 56), necesarias para preservar el poder de negociación y la estabilidad material y psicológica del trabajador;
2. Una cantidad de tiempo libre determinada en función de la pesadez del trabajo y suficiente para que el trabajador pueda informarse, participar en actividades políticas, desarrollar sus ideas, etc.;
3. El desempeño de una actividad laboral considerada valiosa y útil para la sociedad, de modo que el trabajador pueda tener autoestima mediante el reconocimiento social de sus cualidades y aptitudes personales;

4. Un cierto nivel de conocimiento de la cultura y las «prácticas de cooperación democrática» (p. 60), con especial atención a la importancia de que el trabajador ejercite esta forma de cooperación en su lugar de trabajo;
5. Realización de una actividad laboral suficientemente rica, variada, desafiante e intelectualmente estimulante, a fin de preservar la capacidad del trabajador para comprender los desafíos políticos de su sociedad, seleccionar la información, tomar postura, etc.

En la lógica del libro, la identificación de estas condiciones resulta importante no sólo para dotar la teoría normativa de una estructura conceptual más precisa, sino también para definir el marco heurístico desde el cual elegir y/o elaborar las soluciones políticas concretas que, en un contexto dado, puedan sostener y reforzar el «vínculo de dependencia mutua» (p. 63) entre un régimen democrático y una organización equitativa del trabajo que Honneth postula como núcleo normativo fundamental de su teoría. Como afirma, «el primero presupone condiciones de trabajo armoniosas y abiertas a la cooperación, el segundo presupone que los ciudadanos puedan incidir democráticamente en la determinación de las condiciones de producción» (p. 63).

Honneth concluye la construcción del aparato normativo de su teoría proponiendo una redefinición del concepto de trabajo. En primer lugar, reconstruye las evoluciones interpretativas de este concepto, mostrando cómo ha ampliado su espectro semántico a lo largo de los dos últimos siglos. Dos transformaciones conceptuales resultan especialmente importantes: la progresiva inclusión, en el concepto de trabajo, no solo de actividades productivas, sino también de las actividades improductivas, como las administrativas, educativas, de asistencia, etc.; y la superación de la concepción economicista y mercantilizadora del trabajo, que hacía del mercado la única «medida válida del trabajo socialmente necesario» (p. 78). A partir de esta reconstrucción, Honneth, profundizando el concepto de «contribución social» movilizado en el artículo de 2001 *Recognition and redistribution?*, propone un concepto de trabajo social compuesto por tres tipos de actividad – «elaboración de objetos [...] con el fin de producir bienes útiles», actividades «de cuidado, asesoramiento y enseñanza» y de «manipulación de

símbolos con fines de cálculo, análisis y procesamiento de datos» (p. 77) – y basado en un principio normativo fundamental según el cual «en la actualidad es necesario considerar como trabajo, en el sentido de actividades socialmente necesarias, todas las actividades realizadas regularmente que contribuyen a mantener en una sociedad la forma de vida establecida en todos sus componentes» (p. 78). Así, Honneth establece como criterio para la identificación de las actividades que pueden incluirse en el concepto de trabajo todas aquellas – materiales, culturales, sociales, etc. – que una colectividad social considera necesarias para la preservación y reproducción de los componentes fundamentales de su modo de existencia, proporcionando una definición operativa del trabajo social que va más allá del trabajo remunerado, pero que no incluye las actividades que responden meramente a un interés individual. Según Honneth, el pluralismo cultural y de valores que caracteriza a las sociedades occidentales no constituye un obstáculo insuperable para tal operación: la reproducción de una forma existente de vida social organizada implica, en sí misma, la existencia y, por tanto, la posible identificación de «actividades que, examinadas a la luz de un permanente ir y venir dentro de las convenciones sociales y las consideraciones teóricas, resultan indispensables para el mantenimiento» (p. 82) de esta forma específica de vida. Por tanto, no se trata de postular, como sostiene Wimbauer (2023) en su comentario sobre Honneth, «una voluntad popular unificada» que discrimine las opiniones minoritarias y las laceraciones sociales. Para hacer frente normativamente al complejo pluralismo de las sociedades occidentales, se trata de presuponer como una necesidad ineludible de toda teoría social la posibilidad de identificar, mediante la reflexión científica y el estudio de las prácticas sociales actuales, los «intereses socialmente generalizables» (Honneth, 2023, 419) que, de hecho, permiten a una sociedad existente existir y reproducirse a pesar de su diversidad interna y respetándola, y que pueden, por tanto, erigirse en criterios imparciales para identificar las actividades socialmente necesarias.

La segunda parte del libro (capítulos 4-5-6, digresión 2) proporciona un marco histórico para la construcción teórico-normativa de Honneth y delimita su campo de aplicación. Traza una reconstrucción histórica, desde el siglo XIX hasta la actualidad, de las «transformaciones que han tenido lugar en las distintas esferas de

la actividad y del empleo, en las formas de organización y en los diversos tipos de empresa, así como [...] en el derecho laboral» (p. 87). Esto es funcional, en primer lugar, para comprender las principales dinámicas evolutivas que caracterizan la organización y la división del trabajo durante las distintas etapas del capitalismo europeo, así como al desarrollo progresivo del derecho laboral y de los derechos sociales, un proceso que culmina, tras la Segunda Guerra Mundial, en la constitucionalización y difusión del «modelo social europeo», cuya especificidad reside en la «dimensión protectora» (Ferrera, 2016, 142) de los sistemas de seguridad social; en segundo lugar, para captar las condiciones y características del trabajo en la fase actual del capitalismo europeo y, por tanto, el ámbito de actuación histórico-concreto en el que opera la teoría normativa de Honneth.

Fiel a su posicionamiento filosófico-normativo, Honneth, al describir los rasgos sobresalientes del mundo laboral contemporáneo y la compleja red de causas y factores que han conducido a la superación de la estructura social y de las condiciones de trabajo del capitalismo industrial, enfatiza tanto las transformaciones que han tenido lugar como las tendencias de cambio que están en curso, las cuales contribuyen a marginar y debilitar el papel y el ejercicio de las prácticas democráticas dentro de la organización del trabajo actual. En primer lugar, subraya la centralidad de un conjunto de medidas políticas y jurídicas destinadas a aumentar la competitividad y la flexibilidad de las economías occidentales frente a una creciente competencia internacional y al aumento de los costes sociales. Estas medidas se refieren a la fragilización del estatuto jurídico de los trabajadores a través de la difusión de formas contractuales desvinculadas de la dimensión protectora de la negociación colectiva, con el objetivo principal de responder a las metas estratégicas de «reducir costes y [...] aumentar beneficios» (Dukes&Streeck, 2023, 61): la expansión generalizada de formas de empleo atípico, la flexibilización de los despidos, el incremento de la condicionalidad de las prestaciones sociales y su debilitamiento son sólo algunas de las medidas que marcan auténticas “regresiones en el derecho laboral” (p. 120) y que llevan a la extensión de la precariedad y de la “in-work poverty” (Ratti, 2022). Estas tendencias suponen para muchos trabajadores «el aumento de las incertidumbres» (Castel, 2010) que socava

progresivamente su capacidad para participar libremente en los procesos democráticos.

Apoyándose en una extensa bibliografía, Honneth conecta esta erosión del vínculo entre democracia política y democracia en el ámbito laboral con los procesos de globalización, financiarización e informatización de la economía. Estos procesos, centrados en la rentabilidad a corto plazo, la maximización del valor para los accionistas, la deslocalización y la subcontratación de actividades laborales hacia trabajadores independientes mal remunerados y casi desprovistos de derechos, junto con el uso extendido de contratos atípicos, además de generar vulnerabilidad social, debilitan la capacidad colectiva de los trabajadores para codeterminar los aspectos del trabajo (condiciones y contenido del trabajo, «objetivos de producción» (p. 121), etc.) y, por tanto, la cooperatividad democrática de los espacios laborales. Esta capacidad también se ve debilitada por el desarrollo en el lugar de trabajo de nuevas técnicas de disciplina y «programación del comportamiento» (Supiot, 2010, 78), orientadas a individualizar, de acuerdo con la lógica empresarial, el comportamiento de cada trabajador y la ejecución de sus tareas mediante un control numérico-cuantitativo constante de su rendimiento y la introyección de una dimensión ética-práctica basada en la «autovalorización» mercantil-competitiva (Dardot & Laval, 2009, 414). La generalización de estas técnicas y su correspondiente ethos se ha facilitado por la «creciente mercantilización de los servicios sociales y domésticos» (p. 136), que contribuye a la fragmentación e individualización de las trayectorias profesionales y a la descomposición de una ética profesional previamente en vigor y normativamente vinculada no a la maximización de la rentabilidad, sino a valores colectivos relativos «al bien común y a la utilidad social» (p. 132). Estas tendencias transformadoras generan una creciente «atomización» (p. 133) del trabajo, por lo cual su realización aparece cada vez más desconectada de las prácticas democrático-colectivas.

A continuación del segundo capítulo, Honneth desarrolla una segunda digresión en torno a la reactualización del concepto de «división social del trabajo» como una operación funcional a una reorganización del trabajo en una línea hegeliana y durkheimiana en favor de un reconocimiento social más amplio y de una mayor

democratización. Los análisis del filósofo alemán sobre las formas de concebir este concepto buscan despojarlo de las rigideces conceptuales que obstaculizan una crítica adecuada. Entre esas rigideces, identifica la idea de que, una vez que todos tienen garantizada la igualdad de oportunidades materiales para participar en el trabajo, la distribución de las posiciones dentro de la división social del trabajo responderá a elecciones personales libres y, por tanto, será incuestionable. Según Honneth, esta idea resulta inadecuada porque no considera otras formas de desigualdad y subordinación vinculadas a elementos ideológico-culturales dominantes en una sociedad. También rechaza el «determinismo tecnológico» (p. 147), según el cual la división del trabajo está intrínsecamente determinada, tanto a nivel macro como micro, por el desarrollo de las fuerzas técnico-productivas. Para Honneth, «la forma en que se divide el trabajo entre los Estados individuales, entre las industrias nacionales y entre los sujetos que las componen está determinada por procesos políticos en los que actores con diferentes poderes se disputan quién debe realizar qué tareas, cómo y en qué condiciones» (Honneth, 426, 2023). Por último, excluye las interpretaciones ideológicas de este concepto. En contraposición a la lectura marxista de Renault (2023), que considera que la división social del trabajo debe superarse por ser intrínsecamente problemática, dado que refleja la dominación estructural de unos grupos sociales sobre otros, Honneth adopta una interpretación neutral de este concepto. Según esta interpretación, la complementariedad funcional de las ocupaciones individuales no es intrínsecamente un canal de transmisión de la dominación de clase o de género – dado que ello depende de una imposición posterior de «códigos ideológicos» –, sino «una condición necesaria de todas las formas de división social del trabajo» para que «el mantenimiento material y cultural de la sociedad esté mínimamente asegurado» (Honneth, 2023, 428). Mediante esta operación, Honneth hace que la división social del trabajo tal y como se da en una sociedad concreta sea criticable y modificable de manera inmanente. Esta es la premisa fundamental del tercer capítulo, en el que propone políticas para reforzar el nexo entre democracia y trabajo, actuando tanto sobre la división social entendida como «diferenciación de sectores enteros de actividad y de los correspondientes roles profesionales» como

sobre la «distinción de actividades en el seno de entidades operativas y administrativas» (p. 141).

La tercera parte del libro (capítulos 7-9) comienza con una crítica a la propuesta, presentada por autores como Gorz y Van Parijs, de una renta básica universal. Esta propuesta se muestra en contradicción con la construcción de Honneth ya que, al «liberar» a los individuos del trabajo, también los exime de participar en la división social del trabajo y, por tanto, de ese pegamento sociocultural que les permite adquirir una conciencia compartida de sus propios intereses y de los intereses de los demás, así como de la responsabilidad común de interactuar para contribuir activamente a la formación de la voluntad democrática. A partir de aquí, Honneth presenta las propuestas políticas que elabora, alineadas con el marco teórico definido en la primera parte del libro, y con el objetivo de fortalecer la solidaridad social y la participación de los trabajadores en los procesos democráticos, considerando las condiciones laborales actuales.

Honneth organiza sus propuestas en torno a dos estrategias principales. La primera apunta a establecer, más allá del mercado laboral, «formas alternativas de organización social del trabajo» (p. 179). Incluye, en primer lugar, el establecimiento de servicios sociales temporales, obligatorios y/o voluntarios, financiados por el Estado, para la realización de actividades orientadas a intereses generales en sectores como «la sanidad, la educación» (p. 185), etc., así como el apoyo y la valorización de las profesiones relacionadas con dichos sectores. En segundo lugar, aboga por el apoyo financiero y profesional del Estado a empresas cooperativas que mantengan un alto nivel de gobernanza democrática y de participación de los trabajadores en la toma de decisiones.

La segunda estrategia «consiste en mejorar en la medida de lo posible las condiciones del propio trabajo asalariado para que los trabajadores se sientan en el trabajo miembros de pleno derecho de una entidad colectiva democrática» (p. 195). Además de insistir en la necesidad de reforzar los derechos sociales y laborales como prerequisites esenciales para cualquier democratización del trabajo, Honneth formula propuestas que responden a las cinco condiciones para la democratización del trabajo identificadas en la primera parte. Estas abarcan la garantía de ingresos,

la transparencia de los contratos, la reducción de la jornada laboral en los sectores más intensivos, las reorganizaciones de tareas para enriquecer y diversificar las actividades de los trabajos más repetitivos, mecánicos y menos estimulantes, el fomento de la constitución de grupos de trabajo y el reparto de tareas en lugar de la creciente individualización del rendimiento y su medición, y una mayor implicación de los trabajadores en la definición de los aspectos su labor.

Estas propuestas forman parte del esfuerzo teórico de Honneth para presentar posibilidades concretas de modificación de la realidad. El principal mérito de su obra reside en mostrarnos la posibilidad de cuestionar el *statu quo*, un *statu quo* – el funcionamiento neoliberal del sistema económico y laboral actual – que se ha convertido en un «mito» (Barthes, 1957, 236), es decir, un estado de cosas históricamente determinado que se vuelve incuestionable y, por lo tanto, ideológico en la medida en que es objeto de un proceso de naturalización. En este sentido, la reflexión filosófica de Honneth permite distanciarse dialécticamente de lo existente, no reduciéndolo a un *factum brutum* sino entendiéndolo como un resultado intencional dependiente de determinadas relaciones de fuerza. Esta operación permite identificar las contradicciones inscritas en él – es decir, en una sociedad «democrática» que convierte su principal instrumento de integración social, el trabajo, en algo cada vez menos democrático – y demuestra que la transformación y la emancipación son posibles. Persisten dudas sobre la compatibilidad de estas propuestas con la complejidad del sistema económico actual, así como sobre su viabilidad política. No obstante, las líneas normativas de las que surgen pueden interpretarse como ideales reguladores desde los que recalibrar la lógica protectora y promocional de los derechos sociales y laborales, en particular en lo que se refiere a la libertad en y del trabajo y a la implementación de derechos «individualizados y condicionados», es decir, capaces de organizar la protección en función de la situación específica de los trabajadores y de movilizarlos a través de «obligaciones positivas» (Casadei, 2012, 84) vinculadas a actividades participativas (sociales, laborales, formativas, etc.). Así, esta obra vuelve a situar en el centro del debate el vínculo entre la democracia y una concepción intersubjetiva-



relacional del ser humano y de su trabajo, que es fundamental para la democracia y no puede ser reducida a las lógicas estratégico-competitivas dominantes.

## Bibliografía

- Barthes, R. (1957). *Mythologies*. París: Seuil.
- Cantaro, A. (2006). *Il secolo lungo: Lavoro e diritti sociali nella storia europea*. Roma: Ediesse.
- Casadei, T. (2012). *I diritti sociali: Un percorso filosofico-giuridico*. Florencia: Firenze University Press.
- Castel, R. (2010). *La montée des incertitudes: Travail, protections, statut de l'individu*. París: Seuil.
- Dukes, R., & Streeck, W. (2023). *Democracy at work: Contract, status and post-industrial justice*. Cambridge: Polity Press.
- Ferrera, M. (2016). *Rotta di collisione: Euro contro welfare?* Roma-Bari: Editori Laterza.
- Honneth, A. (2015). *Freedom's right: The social foundations of democratic life*. Nueva York: Columbia University Press.
- Honneth, A. (2023a). *Der arbeitende Souverän: Eine normative Theorie der Arbeit*. Berlín: Suhrkamp Verlag.
- Honneth, A. (2024). *Le souverain laborieux: Une théorie normative du travail* (trad. del alemán). París: Gallimard.
- Honneth, A. (2023b). Rejoinder to my critics. *Journal of Classical Sociology*, 23(3), 417–428.
- Jaeggi, R. (2023). Sharing the universal resources: Remarks on Honneth's understanding of work. *Journal of Classical Sociology*, 23(3), 339–351.
- Léger, A. (2001). Travail et reconnaissance chez Axel Honneth. En A. P. Olivier, M. Roudaut & H.-C. Schmidt (Eds.), *Recognition or redistribution? Changing perspectives on the moral order of society (Theory, Culture and Society)*, 18[2–3], 43–55).
- Marcuse, H. (1973). On the philosophical foundation of the concept of labour in economics. *Telos*, (3), 9–37.
- Ratti, L. (Ed.). (2022). *In-work poverty in Europe: Vulnerable and under-represented persons in a comparative perspective*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.
- Renault, E. (2023). Abolishing division of labour or making it better? *Journal of Classical Sociology*, 23(3), 352–364.

- Schmidt am Busch, H.-C. (2019). *Qu'attendons-nous du travail? Honneth, Hegel et les fondements de la critique du néolibéralisme*. Québec: Presses de l'Université Laval (PUL).
- Schmidt am Busch, N. (2019). *Nouvelles perspectives pour la reconnaissance*. Lyon: ENS Éditions.
- Schmidt, C. (2023). What we may expect from work. *Journal of Classical Sociology*, 23(3), 365–377.
- Tekin, N. (2023). The contributions of the analysis of alienation to the social critique of labour in neoliberal capitalism. *Journal of Classical Sociology*, 23(3), 378–388.
- Tiraboschi, M. (2019). *Persona e lavoro fra tutele e mercato: Per una nuova ontologia del lavoro nel discorso giuslavoristico*. Módena: ADAPT University Press.
- Wimbauer, C. (2023). Taking care seriously: Gendering Honneth's *The Working Sovereign – A Normative Theory of Work*. *Journal of Classical Sociology*, 23(3), 389–400.

# TRES APROXIMACIONES CONTEMPORÁNEAS A LA BIOÉTICA Y SUS RELACIONES CON LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

*Three contemporary approaches to bioethics and their relations with human rights in Mexico*

OMAR DE JESÚS ROMERO GONZÁLEZ  
UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA

Sumario: I. Introducción. II. Tres tendencias contemporáneas para el abordaje de la relación entre bioética y derechos humanos. III. Conclusiones. IV. Fuentes consultadas.

Resumen: El objetivo de este escrito es introducir al debate contemporáneo algunas consideraciones metodológicas y epistemológicas en torno al abordaje de los conceptos de “bioética” y “derechos humanos”, y sus problemáticas relaciones jurídicas, políticas y sociales a la luz de tres recientes postulados teóricos sobre el uso del prefijo “bio” (“bioética”, “bioderecho”, “biopolítica”).

**Palabras clave:** Bioética, Derechos humanos, Filosofía del lenguaje, Filosofía política, Filosofía del derecho.

**Key words:** *Bioethics, Human rights, Philosophy of language, Political Philosophy, Philosophy of law.*

## I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este escrito radica en introducir al debate contemporáneo (desde la filosofía del lenguaje, desde la filosofía política y desde la filosofía del derecho) un problema semántico y epistemológico que existe en torno a las multívocas acepciones y múltiples formas de abordar el concepto de “bioética” y algunas otras problemáticas relaciones (su constitucionalización y convencionalidad; su génesis histórica) que, metodológicamente hablando, tienen éstas en común con el discurso –en concreto, concebidos desde el llamado “paradigma constitucional” (Prieto, 2017/ Ferrajoli, 2018/ Fonseca 2022)– de los derechos humanos.

La introducción de este peculiar problema al debate contemporáneo pretende poner de manifiesto dos similitudes y dos desafíos que, a mi juicio, enfrentan, en el presente, tanto la bioética como los derechos humanos. Además, dicho sea de paso, la serie de intuiciones y/o argumentaciones iusfilosóficas que en este escrito se desarrollan tienen, en mayor o menor medida, su razón de ser, en parte, en la lectura de un artículo sobre filosofía de la ciencia titulado “El estatuto epistemológico de la bioética” de María Victoria Roqué Sánchez y Josep Corcó Juviná (2013) y, en parte, en la lectura de tres concepciones relativamente contemporáneas sobre distintos modelos teóricos de aproximación (filosófico, jurídico y socio-político) a fenómenos, debates y problemáticas inherentes al prefijo “bio” (“bioética”, “bioderecho” y “biopolítica”) que, en el presente, se gestan dentro de la abigarrada jerga conceptual propia de la transdisciplinariedad. Por lo tanto, a continuación, a manera de introducción, se enuncian las dos similitudes y los dos desafíos a los que, desde mi punto de vista –además de tener en común–, deben hacer frente, en nuestros tiempos, tanto el discurso de la bioética como el discurso de los derechos humanos.

Se inicia la exposición de este argumento dividiendo la cuestión en dos partes: 1) Enunciar, a manera de introducción, las dos similitudes que guardan y los dos desafíos a los que deben, en el siglo XXI, enfrentarse –en conjunto y por separado, tanto la bioética como los derechos humanos. 2) Analizar algunos argumentos tomados de tres formas distintas –extraídas de la multidisciplinariedad– de abordar a la bioética que pueden pensarse desde la filosofía, la ciencia jurídica y la sociología

contemporáneas. Dicho lo anterior, se pasa ahora al desarrollo de cada una de las partes enunciadas.

### **I.1 Dos similitudes entre bioética y derechos humanos: 1) Constitucionalidad y convencionalidad, axiología interinstitucionalizada y epistemología multidisciplinaria. 2) Génesis histórica e intento de normar diversos fenómenos sociales emergentes.**

Como anteriormente se mencionó, a manera de introducción, a continuación, se presentan las dos similitudes y los dos desafíos a los que, en el presente, deben hacer frente tanto la bioética como los derechos humanos. En primer lugar, se exponen las similitudes, luego de expuestas éstas se pasan a la enunciación de los dos desafíos.

#### **I.1.1 Constitucionalización y convencionalidad, axiología interinstitucionalizada y epistemología multidisciplinaria.**

El respaldo jurídico, axiológico y, en cierta medida, epistemológico sobre el cual se yerguen tanto la bioética como los derechos humanos descansa, en parte - y eso depende bastante de la concepción que sobre la Constitución (Carbonell, 2015/ Sartori, 2021) se tenga y sobre la idea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) de la que se parta (Castañeda, 2018)-, en algunos artículos constitucionales y en diversos acuerdos o tratados internacionales, y, en parte, en la absoluta dependencia discursiva y metodológica que guarda con otras disciplinas científicas (medicina, derecho, biología, psicología, economía, política, etología, ecología, sociología, antropología, neuroética, filosofía, etc.); es decir, tanto la bioética como los derechos humanos, necesitan, “a fortiori”, de estos dos elementos -interrelacionados entre sí- para poderse justificar como saberes multifacéticos y multidisciplinarios dotados de una apriorística validez consensuada de carácter interinstitucional.

Dentro de este primer punto, hay que tener en cuenta que estos dos discursos normativos (bioética y derechos humanos) requieren, siempre, de un respaldo interinstitucional (tanto nacional como internacional) de carácter constitucional y convencional -presumiblemente, autónomo, objetivo, universal, neutral y multicultural, es decir, dependen del sueño más idealista y deónticamente kantiano

posible de la filosofía de Kant- que les permita presentarse y posicionarse (en el ámbito político, en el ámbito cultural y en el ámbito social) como una razón razonable para convivir armónicamente –sin ambicionar el “Tikkun Olam” o, en su defecto, “el mejor de los mundos posibles”–, que, simplemente, tiende a presentarse y representarse como una potencial y pacífica posibilidad de existencia (tanto individual como colectiva) ante la brutalidad y la crudeza de conflictivas realidades sociales tales como el “capitalismo gore” (Valencia, 2016), los procesos nacionales y mundiales de “globalización y antiglobalización” (Held & McGrew, 2003), la “aporofobia” (Cortina, 2017) y, por supuesto –por tratarse, según algunos, de la causa de muchos de los males de México–, del neoliberalismo con todas las violencias sistémicas y epistémicas (Spivak, 2009), y con todas las profundas y muy marcadas desigualdades sociales que conlleva.

Como segundo punto a considerar es menester señalar que el respaldo epistemológico de estos discursos normativos (bioética y derechos humanos), dependiendo, siempre, por completo, de las múltiples disciplinas de las que se configura su abigarrado universo discursivo, tiende a presentar, no pocas veces, muchos y muy variados problemas de orden discursivo y, sobre todo, de carácter ético-práctico en la denominada “esfera pública” –lugar donde, presumiblemente, en sociedades que se rigen bajo los postulados de “la democracia” (Touraine, 2022), se gestan ambos discursos tanto en la política como en las políticas públicas–. En general, estos problemas se deben, en parte, a la multivocidad de las definiciones que, en los “círculos de especialistas” (“comités de ética”, “comités de bioética”, “defensorías de derechos humanos”, “juntas académicas”, “comunidades de expertos”, “recintos legislativos”, “recintos judiciales”, etc.), se ofrecen de estos discursos y, en parte, a la multiplicidad de posicionamientos con su respectiva diversidad de voces desde las cuales se esgrime tal o cual discurso que verse sobre bioética y/o sobre derechos humanos.

Siguiendo este razonamiento y teniendo en cuenta que desde algunos postulados de Aristóteles es bien sabido que, muchas veces –por desgracia la mayoría de las veces–, la fuerza persuasiva de los discursos no necesariamente radica en el “logos”, sino, en el “ethos” y/o en el “pathos”; por tales razones, en la actualidad, no resulta

extraño ver, constantemente, emerger distintas voces con distintos discursos que se pronuncian –o no, pues, en el fondo, no pronunciarse también es una forma de pronunciarse– en torno a diversos y muy variados tópicos de bioética y derechos humanos. Pensemos, por ejemplo, que jamás, nunca, serán ni las mismas posturas teóricas –si es que las poseen– ni las mismas posturas ético–políticas las de las –así denominadas por los medios de comunicación– “madres buscadoras” que las del “Presidente de México”; no serán jamás, nunca, iguales las posturas de “las personas migrantes” que las de la “persona titular del INM”; no serán jamás, nunca, iguales los posicionamientos de “los bloques conservadores”, los de los “neoliberales”, los de las “feministas golpistas” o los de “los aspiracionistas” que los del “pueblo bueno”; en síntesis, en materia de derechos humanos y bioética muchas veces, en muchos contextos, suele ocurrir el anterior fenómeno lingüístico enunciado.

Ahora bien, al respecto de estos dos peculiares tópicos (la multivocidad en las definiciones en las que se manifiesta el discurso y la multiplicidad de posicionamientos con la pluralidad de voces que conlleva) resulta digno de mención un argumento de Manuel Atienza. Dicho argumento consiste en reconocer que “la argumentación de contenido bioético puede tener lugar en muy diversos contextos, lo cual significa que los criterios de evaluación de la misma no pueden ser idénticos” (Atienza, 2010, pp. 27–28). Ante esta problemática Atienza usa como ejemplos tres distintos modos de argumentación que se gestan en diversos ámbitos de acción de la vida humana.

Dentro de estos modos de argumentar Atienza señala: 1) los que se dan en un “contexto fuertemente institucionalizado, como es el caso de una sentencia judicial” (p. 28); 2) la forma de argumentar que “puede tener lugar en el contexto de una comisión de bioética, lo que significa que los límites institucionales, aun existiendo, son menos fuertes: dado que las comisiones no suelen emitir decisiones vinculantes” (p.28); y , finalmente, 3) las “argumentaciones sobre cuestiones de bioética que no tienen más límites que los que derivan de lo que suele denominarse el discurso práctico racional: por ejemplo, cuando en la opinión pública o en los foros especializados (lo que suele llamarse “la sociedad civil”, esto es, el espacio público no estatal)” (pp. 28–29) donde, constantemente, se debaten tópicos sobre bioética

(cambio climático, migraciones masivas, inicio artificial y/o fin voluntario de la vida, el aborto, el libre desarrollo de la personalidad, el estatuto jurídico de las “personas no-humanas”, la experimentación con personas humanas y con personas no-humanas, la guerra en el mundo, la inteligencia artificial, el tráfico y el consumo del fentanilo, etc.), y, por analogía y extensión, de derechos humanos.

Finalmente, a manera de conclusión de este apartado, puede decirse –en virtud de las consideraciones de Aristóteles, Van Dijk y Atienza– que el derecho –en su faceta nacional y soberana como Constitución y en su faceta internacional (manifestándose como derecho comparado) como integración pluralista de principios morales y agendas políticas positivizadas– es, en última instancia, únicamente un conjunto de enunciados. Es precisamente en virtud de esta peculiar característica –la cual, dicho sea de paso, ingenuamente, muchas veces, en muchos contextos, suele ser banalizada o tachada de vago y ambiguo galimatías– que se puede argumentar –como hacen también Enrique Cáceres Nieto y Juan Antonio Cruz Parcero– que tanto la bioética como los derechos humanos, pese a su gran carga de “pathos” y de “ethos”, son, desde el punto de vista del “logos”, simplemente, conjuntos de enunciados que intentan normar desde diversos ámbitos (jurídico, ético, político, económico, cultural y educativo) de la acción humana las relaciones existentes entre lo biológico y lo cultural, entre lo “natural” y lo social, entre lo orgánico y lo simbólico.

Dichas relaciones han conducido –sobre todo desde la segunda mitad del siglo XX–, de una forma u otra, a pensar y repensar el estatus ontológico del ser humano y de la diversidad de entes (el planeta, los animales o las “personas no humanas”, la IA) que con éste conviven. Dicho de otro modo, en el presente, es menester llevar a cabo una revisión –con el auxilio de herramientas nominales no esencialistas– ontológica y epistemológica de los supuestos normativos, axiológicos e ideológicos bajo los cuales se sustenta o se pretende sustentar el discurso de los derechos humanos y, por analogía y extensión, el discurso de la bioética.

I. 1. 2) Génesis histórica e intento de normar diversos fenómenos sociales emergentes.



Como corolario del punto anterior, la bioética se encuentra en estrecha relación con los derechos humanos debido a la promulgación del Acta Declaratoria sobre Bioética y Derechos Humanos (2005). Esta Acta propone, entre otras cosas, la creación de nuevos enfoques jurídicos y éticos para garantizar que el progreso de la ciencia y la tecnología contribuya a la equidad y a la igualdad; asimismo, la Declaración incluye aspectos bioéticos relacionados con la justicia y la no-discriminación.

No obstante, y completamente al margen de si se toma o no como parteaguas histórico la promulgación de la referida Acta -aunque, como ya se ha demostrado, la constitucionalización y la convencionalidad no son, por sí solas, la causa de que la bioética o los derechos humanos posean una apriorística validez consensuada de carácter interinstitucional- o de cualquier otro Tratado, Pacto, Código, Protocolo, Cumbre, etc., este punto, por sí mismo, no agota la totalidad de la complejidad del fenómeno ético discursivo (Apel, 1991) propio de los derechos humanos y de la bioética, ya que para, realmente, poder pensar a cabalidad la relación existente entre la bioética y los derechos humanos este enfoque internacionalista y, eminentemente, legalista, por sí mismo, no es suficiente para dar cuenta de la complejidad de este fenómeno; por lo tanto, al ser esta forma insuficiente -por, simplemente, tratarse de un fenómeno complejo- habría entonces que apostar por ceñir dicho fenómeno desde su génesis histórica.

Para apostar por una consideración histórica- y no únicamente por una de carácter constitucional y/o convencional- de la interrelación existente entre derechos humanos y bioética es preciso tener en cuenta el siguiente argumento:

La razón es que, el derecho internacional no posee instituciones que centralicen la producción legislativa propia de los derechos estatales, al ser producido fundamentalmente sobre la base de normas consuetudinarias y de tratados o convenios celebrados entre los Estados, ni tampoco satisface la condición de contar con el monopolio de órganos encargados de la aplicación de la fuerza física contra otros Estados en caso de incumplimiento de sus obligaciones. (Cáceres, 2000, pp.57-58).

Dicho lo anterior, al considerar a la interrelación entre los derechos humanos y la bioética como una “verdad histórica” –acaecida, principalmente, en la segunda mitad del siglo XX– resulta una apuesta metodológica sensata optar por la historiografía, sin embargo, aquí también puede experimentarse el vértigo metodológico puesto que como “verdad histórica” que es, es, “eo ipso”, contingente y no necesaria; por lo tanto, –de nuevo, por, simplemente, tratarse de un fenómeno complejo– la historiografía también se muestra, por sí sola, insuficiente para abordar las complejas interrelaciones existentes entre la bioética y los derechos humanos.

Además de lo anterior, desde su orientación cronológica, tanto la bioética como los derechos humanos puede decirse que son construcciones discursivas contemporáneas, pues ambos discursos normativos surgen –o, mejor, dicho, resurgen de entre un gran cúmulo de ideologías (antiimperialismos, marxismos, anarquismos, socialismos, comunismos, feminismos, ecologismos, medioambientalismos y un largo etcétera de “ismos”) como “nuevas utopías” (Moyn, 2015)–, tanto en sus formulaciones nacionales bajo la forma de constitucionalización como en sus manifestaciones “más allá del Estado nacional” (Habermas, 2016), en la segunda mitad del siglo XX.

Ahora bien, además de tener en común su génesis histórica, desde la segunda mitad del siglo XX hasta la fecha, tanto los derechos humanos como la bioética se caracterizan por atender a fenómenos sociales emergentes contemporáneos, es decir, ambos discursos intentan, con mayor o menor éxito, normar fenómenos que, desde la complejidad de la multidisciplinariedad, van suscitándose en el mismo devenir histórico de las sociedades y sus formas de ordenarse u organizarse a través diversas interacciones simbólicas y axiológicas existentes entre los individuos y entre las instituciones que conforman a dichas sociedades.

Este peculiar fenómeno socio-jurídico remite, necesariamente, a lo que –quien, a su vez, cita a David Strauss – Miguel Carbonell (2012) llama “la constitución viviente” (p.1). Prácticamente, la llamada “constitución viviente” hace referencia a las mutaciones constitucionales que, gracias a los cambios socioculturales, deben –o ¿no?– tener lugar en diversos puntos de la historia en virtud de sucesos paradigmáticos que obliguen a pensar y repensar, en términos de “lagunas”

(Guastini, 2012), las relaciones existentes en lo meramente jurídico y todos aquellos elementos sociales que escapan de la jurisdicción de lo eminentemente jurídico. En síntesis, los dos elementos anteriormente enunciados (1) constitucionalización y convencionalidad, axiología interinstitucionalizada y epistemología multidisciplinaria; 2) génesis histórica e intento por normar fenómenos sociales emergentes) son, a “grosso modo”, las dos similitudes que tienen en común el discurso de los derechos humanos -bajo una concepción constitucional- y el discurso de la bioética. Sin embargo, para poder terminar esta introducción, es menester aún enunciar los dos desafíos a los que, desde mi punto de vista, deben, en el siglo XXI, hacer frente tanto el discurso de los derechos humanos como el discurso de la bioética en nuestros contextos sociales y epistémicos inmediatos.

**I.2. Dos desafíos para la bioética y los derechos humanos en el siglo XXI: 1) Encontrar una forma semántica que englobe en sí una gran cantidad de diversas acepciones de ambos vocablos. 2) Delimitar su objeto de estudio y el alcance de sus inquisiciones.**

Dicho lo anterior, ahora, en segundo lugar, se enuncian, brevemente, los desafíos a los cuales, desde mi punto de vista, se enfrentan, en el presente, tanto el discurso de los derechos humanos como el discurso de la bioética.

**Encontrar una forma semántica que englobe en sí una gran cantidad de diversas acepciones de ambos vocablos.**

Por, históricamente, tratar de atender a diversos problemas emergentes desde la transdisciplinariedad, un primer desafío que tienen que enfrentar tanto el discurso de la bioética como el discurso de los derechos humanos es, precisamente, dar con una correcta asignación semántica o, mejor dicho, con una definición satisfactoria que permita englobar, en sí, la multivocidad propia de este vocablo de etimología griega, pues la bioética, por ejemplo, se ha -no pocas veces y, por lo regular, con escaso éxito- intentado definir ya sea bajo supuestos exclusivamente antropocéntricos, o bien -como antitética aproximación-, al margen de éstos.

Algunos de dichos intentos (desde las dos posturas, la antropocéntrica y la no-antropocéntrica) tienden a postular la definición de “bioética” -ya sea como “ciencia teórica”, o bien como “ciencia práctica”- como sinónimo de los siguientes

conceptos: “ética aplicada”, “ética medioambiental”, “ética del cuidado”, “ética clínica”, “ética jurídica”, “ética deontológica”, “ética teleológica”, “casuística”, “ética del desarrollo sustentable”, “ecofeminismo”, “ética planetaria”, entre otros.

En lo concerniente a los derechos humanos, se encuentra un fenómeno análogo. Al respecto de este punto es preciso tener en cuenta tres argumentos. El primer argumento es expuesto por Juan Antonio Cruz Parceró de la siguiente manera:

Defender, reclamar, exigir, reconocer, proteger, violar, ejercer...Son cosas que hacemos con los derechos y a las cuales nos referimos de manera cotidiana. A su vez, hay una serie de conceptos, calificativos o expresiones que usamos en torno a los derechos: “humanos”, “fundamentales”, “básicos”, “naturales”, “absolutos”, “relativos”, “universales”, “inalienables”, “imprescriptibles”, “legales”, “constitucionales”, “subjetivos”, “morales”, “individuales”, “colectivos”, “civiles”, “políticos”, “sociales”, “económicos”, “culturales”, entre otros. Tanto el lego como el experto suelen hacer uso de estas expresiones, aunque muchas veces ignoren o tengan ideas muy vagas sobre lo que puedan significar. (Cruz, 2007, p. 14)

El segundo argumento es desarrollado por Samuel Moyn, y, a la letra, dice:

Cuando las personas escuchan el término “derechos humanos” piensan en los preceptos morales e ideales políticos más elevados. Y tienen razón en hacerlo. Tienen en mente una serie de prerrogativas liberales indispensables y algunas veces principios más amplios de protección social. Pero también hacen referencia a algo más. Este término implica una agenda para hacer del mundo un mejor lugar y ayudar incluso a crear uno nuevo en el que la dignidad de cada individuo tenga protección internacional.

A todas luces este es un programa utópico: considerando los estándares políticos que se aducen y las pasiones que despierta, este programa se construye a partir de la imagen de un lugar que aún no ha sido (...). Los “derechos humanos” se ufanan de realizar este programa trabajando de la mano con los Estados cuando ello sea posible, pero también intentan denunciarlos y avergonzarlos públicamente cuando violan las normas más elementales. (Moyn, 2015, p. 11).

Finalmente, pero no menos importante, el tercer argumento parte de la economía-política y sus interrelaciones con los derechos humanos y la bioética, y es expuesto por Stephen Holmes y Cass R. Sunstein de la siguiente forma:

El “costo de los derechos” es una expresión ricamente ambigua, porque los dos sustantivos que la integran tienen significados múltiples e inevitablemente polémicos. Para mantener el análisis lo más enfocado y –en esa dimensión– lo menos polémico posible, “costos” significará aquí costos incluidos en el presupuesto, mientras que “derechos” se definirá como intereses importantes que pueden ser protegidos de manera confiable por individuos o grupos utilizando instrumentos del gobierno. Ambas definiciones necesitan mayor elaboración. (Holmes & Sunstein, 2011, pp.33-34).

El problema metodológico del carácter lingüístico de los derechos humanos referido por Cruz Parceró, Samuel Moyn y Holmes & Sunstein, sin duda, invita a pensar las relaciones existentes entre la conjunción de “significados” y “significantes” (De Saussure, 2003) que se manifiesta, de forma intersubjetiva –aun, como lo advierte Manuel Atienza (2010), en las “comunidades de expertos” o “círculos de especialistas”–, ante la relación que guardan tres conceptos entre sí interrelacionados, a saber, la “mente”, el “mundo” y el “lenguaje”.

Para simplificar –sin por ello caricaturizar o restar importancia a los debates contemporáneos sobre filosofía de la mente y filosofía del lenguaje– esta intuición, por “mente” –en este contexto y, únicamente, para este texto– se entiende la totalidad de los fenómenos cognitivos que configuran el horizonte de significado y el universo discursivo de la vida humana; por “mundo” se entiende la totalidad de los eventos tanto internos (percepción, sensación, memoria, autopercepción, etc.) como externos (lugares, personas, datos, sucesos, etc.) que tienen lugar en la “mente” de los individuos; por “lenguaje” se entiende la facultad humana que, como especie, se posee para, intersubjetivamente, comunicarse a través del uso de “signos lingüísticos” y “signos extralingüísticos” y denotar con ello tanto los “eventos” como los “fenómenos” que se expresan en el “mundo” y que se manifiestan ante la “mente” de los individuos en su forma –valga la redundancia– individual y, en su

forma social o colectiva se plasman, de forma intersubjetiva, mediante el uso del “lenguaje, de la “lengua” y del “habla”, o, más específico, según la pragmática o los “juegos del lenguaje” (Wittgenstein, 1976 ) de los cuales participa cada usuario lingüístico en cada contexto específico para cada caso concreto.

Siguiendo este razonamiento, puede, sin problemas, llegarse a enunciar un problema de asignaciones semánticas que consiste, simple y llanamente, en no poseer (por tener, regularmente, formaciones, escalas axiológicas, vivencias y experiencias previas, estilos y modos de vida distintos y, en ocasiones, distantes) las mismas representaciones mentales al escuchar tal o cual “significante” en tal o cual “lengua”. Pensemos, por ejemplo, en el siguiente enunciado: “Anita lava la tina”. Suponiendo que existan tres hablantes distintos que escucharan dicho enunciado, jamás, nunca –a menos, claro está, que se pongan de acuerdo, de forma convencional y/o consensuada, sobre el significado de tal enunciado– tendrán un único “significado” unívoco pues cada uno tenderá a tener su propia “Anita” (v. gr. una niña, una mujer adulta mayor, una mujer joven, etc.), su propia “acción de lavar” (v. gr. a mano, con jabón de polvo, con jabón líquido, etc.) y su propia “tina” (v. gr. plástico, madera, metal, etc.). Si con enunciados como el de “Anita lava la tina” existen muchos problemas de imprecisión semántica debido al relativismo lingüístico –y, ¿por qué no?, psico-social y cultural– del cual, desde luego, se parte al momento de asignar “significados” a los “significantes”, piénsese, por ejemplo, ahora en la gran cantidad de problemas que generan grandes éxitos como “Estado constitucional de derecho”, “Protección constitucional y convencional de los derechos humanos en México”, “judicialización de la bioética en México” o –si se prefiere–, por tratarse de términos que implican el uso del prefijo “bio”, puede pensarse en la gran cantidad de problemas (vaguedad, ambigüedad y oscuridad) que acarrearán consigo conceptos tales como “derechos humanos”, “bioética”, “bioderecho” y “biopolítica”.

Sin embargo –como puede inferirse de las anteriores evidencias textuales (Cruz Parceró, Samuel Moyn y Holmes & Sunstein)–, existen tantas definiciones como disciplinas inmiscuidas y entremezcladas en la configuración del universo discursivo en torno a la bioética y, por analogía, en torno a los derechos humanos;

por lo tanto, se vuelve tarea necesaria llevar a cabo una revisión semántica que permita pensar con claridad los supuestos antropológicos (Cassirer, 1983 / Buber, 2018 ), los supuestos jurídicos (Vázquez, 2012), los supuestos socio-ontológicos (Rodríguez, 2020) y los supuestos epistemológicos (Bunge, 1980/ Popper, 2022) bajo los cuales se yerguen, en el presente, estos muy peculiares discursos normativos multifacéticos y multidisciplinarios.

Este tópico resulta digno de mención puesto que -al igual que como sucede con los derechos humanos- la bioética, desde sus orígenes, se apoya, para su legitimación y validez discursiva, en diversos organismos -de carácter positivo y convencional- locales, nacionales e internacionales, es decir, la bioética, prima facie, parece no tener -además de no poseer una forma semántica unívoca, tampoco posee un conjunto de normas más o menos consensuadas para su debida delimitación, jerarquización, ponderación y clasificación- un objeto delimitado hacia el cual pueda dirigir sus inquisiciones.

En síntesis, este problema se origina gracias a que -puesto que “la bioética más que una disciplina, es una ciencia multidisciplinaria” (García & Limón, 2018, p.21)- la bioética conserva -derivada de su pluralidad de orígenes o, mejor dicho gracias a su originario pluralismo epistémico- una gran cantidad de definiciones, y, por tal motivo, ésta, automáticamente se convierte en una ciencia multidisciplinaria multívoca. Por tal razón, con miras ejecutar a una suerte de revisión lingüística de la “unificación conceptual de los derechos humanos” (Montemayor, 2002) y, por analogía y extensión, de la bioética, es preciso hacer cosas con palabras y proponer crear acuerdos o convenciones lingüísticas que permitan, en medida de lo posible, construir aproximaciones axiomáticas que faciliten la comprensión intersubjetiva de fenómenos socio-jurídicos, políticos y culturales contemporáneos que atañen al discurso de la bioética y al discurso de los derechos humanos.

A manera de conclusión de este apartado huelga decir que es posible pensar esta imprecisión semántica que impide, entre otras cosas, elaborar una especie de “consenso” que tenga en cuenta -siguiendo a John Langshaw Austin (1982)- a la diversidad de los “actos de habla”, tanto en sus manifestaciones como 1) acto “locutivo” (mera descripción dotada de -usando la terminología estructuralista de

Ferdinand de Saussure- “significado” y “significante” de los discursos que versan sobre derechos humanos y bioética); 2) “acto ilocutivo” (acciones tales como informar, formar, defender, promover y actuar que se desprenden del uso determinado que se haga del discurso los derechos humanos y del discurso de la bioética); 3) “acto perlocutivo (emanciparse a sí mismo y/o a terceros, ponerse en riesgo, enriquecerse al cobrar por honorarios, recibir ayuda gubernamental a través de proyectos y/o programas sociales, obtener reconocimientos, empleos y/o puestos honoríficos, ser asesinado, lograr incidencias en la esfera pública o en la iniciativa privada -por mencionar algunos ejemplos- mediante el uso del discurso de los derechos humanos y del discurso de la bioética)” que aparecen como resultado de la ambigüedad, vaguedad u oscuridad conceptual que constantemente asedia a la bioética -como también ocurre con los derechos humanos-, es decir, en este caso preciso, para saber, como Austin, cómo hacer cosas con palabras es preciso aspirar a construir una suerte de consenso mínimo que permita pensar con claridad los supuestos ontológicos, antropológicos y epistemológicos sobre los cuales, en el presente, se erigen los discursos que tienen en cuenta a los derechos humanos y sus relaciones con las reflexiones que utilizan el prefijo “bio” (“bioética, “bioderecho” y “biopolítica”).

### **1.2.2 Delimitar su objeto de estudio y el alcance de sus inquisiciones.**

La bioética se encuentra, como cualquier paradigma explicativo naciente o proto-ciencia emergente, irremediamente, con el problema de su propia delimitación metodológica y esclarecimiento conceptual, es decir, se ve -como los derechos humanos- ante la encrucijada de justificarse ontológica y epistemológicamente.

Con este segundo tópico, aquí se introduce, por ejemplo, para el caso de los derechos humanos, una diferencia de opinión conceptual en torno al fundamento de los derechos humanos -y, por extensión, a la bioética en tanto que es o forma parte de un derecho o de varios derechos humanos, según el enfoque y/o el punto de vista que se asuma al respecto.

Frente a determinadas posturas que pretenden fundamentar ontológicamente a los derechos humanos bajo el concepto de “*Dignitatis humanæ*” (“dignidad humana”) apelando a criterios deontológicos y teleológicos (“esencialismo”, “principalismo”,



“iusnaturalismo”, “universalismo”, “idealismo”) que descansan en un supuesto –el cual, en sus más radicales y descabelladas formulaciones, también aparece como teocéntrico– antropocéntrico habrá que diseñar posturas que no sean ni universalistas ni relativistas, es decir, que sean posturas que tiendan a partir de supuestos epistemológicos instrumentalistas no esencialistas, esto es, posturas que apuesten por un análisis lógico-semántico de los presupuestos ontológicos y antropológicos, y que reconozcan los límites del paradigma (esencialista) antropocéntrico, universalista, teológico y teleológico que asedia tanto al discurso de los derechos humanos como al discurso de la bioética.

La dimensión ontológica de las nociones o conceptos que sustentan –o pretenden sustentar– a los derechos humanos, se tiene que reajustar o adaptar a ese modelo que intenta indagar con una mirada crítica y multidisciplinaria dirigida a desentrañar los distintos supuestos antropológicos, ético-políticos e ideológicos que, de manera explícita o implícita, subyacen a o se desprenden de las diversas conceptualizaciones y teorizaciones sobre el “fundamento” (ontológico y epistemológico) o sobre la “fundamentación” (axiológica y ético-política) del discurso de los derechos humanos y del discurso de la bioética.

El análisis de dichos supuestos permitirá vislumbrar el despliegue de diferentes problemáticas de índole axiológico que se gestan a la luz de las paradójicas relaciones e interrelaciones dialécticas entre lo internacional y lo nacional, lo global y lo local lo multifactorial y lo multidisciplinario, lo público y lo privado, la ortodoxia y la heterodoxia, las innovaciones tecnológicas y los modelos jurídicos, sociológicos, culturales, educativos y valorativos aceptados como modelos normativos mayoritarios en sociedades dinámicas, multiculturales, plurales y globales como lo es la sociedad mexicana.

En lo relativo a este tópico, a continuación, se propone, mostrar cómo es que, en los últimos tiempos, se ha tendido a considerar a la bioética –y por extensión, insisto, a los derechos humanos– desde otros supuestos filosóficos (un instrumentalismo lingüístico proveniente de la historiografía de la filosofía, un intersubjetivo y nominal convencionalismo epistemológico y una implementación de la laicidad en el plano ético-político de las decisiones socio jurídicas más relevantes de las última

décadas); esto es, describir cómo es que, en el presente, se presenta la forma de pensar a los mismos fenómenos desde tres distintas -pero no distantes- concepciones.

## **II. TRES TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS PARA EL ABORDAJE METODOLÓGICO DE LAS RELACIONES EXISTENTES ENTRE BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS.**

Una vez enunciadas las dos similitudes que guardan, y ya señalados los dos desafíos que, desde mi punto de vista, aguardan tanto al discurso de la bioética como al discurso de los derechos humanos, a lo largo de este segundo apartado se exponen -al menos- tres formas contemporáneas de abordar la relación existente entre estos dos discursos normativos del presente.

Ahora bien, puesto que “la obligación ética de un filósofo ante un problema social o bioético, puede concebirse al menos de dos maneras: o bien analiza el problema y propone soluciones sin tomar partido alguno, o bien toma una posición clara y distinta ante el problema y se compromete con el mismo” (Rivero, 2007, p.147), en este segundo apartado se opta por analizar -en concreto, ejemplificar la complejidad de los discursos que hacen alusión a tópicos específicos sobre bioética y derechos humanos con tres trabajos que han visto la luz recientemente- las problemáticas anteriormente señaladas.

Las tres formas contemporáneas de abordaje de la relación existente entre bioética y derechos humanos seleccionadas tienen su origen al interior de la comunidad epistémica de México, en concreto, me refiero a tres textos que se han producido por tres investigadoras de la UNAM, a saber, 1) “Introducción a la bioética desde una perspectiva filosófica” (2021) de Paulina Rivero Weber; 2) “Manual de bioética y bioderecho” (2021) de María de Jesús Medina Arellano; 3) “El derecho al aborto y la objeción de conciencia en materia sanitaria en México” (2023) de Pauline Capdevielle.

Las tres obras seleccionadas guardan algunas semejanzas entre sí-además de su lugar de procedencia- por el hecho de partir del reconocimiento de tres supuestos metodológicos en común, a saber, 1) El reconocimiento de la importancia que -tanto para el discurso de los derechos humanos en general, como para el discurso

de la bioética en particular- de algunos postulados (separación entre Estado e iglesias, reconocimiento pleno de la libertad religiosa -manifestada como libertad de conciencia y como libertad de culto-, neutralidad del Estado ante cualquier manifestación religiosa -incluida la no creencia y otras formas no teístas como el panteísmo, el agnosticismo y el deísmo- secularización de la ciencia y la tecnología) propios de la laicidad. 2) Reconocimiento de la multivocidad y la multidisciplinariedad que se manifiesta, de una forma u otra, en los recientes debates sobre bioética y derechos humanos. 3) Atención a problemas y fenómenos emergentes contemporáneos.

Como en la introducción se señaló, los argumentos esgrimidos y las reflexiones aquí plasmadas tienen, en parte, su razón de ser en la lectura de tres formas (Rivero, 2021/ Medina, 2021/ Capdevielle, 2023) contemporáneas ya señaladas de abordar a la bioética y, en parte, en la lectura del artículo “El estatuto epistemológico de la bioética” (Roqué & Corcó, 2013). Es, precisamente, en torno a las conclusiones a las que llegan estos dos filósofos de la ciencia sobre las cuales se desarrollará una especie de “argumentación coordinada” con algunos postulados de las tres autoras ya mencionadas. Dichas conclusiones se enuncian, como desafíos y/o lagunas a los problemas que deja, hoy, abiertos la bioética -y, por analogía y extensión, los derechos humanos- de la siguiente manera:

1) La consideración generalizada del conocimiento científico como el paradigma del conocimiento perfecto y su exaltación como conocimiento exclusivo. 2) La extensión del método científico experimental hacia dimensiones que no le corresponden, y una determinada concepción a priori del ser humano incurren en una serie de contradicciones teóricas y existenciales. 3) La verdad en la actividad tecnocientífica interpretada como corroboración empírica y no como algo provisional (...). 4) El ritmo acelerado con que emergen cuestiones inéditas e inesperadas, planteadas por las nuevas investigaciones biológicas y por el desarrollo de las técnicas biomédicas (...) 5) La insistencia en el legalismo que antepone las leyes sobre la legitimidad moral de las normas. 6) La reducción de la Bioética a su dimensión puramente aplicativa y sin reparar en su fundamentación filosófica. (Roqué & Corcó, 2013, p. 473).

Dicho esto, ahora se pasa al análisis de cada una de las tres propuestas enunciadas.

## **II.1 “Introducción a la bioética desde una perspectiva filosófica” (2021).**

En su gran generalidad, el libro de Paulina Rivero Weber y su propuesta de abordar a la bioética desde una perspectiva filosófica atiende -teniendo siempre en cuenta el problemático origen conceptual que se haya detrás de la palabra “bioética”-, de entrada, a la última -aporética- premisa (punto 6) que plantean Roqué y Corcó. Este primer argumento se expone, en palabras de su autora, así:

Esta introducción a la bioética está escrita desde una perspectiva privilegiada. Porque la filosófica no es, permítaseme decirlo, equivalente a cualquier perspectiva. Desde cualquier otro lugar, escribir un libro sobre bioética podría parecer una ambición desmedida. (...). La forma de escribir una introducción general debe corresponder a aquella disciplina que sea capaz de hablar de modo general; esto es, que pueda exponer aquello que es común y que une las fronteras de tan variadas disciplinas en una sola. Y eso, precisamente, es lo que hace la filosofía desde su surgimiento hace más de 2,500 años. (Rivero, 2021, p. 19).

Como segundo punto -perspectiva que, en su gran generalidad, es el punto que, con mayor evidencia, guardan más en común las posturas de Rivero, Medina y Capdevielle- están tanto el reconocimiento de la complejidad y de la multivocidad inherentes al discurso de la bioética y, sobre todo, el reconocimiento de la laicidad como eje rector en las discusiones y debates propios de la bioética.

Al respecto del primer punto, Rivero sostiene que “la bioética, en general, es una ciencia de fronteras que puede incumbir a todas y a cada una de las diferentes áreas del saber y del hacer humanos” (Rivero, 2021, p. 21). En lo relativo al segundo punto afirma que “hay ciertas características imprescindibles de la bioética: la laicidad es una de ellas. Una bioética que no sea laica, simplemente no es bioética; puede ser moral o religión, pero no es bioética” (Rivero, 2021, p.23).

Digno de mención -como tercer punto- resulta que pese a que gran parte de su argumentación está basada en sus propias lecturas e interpretaciones-lo cual, desde

luego, nada tiene de malo o de raro en el ámbito profesional del quehacer filosófico-sobre el pensamiento de Nietzsche (principalmente teniendo en cuenta textos como “El nacimiento de la tragedia”, “La gaya ciencia”, “Aurora”, “Ecce homo”, “Así habló Zaratustra” y otros tantos más) cabe señalar que, una vez que toma partido (por una suerte de ecologismo especista más holístico que contempla los derechos de los animales y los derechos humanos derivados de los medioambientalismos contemporáneos) ante el problema del reduccionismo que implica y supone el paradigma antropocentrista (punto 2 de Roqué y Corcó) es que se dedica al análisis de algunos fenómenos sociales emergentes (punto 4 de Roqué y Corcó) que, desde la óptica de los derechos humanos y de la bioética, son dignos de mención: 1) el estatus ontológico y jurídico de entidades no-humanas (v. gr. los animales, el medio ambiente, el planeta); 2) el cambio climático; 3) la interrupción voluntaria del embarazo, el final voluntario de la vida y el origen artificial de la vida; 4) la seguridad alimentaria y la calidad de vida de las personas adultas mayores.

Finalmente, como cuarto punto, gracias a la muy notoria y bastante marcada influencia (enérgica repulsa a los presuntuosos proyectos de construcción del conocimiento científico moderno, ilustrado y romántico (puntos 1 y 3 señalados por Roqué y Corcó)) de Nietzsche en la obra de Rivero Weber es que -por tratarse, por supuesto, de una aproximación desde la filosofía- no resulta nada descabellado pensar que, por sus propios supuestos semánticos y teórico-metodológicos, la contemporánea aproximación que a la bioética, desde la filosofía, hace Rivero Weber se presenta como una forma de abordar a la bioética -cumpliendo así con el punto 5 enunciado por Roqué y Corcó- que no es legalista o que no superpone la validación moral de las normas a su positivización en las constituciones o en tratados internacionales, sino, antes bien, lleva a cabo -muy al estilo de Nietzsche (2005) en “La genealogía de la moral”- un estudio genealógico que, paradójicamente, tiene su mismo origen arqueológico (Foucault, 2002) en el “vitalismo” de Nietzsche.

## II.2 “Manual de bioética y bioderecho” (2021).

En esta obra Medina Arellano parte –a diferencia de Paulina Rivero y, como se verá más adelante, de Pauline Capdevielle– de algunas discusiones semánticas que aparecen al interior de las innegables interrelaciones que existen entre las ciencias biomédicas y las ciencias jurídicas. Por tratar de temas de vanguardia y actualidad –atendiendo con ello a los puntos 1, 2, 3 y 4 señalados por Roqué y Corcó– en el ámbito de la hiper especialización en temas, tópicos y fenómenos emergentes contemporáneos que atañen al derecho, y por, constantemente, mediar con el constante avance de las ciencias biomédicas esta reciente aproximación teórico-metodológica a la bioética resulta bastante útil y atractiva sobre todo si se piensa, como la autora constantemente sugiere, la relevancia de este tipo de estudios en materia legislativa, académica y ético-política para la actual dimensión socio-jurídica mexicana que oscila –gracias a la constitucionalidad y a la convencionalidad– en la dialéctica que existe entre lo nacional y lo internacional, entre lo local y lo global.

Pese a que sus planteamientos teórico-metodológicos provienen,, principalmente, de las ciencias biomédicas, el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), lo realmente interesante del ensayo de Medina es el desafío que implica el hecho de acuñar conceptos; en este caso concreto el vértigo que implica el pensar las relaciones existentes entre el binomio “bioética” y “derechos humanos” bajo el concepto de “bioderecho”. Lo anterior, en palabras de la autora, se encuentra expuesto como sigue:

El objetivo principal de este capítulo es el de describir y analizar el puente de comunicación entre la reflexión bioética y su encuentro con los de derechos humanos, un binomio que hoy podemos denominar “bioética” y “bioderecho”. La interacción entre la bioética y el bioderecho implica la existencia necesaria de enfoques interdisciplinarios para su estudio. (Medina, 2021, p.17)

Ahora bien, según sostiene Medina, en lo que respecta al término “bioderecho” “algunos autores tienden a percibir este concepto como jerárquicamente superior, evolucionado y delegado por la bioética, mientras otros piensan que bioética y

bioderecho son un complemento continuo y ascendente” (Medina, 2021, p. 23), y en lo concerniente a los derechos humanos asegura que éstos “han llegado a instituirse en “laicos y universales” entre la mayoría de las naciones” (Medina, 2021, p. 38). Sin embargo, pese a la trascendencia de lo anterior, lo realmente interesante -insisto- de esta propuesta es el intento de ceñir bajo un mismo referente (“bioderecho”) las intrínsecas relaciones que guardan los derechos humanos con la bioética.

Medina tiene en cuenta el gran problema que para la reflexión contemporánea representa la barrera multidisciplinaria y plurimetodológica que, en el presente, subyace tanto para la bioética como para los derechos humanos; es, precisamente, para sortear esta dificultad -cumpliendo con ello con el punto 6 enunciado por Roqué y Corcó- que recurre al rescate de algunos postulados teóricos que toma -y desde los cuales toma partido- de la filosofía (la filosofía de la ciencia, la deontología kantiana, el utilitarismo de John Stuart Mill y el consecuencialismo moral de John Harris) la teología (sobre todo en algunos valores morales que de ella provienen tales como “compasión, atención, culpa y sacrificio” (Medina, 2021, p. 30)) y el derecho (bajo la perspectiva de una suerte de sociología del derecho de los derechos humanos emanada de las luchas por los derechos de los pacientes), no obstante, su interés principal -y también su gran mérito como investigadora- radica en trabajar la relación entre ciencias biomédicas y ciencias jurídicas con miras a lograr la fáctica judicialización de la bioética en México que no se reduce -cumpliendo con ello al punto número 5 enunciado por Roqué y Corcó-, de ninguna manera, a mero legalismo ya que, desde distintas aristas (social, jurídica -constitucional y convencionalmente-, política, ética y, por supuesto, bioética) atiende a las problemáticas interrelaciones que existen entre la bioética y los derechos humanos dando como resultado origen a una nueva área de oportunidad, esto es, dando origen -al menos en nuestras comunidades epistémicas inmediatas- al “bioderecho”.

### **II.3 “El derecho al aborto y la objeción de conciencia en materia sanitaria en México” (2023).**

Hablar de este texto de Pauline Capdevielle es, sin duda, hablar –además de las relaciones existentes entre bioética y derechos humanos– de “biopolítica”, ya que hablar de “biopolítica”, es, sin duda, hablar de “la gestión y la regulación de los procesos de vida a nivel de la población. Tiene que ver más con seres vivos que con sujetos del derecho, o más exactamente, con sujetos del derecho que son seres vivos” (Lemke, 2017, p.17).

En ese sentido, este texto de Pauline Capdevielle hace referencia, además de a algunas cuestiones relativas (tensiones, en el ámbito político y social, entre el Estado, las iglesias y la sociedad civil; reconocer y otorgar reconocimiento, en el ámbito político y social, a la representación constitucional de carácter democrático, es decir, dar valor y voz a las manifestaciones del sentir popular y cotidiano, sobre todo de sectores de la población que se encuentran en condiciones históricas y sociales de desigualdad o vulnerabilidad) al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (NCL), a algunos tópicos (reconocimiento y exigencia ético-política y jurídica del respeto al derecho de las libertades sexuales, emancipación de los cuerpos y reconocimiento de identidades de género diversas –en este caso concreto, hombres trans, mujeres lesbianas (Wittig, 1992) , mujeres bisexuales, mujeres no-binarias y mujeres de género fluido–) de actual relevancia socio-jurídica provenientes de los feminismos contemporáneos y de la problemática que implica la judicialización de la bioética en México –atendiendo con ello a los puntos 1, 2, 3, 4 y 5 de Roqué y Corcó– que se manifiestan, en el presente, como “el proceso de despenalización y constitucionalización de un derecho a decidir para las mujeres y personas gestantes” (Capdevielle, 2023, p. 8)).

Si una de las tres características que, según se sostuvo en la introducción a este segundo apartado, sustenta a esta breve puesta en relación entre las autoras aquí estudiadas (Rivero, Medina y Capdevielle) es, precisamente, el reconocimiento de la importancia de la “laicidad” para los debates contemporáneos en materia de derechos humanos y bioética. Desde este enfoque resulta entonces necesario



otorgar, como punto de partida, una definición inicial de “laicidad”. Dicha definición se presenta de la siguiente forma:

De manera general, podemos decir que se trata de un concepto político-jurídico utilizado para referir a un particular modo de configuración del Estado con respecto a las instituciones religiosas y convicciones fundamentales particulares, que postula una autonomía real entre el poder político y religioso. Desde el punto de vista histórico, la laicidad surge como el proyecto intelectual de separación entre el dogma y la razón crítica y la reivindicación de la autoridad moral e intelectual de los seres humanos. (Capdevielle, 2019, p. 102).

Como puede inferirse de la anterior evidencia textual el concepto de “laicidad” obedece a una compleja lógica multidisciplinaria. Desde este punto de vista es –según su autora– preciso hacer una distinción que implica mostrar el fenómeno en tres distintos niveles de análisis:

En primer lugar, la laicidad puede entenderse a partir de las ciencias jurídicas, especialmente, desde un enfoque constitucional. Desde este punto de vista, la laicidad se analiza a partir de las normas y principios constitucionales, en particular, las cláusulas relativas a las relaciones Estado–iglesias (carácter secular o confesional del Estado) y los derechos fundamentales garantizados (libertad de conciencia, de religión, de asociación, de expresión de las convicciones religiosas, etcétera). (...). También, la laicidad puede examinarse desde un abordaje sociológico, el cual hace hincapié, más que en los aspectos formales, en las condiciones prácticas de las relaciones entre el Estado y las iglesias. (...). Finalmente, también es posible un acercamiento al concepto desde la teoría política, entendida aquí como la descripción y explicación de modelo a políticos a partir de un conjunto organizado y coherente de ideas y principios. (Capdevielle, 2019, p. 103).

Ahora bien, volviendo–sin por ello dejar de tener “in mente” lo anterior– a los argumentos que presenta la Dra. Capdevielle en su “opinión técnica sobre temas de relevancia nacional” del 2023, son dos las discusiones y los debates fecundos tanto para la bioética como para los derechos humanos que, a su parecer, aparecen como fenómenos de interés nacional: 1) la despenalización y el reconocimiento

constitucional –vía jurisdiccional– del derecho al aborto de las mujeres y las personas con capacidad de gestar; 2) la objeción de conciencia en distintos ámbitos de la vida humana y la desobediencia civil o la no obediencia –voluntaria– del derecho.

En virtud del progresivo avance del discurso de los derechos humanos, en nuestro país, estos dos temas (el derecho al aborto y el derecho a la objeción de conciencia) suponen e implican, en el presente, un cambio de paradigma (Kuhn, 2021) en la consolidación cultural, jurídica, ética, social y política de los horizontes de significado y de valoración axiológica interinstitucional que constituyen a los dos fenómenos. Pensemos en la complejidad de lo anterior utilizando como ejemplo el primer fenómeno enunciado, a saber, el derecho al aborto en México.

En lo relativo a este fenómeno (el derecho al aborto) el cambio de paradigma, según argumenta Capdevielle, se gesta, principalmente, en dos flancos: 1) iniciativas de ley para la despenalización del aborto –y las reacciones tanto a favor como en contra emergentes por parte de distintos sectores de la población– en distintos Estados de la república mexicana y 2) la promoción de amparos para personas específicas en casos concretos derivados de la tipificación penal del aborto. Y, principalmente, gracias a tres factores tiene su óptima implementación en la legislación mexicana: 1) participación de la sociedad civil, 2) incorporación de agendas internacionales en políticas y legislaciones nacionales y/o locales, y 3) reconocimiento y exigencia de los derechos humanos de las mujeres –incluidas, desde luego, las niñas, las adolescentes y las personas adultas mayores– y de las personas con capacidad de gestar.

En lo que concierne a la “objeción de conciencia” ésta se define de la siguiente manera:

La objeción de conciencia consiste en la negativa de una persona en acatar un mandato legal por considerarlo en contra de sus convicciones fundamentales, ya sean de índole religiosa, ética o filosófica. En México, en el ámbito sanitario, la problemática de la objeción de conciencia se ha cristalizado en los últimos años en torno a las políticas sexuales y reproductivas, en particular, mediante el rechazo masivo, y en algunas ocasiones, organizado, de los profesionales en participar en abortos (Capdevielle, 2023, p.41).

Sin embargo. También debe advertirse que:

El concepto de objeción de conciencia no se agota en la idea de insumisión o resistencia al derecho, sino que encuentra su especificidad en sus razones o motivaciones, en este caso, en la existencia de motivos de conciencia. La idea de conciencia es difícil de cernear debido a su carácter etéreo e insaciable. En efecto, si nadie jamás ha visto la conciencia, nadie dudaría tampoco de su existencia, por lo tanto, la conciencia designa tanto la capacidad del ser humano en reconocerse en sus atributos esenciales como también su reconocimiento reflexivo de las cosas, la actividad mental a la que puede acceder, su proceso de representación mental del mundo, o su conocimiento interior del bien y del mal. (Capdevielle, 2015, p.20).

Desde este punto de vista, pensar a la “objeción de conciencia” concebida como un derecho humano, implica, necesariamente, pensar a la “libertad de conciencia” y sus críticas interrelaciones con el ámbito de la vida, la salud y reproducción humanas (Capdevielle, 2017), es decir, con la “bioética”, con el “bioderecho” y con la “biopolítica”. Así, por ejemplo, resulta interesante pensar que la “objeción de conciencia” no resulta –en términos de filosofía del derecho, de filosofía política y de filosofía moral, y bajo el pluralismo axiológico y la ponderación de derechos– igual de escandalosa y/o polémica en el ámbito mercantil (v.gr. negarse a cocinar y vender un pastel de bodas a una pareja del mismo sexo apelando a libertad de expresión y de conciencia) o en el ámbito civil y/o familiar (v. gr. negar el matrimonio, la adopción y/o la patria potestad de menores de edad a una pareja del mismo sexo apelando a razones y argumentos religiosos y/o a fundamentalismos legales y/o procesales) que en torno en asuntos de corte militar (v.gr. negarse –so pena de cometer con ello traición, rebeldía y/o sedición– a asesinar, en la “guerra por la “paz”” –siendo padre, esposo e hijo–, a niñas, niños, y adolescentes, mujeres y personas adultas mayores) y/o en materia sanitaria (v. gr. practicar el aborto, practicar la reproducción o el fin de la vida asistidos, o aceptar, o no aceptar, el argumento de la “libertad de conciencia” y de religión para practicar, o no practicar, una apremiante transfusión sanguínea a una persona testigo de Jehová).

En síntesis, teniendo en cuenta lo anterior (1) importancia del principio de laicidad para los debates sobre bioética y derechos humanos; 2) necesidad de atender –atendiendo a los postulados del NCL–, desde la multidisciplinariedad y la

complejidad a fenómenos sociales emergentes que no estaban pensados, originariamente, por el constituyente; 3) plasmar de manera casuística e inductiva la irrupción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) en el contexto nacional mexicano a través de la constitucionalización de derechos humanos emergentes), algunas de las aportaciones de Pauline Capdevielle a los debates contemporáneos en materia de bioética y derechos humanos -además de gestarse en la comunidad epistémica nacional e internacional de investigadores e investigadoras del IIJ de la UNAM y atender, gracias a su trabajo multidisciplinario que escapa del mero legalismo, con ello al punto 6 enunciado por Roqué y Corcó-pueden pensarse entrelazadas, tanto por sus contenidos temáticos como por sus procederes teórico-metodológicos, con los términos de “bioética”, “bioderecho” y “biopolítica”.

Puesto que -además de hacerlo también desde un paradigma que tiene en alta estima y aprecio a los desarrollos sociales de la ciencia y la tecnología- “el concepto de la biopolítica adopta una base ecológica y se convierte en un punto de referencia de diferentes intereses ideológicos, políticos y religiosos” (Lemke, 2017, p.39) y debido a que, en la actualidad, en los debates recientes sobre problemas contemporáneos de bioética y de derechos humanos, en virtud del reconocimiento de la diversidad cultural y el pluralismo axiológico que se encuentran protegidos, tanto de manera convencional como de manera constitucional, en la libertad de conciencia, la cual ya no trata, únicamente, de construir hombres de paja, castillos de naipes o falsas dicotomías entre “lo laico” y “lo secular”, entre lo “lo sagrado y lo profano” (Eliade, 2022), entre lo que es de Dios y lo que es del César (Masferrer, 2004), es decir, en los temas que atañen a las interrelaciones que existen entre bioética y derechos humanos -y que se manifiestan, en el presente, según se ha demostrado, como “bioética”, “bioderecho” y “biopolítica”-, “ya no se trata, por lo tanto, de una pugna entre razones religiosas y argumentos seculares, sino de una disputa en torno a la interpretación de los principios y valores de la democracia y de los derechos humanos”. (Capdevielle, 2017, p. 135).

### III. CONCLUSIONES.

A manera de conclusión de estas aproximaciones contemporáneas al abordaje de fenómenos sociales emergentes relacionados con la bioética y con los derechos humanos se pueden enunciar –teniendo también en cuenta las dos similitudes que guardan y los dos desafíos que aguardan tanto al discurso de la bioética y el discurso de los derechos humanos enunciados en la primera parte de este escrito– los siguientes dos argumentos:

En primer lugar, en virtud de la constitucionalización y de la convencionalización –tanto de la bioética como de los derechos humanos–, de la interinstitucional invalidez y sobre el pluralismo metodológico, disciplinario y epistemológico que subyace a estos dos discursos normativos (bioética y derechos humanos) resulta preciso –partiendo de reflexiones que provienen de la axiología (Fronzizi, 2021)–, preguntarse si la adopción de tan elevados contenidos es debido a 1) sus contenidos proposicionales “per se”, es decir, apostar a que dichos principios son valiosos en sí, por sí y para sí (tesis objetivista), o si, por el contrario, la adopción de esos valores, principios y normas obedece a 2) las experiencias subjetivas (derivadas a su vez de muchos otros factores subjetivos tales como la raza, la clase, el género, las preferencias políticas, la calidad y el grado de estudios, la comunidad epistémica o la tradición a la que se pertenece, etc.) a las cuales se haya sujeto tal o cual persona en tal o cual contexto frente a tal o cual suceso, es decir, depende por entero de las variantes y fluctuantes motivaciones personales que lleva –o no– a cada persona a ceñirse o no ceñirse a seguir y/o poner en práctica –o no– determinados discursos normativos tanto en sus contextos sociales inmediatos como en las praxis intersubjetivas o la apropiación existencial subjetiva de ciertos principios ético-políticos que ello conlleva (tesis subjetivista).

Sin embargo, también puede ser –apropósito de los dos anteriores casos– el caso de que no se opte ni por lo uno ni por lo otro, es decir, que estos discursos normativos no sean apropiados –de forma interinstitucional– en virtud las múltiples y abigarradas posibilidades que otorgan tanto el objetivismo como el subjetivismo, sino, antes bien, provienen de la obligatoriedad que el derecho les otorga en la medida en que son, en última instancia, entidades lingüísticas o conjuntos de

enunciados emitidos por autoridades competentes para ello. Si se parte de esta última premisa se obtiene entonces 3) la posibilidad de que la obligatoriedad -la cual supone e implica que es gracias a la fáctica realización del “bien común” en el “ámbito social”- que se encuentra plasmada de forma constitucional y/o convencional en tal o cual instrumento legal no está en sus contenidos -pues, en sentido estricto, da igual cuales sean éstos-, es decir, esta tercer opción tiende a señalar que la cuestión de sus condiciones de validez y aceptabilidad no radica, en absoluto, en sus contenidos (objetivistas o subjetivistas), sino, que, por el contrario, dichas condiciones se deben, por entero, a su procedencia (tesis de la arbitraria obligatoriedad universalista).

Si se atiende a la anterior afirmación (la validez del discurso depende, siempre, de la procedencia de tal o cual discurso normativo) se llega entonces a 4) un punto crítico en el cual el origen de la procedencia -en el supuesto de la constitucionalización y de la convencionalización de dichos discursos normativos- de dicho fenómeno jurídico no obedece a la lógica meramente jurídica, es decir, si el derecho (tanto en su faceta nacional como en su faceta internacional) pretende normar o regular fenómenos sociales -o, incluso fenómenos y procesos biológicos, orgánicos y “naturales” que subyacen (nacimiento, calidad de vida y mantenimiento de la misma, reproducción, inicio y fin de la vida) a la condición humana como en el caso la “bioética”, del “bioderecho” y/o de la “biopolítica”- éste depende, entonces, de dichos fenómenos sociales. Si el derecho no tiene en cuenta factores éticos, científicos, filosóficos, culturales, políticos y económicos, entonces éste no puede ser (ni en su faceta nacional bajo los alegatos de soberanía y democracia, ni en su faceta internacional bajo las formas de progresividad y cooperación política y económica en agendas plurales y globales), en absoluto, considerado como una fuente fiable a la cual atribuir la obligatoriedad axiológica de sus contenidos proposicionales (tesis de la insuficiencia -por ser tautológica- autorreferencial o circular del derecho).

Sea cual sea la posición que se asuma -o incluso si ninguna de las anteriores se asume, está bien, no pasa nada, el problema sigue estando aunque se niegue- lo que resulta realmente relevante preguntarse, en términos de axiología, es ¿por qué

ciertos valores resultan ser más valiosos que otros?; ¿por qué –y para quién o para quiénes y desde dónde– ciertos valores tienden a ser más valiosos que otros?; ¿por qué ciertos valores tienden a tener mayor aceptabilidad política, jurídica, histórica o sociocultural que otros? Ejemplificando estas interrogantes puede decirse que en el ámbito de la bioética y de los derechos humanos existe una tendencia a ensalzar valores relacionados con la democracia, la laicidad, el pluralismo, la constitucionalización y la convencionalización de ciertos principios frente a otros (v. gr. el tomismo ante el deísmo; el kantismo ante el utilitarismo; el marxismo ante el pragmatismo; el antropocentrismo ante el ecocentrismo; el tecnocentrismo ante la interrelación de las humanidades; el fundamentalismo ante el pluralismo). En este punto puede –como ya lo advertía Medina Arellano– notarse la trampa del relativismo, sin embargo, tampoco el universalismo, desde mi óptica, es una buena apuesta puesto que implica, “a priori”, suponer que no existen ambigüedades ni vaguedades ni oscuridades, y, mucho menos, diferencias de opinión en torno al lenguaje que se usa para comprender dicha universalidad, es decir, implica suponer, siempre, que dicho lenguaje es uno y no múltiple, que es unívoco y no multívoco, que parte del centro a las periferias, que es revelado u otorgado y no construido; por lo tanto, una forma –la que, desde la filosofía del lenguaje, se ha venido ensayando a lo largo de este escrito– que tienda a revisar los supuestos antropológicos, ontológicos y epistemológicos a través de un análisis crítico del discurso y de los elementos semánticos que componen a los discursos que versan sobre bioética y derechos humanos me parece más oportuna para poder, en el presente –sin aspirar a verdades absolutas y/o inamovibles por reconocer el paulatino progreso de la ciencia y los impactos que ésta pueda llegar a generar en el ámbito socio-jurídico e histórico-cultural–, construir no sólo convenciones metodológicas mediante categorías de análisis o de herramientas teórico-conceptuales, sino también –en el mejor de los escenarios– poder facilitar la descripción y la comprensión de diversos fenómenos socio-jurídicos emergentes desde perspectivas razonables, críticas y generadas en comunidades epistémicas locales.

En segundo lugar, en lo que atañe al problema de las diversas asignaciones semánticas que se otorgan a los términos de “bioética” y “derechos humanos”, según se ha señalado, dichas asignaciones dependen, por entero, de la disciplina, del campo de estudio o de la rama de la ciencia y/o saber del que se parta para su abordaje. El ejemplo más claro de esta aseveración es, sin duda, el abordaje metodológico que hacen, en su aproximación a la “bioética”, desde la filosofía, la Dra. Paulina Rivero Weber; desde el “bioderecho”, la Dra. Medina Arellano y, desde la “biopolítica”, la Dra. Pauline Capdevielle.

Pese a que las tres autoras –por, únicamente, mencionar, vía inductiva, al menos tres casos– hablan, más o menos, los mismos temas (problemas ético-biológicos relacionados con el origen y el fin de la vida; importancia del abordaje multidisciplinario para discusiones sobre bioética y derechos humanos; reconocimiento de la importancia de construir nuevas formas de aproximarse y abordar, más o menos similares sobre algunos problemas epistemológicos como el pluralismo axiológico, el pluralismo semántico, la democratización y la constitucionalización de los principios rectores de la bioética, la laicidad y la secularización de las ciencias y de las tecnologías en sociedades dinámicas y complejas) la descripción que de multifacéticos fenómenos contemporáneos de relevancia nacional e internacional hacen, deben pensarse, por sus propias características, en la lógica de las ciencias multidisciplinarias, no obstante, los resultados que obtienen o las conclusiones a las que llegan no son, sin embargo, idénticas.

Rivero Weber, por ejemplo, al basarse en una suerte de hermenéutica genealógica que intenta desentrañar los orígenes conceptuales de la bioética en debates que remontan su origen a los tiempos de Nietzsche, rebate las creencias y las opiniones que atribuyen el origen de la bioética a Fritz Jahr, Potter, Beauchamp y Childress, Foucault o Agamben. Medina Arellano, por su parte, al acuñar –o al menor, reintroducir al debate dicho concepto en comunidades epistémicas locales– el concepto de “bioderecho” como una síntesis de los problemas que atañen a las interrelaciones que guardan los conceptos de “bioética” y “derechos humanos” es capaz ofrecer una nueva definición en un campo muy fructífero para debates



contemporáneos sobre puntos específicos en los que coinciden y convergen las ciencias sociales, la ciencia jurídica, la tecnología y las ciencias biomédicas. En lo que respecta a Pauline Capdevielle, cabe mencionar que es capaz de reconstruir el proceso socio- histórico, jurídico y cultural que implicó, en nuestro país, la despenalización del aborto y el cambio de paradigma que implica, en virtud, precisamente, de la adopción del discurso internacional de los derechos humanos en México plasmada en el reconocimiento del derecho humano al aborto y -por tratarse de asuntos que atañen a la libertad de expresión a la libertad religiosa- el derecho humano a la objeción de conciencia.

Por lo tanto, a manera de conclusión, puede decirse que, pese a lo múltiple en lo uno (tres distintas formas de ceñir metodológicamente complejos fenómenos socio-jurídicos similares), resulta interesante pensar que problemas semejantes derivados de disciplinas científicas no necesariamente semejantes pueden (por compartir supuestos metodológicos similares) pensarse, en términos dialécticos de multivocidad y univocidad, más o menos en formas similares en comunidades epistémicas y sociales inmediatas.

Con estas tres posturas o formas contemporáneas de aproximarse a las relaciones existentes entre la bioética y los derechos humanos, se ha pretendido ejemplificar las dos similitudes que estos dos discursos guardan y los dos desafíos que a estos dos mismos discursos aguardan. La ventaja de pensar -como se ha insinuado a lo largo del texto- desde la filosofía del lenguaje las interrelaciones que guardan estos dos discursos permite concebir a estos dos discursos simplemente como herramientas conceptuales y no como imperativos morales, ideológicos, políticos, jurídicos y filosóficos universales, únicos e inamovibles, sino que, antes, bien, en virtud de la desencialización que conlleva la consideración de dichos discursos como meros conjuntos de enunciados que son, pues estos discursos normativos (bioética y derechos humanos) son a su vez, en última instancia, únicamente un conglomerado, más o menos bien articulado, de “significados” y “significantes”, es decir, desde mi punto de vista -sin por ello apelar al relativismo-, ambos discursos normativos, son finalmente, únicamente “signos” que pretenden normar las

interrelaciones humanas que existen entre lo simbólico y lo “natural”, entre lo orgánico y lo cultural, entre lo biológico y lo artificial.

Sin embargo, la serie de argumentos, ideas e intuiciones que aquí se ha presentado no pretende, de ninguna forma, ser exhaustiva o unívoca, sino que únicamente persigue poner de manifiesto algunas premisas que pueden ser, en el mejor de los escenarios, tomadas en cuenta, para poder pensar y repensar los debates contemporáneos que se ciernen en torno a las complejas interrelaciones que existen entre el discurso de la bioética y el discurso de los derechos humanos.

### FUENTES CONSULTADAS

- Abbagnano, N. (2004). *Diccionario de filosofía*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Apel, K. O. (1991). *Teoría de la verdad y ética del discurso*. Barcelona: Paidós.
- Aristóteles. (1999). *Retórica*. Madrid: Gredos.
- Atienza, M. (2010). *Bioética, derecho y argumentación*. Madrid: Editorial Palestra.
- Austin, J. L. (1982). *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona: Paidós.
- Beuchot, M. (2004). *La semiótica: Teorías del signo y el lenguaje en la historia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Buber, M. (2018). *¿Qué es el hombre?* México: Fondo de Cultura Económica.
- Bunge, M. (1980). *La investigación científica*. Barcelona: Ariel.
- Cáceres, E. (2000). *Lenguaje y derecho: Las normas jurídicas como sistema de enunciados*. México: UNAM.
- Cáceres, E., & González, N. (2020). *Emergencia sanitaria por COVID-19. Constructivismo jurídico, gobierno, economía y cambio conductual*. México: UNAM.
- Carbonell, M. (2011). La constitución viviente. *Isonomía*, (35), 187-193.  
[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-02182011000200007](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182011000200007)
- Carbonell, M. (2015). *Curso básico de derecho constitucional*. México: Centro de Estudios Jurídicos Carbonell.
- Capdevielle, P. (2015). *La libertad de conciencia frente al Estado laico*. México: UNAM.
- Capdevielle, P. (2017). Laicidad y procreación: una mirada desde el principio de autonomía. En *Ciencia y conciencia. Diálogos y debates sobre derechos humanos: controversias en bioética* (pp. 121-135). México: Fontamara.
- Capdevielle, P. (2019). Laicidad y nuevo constitucionalismo latinoamericano. En *Escenarios actuales de la laicidad en América Latina* (pp. 97-124). México: UNAM.

- Capdevielle, P. (2023). *El derecho al aborto y la objeción de conciencia en materia sanitaria en México*. México: UNAM.
- Cassirer, E. (1983). *Antropología filosófica: Introducción a una filosofía de la cultura*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Castañeda, M. (2018). *El derecho internacional de los derechos humanos y su recepción nacional*. México: CNDH.
- Cortina, A. (2017). *Aporofobia: El rechazo al pobre*. México: Paidós.
- Cortina, A. (2022). *Ética cosmopolita: Una apuesta por la cordura en tiempos de pandemia*. México: Paidós.
- Cruz, J. (2007). *El lenguaje de los derechos: Ensayo para una teoría estructural de los derechos*. Madrid: Trotta.
- Davidson, D. (1981). *Sucesos mentales*. México: UNAM.
- De Saussure, F. (2003). *Curso de lingüística general*. Buenos Aires: Losada.
- Dennett, D. (1989). *Hacia una teoría cognitiva de la conciencia*. México: UNAM.
- Eliade, M. (2022). *Lo sagrado y lo profano*. México: Paidós.
- Ferrajoli, L. (2018). *Constitucionalismo más allá del Estado*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2022). *Por una Constitución de la Tierra: La humanidad en la encrucijada*. Madrid: Trotta.
- Fonseca, R. (2022). *Concepción constitucional de los derechos humanos en México*. México: Tirant Lo Blanch.
- Foucault, M. (2002). *La arqueología del saber*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Fronzizi, R. (2021). *¿Qué son los valores? Introducción a la axiología*. México: Fondo de Cultura Económica.
- García, H., & Limón, L. (2018). *Bioética general*. México: Trillas.
- Guastini, R. (2012). Antinomias y lagunas. Recuperado de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11388/10435>
- Habermas, J. (2012). *La constitución de Europa*. Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (2016). *Más allá del Estado nacional*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Held, D., & McGrew, A. (2003). *Globalización/Antiglobalización: Sobre la reconstrucción del orden mundial*. Barcelona: Paidós.
- Holmes, S., & Sunstein, C. (2011). *El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Kant, I. (2010). *Crítica de la razón pura*. Madrid: Gredos.
- Kant, I. (2018). *Hacia la paz perpetua*. México: Fondo de Cultura Económica.

- Kuhn, T. S. (2021). *La estructura de las revoluciones científicas*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Lemke, T. (2017). *Introducción a la biopolítica*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Lessing, G. E. (1990). *Escritos filosóficos y teológicos*. Barcelona: Anthropos.
- Masferrer, E. (2004). *¿Es del César o es de Dios? Un modelo antropológico del campo religioso*. México: Plaza y Valdez/UNAM.
- Masferrer, E. (2013). El impacto sociopolítico y cultural de los cambios al Artículo 24 Constitucional. En *Estado laico y contrarreforma al 24 constitucional* (pp. 15-28). Buenos Aires: Libros de la Araucaria.
- Medina, M. (2019). Bioética y laicidad. En *Escenarios actuales de la laicidad en América Latina* (pp. 187-211). México: Cultura Laica/UNAM.
- Medina, M. (2021). De la reflexión bioética al bioderecho. En *Manual de bioética y bioderecho* (pp. 17-102). México: Fondo de Cultura Económica/UNAM.
- Montemayor, C. (2002). *La unificación conceptual de los derechos humanos*. México: Editorial Porrúa.
- Moyn, S. (2015). *La última utopía: Los derechos humanos en la historia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Nietzsche, F. (2005). *La genealogía de la moral*. Madrid: Alianza.
- Popper, K. R. (2022). *Escritos selectos*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Prieto, L. (2017). *El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta.
- Putnam, H. (1984). *Otras mentes*. México: UNAM.
- Rawls, J. (2015). *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rivero, P. (2016). *Nietzsche: Verdad e ilusión*. México: Ítaca.
- Rivero, P. (2019a). El valor de la vida en el pensamiento de Nietzsche. En *Diálogos de bioética: Nuevos saberes y valores de la vida* (pp. 437-453). México: Fondo de Cultura Económica/UNAM.
- Rivero, P. (2019b). Una castaña no es un castaño: En torno al estatus ontológico y moral del embrión. En *Dilemas de bioética* (pp. 147-159). México: Fondo de Cultura Económica/UNAM.
- Rivero, P. (2021). *Introducción a la bioética desde una perspectiva filosófica*. México: Fondo de Cultura Económica/UNAM.
- Rodríguez, T. (2020). *Ontología sociológica clásica*. México: UNAM.

- Roqué, S., & Corcó, J. (2013, diciembre 20). El estatuto epistemológico de la bioética. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87529457006>
- Ryle, G. (2005). *El concepto de lo mental*. Barcelona: Paidós.
- Saab, S. (2013). *Los senderos de la explicación mental*. México: UNAM.
- Salazar, R., et al. (2017). *La república laica y sus libertades: Las reformas a los artículos 24 y 40 constitucionales*. México: UNAM.
- Sartori, G. (2021). *Ingeniería constitucional comparada*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Spivak, G. C. (2009). *¿Pueden hablar los subalternos?* Barcelona: Museu d'Art Contemporani de Barcelona.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN]. (2010). *Acción de inconstitucionalidad 2/2010*. México: Pleno de la SCJN.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN]. (2012). *Amparo en revisión 581/2012*. México: Primera Sala de la SCJN.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN]. (2015). *Acción de inconstitucionalidad 8/2014*. México: Pleno de la SCJN.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN]. (2018a). *Amparo en revisión 601/2017*. México: Segunda Sala de la SCJN.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN]. (2018b). *Amparo en revisión 1170/2017*. México: Segunda Sala de la SCJN.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN]. (2018c). *Amparo en revisión 1049/2017*. México: Primera Sala de la SCJN.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN]. (2019). *Amparo en revisión 1388/2015*. México: Primera Sala de la SCJN.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN]. (2021a). *Acción de inconstitucionalidad 54/2018*. México: Pleno de la SCJN.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN]. (2021b). *Amparo en revisión 438/2020*. México: Primera Sala de la SCJN.
- Touraine, A. (2022). *¿Qué es la democracia?* México: Fondo de Cultura Económica.
- Valencia, S. (2016). *Capitalismo gore*. Barcelona: Paidós.
- Van Dijk, T. A. (2016). Análisis crítico del discurso. *Revista Austral de Ciencias Sociales*, (30), 203-222. Universidad Austral de Chile.
- Vázquez, R. (2008). *Teoría del derecho*. México: Oxford.
- Wittig, M. (1992). *El pensamiento heterosexual*. Boston: Beacon Press.
- Wittgenstein, L. (1976). *Los cuadernos azul y marrón*. Madrid: Tecnos.

**“ANÁLISIS VICTIMOLÓGICO CON  
PERSPECTIVA DE GÉNERO DE LA  
JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE  
INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS  
HUMANOS EN CASOS DE VÍCTIMAS  
MUJERES.”**

*Victimological analysis with a gender perspective of the jurisprudence issued  
by the Inter-American Court of Human Rights in cases involving female  
victims*

**LUCERO MORENO MURGUÍA**  
UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA

Sumario: I. Introducción. II. Planteamiento del problema. III. Antecedentes. IV. Metodología de análisis feminista. V. Análisis de casos a la luz de la criminología crítica y las teorías feministas. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía

**Palabras Clave:** Perspectiva de género, discriminación, violencia de género, violencia vicaria, dominación

**Keywords:** *gender perspective, discrimination, gender-based violence, vicarious violence, domination*

## **RESUMEN**

La violencia de género continúa perpetrándose con fuerza en los países latinoamericanos, por ello la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) a través de su jurisprudencia arroja herramientas valiosas para la victimología con perspectiva de género, pues posibilita construir delitos que revelen la discriminación imbricada en este fenómeno, del mismo modo advierte que la violencia institucional contribuye a la reproducción de los ilícitos cometidos en agravio de las mujeres por cuestiones de género.

## **INTRODUCCIÓN.**

Los estereotipos y mandatos de género viven en el imaginario social contribuyendo a la discriminación estructural, provocando exclusión, colocando a las mujeres en situación de vulnerabilidad. El funcionariado de los países americanos no es la excepción, en múltiples ocasiones se les ha señalado por tratar con desdén y hostilidad a las víctimas mujeres cuando acuden a solicitar justicia, negándoles el acceso a esta. Frecuentemente para justificarse utilizan argumentos que parecen proceder del sentido común; sin embargo, al utilizar la perspectiva de género como herramienta de análisis, se logra advertir que lo que impera es una marcada discriminación hacia las mujeres en virtud que ellas no se sujetaron a los cánones marcados por la sociedad donde se desenvolvían. La Corte IDH para proveer justicia a estas víctimas y analizar sus casos ha empleado frecuentemente la perspectiva de género como método de análisis.

Esta investigación fue desarrollada por la autora durante su estancia de investigación en la Corte Interamericana de los Derechos Humanos que tuvo verificativo en los meses de mayo y junio del año 2024; como parte de las actividades académicas dentro del Doctorado en Derechos Humanos del Centro Universitario de Tonalá de la Universidad de Guadalajara que concluyó en julio de este mismo año.

## **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

Escudriñar la discriminación que los países americanos ejercen en contra de las víctimas mujeres a través de su funcionariado, en los casos paradigmáticos de los que ha tomado conocimiento la Corte IDH dictando jurisprudencia con perspectiva de género; en virtud que los Estados con su actitud indiferente contribuyen al fenómeno criminológico de la violencia de género y no garantizan a las mujeres una vida libre de violencia.

## **ANTECEDENTES**

En el presente trabajo de investigación se advierte como en el entramado social se van tejiendo redes de dominación entre los opresores, de esta forma el derecho y las entidades públicas encargadas de investigar e impartir justicia sirven a la hegemonía, para despolitizar a las mujeres, a quienes se les crea un contexto de violencia, una sociedad en la que no confían convirtiéndose en un grupo vulnerable, así van relegándolas al espacio privado, donde pierden su capacidad de agencia. En todas las situaciones que aquí se presentan se observará el fenómeno de la discriminación ligado a la comisión de los delitos de los que resultaron víctimas en virtud de todas las interseccionalidades que les cruzaron.

Por ello, los países con sus actitudes tolerantes de la violencia hacia las mujeres son espacios feminicidas ya que la omisión de la debida diligencia al investigar estos delitos fomenta, el nivel de violencia hacia las mujeres.

Es importante comenzar con una advertencia, los derechos humanos de las mujeres, no existen sólo para beneficiarlas, el propósito imbricado en este análisis victimológico será que otras personas logren apropiarse de ellos, comprender las dominaciones a las que están sujetos todas aquellas, que convergen en una sociedad donde les corresponde ser oprimidas, abandonar las esclavitudes modernas a las que la hegemonía somete a las personas en situación de vulnerabilidad; por ello, estos derechos son tan importantes, para las mujeres que han sido categorizadas como otreddades y etiquetadas con menor valor. Más adelante cuando se haga el análisis de la interseccionalidad, cómo opera y de qué manera la Corte IDH la ha utilizado se advertirá que para que las personas en general sean libres en esta sociedad colonizada, occidentalizada y condicionada deberán abandonar los eslabones de la



esclavitud moderna, todo comienza con el despertar del condicionamiento social en que se encuentran las integrantes de la categoría de opresión más numerosa: “las mujeres”; para que después todas las otras personas oprimidas en un efecto boomerang reclamen sus propias libertades. El despertar de conciencia ya comenzó, ¿cuánto tiempo tardará en presentarse el efecto desencadenante? Vaticinamos que sólo ocurrirá cuando llegue el declive de la sociedad occidentalizada y colonizante, tal y como ahora la conocemos. Entonces, el entramado social se organizará de formas distintas sin oprimir, las personas podrán abandonar las cadenas de la opresión, alejándose de la fatídica idealización de convertirse en opresores. A partir de aquí se citarán las jurisprudencias de la Corte IDH más paradigmáticas donde este tribunal utilizó la perspectiva de género para explicar el fenómeno criminal de la violencia de género. Las que serán analizadas a la luz del método de perspectiva de género y la criminología crítica.

### **METODOLOGÍA DE ANÁLISIS FEMINISTA**

La metodología empleada en esta investigación es feminista por utilizar como herramientas de análisis el postestructuralismo, la deconstrucción y la teoría crítica. Ya que cuestiona los espacios de poder, así como la territorialidad que se ha constituido sobre los cuerpos cosificados de las mujeres víctimas de violencia.

No se limita a los discursos de la criminología crítica para explicar el fenómeno criminal, sino que trasciende los contenidos de otras disciplinas que se van entrelazando para lograr una explicación que se aleja del determinismo y del paradigma cartesiano.

Busca las dominaciones en las relaciones que se tejen alrededor del fenómeno criminal de la violencia de género.

Analiza la hegemonía que se reproduce a través de las instituciones gubernamentales encargadas de garantizar una vida libre de violencia a las mujeres y el acceso a la justicia.

## **ANÁLISIS DE CASOS A LA LUZ DE LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA Y LAS TEORÍAS FEMINISTAS.**

El primer caso aborda la discriminación con la que fue tratada la señora Rodríguez Pacheco por un médico del sector privado en Venezuela, quien cometió violencia obstétrica y mala praxis, al ignorar la decisión de la víctima, privilegiando una decisión apoyada en su sistema de creencias y estereotipos de género, pues decidió preservar el aparato reproductivo femenino, a pesar de la decisión de su paciente, quien le pidió le practicara una histerectomía. Lo que se traduce en una negación a su dignidad de persona, al revelarse que el médico no reconoció la autonomía reproductiva de las mujeres como grupo social, encarnada a través de su víctima. Pues al encontrarse su práctica permeada por la discriminación, tomó la decisión que creyó era más conveniente no sólo para ella, sino para la construcción social, pues esta se configura a partir del discurso de los opresores sobre las oprimidas. Es útil incorporar el concepto de estereotipo acuñado por Francesca Poggi (2019):

Un estereotipo se usa predictivamente cuando se emplea para formular previsiones, expectativas, creencias, etc., sobre otras personas; un estereotipo se usa normativamente cuando se emplea para imponer a (exigir de) otros la adherencia a este estereotipo o para evaluar como justa y correcta la adherencia al estereotipo y como injusta o incorrecta la no adherencia. (pág. 288)

Así, el profesionalista motivado por los mandatos de género que yacen en la subjetividad femenina, que socialmente está íntimamente ligada a la función del aparato reproductivo de las mujeres, tomó una decisión que no le correspondía, la de preservar la capacidad reproductiva de su paciente, lo que se traduce en una cosificación, pues el trato que le dio no es equiparable al que se le debe otorgar a una persona, se le conceptualiza como una mujer que está limitada a esa función reproductiva. Además, también existe la discriminación de la que fue objeto la víctima por las autoridades que debían garantizarle justicia en virtud del trato discriminatorio recibido por su médico tratante. Por lo que, en consecuencia, la violencia institucional que le fue ejercida en su contra se convierte en una doble discriminación, donde convergen la cultural y la estructural. La primera discriminación cometida por su médico tratante, quien incluso cometió un delito

de praxis profesional en su contra, la segunda cometida por el Estado a través de su funcionariado que ignoró su petición de ayuda y por ello tuvo que acudir a la justicia interamericana a reclamar sus derechos humanos.

El Estado ignoró la petición de justicia de una persona que por pertenecer a un colectivo que históricamente es discriminado: las mujeres; sin advertir, que frecuentemente ellas son víctimas de prácticas de dominación, que las obligan a permanecer bajo la opresión de un hombre de cualquier espacio, ya sea el público o el privado y les impiden tomar sus propias decisiones, negando en consecuencia la dignidad que como personas les corresponde.

Siguiendo a Daunis (2021) quien le da voz a Patricia Laurenzo se advierte que este tipo de conductas que tienen todos los elementos para incluirse al catálogo de delitos de los países como injustos de odio, por estar dirigidos a las integrantes de un grupo en situación de vulnerabilidad en virtud del clima de violencia tolerada por los Estados, no obstante que las violencias enderezadas a un grupo en particular para ejercer prácticas de dominación es un delito de odio y constituye discriminación:

Y, nuevamente, es necesario citar a LAURENZO que lleva desde hace años defendiendo esta posición restrictiva. Para esta autora, la esencia de los delitos de odio, su carácter diferencial, no está en un sentimiento perverso sin más, en un estado anímico de aversión hacia un grupo cualquiera de personas. Lo que les da sentido como categoría jurídica y permite justificar la intervención penal –o, en su caso, la agravación de la respuesta punitiva– son las características del grupo social al que se dirige la conducta, el hecho de que se trate de colectivos que por algún elemento identitario tiene un difícil de reconocimiento que debilita su posibilidad de ejercicio pleno de los derechos fundamentales. Esta situación de vulnerabilidad de partida –generada por una sociedad que los marca con el estigma de la diferencia– es la que concede gravedad a los ataques hacia esos grupos o hacia sus integrantes. (Daunis A, 2021, pág. 235)

En las siguientes páginas se colocará al diálogo la jurisprudencia de la Corte IDH con criminólogos y criminólogos críticos, así como con feministas que han

abordado el estudio del fenómeno criminal. A continuación, se presenta la jurisprudencia del caso y las reflexiones paradigmáticas de la Corte IDH:

Tabla 1

Caso Rodríguez Pacheco y Otra Vs. Venezuela SENTENCIA DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 2023 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)
[...] 81. El presente caso se relaciona con las alegadas deficiencias en el proceso judicial seguido a raíz de la denuncia por presuntos actos de violencia obstétrica y mala praxis sufridos por la señora Rodríguez Pacheco en un hospital privado.
[...] 87. Los representantes indicaron que en el presente caso se violentó el derecho a la salud reproductiva de la señora Rodríguez Pacheco debido a: (i) la presencia de estereotipos de género (la decisión del cirujano principal de preservar el aparato reproductivo femenino por encima de la autonomía de la mujer) y/o (ii) el impacto desproporcionado que la omisión médica de practicar la histerectomía al momento de la cesárea generó en la salud, la integridad personal, la autonomía y la vida de la señora Rodríguez Pacheco en lo inmediato y a mediano y largo plazo. Añadieron que la negativa de realizar una histerectomía sub-total, pese a que así lo solicitó la señora Rodríguez Pacheco, supuso un desprecio a su voluntad y una negación a su autonomía reproductiva.
[...] 106. En casos de violencia contra la mujer, como lo es la violencia obstétrica denunciada en el presente caso, la Corte ha afirmado que resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección <sup>164</sup> . Así, en estos casos, las obligaciones genéricas establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan, para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará <sup>165</sup>
[...] 108. El Tribunal recuerda que el estereotipo de género se refiere a una preconcepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, y que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente

dominantes y socialmente persistentes. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer<sup>167</sup>

[...]

En este sentido, la Corte reconoce que la relación de poder entre el médico y la paciente, puede verse exacerbada por las relaciones desiguales de poder que históricamente han caracterizado a hombres y mujeres, así como por los estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes que constituyen de forma consciente o inconsciente la base de prácticas que refuerzan la posición de las mujeres como dependientes y subordinadas<sup>168</sup>.

Al respecto, la Corte ha reconocido que la obligación de eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer lleva ínsita la obligación de eliminar la discriminación basada en estereotipos de género<sup>169</sup> (Rodríguez Pacheco y otra Vs. Venezuela , 2023)

[...]

Nota: Elaboración propia

En el imaginario social subyace la idea indisoluble de mujer y madre, de esta manera, se cree que una mujer que no está lista y dispuesta a la maternidad no vale lo suficiente, estas ideas funcionan como eslabones de la maquinaria del Estado, que se integran también por las y los profesionistas de las diferentes carreras, sobre todo las más hegemónicas como lo son la medicina, la abogacía y la docencia; así pues, el médico al ostentarse como un reproductor legitimado de la voluntad del Estado, tomó la decisión de preservar la posibilidad de la maternidad, sobrepasando el proyecto de vida de su víctima, así como su derecho a la autonomía personal, siguiendo a Marcela Lagarde (2011), al respecto advierte:

Las definiciones estereotipadas de las mujeres conforman círculos particulares de vida para ellas, y ellos mismos son cautiverios. Así, ser madre es un cautiverio construido en torno a dos definiciones esenciales, positivas, de las mujeres: su sexualidad procreadora, y su relación de dependencia vital de los otros por medio de la maternidad, la filialidad y la conyugalidad. (pág. 38)

En consonancia como lo afirma la querida criminóloga Patricia Lorenzo (2015) : En otras palabras, al pasar por el tamiz del Derecho penal, la violencia de género pierde el componente colectivo y se observa sólo como un conjunto de conflictos individuales donde los agresores asumen el papel de sujetos perversos y las mujeres el de víctimas desvalidas necesitadas de la especial tutela del Estado protector. Roles redefinidos en términos individuales que para nada reflejan el componente de género propio de la argumentación sociológica. E. (pág. 797)

Y del mismo modo lo expresa la criminóloga Elena Larrauri (2007):

En el campo jurídico ya no se trata de una estructura opresora que se manifiesta en comportamientos autoritarios y violentos, sino de individuos con mentalidad machista que se expresan de forma violenta y pegan a sus mujeres. Ese efecto reduccionista resta especificidad a la violencia de género y la relega a uno más de los muchos conflictos interpersonales que el Derecho penal está llamado a controlar. (pág. 75)

No se trata de crear un mundo jurídico especial para las mujeres, sino que estos dispositivos legales sean eficaces incorporando la mirada de género, para de esta forma garantizar el acceso de las mujeres a una vida libre de violencia, a través de la intervención policial, ministerial y judicial cuando el fenómeno se presente.

La construcción de este fenómeno como antisocial, es necesario, pero para ello se debe dar una advertencia, si no se desnaturaliza, es decir, si se deja claro desde su tipificación que se trata de un delito de odio, de lo contrario, pierde su eficacia. Es preciso citar para comprender mejor su estructura a Daunis (2021):

La esencia de los delitos de odio se encuentra, pues, en el rechazo hacia el diferente... Y también aquí reside la razón de su tipificación penal, sea como delitos específicos [...] Lo que justifica estas figuras es la necesidad de protección reforzada de ciertos grupos, por la minusvaloración social de alguna circunstancia que les distingue del modelo normativo aceptado, están especialmente expuestos a sufrir violencia u otros actos de discriminación” (Daunis A, 2021, pág. 236)

El Estado debe hacerse cargo de crear dichas tipologías penales, sin que se pierda su componente principal: la discriminación; pues al tratarse de un delito de odio, ambos deben permanecer unidos, para que su criminalización no pierda su componente y se caiga en un abuso de las normas penales. Patricia Lorenzo (2015) parafraseando a Elena Larrauri dice: “el sistema penal tiende a transformar un problema social de desigualdad en un problema de control del delito” (pág. 797)

Las relaciones de poder se localizan en todas aquellas que en esta sociedad occidentalizada que estén protagonizadas por un hombre no deconstruido con alguna característica dominante de acuerdo a la teoría de la interseccionalidad, es decir, se cruzan diversas dominaciones, entre ellas la de heterosexualidad, sin

discapacidades, fértil, de clase alta, raza blanca, joven, cisgénero, con estudios, etc y una mujer, que en el caso actual, un hombre instruido científicamente se localiza en una posición de superioridad, de acuerdo a su propia conceptualización hegemónica, siguiendo a Marcela Lagarde (2011):

Las mujeres están sujetas al cautiverio de su condición genérica y de su particular situación, caracterizadas por formas particulares de opresión genérica. El cautiverio de las mujeres se expresa en la falta de libertad, concebida esta última como el protagonismo de los sujetos sociales en la historia, y de los particulares en la sociedad y en la cultura. En tanto cautiva, la mujer se encuentra privada de libertad. (pág. 37)

Así, se enlaza la visión de minusvalía que se tiene de una mujer que pertenece al sexo y al género que históricamente ha sido tratado como inferior; lo anterior constituye discriminación, pero también el odio hacia la otredad, revela la creencia de que ella, la víctima, es incapaz de tomar una decisión que le convenga, que su inteligencia es inferior, al no querer complacer a la hegemonía y rechazar la posibilidad de la maternidad futura. El médico se ha erigido en el salvador de una mujer que quedó reducida a un objeto con matriz completa, lista para la reproducción humana.

El siguiente caso aborda la discriminación en contra de las mujeres víctimas de violencia sexual; cuya naturaleza siempre causa interés y controversia en el mundo de la Criminología, la Victimología y las Ciencias Penales, pues en el imaginario social permea fuerte la creencia que los delitos sexuales son producto de la lascivia o son cometidos por monstruos libidinosos que sucumben ante la irresistible provocación sensual de una mujer que no se sujetó al estándar de mujer modesta que marcan los estereotipos de género, sin embargo la anterior creencia está alejada de la realidad, toda vez que el origen de dicho delito se ciñe a la discriminación, pues se traduce en una concepción de inferioridad que tiene el agresor sobre la víctima como un ente con menor valía, que merece ser ultrajado, ya sea por un sentido de pertenencia sobre ella, como castigo por estar en el espacio público o como método de colonización porque el cuerpo se convierte en territorio, sobre todo cuando existen pugnas territoriales; de esta manera el motor de comisión de

estos delitos cuyas víctimas mujeres y niñas se cuentan en mayor número y en consecuencia es un injusto de odio.

A continuación, se presenta el injusto que arribó a la justicia interamericana denominado “Caso Angulo Losada Vs. Bolivia”, donde la Corte IDH elabora diversos constructos jurídicos útiles para el debate criminológico y victimológico. Asimismo, se advierte que el control social de género que se hace sobre la sexualidad yace en la conciencia de las mujeres, quienes cuando no se ciñen a los estándares morales de la sociedad hegemónica entran en depresión y pierden el deseo de cumplir su proyecto de vida. Por ello, cuando una mujer menor de edad es seducida para tener relaciones sexuales y en otras ocasiones obligada, su autopercepción la convence de ser culpable, también la daña moralmente porque cree estar manchada para siempre, por llevar a cabo un acto que se le ha socializado para concebir abominable: sostener relaciones sexuales al margen de una relación formal y aprobada por el entorno social. Su subjetividad la transforma en una víctima que calla y que es ignorada por el sistema.



Tabla 2

<p>CASO ANGULO LOSADA VS. BOLIVIA SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2022 (Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones)</p>
<p>[...] Según la Comisión, el caso se refiere a la alegada responsabilidad de Bolivia por la violación de su deber de garantizar, sin discriminación por motivos de género y edad, el derecho de acceso a la justicia frente a la violencia sexual presuntamente sufrida por Brisa De Angulo Losada, niña de 16 años a la época de los hechos, por parte de su primo de 26 años. El caso, además, trata sobre la alegada violación de los derechos a la integridad personal y a la vida privada de la niña<sup>1</sup>. La Comisión señaló que el Ministerio Público no llevó a cabo una investigación diligente, orientada a la determinación de la verdad y con la debida diligencia reforzada sobre las alegaciones de abuso, violencia sexual y violación sexual, ni encausó debidamente el proceso penal con base en la prueba disponible, por lo cual la presunta víctima no habría contado con un recurso adecuado. [...] La Comisión, asimismo, indicó que el proceso penal no ha sido decidido en un plazo razonable y determinó que, durante la investigación y enjuiciamiento, no se tomaron las medidas necesarias para evitar la revictimización de Brisa. Por último, la Comisión subrayó que, durante el trámite del proceso penal, la presunta víctima fue sometida a exámenes físicos innecesarios, abusivos y vejatorios de su intimidad y privacidad. En consecuencia, la Comisión determinó que Bolivia es responsable por la violación de su deber de garantizar, sin discriminación por motivos de género y edad, el derecho de acceso a la justicia y por la violación de los derechos a la integridad personal y a la vida privada, en perjuicio de Brisa. [...] 35. Brisa, quien en ese entonces era una niña de 16 años de edad, declaró que, en diversas ocasiones, entre octubre de 2001 y mayo de 2002, sufrió actos de violencia sexual, incluidos abusos sexuales y violación, por parte de su primo E.G.A., quien era diez años mayor que ella.<sup>44</sup> En ese sentido, durante la audiencia pública ante la Corte, la presunta víctima expresó lo siguiente: [...] a mí me violaron repetidamente, me torturaron decenas de veces, pero ninguna de estas se me ocurrió contar a alguien o pedir ayuda. Es más, me pareció que era mejor para mí quitarme la vida, antes de compartir esto; dos veces intenté suicidarme, y hay varias razones por las que no le dije nada a nadie. Esa pregunta es de las más difíciles para mí [...]. Yo no entendía en ese momento, [...] ahora sí entiendo, yo sé lo que me estaba pasando. Yo no sabía que lo que me estaba pasando era un delito, tenía una noción</p>

equivocaba: de que [si] la violación se da, es algo que pasa en un callejón oscuro de parte de un desconocido. Mis padres no sabían que la violación incestuosa era un delito, nunca habíamos escuchado hablar de este tipo de delito. El agresor, al igual que otros agresores, son muy inteligentes para mantener a la víctima en silencio. Él era una persona adulta, de mi familia, él me tenía que orientar, me tenía que proteger, era la persona que me debía mostrar y que yo tenía que ver el mundo por los ojos de él. Jamás pensé lo que él me estaba haciendo... yo lo odiaba, pero no le podía dar un nombre, no podía entender que era un delito. Además, él me llenó de temor. No usó violencia física durante el acto violatorio, pero lo hizo en otros momentos; me daba golpes, me tiraba al suelo, me pateaba, torturaba a los animales. Yo sabía de lo que era capaz, yo sabía lo que me podía hacer a mí si yo no hacía lo que él quería. Estaba llena de temor. Yo no me atrevía ni siquiera a enfrentarlo o cuestionar lo que estaba haciendo<sup>45</sup>. [...]

36. Durante el periodo supra referido, Brisa relató haber sufrido también violencia física por parte de su primo E.G.A., así como haber experimentado miedo, confusión y preocupación por lo que E.G.A. pudiera hacerles a sus hermanas menores, y por causar sufrimiento a sus padres si les contaba lo que estaba pasando<sup>46</sup>. Además, indicó que se volvió “bastante agresiva” con sus padres, hermanas y su perro “porque sabía que cuanto más los alejara”, su primo los lastimaría menos. Asimismo, dejó de comer, lloraba, vomitaba y “pensaba en [...] la muerte”<sup>47</sup>. Al respecto, Brisa también señaló: “dejé de ir a nadar, dejé de tocar música, ya no iba al colegio, desarrollé bulimia, anorexia, empecé a auto mutilarme, entré a una depresión, pasaba horas en mi cuarto durmiendo, llorando y durmiendo. En un viaje a Estados Unidos traté de suicidarme dos veces”<sup>48</sup>. En el mismo sentido, su madre, Luz Stella Losada, afirmó que “el carácter de Brisa empezó a entrar como en un nivel de depresión, de pesimismo, de aislarse, [...] inclusive era muy irritable, muy agresiva a veces y azotaba las puertas. [...] Brisa empezó a comerse las uñas, [...] temblaba cuando estaba sentada”<sup>49</sup>.

[...] El 24 de julio de 2002 la profesional en psicología del centro “Morning Star” atendió a Brisa, concluyendo que, con base en lo indicado por la presunta víctima, se trataba de una relación de una “menor siendo seducida por un hombre adulto con el propósito de explotarla sexualmente”<sup>60</sup>.

De acuerdo con la profesional, E.G.A. usó su “relación [...] basada en confianza, la relación familiar y el servicio a Dios” para “explotar[la] [...] sexualmente y manipularla [...] haciéndole creer que ella había hecho algo incorrecto”<sup>61</sup>

47. [...] Según Brisa, este examen forense fue realizado por un médico [...] masculino (sic), con la asistencia de cinco estudiantes de medicina, todos hombres, y sin la presencia de sus padres; en particular, de su madre, a quien no le permitieron entrar<sup>68</sup>. Durante tal revisión, Brisa relató que le preguntó al doctor si los estudiantes podían salir, ante lo

cual se rio y dijo que estaba siendo “ridícula”. Los estudiantes también se rieron y procedieron

a abrir sus piernas mientras el doctor realizaba el examen. Brisa indicó haber llorado sin que le prestaran atención<sup>69</sup>

[...]

49. [...] En esa ocasión, según declaró la presunta víctima, la Fiscal la habría interrumpido

en repetidas ocasiones con expresiones como: “no le contaste a nadie después de que te violó la primera vez, ¿correcto? ¿Estás segura que no querías? Porque sería muy raro no decirle a alguien que te violó”, “si sigues contando esto vas a destruir a tu familia y a la de él”, y “si estás mintiendo, me voy a asegurar que vayas a la cárcel. Es muy peligroso lo que estás haciendo”<sup>76</sup>. Según la madre de Brisa, al terminar la entrevista, Brisa salió descompuesta y le contó lo sucedido<sup>77</sup>.

[...] La Comisión indicó que esta falta de investigación provocó la revocación y reenvío del caso para un nuevo enjuiciamiento del proceso penal, violando el derecho de la presunta víctima a un recurso judicial efectivo. Además, notó que durante la investigación y los enjuiciamientos no se adoptaron las medidas necesarias para evitar la revictimización de Brisa, y los procedimientos no se condujeron con perspectiva de género y niñez ni en atención al deber de debida diligencia estricta y reforzada, y de protección especial que exigen los casos de violencia sexual contra una “mujer adolescente”. Lo anterior debido a que (i) el Estado no le otorgó asistencia médica y psicológica inmediata; (ii) la Fiscal la “sometió” a entrevistas traumáticas en un entorno hostil e inadecuado, y (iii) Brisa fue sometida a un examen forense abusivo y vejatorio de su intimidad y privacidad, entre otros alegados actos violatorios.

92. La Corte ha reiterado que, de conformidad con la Convención Americana, los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones a los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1)<sup>154</sup>.

93. Asimismo, la Corte ha señalado de manera consistente que el deber de investigar es una obligación de medios y no de resultados, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa<sup>155</sup>. La obligación referida se mantiene “cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus actos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado”<sup>156</sup>. Además, la investigación debe ser seria, objetiva y efectiva, y estar orientada a la determinación

de la verdad y a la persecución, captura, y eventual enjuiciamiento y castigo de los autores de los hechos<sup>157</sup>.

94. Cabe recordar que, en casos de violencia contra la mujer, las obligaciones generales previstas por los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan con las obligaciones provenientes de la Convención de Belém do Pará<sup>158</sup>. En su artículo 7.b), dicha Convención obliga de manera específica a los Estados Parte a utilizar la “debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”<sup>159</sup>. A su vez, el artículo 7.f) dispone que los Estados deben “establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos”<sup>160</sup>. De tal modo, ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección<sup>161</sup>.

95. Para casos de violencia y violación sexual en contra de mujeres adultas, la Corte ha establecido una serie de criterios que los Estados deben seguir para que las investigaciones y procesos penales incoados sean sustanciados con la debida diligencia reforzada que se requiere<sup>162</sup>. Asimismo, en el caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua, la Corte tuvo la oportunidad de desarrollar su jurisprudencia en cuanto a las obligaciones que tiene un Estado cuando las investigaciones y proceso penal se dan en el marco de un caso de violación sexual cometida en contra de una niña. De manera similar, la Corte subraya que el caso sub judice trata sobre la violencia sexual cometida contra una niña de 16 años, por lo tanto, también es necesario que el caso sea estudiado a la luz de esta interseccionalidad entre género y niñez<sup>163</sup>. Ello porque el hecho de que Brisa es mujer y era niña a la época de los hechos la colocó en una situación de doble vulnerabilidad, no solamente frente al perpetrador del delito, como también ante el proceso judicial que se seguiría en contra de este.

[...]

100. Así, cabe subrayar que las medidas especiales de protección que el Estado debe adoptar se basan en el hecho de que las niñas, niños y adolescentes se consideran más vulnerables frente a violaciones de derechos humanos, lo que además estará determinado por distintos factores, como la edad, las condiciones particulares de cada uno o una, su grado de desarrollo y madurez, entre otros<sup>178</sup>. Como fue aseverado por el perito Cillero, la edad es un factor potencial de discriminación debido a que “las niñas y adolescentes por su edad no cuentan con legitimidad social o legal para tomar decisiones importantes en materia de educación, salud y en relación con sus derechos sexuales y reproductivos”<sup>179</sup>. Además, conforme ya ha sido señalado por la Corte, en el caso de las niñas, dicha vulnerabilidad a violaciones de derechos humanos puede verse enmarcada

y potenciada, debido a factores de discriminación histórica que han contribuido a que las mujeres y niñas sufran mayores índices de violencia sexual, especialmente en la esfera familiar<sup>180</sup>.

146. La importancia del rol del consentimiento en situaciones de violencia sexual se justifica también en función de la alta incidencia de casos en los que los abusos sexuales se producen cuando las relaciones entre víctima y agresor están permeadas por asimetrías de poder, que permiten que el agresor someta a la víctima por medio de actos cometidos en el ámbito institucional, laboral, escolar, y a través de privación económica, entre otros<sup>275</sup>. Como lo advierte el Comité de Expertas de la Convención Belém Do Para (CEVI), muchas veces en estas situaciones, no existe violencia física y la víctima no se niega de manera explícita, “pero la violación se da porque el consentimiento se asume en situaciones de poder desigual”<sup>276</sup>. A propósito, según el CEVI:

En los últimos años se ha utilizado la figura del consentimiento como excluyente de una actividad penal para eludir investigaciones relacionadas con los delitos cometidos en contra de las mujeres, adolescentes y niñas por razones de género, lo que ha permitido, junto con otras circunstancias, un alto índice de impunidad en materia de delitos contra la libertad sexual en América Latina y el Caribe. Esto es porque la conceptualización jurídica del concepto en los Códigos Penales parte de una visión en donde la violencia se concibe únicamente a través del ejercicio de la fuerza y la violencia física, lo cual genera una visión limitada de lo que representa la libre decisión del ejercicio de un acto sexual<sup>277</sup>.

147. La Corte entiende que hay situaciones en que se presentan vicios en el consentimiento y reconoce que la falta de la definición legal de la violencia psicológica, por ejemplo, dificulta la posibilidad de investigación de las violaciones sexuales. Al respecto, en consonancia con la Recomendación General No. 3 del CEVI, la Corte considera fundamental que los Estados incluyan en la normativa penal algunos elementos para determinar la ausencia del consentimiento en un acto sexual, como por ejemplo (a) el uso de la fuerza o la amenaza de usarla; (b) la coacción o el temor a la violencia o a las consecuencias<sup>278</sup>; (c) la intimidación; (d) la detención y/o privación de la libertad; (e) la opresión psicológica; (f) el abuso de poder, y (g) la incapacidad de entender la violencia sexual<sup>279</sup>.

148. El Tribunal estima necesario que la legislación penal también establezca que no se podrá inferir el consentimiento (i) cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido la capacidad de la víctima para dar un consentimiento voluntario y libre; (ii) cuando la víctima esté imposibilitada de dar un consentimiento libre; (iii) del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la violencia sexual, y (iv) cuando exista una relación de poder que obligue a la víctima al acto por temor a las consecuencias del mismo, aprovechando un entorno de coacción <sup>280</sup>.

#### VOTO CONCURRENTENTE DEL JUEZ RODRIGO MUDROVITSCH

43. Debemos contrastar, sin embargo, dos situaciones distintas: los casos de criminalización indebida de conductas relacionadas con la libertad de expresión y los casos en los que la Corte reconoció la necesidad de aplicar el Derecho Penal. En *Campo Algodonero vs. México* (2009), por ejemplo, la Corte debatió una serie de feminicidios que se han producido en el país sin que se hayan investigado debidamente, y destacó: (...) [L]as sanciones administrativas o penales tienen un rol importante para crear la clase de competencia y cultura institucional adecuada para enfrentar los factores que explican el contexto de violencia contra la mujer que ha sido probado en el presente caso. Si se permite que personas responsables de estas graves irregularidades continúen en sus cargos, o peor aún, ocupen posiciones de autoridad, se puede generar impunidad y crear las condiciones para que los factores que inciden en el contexto de violencia persistan o se agraven. (*CASO ANGULO LOSADA VS. BOLIVIA*, 2022)

Nota: Elaboración propia

Al no contar con un recurso adecuado las víctimas de violencia de género desisten de la denuncia, saben que serán tratadas con hostilidad por el funcionariado de las Fiscalías, por policías, jueces y juezas; en el imaginario social persiste la idea que no les harán caso porque ningún asunto semejante prospera, funcionando tal opacidad de la justicia como un mecanismo de reproducción de la violencia de género. El criminólogo Palacios Pámanes, en sus estudios ha abordado la problemática sobre cómo lograr que el número de delitos disminuya y la conclusión a que arriba es que sólo cuando las personas probables responsables saben que no les será tolerada tal conducta, cuando están seguros que la justicia criminal les alcanzará, eso es lo que persuade a los agresores de continuar en la ilicitud. (Palacios, 2014)

Del mismo modo Daunis (2021) aborda el fenómeno, al advertir que el propósito de un delito de odio, pues tiene como componente la discriminación, es el de provocar terror en el resto de las integrantes del grupo social que se encuentra en situación de vulnerabilidad:

Ante todo, porque atentan directamente con la dignidad de las víctimas, al plasmar estereotipos y prejuicios que ahondan en el menosprecio de sus señas de identidad –etnia–nacionalidad, creencias religiosas, etc.–; pero, además, por su efecto amenazante sobre todo el colectivo, que ve reducidas sus expectativas de seguridad

(como sucede con los discursos racistas o xenófobos que incitan a la violencia) o directamente cercenando el ejercicio de un derecho fundamental (por ejemplo, cuando se quema un local que cumple las funciones de mezquita o se despide a una mujer de su centro de trabajo por usar el velo islámico). (Daunis A, 2021, pág. 235) El miedo que provoca a todo el colectivo de mujeres donde hay personas en situación de vulnerabilidad se traduce en un terrorismo machista, hay amenaza sobre ellas, se advierte el menosprecio; las víctimas ven reducidas sus expectativas de seguridad, ante una violencia institucional que las deja a merced de sus opresores. La hostilidad del funcionariado no se constriñe al momento de la entrevista cuando acuden a solicitar justicia, sino que permea a peritas y peritos que no actúan con perspectiva de género y usando la moral hegemónica, tratan a las víctimas con desprecio, como si estuvieran culpándolas de encontrarse en tal situación, de esta manera también las desmotivan a continuar con la investigación y después una contienda judicial. Sobre todo, tratándose de la obtención de pruebas periciales que por su naturaleza deberían de realizarse con mayor empatía y cuidado, sin embargo, lo que realmente ocurre es que mediante tratos humillantes el funcionariado adscrito a los servicios periciales se limita a buscar la presencia del desgarramiento de una membrana que a pesar de ser mítica, de comprobarse que la presencia o ausencia del himen no está ligada a la comprobación de la violencia sexual y violación, se insiste en demostrar si la víctima la tenía y le fue arrancada durante el evento que narró durante su entrevista. Así, las ciencias forenses se ciñen a través de sus pruebas a una búsqueda absurda de la moral occidentalizada que suponen la víctima debía guardar. Insisten en asumir que en esa subjetividad debía existir virginidad, finalmente se asume que dicho evento sexual debió cambiar los genitales de la víctima, para que ellos puedan contárselo a través de un peritaje a la juzgadora o juzgador de la causa.

Las víctimas de violencia sexual son presas de la auto censura que ejerce su diálogo interior acuñado por la moral occidentalizada que actúa como mecanismo de control social, pues en los países latinoamericanos, aún las mujeres son entrenadas socialmente para no ser dueñas de su cuerpo, ni de su sexualidad, sino que permanecen a la voluntad de quienes se consideran sus propietarios, es decir cuando

son menores de edad, estos son los padres, después cuando dejan la casa paterna, la pareja es quien decide sobre el disfrute de la relación sexual, de esta manera las víctimas que han sido forzadas a ejercer una conducta sexual diferente al estándar que impone la sociedad se autoconciben como manchadas y pierden las ganas de vivir, están presas del sufrimiento de encarnar un ente que por la sociedad es concebido como anómalo, ya que todo lo que está ligado al sexo, en esta construcción social es así percibido y continúa funcionando como dispositivo de control social sobre las mujeres, cuyos cuerpos son enjaulados en un sistema de creencias que anula la dignidad de las mujeres y es pura violencia. Es una tecnología de género, siguiendo a Teresa De Lauretis (1989).

De ahí la noción de tecnología del sexo, que define como un conjunto de técnicas para maximizar la vida que han sido desarrolladas y desplegadas por la burguesía desde finales del siglo XVIII para asegurar su supervivencia de clase y su hegemonía permanente. (pág. 19)

El autoconcepto de las víctimas de violencia sexual resulta gravemente lacerado y la autoestima minada; lo anterior es maximizado en virtud del trato hostil que reciben de su entorno, sobre todo de las autoridades que deberían de protegerlas, así su subjetividad queda reducida, pues la dignidad se va, después el método de control funciona logrando que estas víctimas no concreten proyectos de vida, no se realicen en el espacio público y busquen esconderse, recluirse, al final, es también un mecanismo de dominación, para que las mujeres no vivan sus vidas, sino las que otros les ofrezcan, bajo la falaz promesa de protegerlas:

La experiencia inicial violenta y la autodevaluación las hizo considerar todo lo relativo a la sexualidad como indeseable, como pecado, presencia del demonio, y por extensión, para ellas, todos los hombres se convierten en violadores en potencia. La forma decorosa, culturalmente aceptada para evitar la cohabitación obligatoria con un hombre debido al matrimonio ineludible, y para sacar de sus vidas la presencia cotidiana del agresor es la vida religiosa. La consagración no sólo facilita esta exclusión, sino que la exige. Esas mujeres, niñas lastimadas y solitarias encuentran que "yéndose de monjas", no tienen que dar explicaciones, ni de lo



sucedido, ni del rechazo a los hombres. Como monjas no tienen que explicar su renuncia a su destino erótico con los hombres. (Lagarde Marcela, 2011, pág. 542)

Del mismo modo siguiendo a Marcela Lagarde (2011) sobre como la estructura social disciplina a las mujeres y las castiga por no ceñirse al modelo ideal que se reproduce en el entorno social, el entramado social a través de múltiples voces y ojos panópticos colocándola al diálogo con Foucault (2002) les gritara una y otra vez a esa mujer, que se convirtió en víctima por no comportarse como se esperaba, por no cuidarse, porque su cuerpo seduce y es culpa de ella lo que le ocurre y las estructuras de poder, como lo son las instituciones del Estado encargadas de procurar y proveer justicia reproducen tal idea:

La doble opresión es el resultado del complejo intrincado de relaciones vivido por la mujer explotada todas las horas de su día y todos los días de su vida. Las particularidades de la doble opresión dependen del lugar que ocupan las mujeres en la producción y en la reproducción, del tipo de relaciones de producción en las que están inmersas, así como de las características del control sobre su cuerpo y su sexualidad. (pág. 103)

En el medio social, el mensaje de la relación incestuosa revela la apropiación que hace este hombre de una mujer de su familia, a la que cosifica y a quien domina sexualmente, este tipo de relaciones son frecuentes, la propia Marcela Lagarde (2011) lo revela:

[...] fueron sometidas a violación, la mayoría fue violada en la infancia o en la adolescencia. El mayor número de ellas por parientes cercanos (hermanos, hermanas, primos, tíos, compadres, cuñados, padres, y por esposos o amantes de sus madres), o por amigos de la familia. Todas fueron violadas en el ámbito de la seguridad que impone el tabú del incesto a las relaciones de parentesco, y en el espacio de la seguridad doméstica, en sus casas, en fiestas, durante paseos familiares. La reacción de esas niñas, permeada por su culpabilización —"la causante fui yo"—, y por la culpa como secuela de la violación —"soy impura", "he pecado", "vivo en el pecado", fue el silencio: guardaron en secreto la violación y, algunas, el aborto. No se atrevieron a enfrentar la incredulidad en su inocencia y cargaron con su pecado y con su culpa, con el odio a los hombres y el terror al erotismo. Las fobias

de algunas mujeres que sufrieron agresiones se ensañaron con su cuerpo: vergüenza de su cuerpo, de su menstruación, de sus senos. El odio y la rabia se dirigieron hacia ellas mismas, por ser mujeres. La violación generó el más doloroso desarraigo y la enajenación con su condición de mujer. (pág. 542)

Así la justicia para las mujeres debe dejar de ser la justicia de las otredades, de las diferentes, las indeseadas, las no ciudadanas, las políticas criminológicas deben trascender dicho discurso que actúa como reproductor de la violencia de género: En una sociedad donde impera la impunidad, el no sucumbir representa, de alguna forma, un gesto de justicia. Compartiendo con su comunidad, en Adela se atenúa la sensación de vulnerabilidad propia de la víctima, sujeto de-subjetivizado porque, al no tener justicia, entra en la condición de no-ciudadano, es decir, un sujeto que no tiene reconocimiento y, por extensión, no tiene estatuto para participar de la existencia pública; pese al muro que se interpone entre la protagonista y las instituciones. (Gianni Silvia, 2023, pág. 94)

El siguiente caso revela las estructuras de poder que despolitizan a las mujeres, pues las convierten en seres que permanecen bajo la sumisión y la opresión, las coloca en situación de vulnerabilidad, aun cuando la Corte IDH no usa el término se advierte que el terrorismo machista es utilizado como dispositivo de control social para desanimar a las otras mujeres a que se involucren en la defensa de los derechos humanos, en el caso actual se refiere al caso de una defensora de los derechos humanos y el medio ambiente, quien es castigada por salir al espacio público a ejercer estas acciones que se consideran asignadas a los hombres.

Tabla 3

<p>CASO KAWAS FERNÁNDEZ VS. HONDURAS SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas)</p>
<p>El 06 de febrero de 1995, Blanca Jeannette Kawas Fernández fue asesinada como represalia por su labor de defensa de los derechos humanos y el ambiente, tras denunciar la explotación maderera ilegal y oponerse públicamente a diversos proyectos económicos en la Península de Punta Sal, Honduras. A 29 años del asesinato de la defensora ambiental, la impunidad prevalece sobre su caso. [...]</p> <p>3. La Comisión alegó que “los efectos causados por la impunidad del caso y la falta de adopción de medidas que eviten la repetición de los hechos ha alimentado un contexto de impunidad de los actos de violencia cometidos en contra de las defensoras y defensores de derechos humanos y del medio ambiente y los recursos naturales en Honduras”. En este sentido, señaló que “el caso refleja la situación de los defensores del medio ambiente y los recursos naturales en Honduras, los ataques en contra de tales personas, y los obstáculos en la investigación de los actos de hostigamiento y persecución”. [...]</p> <p>5. [...] Los representantes reiteraron que la muerte de la señora Kawas Fernández “reviste un especial simbolismo, pues es la primera persona asesinada en Honduras por defender los recursos naturales y el ambiente. Tras su ejecución, y por la impunidad que la caracterizó, se sucedieron una serie de asesinatos contra otros defensores ambientalistas en Honduras”. [...]</p> <p>153. Como lo ha valorado en otros casos<sup>202</sup> es indudable que estas circunstancias también han tenido un efecto amedrentador<sup>203</sup> sobre las otras personas que se dedican a la defensa del medio ambiente en Honduras o se encuentran vinculadas a ese tipo de causas. Efecto intimidante que se acentúa y se agrava por la impunidad en que se mantienen los hechos (supra párr. 68). (CASO KAWAS FERNÁNDEZ VS. HONDURAS, 2009)</p>

Nota: Elaboración propia

La violencia ejercida en contra de una defensora de los derechos humanos debe ser considerado un caso de violencia política, ya que el propósito que la rodea es despolitizarla lleva imbricado el mensaje dirigido a todas las demás mujeres, en un despliegue de terrorismo machista, por producir miedo a un grupo social, este es, un mensaje aleccionador que advierte a todas las demás que si se involucran en estas actividades, serán también castigadas del mismo modo:

El género, y su binarismo, ha sido la forma más acabada de la naturalización del sexo, eternizando la opresión de la clase social mujeres; así, el género es, por excelencia, el modo de producción de los cuerpos en un sistema económico y político de orden capitalista en el cual la propiedad privada permea las relaciones públicas, privadas e íntimas. (Fernández Chagoya Melissa, 2023, pág. 176)

El cuerpo de las mujeres es un territorio que está legitimado por los países para ser castigado, cuando no obedezca las reglas hegemónicas:

El cuerpo de las mujeres, al igual que el de otros grupos como el de los indígenas y negros, dice la teóloga feminista venezolana Nancy Cardoso, es el “mayor espacio de opresión y apropiación”, en él se inscriben y podemos leer, las violaciones y agresiones, así como la vida y la muerte. Desde la óptica de Nietzsche, Judith Shklar nos recuerda que los cuerpos castigados constituyen “un entretenimiento en el que se [está] autorizado para dar rienda suelta a la crueldad sobre la víctima” (Shklar Judith, 2013, pág. 72)

En el siguiente caso, se recoge por primera vez en la jurisprudencia interamericana dirigida a México el término de tortura sexual en contra de las mujeres que fueron víctimas de estas atrocidades. La violencia sexual que fue cometida en su contra, se encontraba dirigida a castigar, a hacer sufrir, a escarmentar a esas mujeres que no se quedaron en el espacio privado, sino que al encontrarse en el espacio público, a merced de los torturadores fueron aleccionadas para entender que nada tenían que hacer ahí y que ellas mismas se habían buscado esas consecuencias. A continuación, se presentan los detalles del caso:

Tabla 4

<p>CASO MUJERES VÍCTIMAS DE TORTURA SEXUAL            EN ATENCO VS. MÉXICO SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2018            (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)</p>
<p>[...]</p> <p>71. En este sentido, la SCJN determinó<sup>94</sup> que cincuenta (50) mujeres fueron detenidas los días 3 y 4 de mayo de 2006, de las cuales treinta y una (31) refirieron haber sido agredidas sexualmente de diversas formas por parte de elementos policiales al momento de su detención, en las camionetas o vehículos en que fueron conducidas a los autobuses, al ingresar a y durante su estadía en los autobuses utilizados para su traslado al CEPRESO y al ingresar al penal<sup>95</sup></p> <p>72. Según la SCJN y la CNDH, los abusos denunciados consistieron en: manoseos, tocamientos, apretones y pellizcos en senos, pezones, piernas, pubis, glúteos, ano y vagina, en algunos casos por encima de la ropa y, en otros, estableciendo un contacto directo con la piel; introducción de los dedos y la lengua en la boca; colocación del “tolete” entre las piernas; frotamiento del miembro viril en el cuerpo; obligación a practicar “sexo oral” mediante la introducción del miembro viril en la boca; penetración vaginal con los dedos; e introducción de objetos extraños en la vagina. Según las denuncias, estos actos iban acompañados de palabras obscenas, amenazas, golpes y jalones a su ropa interior<sup>96</sup>. La mayoría de las mujeres declaró que mediante golpes y amenazas las obligaron a permanecer con la cabeza agachada, los ojos cerrados y, en algunos casos, les cubrían el rostro con su propia vestimenta<sup>97</sup></p> <p>[...]</p> <p>Peritaje de 1. Rebecca Cook, rendido por affidavit en el caso Espinoza González vs. Perú, relativo a: “el papel que juegan las leyes, las políticas públicas y las prácticas estatales en la perpetuación de los estereotipos de género, así como el uso de estereotipos por el poder judicial y su influencia en el análisis jurídico de casos que implican violencia contra la mujer,</p> <p>[...] Claudia Hernández Martínez relató que, al subir al camión, la arrojaron sobre una pila de gente. Le preguntaron de dónde era, y al decir que era de Tepito uno de los policías le gritó a los demás “miren a esta perra es de Tepito, hay que darle una calentadita”, ante lo cual le propinaron un puñetazo en la nariz, que la hizo sangrar. Recordó que uno de los policías dijo: “a esta perra hay que hacerle calzón chino”, que le “empezó a jalar [su] pantaleta” y al darse cuenta de que estaba menstruando le gritó a los demás “miren, esta perra está sangrando, vamos a ensuciarla un poquito más”.</p> <p>[...] Refirió que a continuación le introdujo los dedos “violenta y repetidamente en la vagina”, lo cual fue repetido por cinco policías, mientras otros la sometieron y le quitaron el brasier, lamieron sus senos y jalieron sus pezones. Relató que otro policía intentó</p>

nuevamente meterle la mano en el pantalón, pero no pudo ya que ella se “ator[ó] entre [su] asiento y el asiento del conductor”, ante lo cual la golpeó. Indicó que el trayecto duró aproximadamente 4 horas, durante las cuales fue golpeada y amenazada de muerte y de ser desaparecida, así como que les dijeron que si “hubiéramos estado en nuestras casas haciendo tortillas no nos hubiera pasado eso, todo el tiempo nos hacían sentirnos culpables a nosotros, a sentirnos responsables de lo que había ocurrido”.

[...]

216. La Corte ya ha señalado cómo justificar la violencia contra la mujer y, de alguna manera, atribuirles responsabilidad en virtud de su comportamiento es un estereotipo de género reprochable que muestra un criterio discriminatorio contra la mujer por el solo hecho de ser mujer<sup>314</sup>. En el presente caso, las formas altamente groseras y sexistas en que los policías se dirigieron a las víctimas, con palabras obscenas, haciendo alusiones a su imaginada vida sexual y al supuesto incumplimiento de sus roles en el hogar, así como a su supuesta necesidad de domesticación, es evidencia de estereotipos profundamente machistas, que buscaban reducir a las mujeres a una función sexual o doméstica, y donde el salir de estos roles, para manifestar, protestar, estudiar o documentar lo que estaba pasando en Texcoco y San Salvador de Atenco, es decir, su simple presencia y actuación en la esfera pública, era motivo suficiente para castigarlas con distintas formas de abuso.

[...]

219. Además de la violencia estereotipada por parte de los policías, esta Corte toma nota de las respuestas también estereotipadas que dieron las más altas autoridades del gobierno del estado donde habían ocurrido los hechos (supra párrs. 73 y 74). En este sentido, observa que después de la violencia sufrida a manos de los elementos policiales, las víctimas fueron sometidas a la puesta en duda de su credibilidad y su estigmatización pública como guerrilleras por el Gobernador, el Secretario General de Gobierno del estado de México y el Comisionado de la Agencia de Seguridad Estatal. Al respecto, este Tribunal advierte que resulta absolutamente inaceptable que la primera reacción pública de las más altas autoridades pertinentes haya sido poner en duda la credibilidad de las denunciantes de violencia sexual, acusarlas y estigmatizarlas de guerrilleras, así como negar lo sucedido. El caso se relaciona con las afectaciones a la integridad de 11 personas de 11 mujeres en el marco de un operativo de seguridad realizado en los municipios de Texcoco y Atenco en el Estado de México en mayo de 2006. Las víctimas del caso fueron expuestas a diversas formas de violencia sexual incluida la violación sexual.

[...]

Peritaje de 1. Rebecca Cook, rendido por affidavit en el caso Espinoza González vs. Perú, relativo a: “el papel que juegan las leyes, las políticas públicas y las prácticas estatales en la perpetuación de los estereotipos de género, así como el uso de estereotipos por el poder judicial y su influencia en el análisis jurídico de casos que implican violencia contra la mujer,

[...] Claudia Hernández Martínez relató que, al subir al camión, la arrojaron sobre una pila de gente. Le preguntaron de dónde era, y al decir que era de Tepito uno de los policías le gritó a los demás “miren a esta perra es de Tepito, hay que darle una calentadita”, ante lo cual le propinaron un puñetazo en la nariz, que la hizo sangrar. Recordó que uno de los policías dijo: “a esta perra hay que hacerle calzón chino”, que le “empezó a jalar [su] pantaleta” y al darse cuenta de que estaba menstruando le gritó a los demás “miren, esta perra está sangrando, vamos a ensuciarla un poquito más”.

[...] Refirió que a continuación le introdujo los dedos “violenta y repetidamente en la vagina”, lo cual fue repetido por cinco policías, mientras otros la sometieron y le quitaron el brasier, lamieron sus senos y jalaban sus pezones. Relató que otro policía intentó nuevamente meterle la mano en el pantalón, pero no pudo ya que ella se “ator[ó] entre [su] asiento y el asiento del conductor”, ante lo cual la golpeó. Indicó que el trayecto duró aproximadamente 4 horas, durante las cuales fue golpeada y amenazada de muerte y de ser desaparecida, así como que les dijeron que si “hubiéramos estado en nuestras casas haciendo tortillas no nos hubiera pasado eso, todo el tiempo nos hacían sentirnos culpables a nosotros, a sentirnos responsables de lo que había ocurrido”.

[...] 219. Además de la violencia estereotipada por parte de los policías, esta Corte toma nota de las respuestas también estereotipadas que dieron las más altas autoridades del gobierno del estado donde habían ocurrido los hechos (supra párrs. 73 y 74). En este sentido, observa que después de la violencia sufrida a manos de los elementos policiales, las víctimas fueron sometidas a la puesta en duda de su credibilidad y su estigmatización pública como guerrilleras por el Gobernador, el Secretario General de Gobierno del estado de México y el Comisionado de la Agencia de Seguridad Estatal. Al respecto, este Tribunal advierte que resulta absolutamente inaceptable que la primera reacción pública de las más altas autoridades pertinentes haya sido poner en duda la credibilidad de las denunciadas de violencia sexual, acusarlas y estigmatizarlas de guerrilleras, así como negar lo sucedido [...] (CASO MUJERES VÍCTIMAS DE TORTURA SEXUAL, 2018)

Nota: Elaboración propia

A pesar de haberse acreditado la tortura sexual, el Estado Mexicano sigue sin comprender que se trata de un delito de género, donde el componente principal es la discriminación, el propósito es lacerar la dignidad de las víctimas mujeres, quienes, debido al terror causado, nunca recuperan su proyecto de vida, no existirá pues una plena reparación del daño integral, porque nunca olvidarán las atrocidades vividas a manos de los agentes estatales. En los delitos donde existe violencia de género, se advierte el odio hacia el colectivo de las mujeres, siempre buscando castigar, explotar, dominar, y cualquier acto u omisión que revele discriminación,

por ejemplo, a través del miedo o dominación, es decir que las coloque en una posición de inferioridad, o de vulnerabilidad para luego aprovecharse de ese estado.

### Conclusiones

A través del análisis de estos casos que funcionan como muestra de la jurisprudencia con perspectiva de género emitida por la Corte IDH, después que la autora de esta investigación revisó durante su estancia de investigación en este tribunal, la totalidad de las sentencias publicadas con los escritos de cada caso por el mismo órgano jurisdiccional, se recogen diferentes constructos que abonan a la naciente victimología con perspectiva de género latinoamericana:

De esta manera se advierte que las hegemonías producen cuerpos que no importan, cuerpos que al no ser dóciles pierden la categoría de persona, que son castigados por no haberse conducido conforme a la moral occidentalizada.

Así es que las políticas criminológicas no responden a la gravedad de la violencia que viven las mujeres latinoamericanas. Pues la tolerancia de la violencia de género por las y los operadores de los sistemas de procuración de justicia y tribunales se convierte en un motor de reproducción de este fenómeno.

En el imaginario social subsiste la idea de las mujeres subordinadas a los hombres y cuando se atreven a revelarse a ese mandato social son castigadas, torturadas, sometidas por la fuerza a esas cosificaciones. Asimismo, las metodologías de control social entre ellas el amor romántico y la sumisión son aceptadas como justificación para no investigarse los crímenes de odio.

Se requiere tipificar en los catálogos penales de forma eficiente la agravante por motivos de género cuando las víctimas sean mujeres, revelando la discriminación con la que se perpetra por el activo que se convierte en dominador durante su comisión.

### **BIBLIOGRAFÍA**

Caso Angulo Losada vs. Bolivia. (2022, 18 de noviembre). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

Caso Bedoya Lima y otra vs. Colombia. (2021, 26 de agosto). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*.



- Caso Fernández Ortega y otros vs. México. (2010, 30 de agosto). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*.
- Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. (2015, 1 de septiembre). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*.
- Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala. (2012, 20 de noviembre). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*.
- Caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala. (2017, agosto). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*.
- Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador. (2020, 24 de junio). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*.
- Caso Kawas Fernández vs. Honduras. (2009, 3 de abril). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*.
- Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual vs. México. (2018, 18 de noviembre). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*.
- Caso Penal Castro vs. Perú. (2006, 25 de noviembre). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*.
- Caso Rodríguez Pacheco y otra vs. Venezuela. (2023, 1 de septiembre). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*.
- Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. (2010, 31 de agosto). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*.
- Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala. (2015, 19 de noviembre). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*.
- Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. (2018, 8 de marzo). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*.
- Daunis, A. (2021). *La confusión de los delitos de odio*. En S. A. (Coord.), *Delitos de opinión y libertad de expresión: Un análisis interdisciplinar* (pp. 223–249). Málaga: Universidad de Málaga.
- De Lauretis, T. (1989). *La tecnología del género*. En *Technologies of Gender: Essays on Theory, Film, and Fiction* (pp. 1–30). Bloomington: Indiana University Press.
- Fernández Chagoya, M. (2023). *Hacia una ciudadanía no binaria...* En A. M. González Luna (Ed.), *Pensar la justicia con perspectiva de género* (pp. 159–184). Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Foucault, M. (2002). *Vigilar y castigar*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina.

- Gianni, S. (2023). *Forjándose en la ausencia...* En A. M. González Luna (Ed.), *Pensar la justicia con perspectiva de género* (pp. 81–104). Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- González, C. (2021). *Violencia vicaria: Cuando la violencia machista va más allá de tu persona*. Asociación para las Naciones Unidas en España, 1–10.
- Larrauri, E. (2007). *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid: Trotta.
- Lagarde, M. (2011). *Los cautiverios de las mujeres: Madresposas, monjas, putas, presas y locas*. Madrid: Horas y Horas la Editorial Feminista.
- Laurenzo Copello, P. (2015). ¿Hacen falta figuras género-específicas para proteger a las mujeres? *Estudios Penales y Criminológicos*, 35, 783–830.
- Montanaro, A. (2017). *Una mirada al feminismo decolonial en América Latina*. Madrid: Dykinson.
- Moreno Murguía, L. (2024). *Victimología con perspectiva de género*. Tonalá, Jalisco: Universidad de Guadalajara, Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades.
- Palacios, G. (2014). *La cárcel desde adentro: Entre la reinserción social del semejante y la anulación del enemigo*. Ciudad de México: Porrúa.
- Poggi, F. (2019). Sobre el concepto de violencia de género y su relevancia para el derecho. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (42), 285–307.
- Segato, R. (2006). *La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Juárez*. Buenos Aires: Tinta Limón.
- Shklar, J. (2013). *Los rostros de la injusticia*. Barcelona: Herder.

# RIGIDEZ CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

*Constitutional rigidity in the Mexican legal system*

DIANA LAURA MAYORGA HUERTA  
UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA (MÉXICO)

**Palabras clave:** Constitucionalismo, Rigidez Constitucional, División de Poderes, Constitución, sistema jurídico mexicano.

**Keywords:** *Constitutionalism, Constitutional rigidity, Division of Powers, Constitution, Mexican legal system.*

## **Resumen**

La rigidez constitucional es un concepto que de manera general representa un método que blinda los textos constitucionales, mediante sistemas de resistencia ante posibles modificaciones, las constituciones son colocadas en un nivel jerárquico a efecto de que exista seguridad hacia los gobernados e instituciones que lo integran. Impone métodos complejos de reforma, equilibra las fuerzas políticas del Estado. Aunque la rigidez protege la Constitución, también puede dificultar su adaptación a las necesidades de una sociedad cambiante. Es así como se exponen las características que rodean este concepto que ha ido evolucionando y tomando fuerza con el paso del tiempo y el contexto actual, ya que se enfrenta a desafío contemporáneos para mantener su relevancia y eficacia.

Mediante un método analítico nos fue posible comparar diversos textos doctrinales y teóricos que rodean el concepto de estudio, con lo cual nos fue posible llegar a formar una idea de la trascendencia del concepto dentro de la Constitución mexicana.

## **INTRODUCCIÓN**

La rigidez constitucional representa un mecanismo de resistencia de la misma constitución ante posibles modificaciones que de alguna manera tiendan a violentar los preceptos básicos contenidos en la misma, limitando al poder y protegiendo los pilares en los cuales fue creada. A pesar de que estos mecanismos se encuentran actualmente consagrados dentro del texto Constitucional, esto no la ha eximido de modificaciones. En el presente trabajo se analiza el concepto de rigidez constitucional y la manera en la que este representa un mecanismo limitante del poder en nuestro país, ateniendo al contexto actual se pretende analizar.

Dentro de este concepto se ven envueltos diversos conceptos, como la supremacía constitucional, la cual representa una protección a la jerarquía de la Constitución frente a normas estatales y federales; la protección de los derechos fundamentales, ya que exige procedimientos complejos y mayoría calificadas que respalde a los ciudadanos de modificaciones que podrían vulnerar derechos humanos; la estabilidad política y jurídica es otro de los aspectos que abarca el concepto que atañe el presente trabajo, ya que evita cambios políticos circunstanciales conduzcan a reformas constantes e inestables, fomentando la confianza en el sistema jurídico y la continuidad institucional, por último, se resalta el proceso legislativo especial que rodea una reforma constitucional y el balance entre los Poderes de la Unión, que representa un sistema de contrapesos frente a posibles poderes arbitrarios.

## **RIGIDEZ CONSTITUCIONAL CONCEPCIÓN BÁSICA**

En la actualidad, con la serie de reformas que se han hecho, de manera concreta la reforma constitucional al poder judicial, este concepto ha estado en boca de todos los juristas, abogados y público en general, poniendo en duda el poder que tiene la Norma Suprema de ser modificada. Bajo esta idea, resulta inevitable traer al estudio la rigidez constitucional y los temas que permean este concepto.

La rigidez constitucional en palabras de Luigi Ferrajoli, la define como “un rasgo estructural de la constitución, vinculado con su posición en la cúspide de la jerarquía normativa” (pp. 91-92), es así como podemos vislumbrar de cierta manera lo que rigidez dentro del derecho significa, puede entenderse como una “resistencia” contenida en la Constitución, que tienen como objetivo no ser

modificada de manera sencilla, y en caso de hacerlo, se vea sometida a un proceso de reforma más complejo que el de una reforma ordinaria, también contiene una serie de mecanismos de protección que “blinda” su contenido y le otorga mayor fuerza frente a poderes arbitrarios.

Así pues, un tema que viene a colación y resulta necesario definir, es la concepción de Constitución, la misma es la Norma Suprema de un determinado Estado, que da sentido e identidad al mismo, podemos partir en un primer momento en que, la Constitución es una cosa inmaterial, que establece la base de un Estado y el actuar de sus gobernados y gobierno, Marcos Francisco Del Rosario Rodríguez, sostiene que “Los valores y principios dan sustento y razón de ser al sistema constitucional, pues expresan no solo los anhelos sociales más arraigados o trascendentales para una comunidad política determinada, sino también aquellos que son universales e inherentes a la persona.”

Si bien es cierto que, a través del trascurso del tiempo, por razones sociales e históricas, la noción general de la Constitución ha cambiado, la esencia sigue siendo la misma, ya que representa el orden y forma de organización estatal, así como la comunidad construida a su alrededor y la protección que se le otorga a la misma. Hans Kelsen, dentro de “La garantía jurisdiccional de la constitución”, la define de la siguiente manera: “La Constitución es siempre el fundamento del Estado, la base del orden jurídico que pretende conocerse. Lo que se entiende siempre y ante todo por Constitución ----y la noción coincide en este sentido con la forma de Estado--- es que la Constitución constituye un principio donde se expresa jurídicamente el equilibrio de fuerzas políticas en un momento determinado, es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales, tribunales y autoridades administrativas.”

Con esta aportación podemos entender de manera más amplia el tópico que atañe el presente trabajo, al existir una Constitución, que es la base que regula la conformación del Estado y sus poderes, también se establecen las normas que regulan el actuar de sus gobernados y gobierno, su forma de creación y regulación para su existencia, y obligatoriedad, teniendo como resultado que la Constitución

de un país es la base indispensable que da vida a una organización política, define su funcionamiento, principios básicos, derechos y deberes de los ciudadanos, así como las relaciones entre estos y las instituciones públicas que lo integran.

## **RIGIDEZ CONSTITUCIONAL EN MÉXICO**

Para poder analizar lo que la rigidez constitucional representa en la actualidad en México, resulta necesario el estudio práctico de estos conceptos teóricos, dentro del artículo 136 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se establece que “Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que, por cualquier trastorno público, se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta.”

Existen diferentes autores que han dedicado parte de su carrera a encontrar la manera de definirla y entenderla, George Vedel, Ex Miembro del Consejo Constitucional francés, expone una manera de conceptualizar lo que la rigidez constitucional representa, “Se presenta a la rigidez constitucional como una consecuencia de la supremacía de la Constitución. Desde el punto de vista político, es exacto: porque se quiere asegurar la supremacía de la Constitución se le da un carácter rígido. Pero, jurídicamente, en tanto la Constitución es rígida, se puede hablar de su supremacía dado que, si ella no fuere rígida no se distinguiría, desde un punto de vista formal, de las leyes ordinarias.” bajo esta tesis, la supremacía constitucional se une a nuestro tema de estudio, esta busca colocar a la Constitución en un grado máximo frente a leyes federales o locales, ya que este tópico es una de las características que coloca al texto como rígido.

Al referirnos entonces a un texto constitucional rígido, uno de los factores más importantes es que el Norma Suprema tenga tal fuerza que limite el poder a todos los poderes públicos, condicionando su método legislativo y reformador, que de alguna manera, puedan crear un sistema de balance y vigilancia, ya que, en caso de que no sea previsto o no cuente con tal fuerza, todos los preceptos que esta contenga

serán fácilmente modificados con el cambio de poder; como consecuencia, la seguridad jurídica de sus gobernados estaría inmersa en cada proceso de elecciones y cambio de mando, dejando en un evidente estado de desprotección e indefensión ante un posible régimen autoritario.

Siguiendo la línea de comparación de los diferentes conceptos del tema de estudio, Riccardo Guastini sostiene que “Una Constitución es rígida si, y sólo si, en primer lugar, es escrita; en segundo lugar, está protegida (o garantizada) contra la legislación “ordinaria”, en el sentido de que las normas constitucionales no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas si no es mediante un procedimiento especial de revisión constitucional (más complejo respecto del procedimiento de formación de las leyes).”

Tomando en consideración lo mencionado por Riccardo Guastini, evidente resulta traer a colación la mencionada supremacía constitucional dentro de la Constitución Política mexicana, la cual se encuentra contenida en su artículo 133, el cual a la letra establece:

...Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas...

Es así como el texto constitucional se sitúa como la legislación máxima del estado mexicano y cobra el título de “asiento fundamental del orden estatal” como lo plantea Hans Kelsen. De manera personal y tomando como referencia diversas teorías, el citado numeral representa la unidad del sistema jurídico, el cual debe garantizar la protección máxima a los derechos y procedimientos contenidos en el mismos, lo cual brinda seguridad jurídica a los gobernados que nos vemos inmersos en este, así mismo, representa la fundación base del Estado mexicano, ya que obliga a que todas las Entidades ajusten sus legislaciones a lo dispuesto por la Constitución. Bajo esta tesitura, el texto constitucional también obliga a todas las autoridades a cumplir con estos preceptos sin importar que las legislaciones municipales, estatales

o federales no se encuentren ajustadas al texto fundamental, esto se puede ver claramente reflejado en el artículo 1, párrafo segundo y tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual a la letra establece:

*Artículo 1º. ...” Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia...*

*...” Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley” ...*

Es así como este concepto y nivel supremo permea en todas las legislaciones y autoridades, lo cual representa un método rígido para mantener el orden político y el poder, brindado una protección máxima de derechos humanos a las personas gobernadas, ya que, en caso de que una ley sea contraria al texto constitucional, la facultad de inaplicación se ve directamente depositada en la autoridad que tiene conocimiento de ello, es así como todas las autoridades sin importar su nivel o función, están obligas a actuar con estricto apego a sus disposiciones. Si sus acciones o normas emitidas no se alinean con la Constitución, estas carecen de validez.

Por otra parte, Barbosa Huerta expone que; “La supremacía constitucional representa la unidad de un sistema jurídico. La validez de una norma se encuentra en que fue creada de acuerdo con el proceso determinado en otra norma de escaño superior, y ésta por su parte fue creada por otra de jerarquía más alta hasta llegar a la disposición básica, la norma que es el soporte y la razón última de validez de todo ese orden jurídico.”

Es así como Hans Kelsen plantea que el poder constitucional se ve inmiscuido en todo el proceso legislativo, pues expone que “la Constitución no es sólo una regla de procedimiento, sino, además una regla de fondo. Por consiguiente, una ley puede ser inconstitucional en razón de una irregularidad de procedimiento en su confección, o en razón de que su contenido contraviene los principios o direcciones



formulados en la Constitución; es decir, cuando la ley excede los límites que la Constitución señala”. (pág. 23.)

Siguiendo la idea que Guastini, podemos entender que la rigidez constitucional representa una serie de obstáculos procesales y dificultades en el mecanismo para la modificación de normas constitucionales, a través de un procedimiento constituyente que se diferencia del proceso legislativo. Lo anterior solo sucede en las constituciones rígidas, que se diferencian de las constituciones flexibles.

Al clasificar las constituciones en dos tipos, se pueden encontrar diferencias una frente a otra, José de Jesús Chávez Cervantes define de manera puntual y practica este distintivo, “una Constitución flexible no contempla mecanismos y garantías para su reforma y por consiguiente, no se diferencia de las leyes en cuanto al método de reforma. Por otro lado, una Constitución rígida será aquella que prevé un procedimiento de reforma más resistente frente a las leyes ordinarias”

Bajo este orden de ideas podemos entender que la gran diferencia entre ambos tipos de textos constitucionales es la manera en la que el poder legislativo es limitado para proteger los preceptos consagrados en la ley, esto no lleva a una protección máxima y compleja, sin embargo, resulta evidente que con el paso del tiempo la sociedad evoluciona y el cierto momento las Constituciones se ven claramente rebasadas por dicho avance, es por ello que, de alguna manera la rigidez y mecanismos que blindan el texto, extiende el tiempo de vida de un determinado ordenamiento jurídico supremo.

La pregunta surge con las ideas antes presentadas, ¿Cuáles son los beneficios de que la rigidez constitucional exista? Y por tanto ¿Cuál es el beneficio de tener una Constitución rígida en México?, de manera personal y después de haber consultados autores con diversos puntos de vista, considero que, el objetivo principal es impedir que el ordenamiento jurídico cambie, sin importar aspectos sociales, políticos, económicos o de cualquier otro tipo que se presenten en el contexto histórico del Estado, asegurar que la reforma constitucional sea realizada de manera consiente y efectuada por una mayoría calificada y la misma sea entendida como la expresión de la voluntad del pueblo en el ejercicio de sus

derechos consagradas en la misma, así como, proteger los preceptos constitucionales con base en la cual la misma fue creada, limitando al poder para evitar su abuso.

Bajo esta tesitura, es necesario conocer los mecanismos de rigidez constitucional que pueden ser entendidos como un bloque de protección, ya que una reforma constitucional no solo cambia las normas, si no que, transforma el sistema que se encuentra consagrado dentro de la misma, supone cambiar o llenar lagunas que podrán estar contenidas en la misma. Si bien la intención es crear la protección máxima de los derechos, puede ser un arma de doble filo.

### **MECANISMOS DE RIGIDEZ CONSTITUCIONAL**

Los mecanismos de rigidez constitucional son una serie de preceptos y obstáculos procesales que protegen la modificación de la constitución, los cuales son divididos en ocho pilares que sostienen a la carta magna, los cuales son; mayorías, bicameralismo, federalismo, petrificación constitucional, control de constitucionalidad, referéndum, cláusulas de enfriamiento y veto constitucional, conceptos los cuales cuentan con características específicas que nos permiten crear un límite significativo a posibles modificación que pueden concebirse como violatorias a la Norma Suprema.

Las mayorías representan una expresión de la voluntad de los gobernados ante posibles cambios en el ordenamiento jurídico, bajo un porcentaje de votación el cual representa la conformidad ante cambios en la Constitución, ya que dicho cambio resulta inminente y necesario ante el avance de la sociedad, Jorge Carpizo, lo define como “mutaciones que sufre la ley fundamental son su propia evolución, y como tal configuran el desarrollo de la norma, son su historia y su presente”.

La misma se clasifica en mayoría calificada dentro del Sistema de Información Legislativa del Gobierno Federal se habla de la reforma constitucional y la necesidad de las mayorías para que esta pueda concretarse; “En México el procedimiento está previsto para la reforma parcial y se aprueba por el voto de las dos terceras partes (mayoría calificada) de los individuos presentes de cada una de las Cámaras del Congreso de la Unión en sesión de Pleno. Una vez avaladas por el Poder Legislativo las reformas o adiciones deberán ser ratificadas por la mayoría absoluta (la mitad más una) de las legislaturas de las entidades federativas u publicadas en el Diario

Oficial de la Federación por el Ejecutivo Federal para culminar su proceso legislativo”, en algunos casos se habla de las supermayorías, en donde la conformidad para la reforma debe de ser total, interpretándolo como la expresión total de la voluntad en relación a la reforma, refiere a un nivel de representación o votación superior a la mayoría simple, ya que se trata de decisiones de gran relevancia y asegura un consenso más amplio y evita decisiones que decisiones fundamentales dependan de un partido político o coalición.

Dentro del artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se establecen los requisitos para su reforma y fija las bases en relación a las mencionadas mayorías:

Artículo 135. “La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados...”

La temporalidad representa el periodo de tiempo el cual una Constitución no puede ser modificada, refiere también a la vigencia y capacidad de adaptación de las normas contenidas en el texto, ya que el contexto político, social y económico, puede dar pie a constantes reformas que podrían tener como consecuencia una serie de violaciones a los derechos; es así como la constitución debe equilibrar su estabilidad y flexibilidad para ser actualizada o ajustada a las necesidades de su tiempo, podemos resaltar algunos aspectos clave como la permanencia, adaptabilidad, duración histórica, derechos humanos o fundamentales y las posibles tensiones que existan entre la rigidez y flexibilidad.

El Bicameralismo, representa otra de las características de la rigidez constitucional, es concebido como un sistema de filtro que ayuda a regular la toma de decisiones, sin embargo, este sistema se puede ver fragmentado por los partidos políticos, es ahí donde surge la pregunta ¿el sistema bicameral resulta funcional para mantener el orden constitucional?

Elliot Bulmer lo define de una manera sencilla “Un parlamento bicameral consta de dos asambleas que comparten el poder legislativo.” El autor también expone algunas ventajas que el mismo puede representar “Los poderes legislativos con dos cámaras pueden a) representar a los gobiernos subnacionales; b) actuar como órgano experto de examen y revisión; c) realizar un segundo control democrático del poder de la cámara baja; y d) representar diferentes intereses socioeconómicos o de minorías étnoculturales.” Apoyada con la idea anterior, consiste en un sistema de organización política en el que el país atribuye las potestades de dictar leyes a dos cámaras, lo anterior con el objetivo de equilibrar la fuerza de los poderes moderando la aprobación de reformas anticipadas. Bajo esta idea, la división de poderes es un tema que entra a colación dentro del estudio de la rigidez constitucional.

Es así como el bicameralismo dentro del ordenamiento y conformación estatal es diseñado con el objetivo principal de mejorar la calidad legislativa, garantizar la representación de diversos sectores poblacionales y evitar la concentración de poder en una sola cámara, ofrece a su vez diversos beneficios en términos de deliberación y equilibrio, mejorando la calidad de las leyes y evitando decisiones precipitadas, ya que existe mayor escrutinio al examinar las implicaciones legales, económicas y sociales de cada propuesta desde distintas perspectivas.

Dentro del texto constitucional se encuentra consagrado en sus artículos 52 y 56, que divide las cámaras y sus facultades en artículos posteriores, los cuales a la letra establecen lo siguiente:

“Artículo 52. La Cámara de Diputados estará integrada por 300 diputadas y diputados electos según el principio de votación mayoritaria relativa, mediante el sistema de distritos electorales uninominales, así como por 200 diputadas y diputados que serán electos según el principio de representación proporcional, mediante el Sistema de Listas Regionales, votadas en circunscripciones plurinominales.”

“Artículo 56. La Cámara de Senadores se integrará por ciento veintiocho senadoras y senadores, de los cuales, en cada Estado y en la Ciudad de México, dos serán elegidos según el principio de votación mayoritaria relativa y uno será asignado a la primera minoría. Para estos efectos, los partidos políticos deberán registrar una

lista con dos fórmulas de candidatos. La senaduría de primera minoría le será asignada a la fórmula de candidaturas que encabece la lista del partido político que, por sí mismo, haya ocupado el segundo lugar en número de votos en la entidad de que se trate” ...

Siguiendo la línea de análisis resulta necesario el estudio de la división de los poderes, el cual fue ilustrado en párrafos anteriores con el Poder Legislativo y su facultad de crear leyes que regulen la conducta de sus gobernados e instituciones, esta división se encuentra consagrada dentro del artículo 116 de la Constitución mexicana:

Artículo 116. “El poder público de los estados se dividirá, para su ejercicio, en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y no podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un solo individuo. de seis años y su mandato podrá ser revocado. “El poder público de los estados se dividirá, para su ejercicio, en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y no podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un solo individuo. de seis años y su mandato podrá ser revocado” ...

Esta división reparte las potestades y limita la competencia y alcances, reforzando y creando un sistema de pesos y contrapesos, evita el absolutismo, reforzando la autonomía, creando una organización y vigilancia entre poderes y preserva el estado de derecho. Javier García Roca, en su obra “Del Principio de la División de Poderes”, expone que no solo se trata de un “principio institucional” en la organización los poderes constituidos, el más esencial, sino algo con mayor calado, un “postulado dogmático”, un dogma del constitucionalismo que orienta la labor del poder constituyente. Es así como se plantea la división como un pilar fundamental del pensamiento constitucional, con la capacidad de moldear cómo se construyen las democracias y se distribuyen los poderes en un Estado.

Montesquieu, por su parte, dentro de su obra el espíritu de las leyes demuestra la forma en el que el poder puede ser utilizado solo a beneficio propio, sin importar que dentro de las constituciones o textos homólogos se establezca dicha división y

limite al poder, señalando que “se pierden virtudes” ya que “la ambición se apodera de los corazones más a propósito para recibirla, y la avaricia de todos. Los deseos mudan de objeto; lo que antes se amaba, se aborrece; los que eran libres con las leyes, quieren ser libres contra ellas; cada ciudadano parece un esclavo fugado de la casa de su dueño; lo que era máxima, se titula rigor; lo que era regla, se llama vejamen, y lo que era respeto, adquiere el nombre de miedo. La frugalidad y no el deseo de tener es la avaricia de la república.”

Esta exposición a simple vista puede llegar a parecer ajena viviendo en un estado de derecho, sin embargo, la línea que separa la garantía constitucional y de derecho es muy delgada y puede convertirse en una herramienta de autoritarismo, un ejemplo claro es la reforma la cual por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 15 de septiembre del año 2024, en el cual reforman diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de reforma al Poder Judicial, en donde se establece un proceso de elección popular para magistradas o magistrados, juezas o jueces de Distrito, así como ministras y ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en un proceso que se llevara a cabo por parte del Instituto Nacional Electoral.

Lo anterior ejemplifica lo expuesto por Montesquieu, ya que implica un riesgo grande a la estructura base del Estado Mexicano, ya que uno de los tres poderes, el cual representa un sistema de balance, vigilancia y rigidez se ve inmerso a una reforma con vicios en su proceso, representando un peligro inminente que rompa con esta división constitucional, ya que permite una mayor influencia del poder ejecutivo y legislativo sobre las decisiones, nombramientos y funcionamiento del Poder Judicial, comprometiendo su autonomía, teniendo como consecuencia un debilitamiento en la capacidad de actuar como contrapeso frente a otros poderes.

Es así como nos vemos inmersos en una posible concentración de poder, ya que, una reforma que centralice decisiones judiciales o administre de forma discrecional el presupuesto del Poder Judicial puede someterlo a intereses políticos. Lo anterior representa una tensión en los principios sustantivos y puede llegar a considerarse problemática, ya que altera el equilibrio de poderes.

Lo anterior representa una necesidad de control sobre el mismo poder otorgado, pero con limitaciones en el mismo que eviten el absolutismo y abuso, lo cual blinde de seguridad jurídica a las instituciones estatales y como consecuencia, a los ciudadanos que nos vemos inmersos ante ellas, otra de las ideas dentro de la obra que me parece relevante y Montesquieu expone es que “cuando en un gobierno popular se abandonan y no se observan, como que este abandono no puede provenir sino de la corrupción de la república, el estado se encuentra absolutamente perdido.” Es así como podemos ver reflejado la importancia y trascendencia del Estado de Derecho, ya que, para que un sistema jurídico sea considerado como efectivo debe existir una observancia de la ley y no sea aplicada de manera arbitraria, en caso de que esto sea así, este abandono puede ser resultado de la corrupción y desinterés por los valores constitucionales que fundan y forman parte de la esencia del Estado.

## CONCLUSIÓN

Después del presente análisis podemos destacar la trascendencia de constitucionalismo en la era moderna, ya que ha tomado una importante relevancia dentro de los sistemas jurídicos actuales, colocando la idea y práctica de gobernar a un país conforme las normas constitucionales, colocándola en el máximo nivel jerárquico, trayendo consigo una serie de beneficios. La garantía de derechos humanos que protegen a los gobernados frente a poderes arbitrarios; establece la separación de los poderes, la cual es una de las ideas que son mas importantes por destacar, ya que se crea una “vigilancia” entre los poderes que la integran, creando mecanismos que permitan el buen ejercicio de sus atribuciones como parte fundamental de los pilares del Estado constituido.

Al encontrarnos dentro de una sociedad en constante evolución, necesario resulta que los textos constitucionales no se ven rebasados por el paso del tiempo, sin embargo es importante contar con un balance entre el avance de las leyes y la fragilidad de los textos fundamentales a ser modificados, es así como la temporalidad dentro de las constituciones refleja la tensión entre ser un documento duradero y su capacidad para evolucionar con el tiempo, asegurando la continuidad del Estado y su relevancia para la sociedad que regula.

Bajo esta tesitura, nos encontramos en una época de cambio que pondrá a prueba la resistencia de nuestro texto constitucional, en donde tendremos la oportunidad de cuestionar la manera en la que se toman decisiones y la facilidad que se tiene de cambiar las bases que fundan el Estado mexicano, recayendo una gran responsabilidad en los entes políticos y los ciudadanos, ya que las decisiones tomadas pueden llevar a soluciones que resulten perjudiciales al estado mexicano.

## FUENTES CONSULTADAS

- Bulmer, E. (2020). *Bicameralismo* (Guía Introductoria 2 para la Elaboración Constitucional). Estocolmo: International IDEA.
- Cámara de Diputados. (2024, 15 de septiembre). *Publica DOF decreto de la reforma constitucional al Poder Judicial*. Comunicación Social de la Cámara de Diputados. <https://comunicacionsocial.diputados.gob.mx/index.php/notilegis/publica-dof-decreto-de-la-reforma-constitucional-al-poder-judicial>
- Carpizo, J. (2011, mayo). *La reforma constitucional en México: Procedimiento y realidad*. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, CDMX.
- Cervantes, J. D. (2018). *Reflexiones sobre la rigidez constitucional: El caso mexicano*. *Congreso REDIPAL Virtual XI, Red de Investigadores Parlamentarios en Línea* (p. 15). Ciudad de México.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (1917). Ciudad de México: Gobierno de México.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (1997). Ciudad de México: Gobierno de México.
- Ferrajoli, L. (2008). *Democracia constitucional y derechos fundamentales: La rigidez de la Constitución y sus garantías*. En J. J. Luigi Ferrajoli (Ed.), *La teoría del derecho en el paradigma constitucional* (p. 219). Madrid, España: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Guastini, R. (2013). *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano*. En R. Guastini, *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano* (p. 155). Italia: s. e.
- Kelsen, H. (1928). *La noción de Constitución*. En H. Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Viena: s. e.



- Montesquieu. (1742). *Libro III: De los principios de los tres gobiernos*. En Montesquieu, *El espíritu de las leyes* (p. 720). París: s. e.
- Roca, J. G. (2000, abril). *Del principio de división de poderes*. *Revista de Estudios Políticos*. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Rosario-Rodríguez, M. F. (2011, 15 de abril). *La supremacía constitucional: Naturaleza y alcances* (p. 5). Ciudad de México: s. e.
- Sistema de Información Legislativa. (s. f.). *Sistema de Información Legislativa*. Gobierno de México.
- Vedel, G. (1949). *Manuel élémentaire de droit constitutionnel* (p. 117). París: Dalloz.

# GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y DEMOCRACIA: ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

*Constitutional Guarantees and Democracy: An Analysis of the Principle of  
Constitutional Supremacy*

DANA XIMENA RIVERA CAMACHO  
UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA

**Palabras Clave:** Supremacía Constitucional, Garantías Constitucionales, Democracia, Estado de Derecho, Derechos Fundamentales.

**Keywords:** *Constitutional supremacy, constitutional guarantees, democracy, rule of law, fundamental rights.*

## **Resumen**

El presente trabajo busca explorar el principio de la supremacía constitucional desde la perspectiva de eje central del sistema jurídico, asimismo, el papel que juega como garantía constitucional para fortalecer la democracia.

La Supremacía Constitucional se sitúa como una base dentro del Estado de derecho, lo cual permite la vigencia de derechos fundamentales y delimita poderes públicos. Es por ello que, a través de un enfoque teórico, conceptual y práctico, se buscará estudiar la supremacía constitucional, desde su evolución histórica, hasta su influencia dentro de la democracia; examinando a su vez los diversos desafíos constitucionales o tensiones de los intereses políticos contemporáneos.

## INTRODUCCIÓN

Dentro de una sociedad considerada justa, igualitaria y libre, aspectos como la Democracia y el Estado de Derecho se vuelven conceptos fundamentales para garantizarla. Y de este modo, es que incluimos también el principio de supremacía constitucional, siendo el eje principal de un sistema jurídico, debido a que por medio de este se velará por un mecanismo efectivo en el que no sólo la Constitución sea eje rector del ordenamiento jurídico, sino que además se tendrá un equilibrio en la limitación de poder para proteger los derechos fundamentales.

Cuando hablamos de Supremacía Constitucional, no sólo estamos tratando de un concepto técnico-jurídico, sino también de una garantía de carácter esencial dentro de cualquier Estado democrático. Uno de los aspectos principales que protege este principio, es el dejar a la Constitución como una ley suprema, interponiendo que ninguna otra ley o acto de autoridad podrán ir en contra de lo que esta establece. Es por ello por lo que se le da suma importancia, pues su valor radicará en asegurar aspectos como la protección de los derechos fundamentales, delimitar el ejercicio del poder público y sustentar una estructura acorde del Estado de Derecho.

Bajo esta idea, podemos identificar cómo es que la democracia se encontrará estrechamente vinculada con conceptos de supremacía constitucional, debido a que por un lado, la democracia garantiza la participación ciudadana respecto de la toma de decisiones de legitimidad del poder público, mientras que, la supremacía constitucional será la encargada de asegurar que estas decisiones sean tomadas dentro de un marco jurídico que proteja los derechos fundamentales y respete el equilibrio entre los poderes de un Estado.

Dentro del Estado mexicano, este binomio representa desafíos significativos en un contexto actual, pues se ha visto marcado por diversas reformas constitucionales o tensiones políticas, por tal motivo, este trabajo buscará analizar como el principio de supremacía constitucional logra fortalecer la democracia mexicana, y a su vez, examinar el impacto de las garantías constitucionales en el desarrollo de un sistema democrático efectivo.

## I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

### i. Concepto de Supremacía Constitucional

Debemos recordar que cuando hablamos de Supremacía Constitucional, estamos hablando de un principio, el cual establece que la Constitución<sup>1</sup> debe ser la “ley suprema” dentro del sistema jurídico del Estado del que se trate. En el caso de México, este principio de supremacía se encontrará expresado dentro de la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 133, el cual expresa:

*“Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.”<sup>2</sup>*

Básicamente, lo que este artículo nos quiere decir es que, ninguna ley o, en su caso, decisión judicial, puede ser contraria de los principios, derechos y disposiciones que se encuentren ya establecidos y, por tanto, protegidos por la propia Constitución. Por otro lado, existen diversos autores que también comparten su visión sobre la Supremacía Constitucional, tal es el caso de Tena Ramírez, reconocido constitucionalista mexicano, quien en primer lugar expresa que las condiciones que se imponen para poder hablar de supremacía de la Constitución son:

1. Que el poder constituyente sea destinado de los poderes constituidos; y

---

<sup>1</sup> En palabras de Vergottini, el concepto es Constitución es “*una noción deontológica de la Constitución* (en cuanto modelo ideal de organización estatal), *una noción sociológico-fenomenológica* (en cuanto modo de ser del Estado), *una noción política* (en cuanto organización basada sobre determinados principios de orientación política) y, en fin, particularmente, *una noción jurídica*. Esta última se identifica en el ordenamiento estatal o, de modo más estricto, con la norma primaria sobre la que se funda tal ordenamiento” (Vergottini, 1985:131).

<sup>2</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Const.], 5 febrero 1917.

2. Que la Constitución sea rígida y escrita.<sup>3</sup>

Asimismo, aborda el concepto de la Supremacía Constitucional, señalando que esta encuentra su fundamento en la coincidencia de esas circunstancias; es decir, fuera de tal escenario no se podría entender una teoría de la supremacía constitucional, pues faltaría una soberanía con la cual pudiera regirse la Constitución; para él, la expresión “supremacía constitucional” se traduce en que la carta magna sea la fuente más alta de autoridad. No obstante, aclara la idea de que la Supremacía Constitucional es parcial y requiere completarse con la idea de primacía constitucional<sup>4</sup>, misma que significa que la constitución ocupa el primer lugar entre todas las leyes.<sup>5</sup>

En este sentido, podemos identificar que la Supremacía constitucional sin duda se convierte en un pilar para tener un Estado de derecho, pues al proporcionar un marco normativo se podrá regular el poder público y a su vez evitar abusos de poder por parte del Estado.

## II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

A nivel internacional, podemos remontar los orígenes de la Supremacía Constitucional en la antigua Grecia, que en los tiempos de Pericles<sup>6</sup> existió la *Graphé Paranomon*<sup>7</sup>, que se conocía por ser una “acción criminal por inconstitucionalidad, y que vino a poner la ley por encima de los caprichos populares y de las luchas civiles, autorizando a todo ciudadano para actuar en su defensa como un acusado, aplicando sanciones capitales como garante de su soberanía”.

---

<sup>3</sup> Tena Ramírez, F. Derecho Constitucional Mexicano, 38ª. Ed., México, Porrúa, 2006.

<sup>4</sup> La primacía constitucional es un elemento clave dentro de la jerarquía normativa dentro de un sistema jurídico, pues será un principio encargado de establecer que la Constitución es la norma fundamental del orden jurídico y que el resto de las normas jurídicas dependen de ella. Esto significa que las normas que no estén de acuerdo con la Constitución no son válidas y que los órganos de gobierno sólo pueden actuar dentro de los límites que establece la Constitución.

<sup>5</sup> Tena Ramírez, F. op. cit., p.11.

<sup>6</sup> Fue un gran jurista, magistrado, general, político y orador ateniense en los momentos de la edad de oro de la ciudad

<sup>7</sup> “Proceso contra la ilegalidad”

Sin embargo, de manera más específica, el principio de supremacía constitucional tiene sus raíces en un constitucionalismo moderno, alrededor del siglo XVIII. Teniendo como uno de los principales ejemplos la Constitución de los Estados Unidos de 1787, constitución que establecía un marco normativo en la cual el poder se somete a la ley, a su vez, se encuentra la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; ambas marcaron de manera histórica la idea sobre que la ley fundamental debería estar por encima de los gobernantes o de otras leyes ordinarias.

Para el caso de México, la Constitución promulgada en 1917 fue la que consolidó el principio de la Supremacía Constitucional como un punto central para su sistema jurídico, y al mismo tiempo, brindó diversos mecanismos de protección hacia este principio y los derechos fundamentales que se establecen en ella, un ejemplo de estos mecanismos es el Juicio de Amparo<sup>8</sup>. Esta figura logró fortalecer ampliamente el control constitucional, permitiendo a los ciudadanos impugnar actos de autoridad que violen sus derechos fundamentales.

Sin embargo, este principio no sólo queda ahí, sino que ha ido evolucionando, sobre todo en las últimas décadas, en las cual el enfoque de supremacía se dirige en favor de los derechos humanos, dándole un reconocimiento a los tratados internacionales equiparado con la constitución.

## ii. Relación entre Supremacía Constitucional y Democracia

Para poder entender la relación que existe en ambos conceptos es importante primero conocer a qué nos referimos al hablar de alguno de estos. Como ya hemos desarrollado anteriormente, la Supremacía Constitucional refiere la idea de que nada puede estar por encima de la ley suprema, es decir, la Constitución.

Ahora bien, según Diderot y D'Alembert definen la democracia como “una de las formas simples de gobierno, en la cual el pueblo, como cuerpo único, posee toda la

---

<sup>8</sup> Medio de control constitucional de carácter judicial que tiene como principal objetivo asegurar la protección y garantía de los derechos humanos de todas las personas frente a actos, omisiones o normas emitidas y aplicadas por cualquier autoridad en nuestro país, sin importar si se trata de autoridades locales o federales. (scjn.gob)

soberanía. Toda República en la que la soberanía reside en las manos del pueblo es una Democracia”<sup>9</sup>.

Adicionalmente, desde el punto de vista de estos autores, para que la democracia sea sustentable deben presentarse cuatro condiciones, las cuales son:

1. Las reuniones de las asambleas deben estar limitadas en tiempo y espacio;
2. La pluralidad del sufragio debe ser considerada en relación a todo el cuerpo social;
3. La existencia de magistrados encargados de convocar a las asambleas en casos extraordinarios; y
4. El pueblo debe estar dividido en clases, varias si es posible.

Ante esto, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) destaca lo siguiente:

*“La democracia proporciona un entorno que respeta los derechos humanos y las libertades fundamentales en el que se ejerce la voluntad libremente expresada de las personas. Todo individuo tiene voz en las decisiones y pueden pedir cuentas a quienes toman las decisiones”.*

Ahora bien, conociendo los conceptos anteriores podemos identificar en primer lugar que la Supremacía Constitucional y la democracia son conceptos que si bien, van un poco de la mano, son interdependientes uno del otro. Pues cuando hablamos de democracia nos referimos a que el poder emana de la voluntad popular, es decir, el pueblo, y para ello la supremacía será la figura encargada de velar por que dicho poder sea llevado dentro de ciertas limitantes en protección de los derechos fundamentales que establece la Constitución.

De este modo, podemos identificar como es que, en el caso de México, las figuras de la supremacía constitucional y la democracia tienen un vínculo que se ve reflejado en la estructura del Estado de derecho, en donde gracias a las garantías constitucionales se permite a los ciudadanos defender sus derechos frente a actos arbitrarios del poder.

Un caso muy específico de esto por el que se está atravesando actualmente en el Estado mexicano va dirigido a las últimas reformas constitucionales, como lo es la

---

<sup>9</sup> Diderot y D'Alembert, 1986:22

reforma electoral<sup>10</sup> y la reforma judicial<sup>11</sup>, dichas reformas han reflejado gran desequilibrio dentro de la supremacía constitucional.

## I. Garantías Constitucionales en el Marco Democrático

### i. Definición y Clasificación de las Garantías Constitucionales

El término de garantía proviene del vocablo “warranty” o “warrantee”, que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar.

Ahora bien, las garantías constitucionales mayormente se definen como aquellos medios o instrumentos que la Constitución Nacional pone a disposición de los habitantes para sostener y defender sus derechos frente a las autoridades, individuos o grupos sociales. En concreto, Carl Schmitt, a quien se le atribuye la doctrina de las garantías constitucionales, mencionaba que:

---

<sup>10</sup> Se establece que el sistema electoral mexicano es uno de los más caros del mundo, por lo que se propone reducir a la mitad el financiamiento ordinario y de campaña a los partidos políticos y eliminar el financiamiento para actividades partidistas específicas, lo que generará ahorros superiores a los 32 mil mdp de 2025 a 2030.

Entre los obstáculos legales a la democracia, actualmente la ley contiene una serie de obstáculos para que las consultas populares y de revocación de mandato no sean vinculantes; 1) no se pueden realizar el mismo día de las elecciones ordinarias, lo que genera una baja participación, 2) requiere la participación de al menos el 40% del padrón electoral, es decir, 40 millones de votos, 3) está prohibido que los temas electorales y las obras de infraestructura puedan consultarse. Además, sólo se permite registrar nuevos partidos políticos cada 6 años, y posterior al proceso electoral; esto impide la participación de las fuerzas políticas emergentes en las elecciones.

Véase más en [http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/I5F/11\\_SEGOB\\_Reforma\\_Electoral.pdf](http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/I5F/11_SEGOB_Reforma_Electoral.pdf)

<sup>11</sup> Contempla cambios importantes en el sistema de impartición de justicia federal y estatal, entre los que destacan los siguientes; 1) elección de personas juzgadoras por voto popular, 2) creación de un nuevo órgano de administración judicial, 3) creación de un tribunal de disciplina judicial, 4) cambios procesales para garantizar una justicia pronta y expedita.

Entre las problemáticas que se identifican dentro de esta reforma se encontraran problemas asociados con la legitimidad y calidad de la justicia, pues la elección popular de personas juzgadoras no asegura legitimidad o mayor calidad en decisiones judiciales, asimismo, problemas con el proceso de elección de personas juzgadoras, donde en primer instancia se realizará una destitución injustificada de diversos jueces federales y estatales, y asimismo, los altos costos que conllevara la elección popular de la judicatura federal y estatal, entre otras.

Véase más en [https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/page/files/2024-06/Ana%CC%81lisis%20de%20la%20iniciativa%20de%20reforma.%20Problemas%20asociados\\_fi nal.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/page/files/2024-06/Ana%CC%81lisis%20de%20la%20iniciativa%20de%20reforma.%20Problemas%20asociados_fi nal.pdf)



*“Garantía constitucional es la protección especial que la constitución dispensa a determinadas instituciones con el fin de hacer imposible su supresión por la legislación ordinaria”.*<sup>12</sup>

Con ello, podemos establecer que las garantías constitucionales solo serán mecanismos jurídicos establecidos para proteger los derechos fundamentales, y a su vez, asegurar que se lleve a cabo un debido respeto hacia el orden constitucional. En este sentido, estas garantías podrán clasificarse en dos categorías:

- Garantías Institucionales. Será la protección constitucional de derechos fundamentales y de algunas instituciones para evitar que la regulación de estos, llevada a cabo por el legislador, los desnaturalice, haga perder su esencia o pueda impedir su ejercicio. En estas la configuración constitucional concreta se difiere al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza.<sup>13</sup>
- Garantías Individuales. Refieren a los derechos fundamentales. Es decir, son los derechos básicos mínimos consagrados en la Constitución de cada nación.<sup>14</sup>

Como ya se ha mencionado, en México el mayor instrumento de protección de derechos fundamentales será el juicio de amparo, pues este se asegurará de que los actos de autoridad se ajusten al marco constitucional.<sup>15</sup>

Asimismo, como sucede con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), la cual establece que estas garantías no sólo serán herramientas legales, sino que, también representarán un reflejo del compromiso existente en un Estado para poder llevar a cabo un sistema óptimo de justicia y el ejercicio adecuado de la democracia.<sup>16</sup>

## ii. Impacto de las Garantías en el Equilibrio de Poderes

---

<sup>12</sup> Diccionario panhispánico del español jurídico, 2023

<sup>13</sup> SSTC de 13-II y 28-VII-1981, que fijaron la doctrina de la garantía institucional, de acuerdo con los postulados de Schmitt

<sup>14</sup> Equipo editorial, Etecé (15 de julio de 2021). *Garantías individuales*. Enciclopedia Concepto.

<sup>15</sup> (SCJN, 2024)

<sup>16</sup> (CoIDH, 2024)

Si bien, el objeto principal de las garantías constitucionales puede estar dirigido a la protección de los derechos individuales, debemos saber que no sólo será así, sino que también tendrán un papel esencial al momento de querer mantener un equilibrio adecuado entre los poderes del Estado.

En el caso de México, para evitar que se diera un abuso de poder es que se convirtió fundamental en llevar a cabo una división de estos, llevando así a la obtención de tres poderes; ejecutivo<sup>17</sup>, legislativo<sup>18</sup> y judicial<sup>19</sup>. Y bien, este sistema al establecer los límites claros para el ejercicio del poder, contribuirán par evitar que se de la concentración de autoridad en una sola institución o actor político.

Sin embargo, resultará importante conocer que no sólo será importante la existencia de las garantías constitucionales establecidas dentro de un papel para poder ejercer un control constitucional, sino que deberá materializarse, para lograrlo es que entrara el papel que desempeñaran los tribunales correspondientes, como lo será la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que será el verdadero órgano facultado de revisar la constitucionalidad de las leyes y los actos de las autoridades. Y, por otro lado, a nivel internacional, con órganos como la Corte Interamericana, que también promueven el dialogo y la justicia dentro de los sistemas constitucionales.

### III. CONCLUSIÓN

Para que una sociedad sea considerada realmente democrática, se convierte fundamental la existencia de diversos valores y principios que vayan más allá de escritos técnicos para poder ejercerla, tal es el caso de el principio de la Supremacía Constitucional. Pues este principio asegura que la Constitución sea la norma suprema, posicionándola por encima de cualquier otras leyes o actos de autoridades, sino que, por el contrario, sean estas las que deban adaptarse a lo que se establezca en la ley suprema.

---

<sup>17</sup> Encargado de la gestión política del Estado, la administración pública, la toma de decisiones y las labores diplomáticas.

<sup>18</sup> Su función principal será el crear, modificar y derogar las diversas leyes que se rigen en la sociedad.

<sup>19</sup> Se encargará de la resolución de conflictos que surjan entre las personas y entre órganos del poder público, asimismo, garantizará el correcto cumplimiento de la ley y la protección de los derechos humanos.

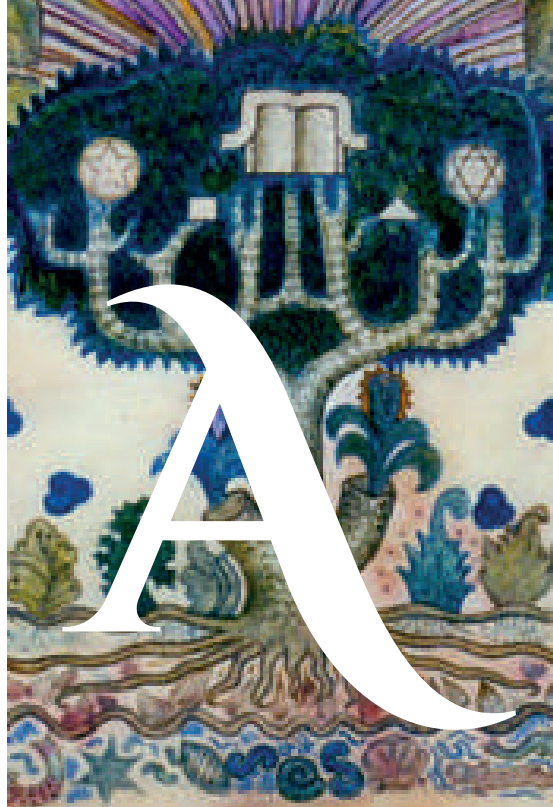
El Estado mexicano ha logrado vincular este principio de supremacía constitucional hacia la consolidación de un adecuado Estado de derecho y la democracia, al asegurar que las decisiones estén emanadas por la voluntad del pueblo para salvaguardar los derechos humanos de los mismos a través de los límites jurídicos necesarios, brindándoles los mecanismos jurídicos necesarios para poder defenderse ante cualquier arbitrariedad contraria a sus derechos.

Gracias a ello podremos identificar cual es la importancia del principio de Supremacía Constitucional como herramienta que garantice la justicia, la igualdad e inclusive la libertad de un Estado democrático, para que esta democracia sea llevada de manera auténtica, y en la que los derechos de las personas sean el centro de toda acción pública y en la que las instituciones actúen como verdaderos guardianes hacia un orden y control constitucional.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- Bernal Pulido, C. (2011). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. *Revista Derecho del Estado*, (28), 1–26.  
[https://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0120-89422011000100006](https://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-89422011000100006)
- Cámara de Diputados. (s. f.). *Supremacía constitucional y democracia*.  
[https://www.diputados.gob.mx/sia/coord/refconst\\_lviii/html/070.htm](https://www.diputados.gob.mx/sia/coord/refconst_lviii/html/070.htm)
- Carpizo, J. (1993). *Los derechos humanos en México*. *Ars Iuris*, (43), 1–20.  
<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/arsiu/cont/43/eju/eju1.pdf>
- Carbonell, M. (2007). *Constitución y derechos fundamentales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5357/3.pdf>
- Carbonell, M. (2007). *El control de convencionalidad: Un desafío jurídico*. *Revista Isonomía*, (26), 45–78. [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0188-45572007000200002](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-45572007000200002)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2017). *Opinión consultiva OC-23/17 sobre medio ambiente y derechos humanos*.  
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32927.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (s. f.). *Garantías constitucionales y democracia*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30509.pdf>

- Esquivel Hernández, J. L. (2018). *El control de constitucionalidad y convencionalidad. Hechos y Derechos*. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/17009/17556>
- Fix-Zamudio, H. (2006). *Derechos humanos y garantías constitucionales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5145/4.pdf>
- Instituto Nacional Electoral (INE). (s. f.). *Estado de derecho*. <https://farodemocratico.ine.mx/estado-del-derecho/#tri-tema-1>
- Instituto Nacional Electoral (INE). (s. f.). *Estado de derecho y democracia* (Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, No. 31). <https://portalanterior.ine.mx/archivos2/portal/historico/contenido/recursos/IFE-v2/DECEYEC/DECEYEC-CuadernosdeDivulgacion/docs/31.pdf>
- Instituto Nacional Electoral (INE). (s. f.). *Estado de derecho y democracia*. [https://portalanterior.ine.mx/documentos/DECEYEC/estado\\_de\\_derecho\\_y\\_democracia.htm](https://portalanterior.ine.mx/documentos/DECEYEC/estado_de_derecho_y_democracia.htm)
- Magaña-Angulo, M. (2017). *El control de convencionalidad y el principio de supremacía constitucional en el sistema interamericano de derechos humanos*. *Revista de Derecho*, (2), 127–144. [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2448-51362017000200127](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2448-51362017000200127)
- Naciones Unidas. (s. f.). *Democracia: Un entorno para la protección de derechos*. <https://www.un.org/es/global-issues/democracy#:~:text=La%20democracia%20proporciona%20un%20entorno,a%20quienes%20toman%20las%20decisiones>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). (s. f.). *El nuevo enfoque de supremacía constitucional hacia la supremacía de los derechos humanos*. <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/el-nuevo-enfoque-de-supremacia-constitucional-hacia-la-supremac%C3%ADa-de-los-derechos-humanos>



Núm. 03, 2025

# ALÉTHEIA

ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS  
Y FILOSOFÍA DEL DERECHO



UNIVERSIDAD DE  
GUADALAJARA

Red Universitaria e Institución Benemérita de Jalisco



**100**  
— años —  
de pensar y trabajar