

CAPÍTULO PRIMERO

INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO GENERAL

I. PROBLEMÁTICA A TRATAR

El derecho constitucional, como sector de normas jurídicas y como disciplina, descansa sobre una forma específica de entender el concepto mismo de Constitución: se trata de un instrumento esencialmente nacional, cuya fuerza como norma superior deriva de un pacto inicial y continuado de un pueblo que evoluciona orgánicamente a lo largo del tiempo en respuesta a las percepciones nacionales, a las necesidades nacionales y a los valores nacionales.¹ Como se puede apreciar, se trata de una concepción centrada en el Estado-nacional.

Sin embargo, y esta es la premisa de la cual parte mi análisis en este trabajo, en la era de la llamada globalización existen fenómenos y procesos que han producido transformaciones importantes en lo que es la base misma de las concepciones tradicionales del derecho constitucional. Es decir, una serie de procesos identificados con la globalización han afectado al Estado-nación, y ello obliga, por un lado, a reflexionar sobre el impacto e implicaciones que esas transformaciones pueden tener sobre las normas del derecho constitucional de los Estados nacionales, y más en general sobre sus sistemas jurídicos; y, por otro lado, a replantearnos la función y alcances del derecho constitucional como disciplina (en las vertientes de la teoría constitucional, la dogmática constitucional y el derecho constitucional comparado).²

¹ Saunders, Cheryl, “Use and Misuse of Comparative Constitutional Law”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 13, núm. 1, 2006, p. 50.

² Un punto de partida similar al aquí planteado se puede encontrar en el trabajo de Himsworth, para quien las Constituciones, como se entienden en los tiempos modernos, son conceptualmente inseparables de los Estados. Las Constituciones que definen los límites del poder público, que atribuyen autoridad legítima entre órganos públicos, y que determinan derechos y deberes de los ciudadanos, presuponen un estado en relación con el cual esos procesos puedan ocurrir. Las reglas constitucionales no tendrían ningún sentido si no se les ve operar dentro del compás de un Estado, definido por referencia a una población y territorio identificables. Para este autor, es el Estado lo que da todo sentido a la tradicional discusión —analítica y normativa— de los principios y valores que informan las reglas de la Constitu-

El tema plantea problemas de distinto orden. En primer lugar, existen problemas de carácter empírico, ya que tanto los fenómenos y procesos que se encuadran dentro del término *globalización* como su posible impacto sobre el Estado y su manifestación en el derecho constitucional están sujetos a discusión en cuanto a su misma existencia como hechos sociales. Así, por ejemplo, existe un debate sobre la realidad (y la supuesta novedad) de la globalización.³ Igualmente, existe un debate sobre el posible impacto de la globalización (asumiendo que esta exista con algún contenido específico) sobre el Estado-nación.⁴ Y lo mismo puede decirse del posible impacto de la globalización en el derecho constitucional: ¿cuál es la manifestación empírica (si es que la hay) de ese impacto?; ¿cómo reaccionan las Constituciones frente a la globalización?; ¿cómo cambian frente a impulsos provenientes del entorno global?; ¿cómo se conectan y coordinan los esquemas constitucionales de los Estados nacionales con otros órdenes jurídicos que existen en el complejo escenario global del siglo XXI?; ¿cuáles son exactamente esos órdenes? Preguntas como estas plantean una discusión en el nivel ontológico, que exige encontrar evidencia empírica para apoyar (o desechar) la idea de que existen hechos sociales nuevos en el ámbito del Estado y del derecho constitucional, que han aparecido al tenor de eso que se denomina globalización.

Ahora bien, si efectivamente estamos ante fenómenos y procesos de alguna manera nuevos que afectan al Estado, y posiblemente (como se argumentará) al poder político (estatal) y al mismo derecho constitucional de los Estados nacionales, entonces es necesario examinar y revisar conceptos y teorías tradicionales sobre el Estado y la Constitución, a la luz de los fenómenos apuntados. En otras palabras, es necesario generar conocimiento y comprensión del papel de las Constituciones y del constitucionalismo ante los nuevos fenómenos. Esto es así por las siguientes razones: el derecho constitucional *moderno* tiene como objeto primordial el control del poder político (localizado en el Estado). Toda la teoría y la dogmática constitucionales de la *modernidad* se han construido alrededor de este presupuesto. Pero si el poder político (estatal) se está transformando de manera relevante (y

ción misma. Himsworth, C.M.G., "In a State No Longer: The End of Constitutionalism?", *Public Law*, 1996, pp. 639-648.

³ Para una revisión de este debate consultar Held, David y McGrew, Anthony, *Globalización/antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial*, Barcelona, Paidós, 2003, pp. 11 y ss.

⁴ Entre otros, Prakash y Hart han reseñado el debate entre los que piensan que ante la globalización, el Estado ha llegado a su fin; el Estado no es afectado de manera alguna; o bien que el Estado se "rearticula". Prakash, Aseem y Hart, Jeffrey (coeds.), *Globalization and Governance*, Londres, Routledge, 1999, pp. 12-15.

esto habrá que discutirlo), entonces es lógico que surjan cuestionamientos y discusiones alrededor de conceptos teóricos y dogmáticos (tradicionales) del derecho constitucional. Estamos ante una problemática teórica que nos ubica en el nivel epistemológico de la discusión relativo al impacto de la globalización sobre el derecho constitucional.⁵

En tercer lugar, debe observarse que si efectivamente estamos ante un escenario político y jurídico más complejo, que involucra, por ejemplo, fuentes de autoridad distintas a las que pueden encontrarse en el Estado; o bien, órdenes jurídicos de distintos niveles (más allá de la distinción entre derecho internacional y derecho nacional), y también fuentes diversas de material normativo y de discurso constitucional (proveniente de instituciones distintas al Estado), entonces se plantea una problemática de diseño y de operación normativas. Esta problemática se refiere, por un lado, a idear normas, instituciones e instrumentos para garantizar el logro de los fines del constitucionalismo (control del poder y protección de los derechos humanos) en el nuevo contexto, y por otro lado, a resolver los problemas de coordinación entre los distintos órdenes normativos y niveles de *gobernanza*.⁶ ¿Cómo debieran ser y concebirse las Constituciones y el constitucionalismo ante estos fenómenos del siglo XXI? Plantear preguntas de este tipo nos sitúa en el nivel normativo o prescriptivo de la discusión.

En suma, el tema que nos hemos propuesto estudiar requiere la aproximación y el tratamiento de problemáticas empíricas, epistemológicas y normativas, que necesariamente tendremos que abordar a lo largo del presente trabajo.

II. TIPO DE ANÁLISIS

Desde una perspectiva tradicional, la unidad de análisis de los estudios constitucionales se ha centrado en fuentes formales nacionales: Constitución, leyes constitucionales (en donde existen), jurisprudencia del juez constitucional, doctrina nacional, enriquecido por el derecho constitucional comparado, entendido como una subdisciplina cuyo objeto consiste en contrastar los diversos ordenamientos constitucionales considerados en su

⁵ En este sentido, Choudhry sostiene que la globalización plantea problemas teóricos, porque contradice algunos de los conceptos dominantes del constitucionalismo: que una Constitución emerge de una nación, que encarna y aspira a responder a la historia y tradiciones políticas de una nación, que representa la identidad de una nación. Choudhry, Suji, "Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation", *Indiana Law Review*, vol. 74, 1999, pp. 821-823.

⁶ El concepto de *gobernanza* será examinado en el capítulo segundo del presente trabajo.

conjunto; o los sectores particulares de estos ordenamientos, o bien las instituciones constitucionales particulares que corresponden a ordenamientos estatales.⁷ En esta misma línea tradicional, la dogmática constitucional se ha entendido como una labor de comprensión, interpretación y desarrollo de las normas contenidas en los textos de las Constituciones de los Estados nacionales.

Por su parte, lo anterior ha determinado el tipo de investigación documental, basado en la recopilación y el análisis de textos constitucionales, textos legislativos de desarrollo constitucional, sentencias del juez constitucional, así como de libros y artículos de especialistas en derecho constitucional nacional.

En el fondo —como señala Wallerstein— en este tipo de estudio subyace una perspectiva tradicional común en las ciencias sociales que desde la Ilustración, pero en particular a lo largo del siglo XIX, había consagrado como la unidad de análisis por excelencia al Estado-nacional. De esta forma, los científicos sociales consideraron que las distintas esferas de la vida —mercado, Estado, sociedad civil— eran gobernadas por leyes que podían ser discernibles mediante el análisis empírico y la generalización inductiva, y eso es lo que hicieron, pero circunscribiendo sus análisis a los límites territoriales nacionales del presente o incluso los límites que se reclamaban a la fecha.⁸

Sin embargo, entre 1950 y 1960 se dan una serie de debates que empiezan a cuestionar los presupuestos tradicionales de la ciencia social hasta entonces practicada. En gran medida, los debates tuvieron como objeto principal el tema de la unidad de análisis. ¿Cuál es la unidad de análisis adecuada? ¿Lo son las sociedades del Estado-nación, existentes dentro de un marco territorial definido?; ¿o bien podría pensarse en una unidad de análisis mayor?⁹

⁷ Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 82.

⁸ Wallerstein, Emmanuel, *Análisis de sistemas-mundo. Una introducción*, México, Siglo XXI, 2006, p. 19.

⁹ Fue así como a partir de los años setenta del siglo XX se empieza a hablar de los sistemas-mundo de análisis como una perspectiva. Los sistemas-mundo de análisis fueron un esfuerzo por combinar de manera coherente las preocupaciones respecto a la unidad de análisis, la preocupación por las temporalidades sociales y la preocupación por las barreras que se habían erigido entre las diferentes ciencias sociales. En palabras de Wallerstein: “Los sistemas-mundo de análisis significaron antes que nada la sustitución de una unidad de análisis llamada ‘sistema-mundo’ en vez de la unidad estándar de análisis, que había sido el estado nacional. En la su conjunto, los historiadores habían estado analizando historias nacionales, los economistas economías nacionales, los politólogos estructuras políticas nacionales y los sociólogos sociedades nacionales. Los analistas de sistema-mundo encararon una escéptica

Siguiendo este enfoque, en la presente investigación habremos de variar el esquema y la unidad de análisis tradicional, tratando de identificar, mediante un análisis cualitativo, la potencial existencia de normas de naturaleza o significación constitucional más allá del Estado. En otras palabras, nuestra unidad de análisis, sin excluir la unidad privilegiada del enfoque tradicional, deberá explorar la posibilidad de una perspectiva más amplia que examine otros posibles “sitios constitucionales” o “esferas jurídicas con naturaleza constitucional”.

El término “sitios constitucionales” es empleado por Walker, quien habla de la emergencia de un “pluralismo constitucional”. Según este autor, lo que caracteriza al pluralismo constitucional es la pluralidad de unidades y procesos con autoridad constitucional (“authoritative constitutional units and processes”). Para Walker, la proliferación de sitios constitucionales postestatales y nuevos procesos de relación entre los distintos sitios, cada uno con su propio marco metaconstitucional de justificación, es una característica central de la era postwestfaliana. Para dicho autor, una vez que el patrón ordenado de autoridades estatales soberanas mutuamente excluyentes ha sido roto, el desarrollo de nuevas unidades de autoridad a partir de la interacción de las unidades existentes se facilita estructuralmente, y el mapa de la autoridad constitucional se torna un mosaico complejo y siempre cambiante de lo nuevo y lo viejo, lo emergente y lo maduro, y las relaciones entre las nuevas y viejas unidades siendo tan significativas desde el punto de vista constitucional como las unidades mismas.¹⁰

De manera similar, Bogdandy habla de que con el derecho de la Unión Europea y el de la Convención Europea de Derechos Humanos existen “dos densas esferas jurídicas comunes de Derecho Público con naturaleza constitucional”.¹¹

Estas ideas han sido acuñadas en el contexto de la experiencia de la Unión Europea, en donde se ha dicho que los tratados respectivos son de carácter constitucional. Sin embargo, algunos de los razonamientos producidos dentro de esta perspectiva pueden extrapolarse para explicar lo que está sucediendo en otras partes del mundo.

ceja, cuestionando si estos objetos de estudio existían verdaderamente, y si en todo caso, eran los sitios de análisis más útiles. En lugar de los estados nacionales como objetos de estudio, los sustituyeron por ‘sistemas históricos’ que, se argüía, habían existido hasta ese momento en sólo tres variantes: minisistemas, y ‘sistema-mundo’ de dos tipos (economías-mundo e imperios-mundo)”, *ibidem*, p. 32.

¹⁰ Walker, Neil, “The Idea of Constitutional Pluralism”, *Modern Law Review*, vol. 65, 2002, pp. 356 y 357.

¹¹ Bogdandy, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM, 2011, p. 41.

De esta manera, podríamos preguntarnos: ¿existe algo parecido en el caso de México?, ¿se encuentra nuestro país inmerso en algún tipo de esferas jurídicas de derecho público con naturaleza constitucional?, si la respuesta es afirmativa, ¿cuáles son esas esferas?, ¿cómo es la relación entre esas esferas y la esfera constitucional interna centrada en la Constitución del Estado nacional?, ¿qué tendencias pueden identificarse en esa relación entre esferas?, ¿cómo afectan estas tendencias conceptos tradicionales del derecho constitucional?

Este enfoque tendrá un impacto en el tipo de investigación documental que realizaremos. Además de recopilar y analizar textos constitucionales, textos legislativos de desarrollo constitucional, sentencias del juez constitucional, así como libros y artículos de especialistas en derecho constitucional nacional, deberemos aproximarnos a la Convención Americana de Derechos Humanos, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en particular las sentencias en aquellos casos en que México ha sido demandado), a la doctrina existente sobre el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Pero también deberemos revisar material proveniente de los tratados constitutivos de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), así como laudos emitidos por distintos tipos de tribunales arbitrales que actúan en el marco de la OMC y el TLCAN. ¿Puede considerarse a estos *síntos*, como pertenecientes a esferas jurídicas de naturaleza constitucional?

III. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Como se argumentará en el presente trabajo, la complejidad del mundo jurídico actual requiere de nuevas explicaciones y de nuevas fórmulas normativas para hacer frente a los problemas que enfrentan los operadores jurídicos. Hoy día los órdenes jurídicos nacionales coexisten con otros órdenes a nivel supra o internacional; ocurre también que esos órdenes jurídicos entran en complejas y múltiples interacciones verticales y horizontales, formales e informales; asimismo, cada vez se da con mayor fuerza una práctica jurídica internacional en gran escala, que implica desde servicios de asesoría, transacciones y mecanismos de resolución de disputas, hasta la estructuración y operación de redes transnacionales de defensa en el ámbito de derechos humanos; además, ha habido una gran expansión del llamado '*soft law*' (no vinculante, pero en muchos casos eficaz), en cuya producción suelen participar actores no estatales; y, finalmente, la interpretación consti-

tucional en el mundo está tomando un carácter cada vez más cosmopolita,¹² al tiempo que la “jurisprudencia comparada” asume un lugar central en las decisiones de la justicia constitucional.¹³

Ante este complejo escenario, ¿cómo deben actuar y tomar decisiones los operadores jurídicos?; ¿qué normas y criterios han de guiar la acción del juez, del litigante, del poder revisor de la Constitución, del legislador, en el desempeño de las tareas correspondientes a su rol social? Consideramos que la realización del presente trabajo se justifica en razón de que puede contribuir a apoyar el trabajo de los operadores jurídicos.

Por otro lado, el trabajo se justifica también desde una perspectiva teórica, pues busca avanzar en la comprensión y explicación de las Constituciones, del constitucionalismo, en suma, de ‘lo constitucional’ en el mundo actual. Ello requiere de la revisión del paradigma dominante del derecho constitucional y el desarrollo de una reflexión que permita avanzar hacia un marco teórico-conceptual que genere explicaciones más adecuadas, relativas a la compleja realidad jurídica de la actualidad.

IV. OBJETIVOS Y ESTRUCTURA DE LA OBRA

El trabajo se ha propuesto como objetivos generales entender qué es la globalización y determinar si, efectivamente, los procesos y fenómenos identificados con ella tienen un efecto sobre el Estado-nación, el derecho constitucional y sobre los sistemas jurídicos nacionales; comprender cómo y en qué sentido es que el Estado-nación y su entorno se han transformado, al tenor de la llamada globalización; identificar cuáles son las líneas de debate que se han abierto desde la perspectiva constitucional ante las transforma-

¹² Anderson observa que el modelo de constitucionalismo que con tanto éxito se está exportando en la actualidad (basado en una carta de derechos fundamentales administrado judicialmente), tiende a una mayor convergencia de la práctica constitucional, lo cual se ve en la gran importancia que tiene el discurso de los derechos y la revisión judicial, aun en tradiciones jurídicas distintas, así como el mayor uso del derecho comparado y una perspectiva “cosmopolita” en las decisiones del juez constitucional. Anderson, Gavin, *Constitutional Rights after Globalization*, Oxford, Hart Publishing, 2005, pp. 4 y 5.

¹³ Choudhry habla en términos de la globalización de la práctica del constitucionalismo moderno. Pero esta globalización no significa que el constitucionalismo se haya expandido más por todo el mundo, sino el empleo, el recurso a materiales de derecho comparado en todas las etapas en el ciclo de vida de las Constituciones modernas. El uso de derecho comparado en la decisión de la justicia constitucional es un ejemplo; y el uso de ciertas Constituciones como “modelos” en la redacción de otras Constituciones es otro. Asimismo, observa este autor que el fenómeno permea toda la argumentación constitucional y el análisis académico. Choudhry, *op. cit.*, pp. 821-823.

ciones, procesos y fenómenos apuntados; contribuir a generar un marco teórico-conceptual que sirva para explicar y entender el papel de las Constituciones y el constitucionalismo en el contexto actual; y, finalmente, explicar las condiciones de coexistencia de órdenes normativos de contenido constitucional y las implicaciones de este fenómeno. Asimismo, los objetivos específicos del presente trabajo son los que derivan de llevar las reflexiones generadas a partir de la búsqueda de los objetivos generales arriba referidos, al terreno del sistema jurídico mexicano.

El trabajo consta de ocho capítulos (además del presente capítulo introductorio). En el capítulo segundo se construye un tipo ideal del Estado constitucional y democrático de derecho, para el efecto de proceder posteriormente a su análisis crítico, a la luz de una serie de fenómenos y procesos identificados con la globalización. Estos fenómenos y procesos son examinados en el capítulo tercero, mientras que en el capítulo cuarto se analiza el debate sobre el impacto de la globalización en los Estados nacionales, así como el concepto de “gobernanza global”, que ha sido identificado como uno de los términos referidos a las transformaciones provocadas por la globalización, y su impacto en el ámbito jurídico. A partir de ahí, se identifican en el capítulo quinto las principales líneas de debate sobre el derecho constitucional en la era de la globalización.

De ahí pasamos al capítulo sexto, en el cual se analiza el impacto del derecho económico internacional sobre el derecho constitucional mexicano, enfocándonos principalmente en la influencia que ciertas instituciones de la ‘gobernanza global’ económica, financiera y comercial ejercen sobre el sistema jurídico mexicano. Mientras que en el capítulo séptimo examinamos la relación entre el sistema interamericano de derechos humanos y el sistema jurídico mexicano. El trabajo termina con un capítulo final de recapitulación y conclusiones.