



TESIS DOCTORAL

***TENSIONES DE LOS REGÍMENES DE CONTROL A LA LIBERTAD Y
SEGURIDAD RESPECTO A LA NACIONALIDAD COMO DERECHO
HUMANO FUNDAMENTAL EN AMÉRICA Y LA UNIÓN EUROPEA***

Autor:

John Eric Rhenals Turriago

Directoras

Dra. María Pilar Charro Baena

Dra. María Pilar Trinidad Núñez

Programa de Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas

Escuela Internacional de Doctorado

2019

AGRADECIMIENTOS...

La gratitud y reconocimiento de los esfuerzos y resultados reflejados en la presente tesis doctoral, en todo su contenido y alcance, son dirigidos en primer lugar: a Dios, Inteligencia Suprema Causa Primera de todas las cosas; a mis padres, cuyos ejemplos de vida marcaron mi existencia; a mis entrañables hermanos; a mi esposa compañera, inigualable de siempre; y a mis hijos, dulces retoños del alma, por su invaluable apoyo en la tolerancia, comprensión e incondicionalidad; por sustentar los sueños de un idealista y promotor del derecho como ciencia comprometida con la transformación y enaltecimiento del Ser Humano en su dimensiones y esencia psicológica, espiritual y social. A mis entrañables Tutoras Doctoras María del Pilar Charro Baena y Pilar Trinidad Núñez, quienes siempre estuvieron dispuestas y consagradas a enseñarme y orientarme en todo este importante proceso para mi vida, respetando siempre mis ideas e intenciones, permitiéndome superar todos los desafíos necesarios en favor de mi crecimiento personal y profesional.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	11
1. Objeto de la investigación	11
2. Hipótesis fundamental.....	13
3. Metodología de la investigación	14
4. Estructura de la investigación	20
CAPÍTULO I	25
NOCIONES Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA NACIONALIDAD DESDE LA IUSFUNDAMENTALIDAD	25
1.1. Nociones generales de una teoría de los derechos fundamentales: en el contexto de una filosofía del derecho constitucional continental.....	25
1.2. Aproximaciones a una teoría de los derechos fundamentales en el escenario del constitucionalismo democrático.	28
1.3. Los modelos de los derechos fundamentales.....	34
1.3.1. La perspectiva liberal de los derechos fundamentales	37
1.3.2. El modelo constitucional de derechos fundamentales: escenario propicio para la construcción de esta noción de derechos.	45
1.4. Implicaciones de la interpretación constitucional los derechos fundamentales.....	56
1.4.1. Los principios de interpretación constitucional frente al reconocimiento de los derechos fundamentales.....	57
1.4.2. Interpretación de los derechos fundamentales e interpretación de los derechos humanos.....	60
1.4.3. Preferencia de normas.....	62
1.5. Teoría y nociones del derecho fundamental a la nacionalidad desde la “problematización” de las nociones de legitimidad, validez y eficacia.....	63
1.5.1. El concepto de nacionalidad y su evolución histórica.....	66
1.5.2. Principales problematizaciones actuales de la teoría del derecho fundamental de la nacionalidad.....	90
CAPITULO II	126
LOS DERECHOS HUMANOS FRENTE A LA INCORPORACION DE LA LEGISLACION INTERNACIONAL EN LOS SISTEMAS JURIDICOS DOMESTICOS: UN ESTUDIO DE CASO DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA EN EL CONTEXTO DE LA CORTE AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	126

2.1. Evolución, reconocimiento y recepción de los Derechos Humanos en la comunidad internacional.....	126
2.1.1. El reconocimiento en el ámbito intraestatal.	131
2.1.2 El reconocimiento en el ámbito supraestatal.....	133
2.1.3. El Derecho Internacional Público frente a la estructura y funcionalidad de los Estados, desde el estudio de caso del sistema constitucional de Colombia.	136
2.2. El reconocimiento del Derecho a la Nacionalidad en el marco jurídico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	160
2.2.1. El derecho a la nacionalidad y su desarrollo constitucional en América Latina: análisis de las tendencias y enfoques.	164
2.3. Una mirada reflexiva de los antecedentes jurisprudenciales respecto al reconocimiento del derecho fundamental de la nacionalidad en la Unión Europea.	184
III. LA TEORIA DE LA SEGURIDAD NACIONAL Y EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA NACIONALIDAD ENTORNO A LA FILOSOFIA DEL DERECHO INTERNACIONAL	223
3.1. Nociones y antecedentes teóricos de la Doctrina de la Seguridad Nacional.	223
3.2. Elementos de la teoría de la seguridad nacional.....	230
3.3. Componentes básicos de la Doctrina de la Seguridad Nacional.	237
3.4. La seguridad nacional y su conexión con el Derecho Internacional	241
TABLA No 1. CLAUSULAS GENERICAS DE EXCEPCION DE RESPONSABILIDAD EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE SEGURIDAD NACIONAL.....	241
TABLA No 2. DERECHOS FUNDAMENTALES REGLAMENTADOS EN ALGUNOS TRATADOS INTERNACIONALES QUE EXPRESAMENTE TIENEN COMO LIMITACIÓN LA SEGURIDAD NACIONAL	245
3.5. La seguridad nacional frente a la constitucionalización de los Estados.	250
TABLA No 3 DERECHOS FUNDAMENTALES RESTRINGIDOS POR LA SEGURIDAD NACIONAL EN LAS CONSTITUCIONES DE LATINOAMERICA.	253
CAPITULO IV. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: DESDE LA FILOSOFIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMO PROPUESTA PARA LIBERAR LAS TENSIONES Y MANTENER LOS LÍMITES JUSTOS ENTRE LOS REGIMENES DE CONTROL A LA LIBERTAD Y LA SEGURIDAD Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA NACIONALIDAD.	269
4.1. Consideraciones iniciales.....	269
4.1.1. Globalización e integración regional.....	269

4.1.2. Globalización, integración regional e implicaciones constitucionales.	278
4.2. La transnacionalización de los logros del Estado Constitucional: criterios para superar la tendencia de sociedades globales, sin gobiernos globales.	302
4.3. Constitucionales supranacionales: un proceso de constituciones formales a constituciones funcionales.	319
4.4. La constitución un árbol desde el contexto nacional y supranacional: gobiernos dotados de moral constitucional.	323
4.5. La fundamentación de los Derechos Fundamentales en el modelo propuesto por Luigi Ferrajoli: en contra de la ineficacia de los Derechos	334
4.5.1. Características del modelo garantista ferrajoliano.	334
4.5.2. El garantismo de Ferrajoli en la protección de los derechos fundamentales, frente al desarrollo del constitucionalismo y la construcción de constituciones supranacionales.	336
4.5.3. La internacionalización del derecho a la ciudadanía en las tesis de Ferrajoli.	342
CONCLUSIONES GENERALES.....	345
FUENTES BIBLIOGRÁFICAS, NORMATIVAS, DOCUMENTALES, JURISPRUDENCIALES Y OTROS	352

ABREVIATURAS

ACNUDH	Alto Comisionado para los Derechos Humanos
ACNUR	Agencia de la ONU para Refugiados
ALBA	Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América
ALALC	La Asociación Latinoamericana de Libre Comercio
ALCA	Área de Libre Comercio de las Américas
ART.	Artículo (s)
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CAN	Comunidad Andina de Naciones
CDF	Carta de Derechos Fundamentales
CDH	Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CDP	Centros de Protección Datos de Inteligencia y Contrainteligencia
CE	Convenio Europeo
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CELAC	Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CPI	Corte Penal Internacional
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DHKP-C	Devrimci Halk Kurtuluş Partisi-Cephesi (Partido Revolucionario de Liberación del Pueblo, Turquía)

DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
EEE	Espacio Económico Europeo
EU	Unión Europea
ETJUE	Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
FMI	Fondo Monetario Internacional
FOCEM	Fondo para la Convergencia Estructural del MERCOSUR
UE	Unión Europea
LTTE	Tigres de Liberación del Eelam Tamil
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
MILA	Mercado Integrado Latinoamericano
M.P.	Magistrado Ponente de sentencias judiciales
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OEA	Organización de Estados Americanos
OFM	Organismos Financieros Multilaterales
OMC	Organización Mundial del Comercio
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PÁRR (párr.-s.-)	Párrafo (s)
PESC	Política Exterior y de Seguridad Común
PP (pp.)	Página (s)
REDC	Revista Española de Documentación Científica
RPTJ	Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia
RTJ	Recomendaciones del Tribunal de Justicia
SECA	Sistema Europeo Común de Asilo
SS (ss.)	Siguiente (s)
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea

INTRODUCCIÓN

1. Objeto de la investigación

La presente Tesis Doctoral tiene por objeto de investigación el análisis del reconocimiento y protección del derecho de la nacionalidad desde de su noción *iusfundamentalista* y consecuente categorización histórica y contemporánea como *derecho humano*, frente a los regímenes de control a la libertad y seguridad en América y la Unión Europea. Las evidentes tensiones entre estos dos panoramas, esto es, la propia prerrogativa de la nacionalidad en su sentido y contenido, así como de los organismos o estructuras políticas de carácter nacional y transnacional que por naturaleza estarían llamados a protegerla y enaltecerla, sin mayor esfuerzo, pero cuya realidad dista de este ideal, promueven diferentes escenarios de problematizaciones y caracterizaciones con claras tendencias de empeorar en el presente y hacia el futuro, que exigen tanto del derecho, como de otras ciencias alternas un decidido y urgente esfuerzo, para formular propuestas que permitan *dignificar, humanizar y moralizar en términos constitucionales*¹, este creciente fenómeno. Justamente, el valor humano de libertad queda vinculado con los valores de dignidad naturalmente, porque todos han de disponer del derecho de disfrutar una vida plena materializada en su facultad de elección consigo mismo y el entorno social.

La actualidad de este trabajo obedece a que el progreso y afianzamiento de la nacionalidad como derecho *nacional, transnacional, supranacional y cosmopolita* en sus diferentes aristas, ha logrado conseguir una importante reivindicación de su esencia y trascendencia, desde los progresistas aportes de la Filosofía del Derecho Constitucional, que repercuten en favor del denominado fenómeno de la *Constitucionalización del Derecho Internacional*, enfoque que obliga a un necesario abordaje de las diferentes

¹ JIMÉNEZ CANO R.M., sobre este tema, en “La interpretación de las cláusulas morales del derecho”, en AA VV, Interpretación jurídica. Modelos históricos y realidades. UNAM, México, 2011, pp. 215, expone que: “las normas jurídicas contienen referencias a estándares morales es un hecho. Basta hojear cualquier Constitución escrita para darse cuenta de ello. Las Constituciones están repletas de referencia a valores, principios morales, ideales de justicia o derechos fundamentales. Ahora bien, estas referencias no suponen una novedad jurídica ni de la época actual ni de los textos constitucionales. La moral en efecto ha estado presente en el derecho desde el inicio de los tiempos, y por cierto en cantidad no desdeñable. Cualquier derecho incluye un punto de vista sobre la moral y cualquier norma jurídica lleva aparejadas dimensiones morales, a veces implícitas y a veces explícitas”.

teorías y referentes empíricos que demuestran racionalmente la posibilidad de reconocer, garantizar y proteger *legítima, válida y eficaz* a la nacionalidad y la ciudadanía, dentro de un marco normativo intrínsecamente universalista sobre la base de un apoyo irrestricto a la idea de derechos humanos universales; y como un marco institucional democrático cuya máxima expresión no es la formación de un único estado mundial, sino la articulación de instancias decisorias a nivel local, nacional, regional y mundial.

En el mismo orden de ideas, esta tesis doctoral intentará demostrar que una fuerte *pretensión universalista* ha permeado los acontecimientos de la comunidad internacional, determinado por importantes antecedentes como: (1) la llamada *la juridificación de las relaciones internacionales*, que tuvo inicio una vez finalizada de la segunda guerra mundial, marcando la *transición* de un derecho internacional meramente *coordinativo* a uno *cooperativo*; (2) el aumento en el número de las cortes internacionales, el fortalecimiento del derecho penal internacional y; (3) principalmente, la rápida proliferación de organizaciones internacionales en casi todos los campos posibles de la política. Pero esta evidente pretensión universalista, con sus reconocidos avances desde lo político, no ha sido suficiente para suplir las deficiencias que estos sistemas u organizaciones supranacionales presentan, debido a la ausencia de la legitimidad democrática.

Para lograr el objetivo anterior, el autor se valdrá de una dinámica multimetodológica, articulando distintas técnicas de investigación, a efectos de aspirar validar los enunciados anteriores, y poder atestiguar desde la perspectiva científica, la importancia de asumir enfoques inter y transdisciplinarios con el objeto de obtener desde lo dogmático y lo teórico, sumados a importantes referentes empíricos, posibles o eventuales soluciones a problemáticas que el derecho *per se* no puede llegar al resolver, y que por el contrario además de otras ciencias y orientaciones, exigen una visión, holística, humanista en seria reflexión.

Por otro lado, y como punto de contraste, se profundizará en el detenido análisis por medio de una perspectiva *histórico-descriptiva* de los paradigmas y doctrinas que han justificado la supuesta soberanía de las naciones, en procura de garantizar *la prioritaria seguridad de sus ciudadanos*, tesis que directamente han instituido diferentes formas “legítimas” de vulneración del derecho fundamental de la nacionalidad.

El objeto de esta investigación es de altísima relevancia, ya que el fenómeno sobre el cual enmarca su disertación, además de ser de clara actualidad, *reporta hacia el futuro*, una marcada vigorización de sus distintas fases, dado que sus problematizaciones tienden a profundizarse respecto a

escenarios como: a) la globalización económica, reconociéndola como un factor detonante que inevitablemente impulsará y acelerará los movimientos migratorios internacionales tanto en la presente, como en las futuras décadas; b) los retos que configuran, la integración social y convivencia democrática entre colectivos humanos cuya diversidad étnica, religiosa o cultural es enriquecedora. No obstante, existe un creciente sector de la ciudadanía mundial que observa con temor y rechazo la presencia de inmigrantes y refugiados, deslizándose progresivamente de dar apoyo a posiciones políticas ultranacionalistas que tienen en el discurso xenófobo, racista o antisemita su principal razón de ser.

Constituyen objetivos de esta tesis doctoral los siguientes puntos:

Objetivo general

Proponer soluciones inter y transdisciplinarias, al creciente fenómeno resultante de las presiones y crisis, entre los sistemas de intervención a la libertad y seguridad frente a la nacionalidad, como privilegio *iusfundamental* y derecho humano en América y la Unión Europea.

Objetivos específicos

- Describir los aspectos esenciales relacionados con el desarrollo de la nacional como instituto político y jurídico, con consecuencias sociales y humanísticas, desde la teoría de los derechos fundamentales o *iusfundamentalidad*.
- Analizar la inscripción de los derechos humanos desde la legislación internacional, hacia los sistemas jurídicos internos de los países, indagando metodológicamente esta realidad en torno a un ejemplo o referente empírico.
- Exponer las fricciones históricas y contemporáneas de la Doctrina de la Seguridad Nacional y el derecho fundamental de la nacionalidad desde las bases filosóficas del derecho internacional.
- Describir el proceso de constitucionalización del derecho internacional desde los aportes y reflexiones de la Filosofía del Derecho Constitucional como ciencia.

2. Hipótesis fundamental

La hipótesis fundamental de esta tesis doctoral, enuncia que la relación *legitimidad-validez-eficacia* del ordenamiento jurídico-político Internacional es la directriz esencial de su reflexión epistemológica, cuyo análisis se hace prioritario en el contexto legal del reconocimiento y efectiva protección de la Nacionalidad como Derecho Humano y Derecho Fundamental en América y la Unión Europa, para efectuar un análisis que permita abordar, directamente al derecho en las dimensiones de: filosofía política (legitimidad), teoría jurídica (validez) y sociología (eficacia) a partir de la cual pueda, efectivamente, desarrollarse una argumentación inter y transdisciplinaria con énfasis en la Filosofía del Derecho Constitucional, sobre cómo solucionar y liberar las diferentes problematizaciones y tensiones de los regímenes de control a la libertad y seguridad, respecto a la nacionalidad como en tales continentes, a efectos de justificar y salvaguardar los límites morales y equitativos entre los regímenes indicados y la *iusfundamentalidad* de prerrogativa universal en los sistemas políticos y legislativos domésticos, transnacionales y supranacionales, históricos y emergentes.

3. Metodología de la investigación

Las bases metodológicas sobre las cuales se fundamenta y desarrolla esta tesis doctoral, asume el derecho como una ciencia a partir de tres perspectivas distintas sobre su naturaleza: *el iusnaturalismo, el positivismo jurídico y la sociología*. Estas perspectivas a su vez difieren en que unas entienden al derecho como ciencia formal, sin contenido material, como lo hace *el iusnaturalismo*² y *el positivismo jurídico*³; mientras que en las

² Para GIRALDO ÁNGEL J., en “Obras completas Jaime Giraldo Ángel”. Universidad de Ibagué, Colombia, 2012, pp. 277 “la visión *iusnaturalista* del derecho implica asumir las normas como universales y absolutas precisamente por su origen que, sea divino o humano, Dios o razón, son asumidos como fundamentos de que todos los seres humanos pueden comprender por igual. Esta es, por supuesto, una posición que entrará en crisis en la posmodernidad, cuando las verdades absolutas, inmanentes y universales dan paso a verdades parciales, contextualizadas y locales. La tensión entre principios universales y normas situadas sigue presente aún en las sociedades contemporáneas”.

³ En el mismo sentido GIRALDO ANGEL J., *óp. cit.*, pp. 77, que “con el *positivismo jurídico*, escuela que se desarrolla a finales del siglo XVIII y principios del XIX, el derecho termina identificándose “con el conjunto de normas que regulan una sociedad en un momento histórico determinado”. Con esta escuela, las normas jurídicas y su cumplimiento se convierten en lo esencial, visión que perdura aún hoy, pues la mayoría de las personas piensan, cuando se habla de derecho, en las normas jurídicas, a pesar de que tal escuela ha sido abandonada.

perspectivas sociológicas⁴ “[...] las palabras que conforman la norma corresponden a la realidad empírica a la cual apuntan”⁵.

En virtud de lo anotado, tiene sentido que en el campo del derecho se lleven a cabo *investigaciones socio jurídicas a la cual se adscribe conceptualmente y en principio esta investigación*⁶, pues la fundamentación y aplicación del derecho no puede en la actualidad encontrarse desligada de una comprensión adecuada de la realidad, de la sociedad y de las instituciones donde este pretende instituirse y respetarse.

A todo lo señalado, debe agregarse también para los efectos del tipo de investigación adoptada para el desarrollo de este trabajo, que el derecho, como lo afirma Odar Tantaleán, se caracteriza por tener cuatro enfoques o dimensiones en su objeto de estudio⁷: *el hecho normativo, el hecho social, el hecho histórico y el aspecto valorativo ético para su legitimidad y justificación*, a partir de los cuales se desarrollan cuatro tipos de investigaciones en el campo del derecho por cada dimensión. Así, está la investigación dogmático-jurídica, el socio jurídico —a partir del cual se orienta este trabajo—, la filosófico-jurídica y la histórico-jurídica.

Desde la convicción científica, que se ha acogido para esta propuesta, el criterio de Elías Díaz⁸ respecto a que un *estudio sociológico-jurídico* puede tratar y abarcar las interrelaciones entre los sistemas normativos jurídicos positivos y los sistemas de legitimidad (sea los valores y las pautas de justicia), con los factores sociales, como son los económicos, políticos, culturales, religiosos, etc. Estas perspectivas, nos conllevan a diversas

⁴ Finaliza advirtiendo GIRALDO ANGEL J., *óp. cit.*, pp. 48, que sin embargo, ambas escuelas del derecho pecan de lo mismo: *desatender la complejidad de la realidad*, en la que no solo participan ideas y cosmovisiones, que además son distintas unas de otras, sino también relaciones, contextos, tradiciones, lenguajes, instituciones, entre otros. Tal vez por esto hoy nos sentimos más cómodos con una idea del derecho que los asume como un *producto social*, que apela a principios y valores que tienen quizás *aspiración de universales*, pero que, sin embargo, atiende a las contingencias y contextos particulares.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Para WITKER J., en la “Investigación jurídica”. McGraw-Hill, México D.F., 1995, pp. 77-78, precisa que la “llamada también investigación sociológico-jurídica, realista-jurídica, empírico-jurídica, material-jurídica, materialista-jurídica o fáctica-jurídica, se encarga del estudio de la funcionalidad del derecho objetivo en la realidad social. La experiencia social a la que llamamos derecho no es solo objeto de estudio de la ciencia del derecho, sino que el fenómeno jurídico también puede ser estudiado, por ejemplo, por el sociólogo, dando lugar a un campo de investigación que se conoce como sociología jurídica”.

⁷ TANTALEÁN ODAR, R. M., “Tipología de las investigaciones jurídicas. Derecho y Cambio Social”, núm 17, 2016, pp. 232-234.

⁸ DIAZ E., “Curso de Filosofía del Derecho”. Barcelona – Madrid, Marcial Pons, 1998, pp.76-78.

*subtipologías investigativas en la esfera sociológica-jurídica*⁹, que colaboran al cumplimiento del objeto de esta tesis, verbigracia en su orden: 1. Investigaciones sobre el grado de eficacia y efectividad de un determinado derecho¹⁰; 2. Investigaciones sobre el sustrato social de un determinado ordenamiento jurídico¹¹; 3. Investigaciones acerca de la influencia efectiva del derecho sobre la realidad social¹² y; 4. Estudios de interrelación entre valores jurídicos y realidad social¹³.

En el mismo orden de argumentos, se hace necesario aclarar para los intereses del proyecto de investigación, que contiene este documento, que desde el paradigma científico del derecho, investigar no sólo conlleva a la búsqueda de conocimientos y a la problematización de los mismos, sino al planteamiento de soluciones a necesidades jurídicas o sociales a partir de su descubrimiento y aplicación. Al respecto, Ángel Latorre Segura indicó¹⁴: “investigar consiste en la búsqueda intencionada de conocimientos o de soluciones a problemas de carácter científico, y que se ha de desarrollar bajo un método con fines de crear un sistema o red de conocimientos que

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Para el profesor DIAZ E., *óp. cit.*, pp. 34, esta subtipología trata, primero, de constatar los posibles desajustes entre el derecho válido y vigente y su eficacia real, examinando las causas de ello, es decir, los motivos por lo que se produce el mayor o menor rechazo de unas u otras normas jurídicas en un determinado grupo social.

¹¹ Según DIAZ E., *óp. cit.*, pp. 56, en esta tipología se evalúan las fuerzas reales y factores sociales de toda clase que están por debajo y por detrás de la creación, conservación, transformación e, incluso, destrucción de un sistema jurídico.

¹² Continúa precisando DIAZ E., *óp. cit.*, pp. 66, que esta modalidad pretende de estudiar la constatación fáctica acerca de las funciones del ordenamiento que se predicen, sea como factor de conservación, de opresión, de cambio, de liberación, etc., o sea, así como se pueden estudiar las causas, fuerzas y factores sociales que generan un derecho vigente, es también posible estudiar los efectos y consecuencias reales de un cierto derecho vigente.

¹³ Para esta tipología, comenta DIAZ E., *óp. cit.*, pp. 70, serían las principales y correlativas áreas de investigación: a) investigaciones acerca de los valores aceptados en una sociedad. Se trata del estudio de los valores jurídicos vividos realmente en una determinada sociedad, y dentro de ella, si lo son de manera mayoritaria o minoritaria según los diferentes sectores, clases o grupos sociales; b) investigaciones sobre el sustrato sociológico de los valores jurídicos también es posible investigar y hacer público el sustrato sociológico, las causas sociales y efectos reales de los valores y principios que inspiran el ordenamiento jurídico vigente. Aquí las críticas pueden hacerse a través de la confrontación con el derecho positivo que alega inspirarse y justificarse en tales valores, a efectos de verificar si está en concordancia o no con ellos; c) investigaciones sobre la influencia que los valores jurídicos pueden ejercer en la realidad social. Estos tipos de estudios se justifican porque hay valores o concepciones del mundo o ideologías que tienden más al inmovilismo social e incluso a la perpetuación y justificación de desigualdades y opresiones tradicionales; mientras que hay otras más abiertas y críticas que ayudan con coherencia y eficacia al cambio social y a la creación de relaciones humanas de una mayor libertad e igualdad.

¹⁴ SEGURA LATORRE, A. “Introducción al Derecho”. I.G. Seix y Barral Hnos., S.A. Séptima edición. España, 1976, pp. 22.

resuelva o diluya los problemas que surgen de la aplicación, en este caso, del Derecho”.

Acotado lo anterior, es imprescindible afirmar, que pese a que en principio hemos dejado claro, la índole socio-jurídica de ese proceso, es innegable también como puede inferirse la *hipótesis fundamental formulada*, la tendencia interdisciplinar y transdisciplinar de la propuesta, significando tal propósito la inevitable adopción de *métodos y técnicas combinadas de investigación* que se han aplicado a este trabajo dentro de los extremos de lo cualitativo y lo cuantitativo¹⁵. De esta forma, nos sustentamos plenamente en los aportes de Selltiz, Wrightsman y Cook¹⁶, para justificar *diseño multimetodológico* acogidos por el autor de la tesis, en este proceso investigativo, cuando declara “se puede afirmar que la actividad investigativa se caracteriza porque con ella se puede emprender una nueva búsqueda sobre algo que ya es conocido, por lo que nunca se partirá de cero. Esto implica que para avanzar en el conocimiento es imprescindible reconocer que no basta con un solo conjunto de estrategias de recolección de información y mucho menos con una única forma de interpretar los datos empíricos. Para dar cuenta del modo como se estructura la realidad y el sentido profundo que tienen de los hechos sociales, se debe recurrir a un diseño multimetodológico, con el fin de garantizar un mejor conocimiento de la realidad social”.

El diseño multimetodológico empleado, implica la alternación de los siguientes métodos, que lleva a esta investigación, sin perjuicio de su esencia socio-jurídica, a los siguientes enfoques, que se reflejan a lo largo de la tesis, caracterizada entonces como una investigación de tipo básica teórico-dogmático con combinación de otros tipos y enfoques:

- Investigación histórica: para reconstruir el pasado de la manera más objetiva y exacta, para evaluar sistemáticamente evidencias que

¹⁵ En relación con el enfoque cuantitativo, en palabras de TAYLOR, S. J. y BOGDAN, R., en “Introducción a los métodos cualitativos de investigación. La búsqueda de significados” Barcelona, Paidós, 1998, pp. 66., tenemos que “partiendo de la idea de que la metodología es el modo como se enfoca el proceso de investigación, se ha definido la indagación científica apoyada en la perspectiva cuantitativa como la forma en la que se busca dar razón “... de los hechos o causas de los fenómenos sociales con independencia de los estados subjetivos de los individuos. Por otro lado, la investigación con un enfoque cualitativo ha sido definida desde el punto de vista fenomenológico, lo que quiere decir que en el proceso investigativo se pretende ante todo “... entender los fenómenos sociales desde la propia perspectiva del actor [...] La realidad que importa es lo que las personas perciben como importante”.

¹⁶ SELLTIZ, C.; WRIGHTSMAN, L. S. y COOK, S. W. “Métodos de investigación en las relaciones sociales”. Madrid, Ediciones Rialp, 1980, pp. 26-30.

permitan obtener conclusiones válidas, a menudo derivadas de la hipótesis.

- Investigación documental: estuvo apoyada en fuentes de carácter documental, de tipo bibliográfico y hemerográfico (la primera se basa en la consulta de libros, la segunda en artículos o ensayos de revistas y periódicos).
- Descriptiva y explicativa: la primera porque se describe de modo sistemático las características del fenómeno, situación o área de interés. y la segunda, se trata de responder o dar cuenta de los porqués del objeto que se investiga.
- Estudio de caso: el método de estudio de caso es una herramienta valiosa de investigación, y su mayor fortaleza radica en que a través del mismo, se mide y registra la conducta de las personas involucradas en el fenómeno estudiado. Es un término, también, utilizado para definir toda una amplia familia de métodos de investigación cuya característica básica es la indagación en torno a un ejemplo.
- Estudio de derecho comparado: es la disciplina que se propone, por medio de la investigación analítica crítica y comparativa, descubrir las semejanzas y diferencias entre los distintos sistemas jurídicos en el mundo. Este método tiene como objeto la confrontación de los sistemas jurídicos de diversos países, para determinar lo que hay de común y diferencial entre ellos y determinar sus causas. Consiste en la aplicación del método comparativo para efectuar estudios comparativos también de la legislación, de la jurisprudencia, de las providencias judiciales o de la costumbre jurídica.
- Análisis jurisprudencial: El análisis jurisprudencial es un espacio de reflexión que se da entre un investigador o intérprete frente a un grupo de sentencias emitidas por las altas cortes o instancias menores dentro de la jerarquía de producción de jurisprudencia en determinado contexto judicial. Dicho análisis indagará por la argumentación que hacen los jueces frente a determinado problema que ha sido propuesto por el investigador y frente al cual se busca encontrar respuestas en forma de fallos judiciales, que permitan al investigador sacar conclusiones frente a cómo se está resolviendo tal problema por parte de los jueces. Este método configura a su vez, otras propuestas metodológicas: a) El análisis de la jurisprudencia

constitucional¹⁷, y b) El análisis de discurso desde la argumentación¹⁸.

- Construcción de líneas jurisprudenciales: La metodología propuesta por Diego López Medina¹⁹, basada en la construcción de líneas jurisprudenciales, donde el operador de justicia va a señalar el recorrido de determinadas decisiones, especialmente de los tribunales o cortes constitucionales sobre un problema jurídico planteado, mediante un seguimiento lógico realizado sobre los eventuales pronunciamientos. Verificando, las variaciones de las diferentes sentencias citadas en torno a un problema jurídico, el ejercicio es susceptible de ser plasmado en un gráfico, permitiendo al investigador identificar la evolución y consistencia del sistema jurídico que se está analizando. La metodología utilizada es holística y humanista. En el primer caso, porque se observa el fenómeno, las cosas y personas desde una perspectiva integral; y respecto a la segunda característica, los métodos mediante los cuales estudiamos a las personas y situaciones, necesariamente influyen sobre el modo en que las vemos.

Dentro del ejercicio de comprensión al problema de investigación, se dieron dos momentos: 1. Tematización interpretativa, reflexión consciente y sistemática de uno o varios aspectos de la vida cotidiana privada o pública de un individuo, grupo u organización, que resultan de interés para la investigación. 2. Tematización generalizadora, donde se buscó relacionar *la teoría sustantiva* construida a partir de los momentos anteriores con *la teoría formal o teoría ya existente* sobre el ámbito de pertinencia de la investigación correspondiente (El momento de la construcción teórica.)

¹⁷ Para LÓPEZ MEDINA D., en su texto “El derecho de los jueces”, 3a. reimp., Bogotá, Legis-Uniandes, Facultad de Derecho, 2002, pp. 77, “el derecho de origen jurisprudencial se desarrolla de manera lenta y progresiva, por lo que es necesario identificar subreglas vigentes en un momento dado”.

¹⁸ Tanto la jurisprudencia de la Corte como la de instancias menores es jurisprudencia que obedece a una actividad de los jueces, en cuanto a la obligación que tienen de justificar sus fallos, esto es, argumentar, y que tales fallos deben ser coherentes y consistentes con los postulados y principios que se derivan del sistema jurídico que encabeza las respectivas constituciones. Partiendo de estos supuestos, todos los fallos son susceptibles de ser analizados teniendo en cuenta el concepto de análisis jurisprudencial que se presenta en este texto. Así, el discurso jurídico se torna especial pues está ligado a un derecho positivo vigente que limita la actividad del juez; de este modo, su especialidad deriva de la justificación de un caso especial de proposiciones normativas: las decisiones jurídicas.

¹⁹ *Ibidem*.

4. Estructura de la investigación

La presente tesis doctoral se divide en cuatro capítulos. Cada capítulo abordará las diferentes problematizaciones y tensiones de los regímenes de control a la libertad y seguridad respecto a la nacionalidad como derecho humano fundamental en América y la Unión Europea, reflexionando sobre el reconocimiento y consolidación de la nacionalidad como derecho fundamental y humano entorno a los sistemas políticos y legislativos señalados, dentro del contexto de la *iusfundamentalidad*, la legitimidad, la validez y la eficacia desde los escenarios y realidades de la Constitucionalización del Derecho Internacional y el Constitucionalismo Supranacional. Formulado de otra manera, la tesis doctoral pretende confrontar los valores y principios conquistados por las líneas argumentativas de la Filosofía del Derecho Constitucional en los últimos tiempos, y el propio Constitucionalismo Democrático, respecto de las realidades políticas, económicas y sociales tanto en América, como en la Unión Europea, que ilegítima y sistemáticamente vulneran y limitan el derecho fundamental de la nacionalidad. Exponiendo, para los efectos del presente documento, desde lo dogmático, teórico y otros referentes empíricos, un marco de propuestas orientadas a liberar tales tensiones, buscando mantener los límites justos entre los regímenes indicados y el derecho fundamental esbozado como eje central del estudio.

Los capítulos se estructuran de la manera siguiente:

El Capítulo I: “Nociones y evolución del derecho a la nacionalidad desde la *iusfundamentalidad*”. Presentará desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho Constitucional, la evolución y desarrollo de las nociones generales de la teoría de los derechos fundamentales; especialmente frente a la expectativa, vigencia y funcionalidad de esta categoría de derechos, buscando proporcionar una justificación política y moral de esta dinámica, sin menospreciar las posibilidades inter y multidisciplinarias del derecho para intentar establecer los alcances y efectos de este proceso, logrando implementar un ejercicio de filosofía moral y política aplicada al fenómeno jurídico constitucional desde lo conceptual e histórico del instituto de la nacionalidad, llegándose finalmente a proponer una mirada reflexiva y comparativa de los antecedentes jurisprudenciales de la nacionalidad como derecho fundamental en el sistema jurídico de la Unión Europea.

El Capítulo II: “Los derechos humanos frente a la incorporación de la legislación internacional en los sistemas jurídicos domésticos: un estudio de caso del sistema constitucional de Colombia en el contexto de la corte americana de derechos humanos”. Ese capítulo acudiendo a la metodología

de estudio de caso²⁰, mediante el análisis de los hechos sociales que promovieron en el caso del régimen doméstico de Colombia, importantes precedentes constitucionales en relación con la recepción de los derechos humanos en ordenamiento político y supralegal de esa nación. El enfoque analítico y metodológico de este capítulo se enfoca en destacar, la formulación de dos temas centrales para explicar históricamente la incorporación del marco normativo internacional de los derechos humanos a los regímenes internos de los países, tomando como referente empírico²¹, el caso de Colombia. El primero de los temas centrales, que se proponen se dirige a establecer si el derecho internacional es susceptible de ser aplicado directamente al sistema jurídico interno, o a contrario sensu si su eventual aplicación y reconocimiento demandan de algún acto especial de recepción o transformación al derecho interno. Y definitivamente, si en el caso de pugna entre los dos sistemas mencionados, cuál de los dos prevalece.

En este mismo escenario de estudio, sin dejar de lado el innegable éxito de los Derechos Humanos en la colectividad internacional y de su paulatino consenso en las codificaciones internas, se desarrollan en este capítulo, dos grandes disyuntivas que son necesarias para abordar en los posteriores capítulos de esta tesis, las tensiones resultantes entre esta categoría de derechos y las decisiones judiciales y políticas adoptadas en función de la influencia de las políticas y medidas internacionales y globalizadas relacionadas con la denominada *seguridad nacional*, en detrimento del

²⁰ Se hace necesario aclarar, que en términos de YACUZZI, E., en los análisis efectuados en su estudio denominado “Estudio de caso como metodología de investigación: teoría, mecanismos causales, validación”. Centro de Estudios de Macroeconomía de Argentina – CEMA-. Serie Documentos de Trabajo. 296, junio de 2005, pp. 66-67, “que tanto el método del caso como los estudios estadísticos y otros enfoques cuantitativos buscan desarrollar teorías con consecuencias verificables empíricamente. Sin embargo, la lógica de la metodología es distinta entre ellos en cuanto a la selección de muestras, la operacionalización de variables y el uso de la inferencia. específicamente, el método del caso propone la generalización y la inferencia “hacia la teoría” y no hacia otros casos”. Disponible en <https://ucema.edu.ar>.

²¹ El referente empírico conceptualmente debe entenderse, conforme los aportes realizados por VIDARTE ASOREY V., en su artículo “El referente empírico”. Contendida en la publicación especial denominada “Hacia la tesis: itinerarios conceptuales y metodológicos para la investigación en comunicación”. Instituto de Investigaciones en Comunicación (IICom) Facultad de Periodismo y Comunicación Social Universidad Nacional de La Plata, 2013, pp. 61-66, como “un existente real independiente de la teoría, de la investigación y de las decisiones del investigador. Pero como las posibilidades de observación de la realidad son infinitas, todo trabajo científico requiere el ejercicio de delimitación del referente empírico o porción de realidad a estudiar. Este ejercicio de delimitación, es una de las primeras prácticas metodológicas en tanto, a partir de la realidad objetiva, el investigador debe establecer qué porción de realidad estudiará y cómo acotarla para volverla asequible en el marco de una investigación científica. Para esto es necesario, en principio, identificar el universo de análisis – también llamado Universo de estudio o Población”. Disponible en <https://perio.unlp.edu>.

reconocimiento de la nacionalidad como un derecho humano fundamental: 1) el principio de prevalencia del interés general frente a los derechos humanos individuales; 2) el respecto de los derechos de la persona, en la medida en que sean compatibles con la realización de esos objetivos de interés general.

El Capítulo III: “La teoría de la seguridad nacional y el derecho fundamental de la nacionalidad entorno a la filosofía del derecho internacional.” Partiendo histórica y filosóficamente en materia política y social desde las cardinales corrientes del pensamiento que categóricamente afirman que la seguridad de los miembros de la sociedad es *la principal razón de existencia del Estado*. Esta sección de la tesis doctoral, particularmente procura presentar a la Doctrina de la Seguridad Nacional, como el principal sistema e instituto políticamente elaborado, que pasa a justificar la competencia central de los Estados, como garantes soberanos de los derechos inalienables de sus ciudadanos, frente a cualquier situación o fenómeno que atente contra este propósito.

El examen precisado contempla a su vez las principales consecuencias cronológicas y contemporáneas de los efectos y alcances de la aplicación de la Doctrina de la Seguridad Nacional, expuestos y examinados mediante referentes empíricos jurídicos y sociales, que se configuran en emergentes sistemas políticos y transnacionales de abusos y arbitrariedades sistemáticas a los derechos humanos y fundamentales, con énfasis en la nacionalidad. Permitiendo inferir, como eventual mecanismo para la liberación de este tipo de tensiones, la necesaria implementación y vigencia de una sujeción concertada en la conducta de los estados a normas morales, que avale el orden y respeto irrestricto al sistema internacional para convertirlo en una verdadera comunidad de naciones.

Las reflexiones y criterios de este capítulo son finiquitados mediante la argumentación de los elementos de la Seguridad Nacional como doctrina, y sus relaciones con el Estado Constitucional de Derecho, facilitando dilucidar que las diversas normas sobre seguridad nacional que emita un Estado deben adecuarse a los criterios de estos derechos y principios constitucionales, llevándonos a considerar que en caso contrario, no existirá una legítima unidad y un solo sentido en el ordenamiento jurídico respectivo.

El Capítulo IV: “La Constitucionalización del Derecho Internacional: desde la filosofía del derecho constitucional como propuesta para liberar las tensiones y mantener los límites justos entre los regímenes de control a la libertad y la seguridad y el derecho fundamental a la nacionalidad”. El capítulo final de esta tesis doctoral, que configura el *culmen* de este proceso

de investigación, inicia proponiendo que la integración regional es un fenómeno que se presenta en todas las naciones modernas y que pone en jaque los sistemas jurídicos y constitucionales *tradicionales*, implicando romper con anticuados modelos tales como la soberanía nacional y la supremacía constitucional y sustituirlos, dentro del mismo texto constitucional, por intuiciones como el Poder Integrador y la Apertura constitucional. Solamente de esta manera, el tránsito hacia la integración podrá ser armónico y las Constituciones nacionales podrán seguir guardando su vigencia y jerarquía normativa.

Este acápite de la tesis, se encuentra caracterizado por el desarrollo y sustentación de los distintos fundamentos teóricos en torno a la Filosofía del Derecho Constitucional, a los cuales el criterio del autor de este trabajo se vincula decididamente, con la finalidad de aportar alternativas de solución desde lo hipotético *al problema central de investigación* de este trabajo. Es decir, en esta sección de la propuesta de investigación, se destacan los argumentos que a lo largo de sus capítulos construyeron su *hilo conductor*, que *en una primera fase*, lo constituye la articulación del dialogo trilemático, esto es, desde las dimensiones de la sociología jurídica y la teoría política de Max Weber (legitimidad), la teoría jurídica de Hans Kelsen y Herbert L.A. Hart (validez), y el estructuralismo y la sociología funcional de Talcott Parsons, Michel Foucault y Jean Francoise Lyotard (eficacia).

En una *segunda fase*, la elaborada categoría del estado democrático de derecho de Jürgen Habermas, que balancea la relación entre las tres dimensiones anotadas, logrando mostrar su complementariedad e interdependencia recíproca, pero manteniendo la diferenciación entre cada una de ellas. Para una *tercera fase*, se plantea un tercer núcleo temático la *interpretación constitucional de los derechos fundamentales y los derechos humanos*. Tomando como punto de apoyo las conclusiones de Robert Alexy, quien distingue entre “derechos fundamentales”, como derechos reconocidos en la Constitución, y “derechos humanos”, como condiciones subjetivas reconocidas en los pactos, y en la existencia de instancias supranacionales encargadas de la tutela de estos últimos, donde es usual diferenciar los criterios de interpretación de los derechos humanos de los que corresponden a los derechos fundamentales.

Los argumentos del capítulo final de esta tesis, terminan en la adopción metodológica de un *marco teórico articulado*²², permitiendo propugnar el

²² Esta metodología debe ser asimilada con la identificación, conexión o complementariedad de aquellas teorías y conceptos, que configuran el marco teórico central que dan soporte explicativo a los hallazgos de la investigación, permitiendo un cuerpo de comprensión de

reconocimiento de una *Constitucionalización del Derecho Internacional*, desde la tesis de *Habermas* admitiendo la necesidad de superar los déficit de legitimidad de las estructural políticas supranacionales, pasando a identificar las reales funciones de las constituciones supranacionales sugerida por *Neil McCormick*, para terminar formulando importantes tendencias de la interpretación constitucional de los derechos fundamentales -enfocados a la nacionalidad o ciudadanía-, en estados donde deben tener vigencia modelos hermenéuticos de evolución aplicativa de la carta política beneficiando *la moralidad constitucional*, conforme los enunciados de *Waluchow*, y la vigencia de instituciones, con miras a la protección *de los derechos y al establecimiento de garantías* para su tutela, de acuerdo *Ferrajoli*.

los elementos encontrados. Debe mencionarse que la relación entre teoría y método es importante en la validación y análisis de la información recopilada.

CAPÍTULO I

NOCIONES Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA NACIONALIDAD DESDE LA IUSFUNDAMENTALIDAD

“La falta de adaptación de la legislación interna a las obligaciones internacionales- cuando ello es necesario- genera la responsabilidad internacional del Estado” (...) los derechos fundamentales, por ser los más vulnerables, requieren un mayor vigor operacional para alcanzar efectiva vigencia sociológica, por ende, en el plano interno -que es en el que se los materializa en última instancia- se fortalece la fuerza normativa de la Constitución que los alberga, cuando el Derecho Internacional “acude en su auxilio a título de cobertura subsidiaria”

Bidart Campos, Germán J.: El Derecho Constitucional, pp.458.

1.1. Nociones generales de una teoría de los derechos fundamentales: en el contexto de una filosofía del derecho constitucional continental

Cualquier intento dogmático y pragmático de abordar el origen, naturaleza, desarrollo y vigencia de una *Teoría de los Derechos Fundamentales*, debe necesariamente partir en la actualidad de una corriente científica que vertiginosamente ha ido adquiriendo un importante respaldo y consolidación, en virtud de *las problemáticas filosóficas que surgen de los temas fundamentales del Derecho Constitucional*²³. En la perspectiva, identificada por Fabra²⁴, cuestionamientos tales como: “¿Qué es una Constitución?, ¿Cuándo es legítima?, ¿Qué tipo de normas tiene una

²³ Desde los aportes realizados por WALUCHOW W. J., efectuados en el capítulo 52. “Filosofía del Derecho Constitucional: versión anglosajona”, de la obra titulada “Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho” de los editores FABRA ZAMORA J. L. y SPECTOR E. Volumen tres, 2015, pp. 176, disponible en <https://biblio.juridicas.unam>. Precisa sobre el particular este autor, advirtiendo que el surgimiento de una Filosofía del Derecho Constitucional, surge de las propias necesidades interpretativas de las constituciones en los siguientes términos: “Como hemos visto, existe algo más en la Constitución que el Derecho Constitucional. También hemos visto que las normas constitucionales no requieren de reglas escritas. A pesar de estas observaciones importantes deben reconocerse dos hechos: (1) la gran mayoría de los casos tratan de preguntas del Derecho Constitucional, y (2) las constituciones modernas consisten primariamente de documentos escritos. En consecuencia, los casos constitucionales a menudo generan disputas teóricas relacionadas con el enfoque adecuado a la interpretación de documentos escritos, enfatizando, por supuesto, el papel especial que las constituciones juegan en la definición y limitación de la autoridad y los poderes del gobierno”.

²⁴ FABRA ZAMORA J. L., “Filosofía del Derecho Constitucional. *cuestiones fundamentales*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones jurídicas. Serie versiones de autor. 2005, núm. 4, pp. 1-13.

Constitución?, ¿Es solo posible pensar en la existencia de unas constituciones o normas constitucionales dentro y fuera del Estado-nación?, ¿Se puede hablar hoy de un constitucionalismo transnacional o incluso global?” Es entonces, el abordaje científico de esta serie de cuestionamientos y otros núcleos problemáticos relacionados del cual se vienen ocupando significativos filósofos, teóricos y juristas realmente interesados por presentar una novedosa visión revitalizadora de la índole de la naturaleza del derecho y el Estado, lo que ha conllevado a demarcar estos escenarios bajo la denominación de una filosofía del Derecho Constitucional, especialmente frente a la expectativa y vigencia de derechos fundamentales²⁵.

Retomando las precisiones del antedicho autor, es conveniente dentro de estas generalidades establecer que la filosofía del Derecho Constitucional es, “en primer sentido, un ejercicio de elucidación conceptual y, en el segundo sentido, un ejercicio de filosofía moral y política aplicada al fenómeno jurídico constitucional²⁶.” De esa manera, nos valdremos de la reflexión filosófica en el Derecho Constitucional y sus líneas argumentativas, buscando elaborar respuestas a los conceptos fundamentales del derecho constitucional y proporcionar una *justificación política y moral sin menospreciar las posibilidades inter y multidisciplinarias del derecho*, para intentar establecer los alcances y efectos de los derechos fundamentales. Concibiéndolo, desde otra perspectiva la utilización de las doctrinas elaboradas por los filósofos del derecho permiten ahondar en el estudio y comprensión más profunda de los fenómenos constitucionales²⁷.

²⁵ En relación a la existencia y vigencia de los derechos fundamentales y el surgimiento de la filosofía del derecho constitucional, ANZOÁTEGUI ROIG F. J., en su estudio titulado “La relación entre los derechos fundamentales y el Estado de Derecho: dimensiones y consecuencias. Anuario de filosofía del derecho. 2006, pp. 34, advierte, que “la presencia de normas de derechos fundamentales en un Ordenamiento como el del Estado de Derecho tiene muy diversas consecuencias. (...) En primer lugar, dicha presencia es el núcleo del proceso de constitucionalización del derecho natural, al que han aludido entre otros, Luigi Ferrajoli o Jürgen Habermas. Si todo Ordenamiento jurídico asume una determinada concepción de la moralidad, lo cierto es que aquella vinculada al Estado de Derecho es la que se expresa a través de los derechos fundamentales y los valores y principios relacionados o derivados de ellos. Esa moralidad es especialmente relevante desde la perspectiva de las sociedades democráticas, desde el momento en que se identifica como dimensiones y contenidos considerados básicos en relación con un determinado modelo de convivencia. Sin esos contenidos, el modelo deja de ser reconocible como tal; en efecto, parece difícilmente identificable como Estado de Derecho un sistema jurídico-político democrático que no reconozca, proteja y garantice derechos fundamentales, y que consiguientemente no organice de acuerdo con éstos, un cierto modelo de convivencia”.

²⁶ *Ibidem*, pp. 2.

²⁷ Dentro de la óptica planteada por FABRA J.L., *óp. cit.*, pp. 38, nos identificamos plenamente, con las diferencias que desde lo disciplinar, el autor realiza respecto a las concepciones del filósofo del derecho constitucional, el dogmático jurídico y el teórico

Todo lo anterior atiende, a que precisamente el derecho constitucional moderno aparece en su conjunto, como una herramienta al servicio de un propósito, conseguir un *poder político eficaz* para el logro de los objetivos comunitarios, pero, a la vez, limitado, previsible y respetuoso de los derechos de los ciudadanos y de los grupos sociales que integran el estado²⁸.

De otra parte, al habernos decidido acuñar la alocución “filosofía del Derecho Constitucional Continental” hemos intentado solo retomar distintos trabajos analíticos seriamente justificados, que sobre el tema nos anteceden, para referirse fundamentalmente a las doctrinas y autores tanto europeos y anglosajones, como en el ambiente continental europeo y por extensión en algunos casos latinoamericano. La formulación de estos estudios, permiten con claridad concluir en favor de *la vigencia y actualidad de una filosofía del derecho constitucional*, que los politólogos adoptan el punto de vista externo, que toma en cuenta la interacción causal entre el funcionamiento institucional y otros procesos sociales²⁹. Los filósofos

tradicional. Sobre el particular indica “el teórico tradicional a menudo se limita a utilizar las herramientas de la ciencia jurídica para proporcionar una lectura coherente y sistemática del documento constitucional y de los pensamientos judiciales en una jurisdicción particular. El filósofo, por otra parte se aproxima al problema constitucional desde dos perspectivas, a saber, analítica, es decir intentando proporcionar una explicación de los conceptos y la naturaleza de nuestras instituciones constitucionales que es previa a todo intento de teorización sobre ellas, y normativa, es decir, tratando de comprender los principios y valores morales y políticos subyacentes que informan nuestras instituciones constitucionales. En otras palabras, mientras la tarea del teórico tradicional es explicar en qué medida un sistema particular es coherente y sistemático, la tarea del filósofo consiste en explicar los conceptos fundamentales del derecho constitucional y proporcionar su justificación política y moral”.

²⁸ Lo que significa en términos ALFONSO S., en su análisis denominado “Relaciones entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho.” La Gaceta Jurídica. Capítulo I. “En las fronteras entre el Derecho constitucional y la filosofía del Derecho.” Consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales. 2013, pp. 47, que “Para que esa finalidad sea posible desarrolla serie de técnicas e instituciones jurídicas que facilitan su consecución, la existencia de una constitución rígida con la correspondiente separación entre el poder constituyente extraordinario y los poderes constituidos ordinarios; el control de constitucionalidad a cargo de uno de los poderes constituidos que asegure la supremacía constitucional.”

²⁹ Para VILAJOSANA J. M., en la posición asumida en el artículo “La construcción social de la realidad jurídica”, de la Revista de Ciencias Sociales No. 22: Prisma Social núm. 4, 2010, pp. 45-46, señala que “un punto en el que el objeto de estudio de la teoría general del derecho y de una teoría sociológica del derecho tiende a converger es el que se refiere a la determinación de las condiciones de existencia del derecho, entendido como fenómeno social. En efecto, pocas dudas caben acerca de que el derecho es un fenómeno social. Una forma de expresar esta idea es que, de algún modo que habrá que clarificar, el derecho depende de hechos sociales. Sin embargo, en la literatura sobre la relación entre hechos sociales y derecho se puede apreciar una gran variedad terminológica y de contenido. Únicamente con la intención de ofrecer una muestra representativa de la teoría contemporánea, cabe mencionar algunas definiciones que pretenden recoger intuiciones parecidas”.

políticos se ocupan de los valores que justifican la adopción de decisión y de sus limitaciones en función de ciertos derechos, y como tales valores que reflejan o no instituciones vigentes. Cada uno de estos enfoques, logran pese a sus esfuerzos, ignorar lo otros, produciendo una visión parcial o a veces distorsionada del fenómeno constitucional³⁰.

Así las cosas, Filosofía del Derecho Constitucional integra la Filosofía del Derecho y las múltiples nociones iusfilosóficas influirán en el modo de concebir y operar el derecho constitucional³¹. En ese contexto, se hace relevante también reconocer la aparición de las constituciones modernas, con la característica particular del control de constitucionalidad, ha supuesto una profunda transformación del sistema y de la praxis jurídica con un determinante impacto en las doctrinas iusfilosóficas que intentan detallar, entender, criticar y defender estas realidades. Por estas potísimas razones constitucionalismo y filosofía del derecho son esferas que se atraen y se reclaman mutuamente.

1.2. Aproximaciones a una teoría de los derechos fundamentales en el escenario del constitucionalismo democrático.

Asumida la identidad y pertinencia de la una Filosofía del Derecho Constitucional para el estudio que hemos decidido abordar, rama que puede permitimos, como ya precisamos anteriormente, asumir el objeto y alcance de las “*múltiples nociones iusfilosóficas que influirán en el modo de concebir y operar el derecho constitucional*” en lo concerniente a su pragmatismo, legitimidad y moralidad.³² Se hace apenas necesario, justificar a partir de

³⁰ NIÑO S. C., Fundamentos del derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politólogo de la práctica constitucional. Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Buenos Aires, 1992, pp. 67-80.

³¹ Para SANTIAGO A. en las reflexiones tituladas “Filosofía del Derecho Constitucional: perspectiva continental”. Capítulo 51 de la obra “Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho” de los editores FABRA ZAMORA J. L. y SPECTOR E. Volumen tres, 2015, pp. 136-193, disponible en <https://biblio.juridicas.unam>. El autor, ofrece un claro objeto de la Filosofía del Derecho Constitucional con estas precisiones desde el enfoque de la perspectiva continental “La Filosofía del Derecho Constitucional hasta nuestro día, especialmente si se le considera desde una perspectiva continental, es fundamentalmente la que corresponde y analiza el fenómeno de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos y que mas reciente ha en llamarse “NEOCONSTITUCIONALISMO”.

³² Al referirse a la noción de moral, necesariamente se está haciendo especial alusión a los ámbitos de relaciones entre el derecho y la moral, que actualizan la relevancia de la filosofía moral para el derecho. En el ámbito de la definición del derecho, las nuevas formulaciones del positivismo proponen repensar el concepto de derecho a partir de sus remisiones a la moral, introduciendo así en el seno del derecho el razonamiento en torno a valores. Dicho de otra manera, el llamado *soft positivism* –utilizando de forma genérica la terminología que acuñara Hart– señala la presencia en el derecho de preceptos morales que a su vez introducirían en el derecho el razonamiento propiamente moral. Para ver de qué manera se produce esta remisión del razonamiento jurídico al razonamiento moral se hace necesario distinguir, en primer lugar, entre los distintos tipos de positivismo incluyente o

este paradigma la vigencia de una teoría de los derechos fundamentales, respecto a los *estados morales*³³, considerados como aquellos por respetar plenamente los llamados derechos morales.

El inconsciente colectivo de la humanidad³⁴, esto es la memoria colectiva que históricamente hemos venido acumulando, hacen que al tratar de rememorar sobre las nociones de democracia vengan automáticamente a nuestra mente imágenes relacionadas con los partidos políticos, las campañas electorales, la publicidad que hacen los candidatos, la jornada electoral, el conteo de votos, el trabajo de los diputados y senadores, sin dejar de lado los momentos históricos desde Grecia a la actualidad que presentan su instauración como etimológicamente es concebida "*el gobierno del pueblo*" En su uso actual, la palabra "democracia" está muy relacionada con la *democracia liberal* que es una forma de gobierno que consiste en una democracia representativa donde la capacidad de los representantes electos para la toma de decisiones políticas se encuentra sujeta al Estado de derecho y se modera mediante una Constitución³⁵. Al igual que la

incorporacionista a que ha dado lugar la teoría filosófico-jurídica. No se abordará aquí esta cuestión de manera acabada, ya que el debate en este punto se ha ramificado lo suficiente como para formar una familia sumamente extensa de «positivismos» 7. Se hará referencia de manera muy sintética solo a algunas de estas manifestaciones, con el propósito de indicar cómo dicho debate ha dado entrada a importantes cuestiones de fundamentación y argumentación moral, sin las cuales no parece posible repensar el derecho.

³³ TESON F.R., en las revisiones efectuadas en el capítulo 61. "Filosofía del Derecho Internacional" de la obra "Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho" de los editores FABRA ZAMORA J. L. y SPECTOR E. Volumen tres, 2015, pp. 210- 216. Disponible en <https://biblio.juridicas.unam> expone sobre la legitimidad moral de los Estados "La teoría rawlsiana a considera legítimo a cualquier estado que satisfaga una medida mínima de "decencia" moral. Para la posición Kantiana, solo las democracias liberales son legítimas. Finalmente la tesis lockeana solamente los estados que respetan plenamente los derechos morales de los individuos son legítimos".

³⁴ El término inconsciente colectivo fue acuñado por el médico y psiquiatra suizo JUNG C. G. en 1916 y lo utilizó para referirse a la memoria de la humanidad que poseemos cada ser humano. Jung fue fundador de su propia escuela psicológica de la personalidad a la que denominó psicología analítica o psicología profunda. Esto es, por medio del inconsciente colectivo nos comportamos de acuerdo a lo que hemos venido heredando de generaciones anteriores, como el resultado de momentos emocionales que ha vivido la humanidad y que no forman parte de la conciencia personal. (Gamaliel del Real Chávez "El inconsciente colectivo del mexicano y la política". Revista perfiles disponible en <http://revistaperfiles.org>.

³⁵ Respecto a la dinámica de la democracia liberal, LAFONT C., Al tratar de responder en su juicioso examen científico, el cuestionamiento con el cual titula el artículo "¿Es coherente el ideal de la democracia deliberativa? En Cuadernos de Investigación. La democracia deliberativa a debate". Universidad EAFIT, Medellín- Colombia. Núm. 32. 2011, pp. 36. Disponible en: <http://www.eafit.edu.co>. Concluye que "Los procedimientos de toma de decisiones políticas deben ser tanto democráticos como deliberativos. Pero dado que no todos los procedimientos deliberativos son también democráticos y viceversa, la posibilidad de una colisión entre los componentes deliberativo y democrático del ideal no puede ser desestimada a priori. Es decir, dependiendo de la forma en la que se interprete y justifique cada componente, podría resultar que los mejores procedimientos para la toma de

democracia representativa, la democracia liberal reconoce que los ciudadanos ostentan la soberanía. A diferencia de ella, la democracia liberal amplía una serie de condiciones adicionales, como la división de poderes, el control del funcionamiento formal del gobierno, la libertad de expresión, de prensa y de asociación y el respeto al derecho de las minorías.

Dentro de esta dinámica de evolución política, social y jurídica, surgen los denominados *regímenes democráticos contemporáneos*, que se caracterizan como “democracias constitucionales”. Es decir, se trata de una forma de organización política que intenta ser democrática y que para lograrlo se dota de un texto jurídico que tiene la máxima jerarquía normativa, llamado Constitución, el cual recoge en un nivel muy general las decisiones básicas de una determinada comunidad política.

En el desarrollo de esta categoría de regímenes, las *cartas constitucionales* progresivamente fueron incorporando otra naturaleza de contenidos en sus estructuras (verbigracia, temáticas relativas a la economía, al régimen de responsabilidades de los funcionarios, a los aspectos territoriales, las libertades individuales y colectivas, entre otras), sin perder de vista *los fundamentos básicos y articulación de los derechos fundamentales* de las personas, así como la segmentación de soberanía y la jurisdicción. De esa forma, las reglas básicas de funcionamiento de la democracia han sido plasmadas de forma expresa en la Constitución, esta sistematización de contenidos, ha permitido reformular y dignificar la manera en cómo se deduce la significación misma de democracia, por un lado debido a la adherencia de una relación de derechos humanos, como *dimensión sustancial* al sistema democrático, llegándose de esa manera a establecer mandatos, que demarcan los límites de la autoridad en el ejercicio del poder en todos sus niveles.

Los análisis expuestos por Carbonell³⁶, logran con amplia claridad explicar las importantes y concluyentes relaciones entre los institutos: *democracia, constitución, derechos humanos y derechos fundamentales*, valiéndose para ello del concepto “*juridificar*” indicándonos que: “Los derechos humanos son la expresión de valores tan democráticos como la igualdad, la libertad, la seguridad jurídica, los derechos de los pueblos, la tolerancia religiosa, etcétera. Al establecer en la Constitución una lista de derechos fundamentales, lo que en realidad estamos haciendo es “*juridificar*” la democracia: darle forma jurídica y otorgarle de esa manera sustancia y

decisiones a partir de un punto de vista puramente deliberativo, no sean particularmente democráticos o que los mejores procedimientos de toma de decisiones desde un punto de vista democrático, no sean particularmente deliberativos”.

³⁶ CARBONELL C., “Derechos fundamentales y democracia”. Primera edición. Instituto Federal Electoral México, D. F. 2013, pp. 76-101.

contenido. De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que los conceptos de democracia y de constitucionalismo se nutren recíprocamente y depende uno de otro. El constitucionalismo juridifica la democracia y le da forma expresa a través de la normatividad jurídica. La democracia, por su parte, es el régimen que hace posible que se materialicen en la práctica los valores de libertad, igualdad y seguridad jurídica que conforman la columna vertebral del constitucionalismo.”

Así las cosas, el constitucionalismo pasa a *juridificar* la democracia, matizándola directamente por medio de la normatividad jurídica. La democracia, a su vez, es el régimen que hace viable a que se realicen en la práctica los valores de libertad, igualdad y seguridad jurídica, sustentando la matriz del constitucionalismo. Por tanto, es posible inferir, que La democracia constitucional, se proyecta como un esquema de gobierno que articula y sistematiza, compendios formales y sustanciales.

Solo desde la óptica expuesta, puede asegurarse que *los derechos fundamentales* son límites frente al poder de decisión que tiene una mayoría social que ocupe transitoriamente los poderes públicos representativos. El respeto a la autonomía de todos, que es uno de los valores más importantes que tutelan los derechos fundamentales, exige que la mayoría no traspase los límites y vínculos que fijan los derechos fundamentales. En esto se muestra con claridad la confluencia entre Constitución y democracia, una confluencia que desde luego puede generar tensiones y dilemas, pero que ofrece innegables ventajas para el desarrollo de los proyectos de vida de todas las personas que estén en el territorio de los estados constitucionales contemporáneos.

Realmente, es importante anotar que la adopción del constitucionalismo desde entonces hasta nuestros días, entraría a representar el resarcimiento del *iusnaturalismo* frente al *positivismo jurídico*, significando la ostensible diferencia existente entre aquellos sistemas de gobierno donde en ausencia de *cartas políticas rígidas* se confiaba únicamente a la forma de producción de las leyes, sin tener presente la relevancia de sus contenidos, como criterio de existencia y validez. El constitucionalismo jurídico a contrario *sensu*, condiciona la validez de las leyes a la esencia de las decisiones en función a la coherencia de sus “contenidos” con los postulados de justicia estipulados por las constituciones.

Esta transición y sus distintas caracterizaciones y percepciones teóricas del constitucionalismo han sido sintéticamente enunciadas y clasificadas por Luigi Ferrajoli³⁷ en esta forma: “A la dimensión “nomodinámica” como lo ha

³⁷ FERRAJOLI L., “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”. 1995. Editorial Trotta, pp. 934.

llamado Hans Kelsen, y a la mera racionalidad formal como lo ha llamado Max Weber, del primer juspositivismo, que llamaré “formalista” se han agregado así una dimensión “nomoestática” y una “racionalidad sustancial” que ciertamente evoca los rasgos del viejo iusnaturalismo”.

Dentro de la precedente perspectiva, al cual este importante científico del derecho hace mención, en el mismo análisis, el autor vuelve a formular la necesidad de invertir esta tesis, advirtiendo que tanto la dimensión nomoestática como la racionalidad sustancial incorporadas en el derecho por las constituciones rígidas encuentran en estas últimas su fundamentación legal. Dentro de este horizonte de análisis, el constitucionalismo puede bien ser configurado como *un complemento del positivismo jurídico*³⁸. Estas conclusiones, vienen a ratificar la tesis de la juridificación de la democracia.

Hasta este punto, es posible comprender como el *constitucionalismo contemporáneo*³⁹ constituye un mecanismo que pretende conciliar dos nociones básicas de nuestra gramática jurídico-política: *derechos fundamentales y democracia*. Los primeros tienden a satisfacer una función de límites frente al poder. Son indispensables para que los individuos gocen de cierto grado de autonomía. La segunda se refiere, básicamente, a un método de toma de decisiones basado en el principio de mayoría. Sin embargo, no está clara la forma en que se articulan ambas exigencias (tendencialmente divergentes). Prieto Sanchis⁴⁰ establece algunas características dentro del constitucionalismo contemporáneo destacando entre estas “el predominio de los principios sobre las reglas, el empleo frecuente de la técnica de la ponderación, la presencia relevante y activa de los jueces por encima de los legisladores, el reconocimiento del pluralismo”

³⁸ Según FERRAJOL L, en su obra “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2005, pp. 67, con estas palabras el derecho positivo” disciplina positivamente no sólo las condiciones formales de existencia de la norma, que dependen de la correspondencia empírica entre su forma y las normas formales sobre su producción, sino también las condiciones sustanciales de su validez, claramente, en este sentido el constitucionalismo, en vez de constituir el debilitamiento del positivismo jurídico o su contaminación iusnaturalista, representa en reforzamiento, por decirlo así de algún modo, representa el positivismo jurídico, en su forma más extrema y acabada”.

³⁹ El Constitucionalismo contemporáneo surge de dos modelos constitucionales como es el norteamericano y el europeo, ya que en el primero lo fundamental dentro de su constitución es que los individuos lleven a cabo sus vidas dentro del marco de un estado que es neutral mientras que en el segundo el fin de la constitución es netamente político y busca la transformación social y política con el objetivo de alegar valores como la libertad y la democracia.

⁴⁰ PIETRO SANCHIS L., ofrece estos determinantes comentarios en su obra “Neo constitucionalismo y Ponderación Judicial”, edición Miguel Carbonell, Madrid, 2005, pp. 34-35.

Así las cosas, la tesis del Constitucionalismo Contemporáneo⁴¹ se encuentra soportada en el argumento central llamado “*moral de los derechos*”, donde el ser humano debe actuar como un individuo racional, y en consecuencia asumirlo viviendo en un régimen de democracia representativa, de tal manera que logre asegurar a todos las mismas posibilidades sin exclusión y avalando con esto el desarrollo de la autonomía, apareciendo también en la misma ruta, los tribunales constitucionales, como aquellos órganos cuya su misión es la defensa de la constitución; estimulando a que *los derechos fundamentales se transforman en principios superiores*, determinando que ellos no son solamente derechos de defensa frente al estado, sino que le son atribuibles un contenido esencial y estos derechos fundamentales no solo se terminan en el derecho público sino que también cumplen un roll importante en el derecho privado, bajo la trascendental perspectiva que el poder público tiende a garantizar la efectividad de las normas fundamentales.

Puede afirmarse sin temor a equivocarnos, la vigencia de un asentimiento en que *los derechos fundamentales están vinculados con la noción de libertad*. Lo que no aparece registrado con contundente claridad en este discurso, es la manera en como debe ser entendida la noción de libertad o cuál es su relación con otros bienes o valores reconocidos jurídicamente. Esta antigua discusión, continúa en su actual caracterización. Tradicionalmente, los derechos fundamentales han sido considerados esferas en los que los sujetos pueden expresar libremente su voluntad⁴² ámbitos frente al Estado que los resguardan de su interferencia o coacción. No obstante, en el constitucionalismo contemporáneo es frecuente

⁴¹ Enfatiza RUBIO LLORENTE F., en sus reflexiones sobre “El constitucionalismo contemporáneo”. Revista Española de Derecho Constitucional núm. 28, septiembrediciembre de 2015, pp. 371-387, que lo que da sentido al debate sobre el constitucionalismo contemporáneo es la necesidad de dar respuesta, tanto en el plano descriptivo como en el normativo, a una realidad en la que, si bien el planeta entero está dividido en estados nacionales, éstos «ejercen una parte significativa y cada vez mayor de su poder a través de acuerdos internacionales o transnacionales que escapan al control de la Constituciones nacionales». Esta realidad nueva es producto de un proceso de cambios iniciado tras la Segunda Guerra Mundial y acelerado a partir del último cuarto del pasado siglo en el que cabe distinguir dos aspectos distintos. Hay, de una parte, modificaciones del Derecho Internacional Público, tanto convencional como común, deliberadamente dirigidas a reducir la soberanía de los Estados en aras de la paz y la garantía de los derechos. De la otra, cambios profundos en el modo de concebir y llevar a la práctica la relación entre política y economía producidos con pocas diferencias de tiempo en el orden interno de muchos Estados, en algunos de ellos de manera plenamente autónoma, en otros no sin presión exterior, a consecuencia de los cuales el poder del Estado se desplaza hacia el exterior para ser ejercido en común con otros Estados o incluso entes privados.

⁴² HABERMAS J., “Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso” [1992], 5a. ed., trad. M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 2008, pp. 147.

asignarles una función “objetiva”. E-W. Böckenförde, por ejemplo, señala que también posee una dimensión de *normas objetivas de principio o decisiones axiológicas* que tienen validez para todos los ámbitos del derecho⁴³.

Lo vital y trascendente de estas visiones, se encuentra en el hecho de asumir para el objeto de nuestro estudio, que los derechos fundamentales y su connotación teórica desde los filosófico, lo político y lo jurídico, y de paso lo moral para lleguen a convertirse en verdaderos *criterios de ordenación para todo el sistema y normas constitucionales de máxima jerarquía*, merecedores de garantía con independencia de que exista, o no, pretensión individual⁴⁴. Dicho de otra forma, con la tendencia objetiva adquirirán una cualificación de “valor” o se asumirá que tienen un carácter “institucional⁴⁵” que están al servicio de determinados fines, lo que va implicar que el Estado asuma determinadas obligaciones para llevar a cabo todo aquello que sirva a su efectiva observancia, alcanzado neutralizar cualquier decisión o disposición en contrario de los poderes públicos, convirtiéndose en “*criterios de validez*”⁴⁶.

1.3. Los modelos de los derechos fundamentales

La vigencia y operatividad de una teoría de los derechos fundamentales han alcanzado, paulatinamente, una jerarquía determinante para los regímenes demócratas recientes de occidente. Esta realidad, tuvo como mayor momento de intensificación a la Segunda Guerra Mundial, consolidándose desde ese periodo un fenómeno peculiar, del cual ya hemos realizado profusa mención llamado “constitucionalismo contemporáneo”⁴⁷. Como ya

⁴³ BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG, “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, escritos sobre derechos fundamentales, trad. de J. Requejo e I. Villaverde, Nomos, Baden-Baden, 1993, pp. 95-131.

⁴⁴ HESSE K., “Significado de los derechos fundamentales”, Benda, Ernst et al., Manual de derecho constitucional, trad. de A. López Pina, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 83-115. En sentido similar, Francisco Fernández Segado (“La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, REDC, núm. 19, 1993).

⁴⁵ Uno de los autores que más ha insistido en ello, es HÄBERLE P. Por ejemplo en: “Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania”, trad. de L. Parejo, en Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, núm. 1, 1993, pp. 149-167, particularmente, pp. 153 y 154.

⁴⁶ PRIETO SANCHIS, L., “Consecuencias de la constitucionalización de los derechos”, Estudios sobre derechos fundamentales, Madrid, Debate, 1990, pp. 114-115. Una vez convertidos en obligaciones estatales, se precisa también la aparición de mecanismos de garantía, de procedimientos que los hagan eficaces.

⁴⁷ El concepto de constitucionalismo contemporáneo en anotaciones efectuadas por BARRIOS GONZÁLEZ B., en su obra “Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, de la justicia de reglas a la justicia de principios”. Universidad Autónoma DE Tlaxcala, México 2016, pp. 111, implica concebir “la igualdad como un principio y un derecho. En cuanto el principio se expresa en el mandato contentivo de orden universal que dice que todas las personas y ciudadanos somos iguales en derechos y deberes; lo cual implica un

también se examinó, este novedoso paradigma gravita en torno a dos ideas primordiales. La primera, de carácter jurídico, sustenta que los derechos fundamentales tienen fuerza normativa. Significando, que estos son aplicables o garantizados por una jurisdicción sin necesidad de mediación legislativa, dejando de ser meras proclamas o “*lirica constitucional*”⁴⁸. La segunda, que también es política, ve en este constitucionalismo la concurrencia del modelo de derechos norteamericano con el modelo francés. La Constitución entendida, al mismo tiempo, como “norma fundamental de garantía” y “norma directiva fundamental”⁴⁹.

El marco referencial antes indicado, nos conlleva indefectiblemente a identificar las distintas teorías de derechos fundamentales propuestas por autores como E-W. Böckenförde, en las cuales, a excepción de la liberal, los derechos fundamentales se impregnan de contenido “objetivo”. En consecuencia, para la “teoría institucional” los derechos fundamentales no tienen preponderantemente el carácter de derechos de defensa con respecto al Estado para el fortalecimiento de un ámbito de libertad individual y social de las personas, sino la naturaleza de principios objetivos de ordenación de ámbitos vitales por ellos protegidos⁵⁰. En la “teoría axiológica” los derechos componen un “orden objetivo de valores”, según los desarrollos de R.

deber de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades en la aplicación de la ley, pero que también vincula al legislador cuando configura y crea el derecho y establece el ordenamiento jurídico necesario para fijar las políticas públicas, porque al establecer derecho u obligaciones a las personas y los ciudadanos define la forma del Estado y por lo tanto el modelo democrático. En cuanto derecho, la igualdad es un derecho subjetivo que en la praxis se traduce en deberes de abstención, como la prohibición de la discriminación y en obligaciones de acciones positivas como la consagración de tratos favorables a grupos y ciudadanos que se encuentran en situaciones de riesgo social.”

⁴⁸ ALEXY, R., “Derechos fundamentales y estado constitucional democrático”, trad. de A. García Figueroa, en Carbonell, Miguel (comp.), Neoconstitucionalismo(s), Trotta, Madrid, 2003, pp. 33.

⁴⁹ ALEXY, R., *op. cit.*, pp. 94. Es importante, para nuestras finalidades, aclarar que el constitucionalismo que entiende a la constitución como norma superior y la garantiza jurisdiccionalmente. es creación estadounidense —concretamente a partir de *Marbury v. Madison*—. Esta es la diferencia con el constitucionalismo continental europeo más tendiente hacia el modelo francés de soberanía popular. En efecto, el constitucionalismo francés expresa, además, un proyecto a futuro que guía la actuación de los miembros de la sociedad —poderes públicos y sociedad civil— para alcanzar los fines o valores que se ha propuesto el pueblo soberano. Desde esta aportación se pone énfasis en la doctrina de los deberes de gobierno, como es el caso de los derechos sociales en relación con el valor igualdad a promover y realizar (cfr. Fioravanti, Maurizio, Los derechos fundamentales.

⁵⁰ BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, pp. 53, o para decirlo con P. Häberle (“Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania”, *op. cit.*, pp. 154), que los derechos “Representan la garantía constitucional de esferas de vida reguladas y organizadas según principios de libertad, que, a causa de su significado objetivo-institucional, no se dejan enclaustrar en el esquema de libertad individual/limite a la libertad individual, se rebelan a la relación a unidimensional individuo/Estado y no se dejan fundar sobre el solo individuo”.

Smend⁵¹ y acogidos después, con algún matiz, por el Tribunal Constitucional Federal alemán en la célebre sentencia Lüth de 1958. De las consideraciones expuestas en la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional Federal el 15 de enero de 1958, se destacan dos planteamientos nucleares: (i) la doctrina de la doble dimensión de los derechos fundamentales, según la cual, estos no son solo derechos de defensa, sino normas objetivas de principio y (ii) el efecto de irradiación o la fuerza expansiva de las prerrogativas fundamentales⁵².

El Tribunal Constitucional Federal Alemán lo expresó así:

“Sin duda alguna, los derechos fundamentales se encuentran destinados a asegurar en primer lugar la esfera de libertad de los individuos frente a las intervenciones de los poderes públicos; son derechos de defensa de los ciudadanos en contra del Estado. Ello se desprende de la evolución espiritual de la idea de los derechos fundamentales, así como de los acontecimientos históricos que llevaron a la incorporación de los derechos fundamentales en las constituciones de cada uno de los Estados. Este sentido tienen también los derechos fundamentales dentro de la constitución -quiso resaltar la prevalencia del ser humano y de su dignidad frente al poder del Estado-. Corresponde también con esta concepción el hecho de que el legislador hubiera garantizado un recurso legal especial para la protección de esos derechos -el recurso de amparo- exclusivamente en contra de actos del poder público (tomado del fallo)”⁵³.

⁵¹ Para SMEND R., evidentemente, los derechos fundamentales “son los representantes de un sistema de valores concreto de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenido en la Constitución. Desde el punto de vista político, esto significa una voluntad de integración material; desde el punto de vista jurídico, la legitimación del orden positivo estatal y jurídico. Este orden positivo es válido solo en cuanto que representa este sistema de valores y precisamente por él, se convierte legítimo”. Véase: Smend, Rudolf, Constitución y derecho constitucional [1928], trad. José Ma. Beneyto Pérez, CEC, Madrid, 1985, pp. 232.

⁵² BARRERO-BERARDINELLI J.A., “El efecto de irradiación de los derechos fundamentales en el Lüth de 1958” *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm 35, 2012, pp. 213-246.

⁵³ En cuanto a la primera consideración, esto es, la doble dimensión de los derechos fundamentales, el Fallo Lüth rescató el lenguaje conflictivista del Derecho, iniciado por Heck y Ihering -la jurisprudencia de intereses- que, posteriormente sería retomado por algunos teóricos como ALEXY Y ZAGREBELSKY, para quienes la interpretación del Derecho debe partir de la inevitable colisión normativa que se produce entre las distintas normas previstas en el ordenamiento jurídico, pues están predestinadas a colisionar y, necesariamente, el operador jurídico está llamado a desatar tales conflictos. Probablemente, en este punto está concentrado el mayor aporte de esta técnica de interpretación, pues en la práctica se traduce en la formulación del problema jurídico (normas en conflicto), ya que no sería posible encontrar la respuesta correcta a un determinado caso con la pregunta equivocada. Para lo cual, en esta técnica la distinción entre principios y reglas desempeña una función esencial en la interpretación, que parte

Desde esta perspectiva, se considera que los derechos fijan los valores fundamentales de la comunidad, que norman un sistema de valores o de bienes, un sistema cultural, a través de los cuáles los individuos alcanzan un *estatus material*, se integran objetivamente como un pueblo con idiosincrasia nación.

Hasta este punto del análisis, se puede verificar que todas las hipótesis de los derechos que surgen procuran corregir o aminorar las complicaciones que en el plano político y social procederían de la *teoría liberal*⁵⁴. Ello no implica, en forma alguna limitar su valor, dado que particularmente allí, en su carácter de límite, reside el núcleo del concepto de derechos fundamentales. Más bien, el problema radicaría —dada la fuerte objetivación que avalan las teorías alternativas— en que una teoría liberal sin matices, como tendremos ocasión de analizar, pierde parte de su capacidad explicativa en el marco reseñado. Pasamos, entonces a realizar un sintético recuento de los más significativos modelos.

1.3.1. La perspectiva liberal de los derechos fundamentales

Desde el enfoque del modelo liberal, los derechos fundamentales son derechos frente al Estado que se establecen para asegurar ámbitos de libertad individual y social que están especialmente expuestos, según la usanza histórica, *a la amenaza del poder del Estado de donde surgen como verdaderos derechos públicos subjetivos*⁵⁵. El horizonte de esta perspectiva,

de la diversa estructura de las normas que cohabitan el ordenamiento y de las probabilidades de colisión entre estas.

⁵⁴ Respecto a la teoría liberal, MORA SIFUENTES F.M., en su estudio titulado “Ideas de libertad y modelos de derechos fundamentales. Una aproximación”. Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional núm. 28, enero-junio 2013, pp. 117, informa lo siguiente: “la concepción de los derechos desde su función pública y política es el punto de partida de la teoría “democrático-funcional”. Los derechos alcanzan su sentido y principal significado como factores constitutivos de un libre proceso de producción democrática del Estado y de un proceso democrático de formación de la voluntad política. Aquí, el derecho fundamental no se entiende como “una libertad sin más”, sino como una “libertad para”, por lo que su objetivación deviene más intensa. Finalmente, la “teoría de los derechos fundamentales del Estado social”, pretende subsanar el hecho derivado de la teoría liberal, en el sentido de que la garantía jurídica de los derechos no se da para un creciente número de personas, que, abandonadas a sí mismas y no acometidas por el Estado, acaban convirtiéndose cada vez más en fórmula vacía. De los derechos devienen una serie de obligaciones para el Estado: por un lado, para procurar que los presupuestos necesarios para su realización se materialicen y, por otro, para el otorgamiento de pretensiones de derecho fundamental a tales prestaciones estatales.”

⁵⁵ En aportes sobre el asunto de NOGUEIRA ALCALA H., en sus estudios denominados “Teoría y dogmática de los derechos fundamentales” de la Universidad Nacional Autónoma de México, Núm 11, 2003, pp. 47, comenta, que la doctrina de los derechos subjetivos públicos tiene su origen en Europa, particularmente en Alemania, siendo uno de sus principales exponentes Jellinek, y en este estudio este autor los define como “la potestad que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico en cuanto se

propone la vigencia de un periodo “pre jurídico de los derechos” abogando como antecedente la concepción de derechos naturales, y en consecuencia su carácter absoluto e inviolable; pero la propuesta de una inviolabilidad y absolutismo sobre los mismos, resulta contradictoria, dado que en su *praxis*, tales derechos estarán sujetos a un *proceso de compatibilización o relativización*⁵⁶, respecto a derechos análogos de terceros; en atención a que es imperativo su desarrollo legislativo o su concretización, porque se hace necesario desarrollarlos por vía legislativa o, bien, concretizarlos para su aplicación a casos específicos; sin embargo, esto no impedirá el estatus jurídico privilegiado que surgirá al ser incorporados en la Carta Política, reconocimiento que fomentará inevitablemente su resistencia a las intervenciones del poder —en distintos grados—, pero ello no significa que sean ilimitados o absolutos.⁵⁷ Presentado de otra manera, los derechos no son ilimitados, sino que pueden limitarse sólo con *carácter excepcional*⁵⁸.

La misma situación suele acontecer, con las llamadas garantías institucionales o *roles restrictivos para el legislador*, que instituyen la sujeción del legislador mediante garantías que limitan los derechos fundamentales, con la finalidad de que no pueda suprimir determinadas instituciones por vía legislativa ordinaria. Figura, desarrollada dentro de las reflexiones y anotaciones de Schmitt con los que estos alcances: “mediante la regulación constitucional, puede garantizarse una especial protección a ciertas instituciones. La regulación constitucional tiene entonces la finalidad de hacer imposible la supresión en vía legislativa ordinaria. Con terminología inexacta se suele hablar aquí de derechos fundamentales; si

dirige a un bien o a un interés” es decir la capacidad jurídica, reconocida en forma de potestad de poner en movimiento el Estado a través del ordenamiento jurídico.

⁵⁶ Como seguramente, más adelante se analizará en este trabajo los derechos fundamentales no son absolutos. Ellos han sufrido y sufren en el Estado constitucional una necesaria ductilidad, haciéndolos relativos y hasta cierto punto maleables. ¿Significa ello quitarles su condición de fundamentales? No lo creemos así, en la medida que la idea de que son derechos dúctiles, en la propuesta de ZAGREBELSKY G. (“El derecho dúctil”. Editorial Trotta. Madrid, 1995), implica reconocer que los mismos admiten excepciones y que por tanto, han dejado de ser los derechos absolutos del Estado Legislativo, para ser compatibilizados con otros valores constitucionales, en un contexto de ponderación que representa la dimensión comparativa de los derechos fundamentales.

⁵⁷ PRIETO SANCHIS, L., “Estudios de derechos fundamentales”, Madrid, Debate, 1991, pp. 111 y ss.

⁵⁸ En efecto, como también en su momento se abordará, una limitación de los derechos fundamentales con un carácter excepcional hacer referencia a que, en tanto las normas-regla están vinculadas a un ámbito de *validez*, y una declara a la otra inválida, la dimensión en la cual se resuelven las controversias sobre derechos fundamentales, es la de la *ponderación*, lo cual implica que la respuesta a una colisión entre derechos fundamentales, ha de reconocerse por el peso que cada uno de ellos exprese.

bien la estructura de tales garantías es por completo distinta, lógica y jurídicamente, de un derecho de libertad”⁵⁹.

La filtración de la teoría de los derechos fundamentales en términos de legitimidad del ordenamiento jurídico-político y de eficacia frente al ordenamiento social, desde las nociones de estado liberal, abriría posteriormente espacio a otra discusión, a la cual *mutuo proprio* se denominará, alcances y expansibilidad de los derechos fundamentales a otros tipos de relaciones jurídicas. Disputa, también conocida como:

❖ El enfoque de los derechos fundamentales como inmunidades

Para el caso de un modelo liberal, los derechos en sentido negativo han de tener prioridad irrestricta sobre cualquier otro tipo de derechos, o bien colectivo. Puede estimarse indiscutible predilección por una enumeración restringida de derechos en la medida en que facilita su protección al disminuir las posibilidades de colisión con otros derechos o bienes iusfundamentales. Dada, la marcada separación Estado/sociedad y la de sus respectivos estatutos jurídicos, los derechos entendidos en esta faceta de defensa frente al Estado tienen escasa virtualidad en la órbita de las relaciones entre particulares. Esta tensión dio origen a la doctrina de la “*drittwirkung der grundrechte*” (en derecho comparado esta discusión se conoce bajo su nomenclatura alemana)”, que se refiere a la posibilidad de extender la eficacia de los derechos fundamentales a las relaciones que median entre particulares en el tráfico jurídico privado, es uno de los debates teóricos contemporáneos, más intensos en el estado del derecho civil y constitucional. A raíz de su influencia, especialmente en España, el enunciado ha sido utilizado literalmente en castellano como “Efecto frente a terceros de los derechos fundamentales” propuesto de otra forma, con la doctrina de la “*drittwirkung der grundrechte*”, “Se suele denotar la incidencia de los derechos fundamentales en el Derecho privado y en las relaciones jurídicas privadas”. Es decir, esta doctrina supone borrar, a lo menos un poco, los límites del Derecho privado al Derecho público⁶⁰.

Así las cosas, desde la óptica liberal resulta indiscutiblemente imprescindible la existencia y salvaguardia de los derechos fundamentales, porque el poder supone un ávido deseo de imposición. Con la técnica de los derechos fundamentales en el ámbito de lo público puede cumplirse mejor

⁵⁹ SCHMITT, C., “Teoría de la Constitución”, trad. de F. Ayala, Alianza, Madrid, 1928, pp. 223-228.

⁶⁰ GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ-BLANCO, A., “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La *Drittwirkung* en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. 1986. Editorial Civitas, Madrid, pp. 11.

lo que Dworkin denomina *la filosofía política liberal*, esto es “una teoría política de la justicia [que] describe los ideales y los principios que deberíamos aceptar como bases de la acción colectiva⁶¹”, bajo un modelo de una libertad universalizable. Esto implica, que frente a los derechos fundamentales el Estado podrá llegar a ser imparcial, significando que en el ámbito de lo público se deje de lado la “ética” para adoptar la “moral” como pauta de conducta⁶². En síntesis “el liberalismo exige que, en ocasiones políticamente importantes seamos también imparciales: nos pide que, cuando pensemos o actuemos políticamente, apoyemos sólo aquellas decisiones que traten a todos los miembros de la comunidad política con igual solicitud”⁶³.

Los derechos fundamentales, desde la óptica liberal, actúan como la piedra de tope que impide al Estado (o a la mayoría) imponer su propia ética a la minoría, imponiendo que la política se comporte imparcialmente, lo que se logra con la técnica de los derechos fundamentales. Es por esa razón que Alexy, uno de los autores más representativos e influyentes en este campo, ha sostenido que una *teoría de los derechos fundamentales* debe responder a tres cuestiones, que son a su vez, las tres dimensiones de una teoría de los derechos fundamentales: (i) la primera cuestión es la relativa a la institucionalización (positivación) de los derechos fundamentales (dimensión política); (ii) la segunda cuestión, es la relativa al modo como se interpretan a aplican las normas de derecho fundamental (dimensión jurídica); (iii) la tercera cuestión a la que debe responder una teoría sobre los derechos fundamentales es la referida a su *fundamentación*. El problema del fundamento es el central de la dimensión filosófica de una teoría de los derechos fundamentales⁶⁴.

Así las cosas, es a la dimensión filosófica, esto es, a una filosofía del derecho constitucional, a la que compete la tarea de abordar la cuestión del fundamento de los derechos fundamentales, correspondiéndole por misión la construcción de una teoría acerca de la posibilidad de fundamentar *juicios morales* acerca de lo que es exigido por las normas de derechos humanos.

⁶¹ DWORKIN R., “Ética privada e igualitarismo político” (Traducción de Antoni Domènech). 1993. Ediciones Paidós – I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, pp. 54.

⁶² No hay que olvidar, que los derechos humanos introducen en el Derecho una fuente rica y compleja de argumentos morales. Junto con los principios entran también en el Derecho razones morales que pasarán a formar parte del razonamiento jurídico. Esto hace que en cuestiones como las relativas a los conflictos entre derechos fundamentales, es decir casos en los que dos principios o derechos no pueden ser satisfechos completamente, tengamos que profundizar en el conflicto moral que subyace al conflicto jurídico para poder comprenderlo y solucionarlo.

⁶³ *Ibidem*, pp. 55.

⁶⁴ Ver, ALEXY R., “Teoría del discurso y derechos constitucionales”. Ciudad de México, Editorial Fontamara, 2005, pp. 79-80.

El fundamento se debe buscar en una *teoría moral* o, para decirlo con una expresión más precisa, en una teoría de la razón (razonabilidad) práctica.

En conclusión, desde los pilares liberales clásicos no hay ninguna razón que haga conveniente examinar por lo menos la enunciación de los derechos fundamentales como argumentos de defensa en el ámbito de lo público, sin posibilidad de extender su aplicación al ámbito de la ética privada⁶⁵. Ello es entendible, bajo la concepción que Estado liberal es un “Estado mínimo”, que no asume otras tareas que preservar el orden público y la paz social. En lo demás, debe permanecer al margen del “juego social”, el cual autodeterminará sus propias reglas, bajo los designios de la ética resultando deseable la marginación estatal de dichas órbitas.

En este contexto, “carece de sentido extender la eficacia de los derechos individuales, en cuanto tales, a la esfera de las relaciones jurídicas entre particulares, porque dichas relaciones se establecen, por principio, entre iguales, y entre iguales las relaciones no pueden ser sino libres.”⁶⁶ Todo este régimen tiene su raigambre, en una inusitada protección del ideal de la autonomía de la voluntad, ideal en cuya virtud el individuo, en el ámbito privado, es el autor y protagonista de su propia vida⁶⁷.

A manera de conclusión, es relevante comentar que han sido propuestos distintos argumentos en favor de reconsiderar la doctrina liberal clásica en

⁶⁵ El problema del límite a los derechos fundamentales es una de las cuestiones más discutidas en el derecho contemporáneo, sobre el cual aún no existe uniformidad de criterios en la doctrina; no es previsible tampoco que lo haya en un futuro próximo. Las opiniones se hallan posicionadas en dos frentes más o menos irreductibles: la teoría relativa y la teoría absoluta. Para DURAN RIBERA W.R., en sus reflexiones tituladas “La protección de los derechos fundamentales en la doctrina y la jurisprudencia constitucional” *Ius et Praxis* v.8, núm 2 Talca 2002, pp. 176, “La teoría relativa parte de la idea de que la protección a los derechos fundamentales no es absoluta, y que por tanto es posible restringir un derecho fundamental cuando tal limitación se halle razonablemente justificada, justificación que debe encontrar apoyo explícito en la Constitución o bien pueda extraerse implícitamente de ésta, en cuanto responde a la “necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos. Esta ponderación se sustenta en el llamado “test de razonabilidad” o “principio de proporcionalidad”, en palabras de la doctrina alemana. Esta ponderación se realiza a través de tres etapas, a saber: 1. El examen de la adecuación del precepto limitador del derecho al bien que mediante él se pretende proteger; 2. El examen de la necesidad de la lesión del derecho para el fin pretendido, al no existir otro medio menos gravoso; 3. El examen de proporcionalidad entre la lesión al derecho y el fin que se persigue. Para esta teoría, el contenido esencial no es una medida preestablecida y fija; no es un elemento estable ni una parte autónoma del derecho fundamental.”

⁶⁶ BILBAO UBILLOS, J., “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1997, pp. 235.

⁶⁷ RAZ, J., “Autonomía, tolerancia y el principio del daño”, *Revista Estudios Públicos*, 76 (Primavera 1999), pp. 91 y ss.

torno a la aplicación de los derechos fundamentales, algunos de ellos pasamos a revisar seguidamente:

➤ El carácter formal de la Constitución

La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares es, en definitiva, un problema que se relaciona con el modo de entender la *fuerza vinculante* de la propia Constitución Política en la vida social. Por su parte, De Vergottini recuerda que el concepto de Constitución ha ido evolucionando desde una noción *deontológica* en tanto modelo ideal de la organización estatal, a una noción *sociológica-fenomenológica* como el modo de ser de un Estado, a una noción política entendida como la organización del Estado basada en determinados principios del derecho político y, finalmente, a una noción jurídica que es la esencia del ordenamiento estatal o, de modo más restrictivo, de la norma primaria sobre la base de la cual se funda todo el ordenamiento jurídico y su *fuerza vinculante*⁶⁸.

Desde la perspectiva de la fuerza vinculante de los derechos fundamentales, García Pelayo⁶⁹, expresa como tal fuerza puede ser contextualizada en un estado constitucional, bajo las tres categorías, en que según su criterio pueden concebirse las cartas magnas en un estado: “a) *Racional normativa*: Cuando la Constitución se funda en el principio de racionalidad humana del quehacer político, esta otorga orden y estabilidad a la sociedad y al Estado. Como la Constitución es un orden racional del poder, no cabe existencia jurídico-política fuera de la Constitución normativa. Esto supone que la soberanía política basada en la voluntad popular se transforme en una soberanía jurídica basada en la Constitución. Con este proceso de despersonalización de la soberanía popular, la soberanía emana de la Constitución y, en consecuencia, se convierte en la fuente del derecho. Pero solo existirá Constitución normativa si se garantizan los derechos fundamentales y el principio de división del poder, evitando así la arbitrariedad; lo que demanda que la Constitución sea objetiva y racional, es decir escrita y rígida pero finalmente interpretable o reformable; b) *Histórica tradicional*: Este concepto de Constitución se basa en el principio de legitimidad, entendido como la suma de la costumbre y la historia de un pueblo en un tiempo y en un espacio cultural. De modo que el pasado de una nación es la sangre que otorga vida a la Constitución del presente. Esta idea conservadora ve en el pasado la fuente de legitimidad de la Constitución, en la medida que solo los usos y costumbres valiosos para

⁶⁸ VERGOTTINI G., “Diritto costituzionale comparato”. Padua: cedam, 2004, pp. 115 y ss.

⁶⁹ GARCÍA-PELAYO M., “Derecho constitucional comparado”. Madrid: Alianza, 2000, pp. 33-53.

una comunidad permanecen a través del tiempo. La soberanía reside en la autoridad, ya sea parlamentaria o monárquica que está obligada a respetar el derecho común. Partiendo de estos criterios la Constitución no tiene que ser escrita, porque se reconoce el derecho consuetudinario a través de una serie de convenciones o reglas fundamentales, por eso en este constitucionalismo flexible no hay distinción entre una ley constitucional y una ley ordinaria.”

Por lo todo lo analizado, en lo que podría categorizarse como *los estudios clásicos de la Constitución*, como asimismo en la idea que subyace a toda la obra de Jellinek⁷⁰, se encuentra la concepción de que ésta no cuenta con carácter normativo aplicable a la vida social, sino que un estatuto que rige exclusivamente el ejercicio del poder público.

En distintos análisis tradicionales de la Constitución, es reiterado el pensamiento de que ésta no cuenta con carácter normativo aplicable a la vida social, sino que se vislumbra como precepto que administra exclusivamente el ejercicio del poder gubernativo.

Dentro de esa esfera conservadora, puede determinarse la Carta Magna, como la cima de un poliedro legal, tal como es enseñado en el patrón Kelseniano.⁷¹ Sin embargo, ese pináculo no fue pensado desde sus primicias como una norma obligatoria de conducta para los miembros de la comunidad social. Sin perjuicio de ello, no es posible negar que la doctrina ha avanzado en esa dirección, y en la actualidad es casi unánime encontrar opiniones como la de García de Enterría, quien concluye que “no todos los artículos de la Constitución tienen el mismo alcance y significación normativas, pero todos, rotundamente, enuncian efectivas normas jurídicas sea cual sea su posible imprecisión o indeterminación⁷²”. Igualmente, con el mismo alcance las conclusiones realizadas por Hesse, abrieron el espacio para ratificar a la Constitución como *el estandarte angular* del orden jurídico interno en su conjunto, convirtiéndose en un elemento de *unidad del sistema*⁷³.

Ahora conforme lo comenta también el mismo autor anterior, la posibilidad que la Carta Superior se constituya un elemento de unidad, no implica que se haya convertido en un régimen único, al punto de subsumir, por así decirlo, al ordenamiento jurídico privado, llegando al extremo de

⁷⁰ JELLINEK, G., “Sistema dei dirritti publici subbietivi”. Soc. Editrice Libreria. Milan, 1919, pp. 76.

⁷¹ KELSEN, H., “Teoría pura del derecho”. Editorial EUDEBA. 1960, pp. 52.

⁷² JANA LINETZKYA., “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, SELA, 2001, pp. 66-69.

⁷³ ESSE, K., “Derecho Constitucional y derecho Privado”. Editorial Civiltas, Madrid, 1995, pp. 51.

desaparecerlo, toda vez que, como anota válidamente, ello simplemente haría desaparecer el problema que admite el debate en torno a la “*drittwirkung der grundrechte*”.

Ciertamente, el argumento de la “unidad” expresado por Hesse no presume, la desaparición del derecho privado en un beneficio desequilibrado de la Constitución, como sublime estatuto aplicable a todas las disciplinas y conflictos. Este aspecto es explicado de manera espléndida por Jana, quien en sus tesis conforme a nuestra perspectiva, lograr establecer la demarcación y equilibrio entre los límites y orientaciones del derecho público y privado, permitiéndonos comprender, sin dejar de lado, las notorias divergencias de raciocinio que median entre el derecho público y privado, parece evidente que el Derecho Privado no es indiferente para la Constitución, no es una “materia extraconstitucional”, sino que es una “*materia constitucional*”, pues el Marco Político Superior es, justamente, una *norma jurídica vinculante*, además de ser la norma fundamental y principal⁷⁴.

➤ Estado social y democrático de Derechos

La idea representativa de los derechos fundamentales desde la reflexión liberal habitual decimonónica no podía quedar indemne a las nuevas concepciones de las funciones del Estado actuales. En efecto, la situación creada por los poderes privados, y las nuevas corrientes de pensamiento acerca del Estado y sus funciones aseguradoras y promotoras de las libertades individuales, concurren, en doctrina, en la necesidad de no discriminar frente a la fuente de ataque a los derechos fundamentales, ya sea que provengan de los órganos públicos o de los privados.

⁷⁴ JANA LINETZKY, A., en “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, en *Derechos Fundamentales*, SELA 2001, pp. 77-83. Editores del Puerto, Buenos Aires. Nos aclara que “lo que está detrás de ella es la convicción que el derecho legal no es un simple despliegue de las reglas constitucionales. Se trataría de áreas que poseen una índole argumental distinta: uno pone límites [el derecho público autoriza actuar solo en aquello que expresamente se indica*], el otro equilibra [el derecho privado supone una libertad general que solo se ve constreñida en aquello prohibido expresamente*], uno orienta decisiones [el derecho público, en fin el Estado, se dirige únicamente al bien común*], el otro permite derivarlas [derivación que se extrae del libre juego de las decisiones autónomas de los sujetos*], y por lo mismo, puede en algún nivel generarse inconsistencia entre ellos. Si esa inconsistencia se resuelve sacrificando el derecho privado se pierde algo importante para organizar, precisamente, las relaciones entre los particulares. Si ello no fuera así, y el derecho privado y la técnica de derechos fundamentales, en fin el derecho constitucional, no poseyeran esa índole diferente, el problema no se presentaría y sería cosa de extender los derechos fundamentales a las relaciones privadas, de <<horizontalizarlos>> como derechos subjetivos contra cualquiera.

Indiscutiblemente, el progreso e incremento de los derechos fundamentales es una de las maneras de consolidar el ideal de la democracia. Discursos, como los de Luigi Ferrajoli⁷⁵, han realizado importantes aportes a esa tendencia, presentada en su extraordinario compendio concerniente al garantismo, cuando declaró la “democracia sustancial” se produce por dos caminos: 1°.- Mediante la expansión de los derechos de los ciudadanos, sus garantías y protecciones, atendido que en la ampliación de las libertades individuales pueden abarcarse más decisiones autónomas de vida. 2°.- Ampliando el Estado de Derecho al mayor número de vidas y esferas de poder, de manera que también en ello se vean satisfechos los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Es así, como desde este escenario los Estados Sociales y Democráticos de Derecho atribuyen una imperativa voluntad permanente y sostenible, por la profundización y aseguramiento de una democracia sustancial y un firme compromiso, a efectos que todos los ciudadanos disfruten la opción segura de ejercitar sus derechos y libertades fundamentales, como garantía esencial donde cada quien, sea libre de conquistar aquella existencia que ha determinado para sí de manera autónoma⁷⁶.

1.3.2. El modelo constitucional de derechos fundamentales: escenario propicio para la construcción de esta noción de derechos.

La corriente de modernización política y jurídica, ha valorado de manera consecuente al concepto de constitución como una noción ligada a su parte dogmática, a los derechos fundamentales y libertades públicas, consolidando la gran batalla histórica de los derechos, logrando unificar las instituciones relacionadas con los derechos del hombre y del ciudadano,

⁷⁵ FERRAJOLI, L., “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”. Trotta, Madrid, 1995, pp. 934.

⁷⁶ Por ejemplo en el caso de la Corte Constitucional de Colombia, el desarrollo y reconocimiento de los Derechos Fundamentales ha estado marcado por precedentes constitucionales que permitieron la formulación de la Doctrina Constitucional de la dignidad humana en aspectos determinantes de su naturaleza y alcance, como es el caso de la Sentencia T-881 del 17 de octubre de 2002: “Estimó la Corte que con base en la jurisprudencia sentada por la Corporación era factible distinguir tres orientaciones: (i) la dignidad humana en tanto que autonomía o espacio para diseñar las personas su propio plan de vida y determinarse de conformidad con sus características peculiares (vivir como se quiere); (ii) la dignidad comprendida como la necesidad de todas las personas de satisfacer ciertas condiciones materiales de existencia (vivir bien); (iii) la dignidad como exigencia orientada a preservar la integridad física y moral de las personas (vivir libre de humillaciones (...)) A partir de la funcionalidad del enunciado normativo dignidad humana, acentuó la Corte que era factible identificar, a su turno, tres lineamientos (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y del Estado mismo, esto es, la dignidad como valor; (ii) la dignidad humana entendida como principio constitucional fundamental; (iii) la dignidad humana como derecho constitucional fundamental autónomo”.

esfuerzos que se ven reflejadas en el reconocimiento de los derechos fundamentales tanto a nivel del derecho doméstico de la naciones, como en la propia comunidad internacional.

Así en el escenario del modelo constitucional, los derechos fundamentales configuran, la categoría jurídica que engloba los derechos humanos universales y los derechos ciudadanos nacionales. Ambas clases fundamentales son componentes, imperiosos e obligatorios de la cultura jurídica de todo Estado Constitucional. Esta tendencia, también es conocida como “internalización de los derechos humanos” toda vez que al convertirlos en temáticas relevantes para los fines de la educación, en el fondo lo que se pretende es educar a su ciudadanos, desde la juventud, como ciudadanos del mundo”⁷⁷.

Como consecuencia de las afirmaciones anteriores, es dable a esta altura del análisis, establecer expresas diferencias entre estado liberal y estado constitucional, este último en favor de la tesis del desarrollo y reconocimiento de los derechos fundamentales, bajo la perspectiva planteada por el profesor Luigi Ferrajoli⁷⁸, en el sentido de esclarecer que se trata de dos modelos normativos diferentes, con ocasión de presentarse entre ambos dentro de su desarrollo histórico un triple desplazamiento del régimen jurídico: 1) el desplazamiento de la primacía de la ley a la primacía de la constitución; 2) el desplazamiento de la reserva de la ley a la reserva de la constitución; 3) el desplazamiento del control de la legalidad al control jurisdiccional de la legalidad.

Desde la perspectiva del autor mencionado, dentro del modelo constitucional de derechos fundamentales, La constitución es un sistema de normas supraordenadas a la legislación ordinaria a través de dos mecanismos centrales: el establecimiento de procedimientos especiales para su revisión y, en segundo lugar, el establecimiento de un mecanismo de control de constitucionalidad a cargo de tribunales con constitucionales, para garantizar los contenidos sustantivos contenidos en ella.

De tal forma, los derechos fundamentales, recogidos en la Constitución como derechos positivos, se convierten como ya los hemos anteriormente advertido en los límites y vínculos de la potestad legislativa. Es así, como dentro del modelo que se analiza, se definen los derechos fundamentales como:

⁷⁷ HABERLE, P., “El Estado Constitucional”. Universidad Autónoma de México, México 2001.

⁷⁸ FERRAJOLI, L., “El pasado y futuro del Estado de Derecho”, Revista Internacional de Filosofía Política. Núm 17 2011, pp. 31-46. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es> .

“todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «status» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”⁷⁹.

El concepto derechos fundamentales ha dejado de ser un concepto científico y se ha incorporado al lenguaje hablado por la mayoría de los seres humanos. Sin embargo, a pesar de ser tan popular, no es un término que se viene utilizando desde que se impuso el Estado Constitucional, sino más bien en el Constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial. Lo que sí se puede decir con claridad es que son la fase más avanzada del proceso de positivación de los derechos naturales en los textos constitucionales del Estado de Derecho, proceso que tendría su punto intermedio de conexión en los derechos humanos.

El sistema descrito, reporta cinco efectos directos, en primer lugar, la validez de las leyes ya no depende solamente de la observancia de normas procedimentales sobre su elaboración, sino del respeto a las normas sustanciales sobre su contenido⁸⁰. En segundo instancia, cambia la índole de la relación entre la ley y el juez; éste deja de estar sujeto a la ley, sin perjuicio de su significado, para subordinarse a la Carta Superior. Asignándose, al juez la crítica de las leyes inválidas, ya sea *reinterpretándolas* en sentido constitucional, cuando no declarando directamente su *inconstitucionalidad*⁸¹. Como tercer punto, se transforma la función de la ciencia jurídica, que además de su *función descriptiva* adquiere una *dimensión crítica de las antinomias y lagunas de la legislación* respecto de los preceptos constitucionales. También adquiere un papel prescriptivo en orden a las técnicas garantistas orientadas a superar tales lagunas y antinomias⁸².

En cuarto lugar, cambia la índole de la democracia, ya que junto con su dimensión *formal-procedimental* adquiere una dimensión sustancial. Definir a la democracia en un sentido formal ya no constituye una opción válida: sin procedimientos que garanticen la representación de la voluntad popular

⁷⁹ FERRAJOLI, L., “Derechos y garantías. La ley del más débil”, Trotta, Madrid, 1999, pp. 37.

⁸⁰ FERRAJOLI, L., “razones jurídicas del pacifismo”. Gerardo Pisarello (ed.), Trotta, Madrid, 2004, pp.150.

⁸¹ *Ibidem.*

⁸² *Ibidem.*

no puede haber democracia, pero la voluntad popular no es omnipotente para decidir lo que deseé, sobre la materia que quiera. Por lo tanto, la democracia actualmente es *democracia constitucional*, en tanto se encuentra limitada por los derechos fundamentales que son la sustancia de la Constitución⁸³.

- ✓ Finalmente, cambia la relación entre el derecho y la política, pues la política “se convierte en instrumento de actuación del derecho, sometida a los vínculos que le imponen los principios constitucionales.

La terminología jurídica de derechos humanos y derechos fundamentales, derechos individuales, derechos morales, derechos públicos subjetivos y libertades públicas⁸⁴, son utilizados generalmente como sinónimos. No obstante, las locuciones más utilizadas por la doctrina son derechos humanos y derechos fundamentales. Doctrinariamente, se han hecho diferenciaciones entre ambos, dejando a los segundos para designar *los derechos positivados a nivel interno*, en tanto que la fórmula derechos humanos ha sido dejada para denominar *los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales*, así como a aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que no han alcanzado un estatuto jurídico positivo. Distintas corrientes, han optado por hacer uso de la expresión Derechos

⁸³ Para el profesor FERRAJOLI L., los derechos fundamentales sancionados en las Constituciones se convierten en los grandes límites, o utilizando las palabras de Ferrajoli, en “fuentes de invalidación y deslegitimación más que de legitimación”. El Estado de derecho resultante, ya no usa a la Constitución como garantía de los derechos fundamentales, sino que el propio Estado de derecho se transforma en el mecanismo para garantizar el imperio de la Constitución y con ella, de los derechos fundamentales expresados entre sus contenidos. Es decir, se altera el orden de la ecuación original: en lugar de entronizar a la Constitución como garantía, el Estado de derecho se convierte en el garante de la Constitución y ésta, prácticamente, en un fin en sí mismo. Ferrajoli, Luigi, “Sobre la definición de «democracia». Una discusión con Michelangelo Bovero”, *Isonomía*, 19, octubre de 2003, pp. 227-240.

⁸⁴ PÉREZ LUÑO A., “Los Derechos Fundamentales”. Editorial Tecno. Madrid. VI Edición. 1995 pp. 51, dice, que “No se deben confundir el término Derechos fundamentales con libertades públicas, pues estas últimas se refieren a los derechos tradicionales de signo individual y tienen como finalidad prioritaria el garantizar las esferas de autonomía subjetiva, en cambio los derechos fundamentales tienen un significado más amplio y comprende, junto a las libertades tradicionales, los nuevos derechos de carácter económico, social y cultural”. El profesor PÉREZ ROYO A., se manifiesta en igual sentido y dice que el término Derechos Fundamentales es más amplio que libertades públicas y que este último está incluido en el primero, cosa que no se podría decir del segundo. *Óp. Cit.* pp. 271. Vid sobre el tema de las libertades Sánchez Férris, Remedios. Estudios sobre las libertades. Tirant lo Blanch. Valencia. 1989, pp. 25. De la misma autora, las libertades como grupo de derechos con características propias no susceptibles de ser comprendido con los restantes derechos constitucionales. R.D.P. No 30, 1989, pp. 57.

Fundamentales del hombre⁸⁵.

Somos partidarios, para los límites del presente estudio, respecto a las diferentes denominaciones que proponen las tendencias iusfilosofistas, sobre las diferencias existentes entre derechos humanos y fundamentales, nuestra afinidad hacia de dos tesis, que conforme nuestro criterio pueden llegar a complementarse una con otras, para justificar los demarcaciones entre cada categoría. La primera, la centrada en el *criterio distintivo de los derechos humanos*, refiriéndose en este caso, al grado de concreción positiva de las dos categorías, en los textos jurídicos el término derechos humanos suelen venir entendido como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.⁸⁶ Inversamente, con la noción de *los derechos fundamentales* se tiende a indicar a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional y que tienen además una protección reforzada.

Y por otro lado, superando los alcances de la tendencia anterior, encontramos como segundo criterio, la denominada doctrina de la “mutación de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales,” implementada ampliamente en su dinámica judicial, según lo reportan algunos estudios por la Corte Constitucional Colombiana⁸⁷.

Ahondando, sobre los alcances de esta doctrina, procedemos a identificar su aplicación, mediante la verificación de la que podemos llamar “la teoría

⁸⁵ FERNÁNDEZ, E. “El problema del Fundamento de los Derechos”. Anuario de Derechos Humanos. Núm 1. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Instituto de Derechos Humanos. 1982, pp. 14, dice que el término Derechos Fundamentales del hombre, incluye los derechos innatos, derechos naturales, derechos del hombre, del ciudadano y del trabajador, derechos fundamentales, derechos públicos subjetivos, libertades fundamentales, y libertades públicas, y que con dicha expresión se quiere manifestar que toda persona posee unos derechos morales por el hecho de serlo y que éstos deben ser reconocidos y garantizados por la sociedad, por el derecho y el poder político, sin ningún tipo de discriminación.

⁸⁶ Un estudio filosófico del concepto se puede ver en Balado RUIZ GALLEGOS, M. En torno al concepto de Derecho Fundamental en la Constitución de 1978. AA.VV., “Obra Colectiva Introducción a los Derechos Fundamentales”. Ministerio de Justicia. Madrid. 1988. Vol. 1 pp. 337.

⁸⁷ Ejemplo de los estudios mencionados, para el caso de la Corte Constitucional de Colombia lo configura, la tesis doctoral de la Universidad Carlos III de Madrid del año 2007, titula “mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional colombiana, concepto, justificación y límites” de la autoría de LÓPEZ C. A. Disponible en <http://e-archivo.uc3m.es>.

del cumplimiento de requisitos esenciales y otros criterios⁸⁸ que permiten al juez constitucional colombiano identificar un derecho fundamental. Teoría que propugna, por evitar *la intermediación normativa de los derechos fundamentales*; procurando una delimitación precisa de los deberes positivos o negativos a partir del texto constitucional de Colombia, y otras herramientas, estos razonamientos (criterios de distinción y requisitos esenciales) son en su orden:

Los criterios de distinción.

1). Analíticos

a) La consagración expresa.

En relación con algunos derechos, el constituyente señaló en forma expresa su voluntad de consagrarlos como fundamentales. Es el caso de los derechos establecidos en el capítulo primero del título segundo de la Constitución e igualmente del artículo 44 sobre los derechos de los niños.

El carácter de fundamental no coincide con el de aplicación inmediata. Siendo así, es necesario distinguir entre derechos fundamentales *de aplicación inmediata* y derechos fundamentales *que no son de aplicación inmediata*. Ante esta dificultad, corresponde a la jurisprudencia, y en especial a la Corte Constitucional, la definición de la naturaleza y alcance de los derechos fundamentales que no son de aplicación inmediata.

Algunos ex constituyentes sostienen que los títulos y subtítulos de la Constitución no tienen el carácter de norma jurídica y como tal no delimitan el ámbito de los derechos fundamentales. Tales títulos fueron obra de la Comisión Codificadora y no voluntad jurídica significativa de la Asamblea. De ahí que estimen también que el artículo 85 de la Constitución no tiene alcance práctico y resulta inocuo a causa de su conflicto con el artículo 86⁸⁹.

b). La remisión expresa.

⁸⁸ Para el estudio y análisis de esta doctrina nos hemos fundamentado en el contenido de la Sentencia T-406 de 1992 del Corte Constitucional de Colombia. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/>.

⁸⁹ Constitución Política de Colombia. Artículo 85. Son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40. Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

En otros casos, tal como sucede con los derechos humanos y con la prohibición de limitarlos en los estados de excepción, el constituyente ha estimado conveniente remitirse a los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, para reconocer su prevalencia en el orden interno, no sólo en cuanto a su texto mismo sino como pauta concreta para la interpretación de los derechos y deberes consagrados en la Constitución de 1991 (art. 93)⁹⁰.

En este caso la Constitución colombiana parece adoptar el sistema español (const. art.10), según el cual el derecho internacional ratificado prevalece en aquellos casos en los cuales contenga normas que ofrezcan mayores garantías que las normas nacionales. La remisión parece ser ante todo interpretativa, a diferencia del sistema italiano en el cual existe una remisión de alcance más profundo: las normas, en los casos señalados, hacen parte del texto constitucional.

C. La conexión directa con derechos expresamente consagrados.

Algunos derechos no aparecen considerados expresamente como fundamentales. Sin embargo, *su conexión con otros derechos fundamentales* es de tal naturaleza que, sin la debida protección de aquellos, estos prácticamente desaparecerían o harían imposible su eficaz protección. En ocasiones se requiere de una *interpretación global entre principios, valores, derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos económicos sociales o culturales* para poder apoyar razonablemente una decisión judicial. Un derecho fundamental de aplicación inmediata que aparece como insuficiente para respaldar una decisión puede llegar a ser suficiente si se combina con un principio o con un derecho de tipo social o cultural y viceversa. Esto se debe a que la eficacia de las normas constitucionales no está claramente definida cuando se analiza a priori, en abstracto, antes de entrar en relación con los hechos.

⁹⁰ *Ibidem*. Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta Constitucional de Colombia, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Adicionado por el Acto Legislativo 02 de 2001, con el siguiente texto: El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

d). El carácter de derecho inherente a la persona.

En ocasiones, la existencia de un derecho fundamental no depende tanto de un reconocimiento expreso por parte de los creadores de la norma constitucional, como de una interpretación sistemática y teleológica a partir de las cuales se mire el ordenamiento en su conjunto, o la norma de acuerdo con su consagración implícita

De aquí la importancia del artículo 94 de la Constitución⁹¹ según el cual, la enumeración de la carta de derechos no debe entenderse como la negación de otros que, siendo inherentes al hombre no figuren expresamente en la Constitución o en los convenios internacionales vigentes. Esta disposición concuerda con el sentido amplio y dinámico que debe tener el concepto de derecho fundamental en el Estado social. En otros términos: los criterios que determinan el carácter de fundamental de un derecho, sobrepasan la consagración expresa y dependen de la existencia de un consenso histórico y de una voluntad colectiva en torno a la naturaleza específica de un derecho, con todas sus implicaciones relativas al contenido esencial, a la conexión con los principios y a la eficacia directa. Por eso el criterio de la consagración expresa es insuficiente.

2). Fácticos.

a) Importancia del hecho.

La relación jurídica mencionada entre valor fundamental o vinculado con un valor fundamental (salud, propiedad, posesión, competencia económica, etc.) y aplicación problemática, determina un camino específico para la construcción conceptual de estos derechos. Este camino es principalmente inductivo; será a través de la interpretación que los jueces hagan de la relación entre los textos y los hechos que se vayan presentando, como se irá construyendo la delimitación de los derechos mencionados. Por lo pronto, los jueces y la Corte cuentan, para su interpretación, por un lado, con el *texto constitucional*, con el *catálogo de valores* que se desprende de los principios constitucionales y que alimenta toda el saber del constitucionalismo occidental y de la doctrina sobre el Estado social de derecho, y por el otro con *una realidad social* colmada de dificultades económicas, atropellos y violaciones a los derechos humanos y con unas instituciones venidas a menos en su capacidad reguladora. *A partir de estos dos elementos, normas y hechos, el juez constitucional debe ir construyendo una interpretación razonable de la carta de derechos*; esto quiere decir que

⁹¹ *Ibidem*. Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

el resultado final de la interpretación debe tener en cuenta las dificultades estructurales de la realidad económica colombiana sin que dichas dificultades hagan inocua la voluntad constituyente de construir, desde el presente, una sociedad más justa, más libre y más democrática, tal como lo establece el preámbulo de la Carta⁹².

De conformidad con lo anterior, en aquellas situaciones en las cuales la norma constitucional se encuentra en franca contradicción con hechos generalizados e irremediables en un futuro próximo por la falta de recursos económicos como por ejemplo la mortalidad infantil por carencia de agua potable- el juez, sin desconocer los mandatos constitucionales -en este caso el artículo 366⁹³ sobre prioridad del gasto público social- debe apreciar los límites impuestos por las posibilidades económicas, de tal manera que su decisión no se convierta en un bendición al "statu quo", *pero tampoco en una orden que imponga un cambio imposible de llevar a la práctica sin cambiar las reglas estructurales de la economía*. En este punto, adquiere especial significación todos los desarrollos contemporáneos alrededor de la idea del *juez como instrumento de paz social* y como pieza central de un orden democrático basado en el consenso.

2) Carácter histórico.

Por otra parte, la categoría de derecho fundamental posee también un carácter histórico. Dos implicaciones se derivan de este postulado: a). No todos los derechos fundamentales lo han sido en todos los tiempos y algunos de ellos bien han podido tener este carácter en forma transitoria y luego perderla, todo ello de acuerdo con la evolución de la sociedad civil, y b). La entidad de fundamental de un derecho se encuentra ligada al estado de la representación colectiva sobre el tema. Vale decir, la visión que la sociedad tiene de dichos derechos.

⁹² *Ibidem*. Preámbulo. En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente

⁹³ *Ibidem*. Artículo 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

La perspectiva actualmente dominante en la Corte Constitucional de Colombia,⁹⁴ sobre los derechos fundamentales se articula en torno a tres premisas: a) la existencia de una pluralidad de criterios para determinar el carácter fundamental de un derecho (“fundamentalidad”), partiendo sin embargo de la relación con la dignidad humana como elemento central de identificación; b) la concepción de los derechos como un amplio conjunto de posiciones jurídicas, de las cuales se desprende también una pluralidad de obligaciones para el Estado y, en ocasiones, para los particulares; y c) *la independencia entre la fundamentalidad y justiciabilidad de los derechos*, en los términos que se exponen a continuación:

Sobre los criterios de identificación de los derechos fundamentales, en la sentencia T-227 de 2003 expresó la Corte: “los derechos fundamentales son aquellos que (1) se relacionan funcionalmente con la realización de la dignidad humana⁹⁵, (2) pueden traducirse o concretarse en derechos subjetivos y (3) encuentran consensos dogmáticos, jurisprudenciales o de derecho internacional, legal y reglamentario sobre su fundamentalidad”.

La segunda afirmación efectuada en aquella oportunidad fue desarrollada posteriormente, entre otros, en el fallo T-235 de 2011 del mismo tribunal, así: “La posibilidad de “traducción” en derechos subjetivos es un asunto que debe analizarse en cada caso y hace referencia a la posibilidad de determinar *la existencia de una posición jurídica subjetiva de carácter iusfundamental en el evento enjuiciado* o [en otros términos,] de establecer si están plenamente definidos el titular, el obligado y el contenido o faceta del derecho solicitado por vía de tutela, a partir de los citados consensos”.

El *carácter polifacético* de los derechos fue constatado, principalmente, en las sentencias T-595 de 2002, T-016 de 2007 y T-760 de 2008, relacionadas con la libertad de locomoción de personas con discapacidad frente a

⁹⁴ Conclusión que se fundamenta, en virtud del análisis jurisprudencial realizados a las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia: T-595 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-227 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), T-016 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) y T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). Disponibles en <http://www.corteconstitucional.gov.co/>.

⁹⁵ En la Sentencia T-881 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) de la Corte Constitucional colombiana disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/>. Sobre la naturaleza jurídica de la dignidad humana la Corte consideró que se trata, al mismo tiempo, de un principio constitucional, un derecho autónomo o un valor que sirve de fundamento a los (o a otros) derechos fundamentales: “al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)”.

barreras arquitectónicas del sistema de transporte masivo “Transmilenio”, la primera, y el derecho al acceso a los servicios de salud, las dos últimas.

En el primero de esos pronunciamientos (T-595 de 2002), el juez de lo constitucional, hizo énfasis en que todos los derechos poseen facetas positivas y negativas, por lo que la expresión “derechos prestacionales” constituye un “error categorial”: lo prestacional se predica de determinadas facetas y no del derecho considerado como un todo. En el pronunciamiento T-016 de 2007, recogiendo los conceptos de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, la Corporación indicó que el criterio de “conexidad” resulta artificioso pues todos los derechos son conexos entre sí y se dirigen a la realización de la dignidad humana, por lo que su plena eficacia, en un plano de igualdad entre derechos, es obligación de todos los estados.

En la providencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional de Colombia, además de reiterar tales consideraciones, el Tribunal, siguiendo la dogmática del DIDH señaló que es posible identificar obligaciones de respeto, protección y garantía frente a la eficacia de cada derecho, así que la diversidad de facetas de los derechos se refleja en la diversidad de obligaciones que el Estado debe asumir para su eficacia.

Para terminar este breve estudio, en las sentencias T-595 de 2002, T-016 de 2007 y T-760 de 2008 (ya citadas), la Corte explicó que la compleja estructura de los derechos constitucionales y la pluralidad de obligaciones estatales de que depende su eficacia, lleva a considerar la fundamentalidad y justiciabilidad de los derechos *como cuestiones relacionadas pero independientes*.

La relación que existe entre uno y otro concepto es evidente pues cuando el Estado y la comunidad deciden elevar al rango de derechos fundamentales determinadas facultades, libertades, prerrogativas o prestaciones, es obvio que su eficacia se torna en un compromiso ineludible. Pero no son conceptos entre los que exista una relación de necesidad lógica, así que deben considerarse de manera independiente, pues frente a cada faceta de un derecho resulta adecuado determinar cuáles garantías son más efectivas para su plena realización, en el marco de las competencias de los distintos órganos del Estado y ramas del poder público.

Así, la justiciabilidad de las facetas negativas de un derecho fundamental es un asunto que no presenta mayor controversia. Si se cumplen *los requisitos generales de procedibilidad*, esta puede perseguirse por la vía de la acción

de tutela⁹⁶. *La justiciabilidad* de las facetas positivas, en cambio, ha sido objeto de intensas discusiones en la doctrina de los derechos humanos, y en la jurisprudencia constitucional.

Todo lo examinado, nos permite con suficiente claridad indicar porqué el modelo constitucional de derechos fundamentales, se presenta como el escenario propicio para la construcción de esta noción de la noción de derechos fundamentales con todos los avatares y experiencias, inherentes a la naturaleza del género humano. Esta conclusión, encuentra mucha similitud con los comentarios, que en lo concerniente al tema expone el tratadista Pietro Sanchis, al deducir que los derechos fundamentales para ser útiles y operativos en el ámbito jurídico, no pueden despegarse excesivamente de las propias prescripciones del Derecho Positivo. La concreción más adecuada del concepto de derechos fundamentales, será aquella que en cada momento mejor satisfaga “*los valores morales*” que están detrás de ese concepto⁹⁷.

1.4. Implicaciones de la interpretación constitucional los derechos fundamentales

Como todo proceso la institucionalización del constitucionalismo democrático ha conllevado al enfrentamiento de otro reto, su *aplicación efectiva*. Los hechos históricos informan, como la parte dogmática, ha sido dentro del ejercicio de su aplicabilidad la más problemática de todas. En primer lugar, porque la garantía de los derechos constitucionales cuenta con una gran *carga emancipadora* y, por ello, suele producir resistencias y dificultades en su aplicación material. En segundo lugar, los derechos constitucionales suelen estar formulados como *principios*, por lo cual,

⁹⁶ Concretamente, sobre el alcance de la tutela como mecanismo de protección de las dimensiones positivas de los derechos, ha explicado la Corte Constitucional de Colombia en sentencia T-235 de 2011, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/>. Ha determinado que: “(...) la procedibilidad de la tutela para la protección de esferas positivas de los derechos está condicionada a (i) que la esfera prestacional requerida no comprometa un alto esfuerzo económico, como cuando se solicita información adecuada en un puesto de servicio al público; (ii) que se solicite el cumplimiento de obligaciones que hayan recibido concreción política, o (iii) que sean prestaciones imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación o el DIDH.”

⁹⁷ PRIETO SANCHÍS, L., “Estudios sobre Derechos Fundamentales”. Editorial Debate. Madrid, 1990, pp. 88, comenta además el autor que “determinar el contenido de los derechos, no es un problema teórico o conceptual, sino ideológico o de fundamentación, un problema que, debe quedar abierto al dialogo intersubjetivo a propósito de necesidades y recursos”. Vid también en la obra colectiva Problemas de los Derechos Fundamentales. Edición de José María Sauca. UCIII-BOE. Madrid, 1994.

técnicamente, ha contado con menos facilidades para su aplicación que las normas orgánicas, generalmente formuladas como *reglas*⁹⁸.

En particular como lo afirma el profesor Rubén Martínez Dalmau ha sido “necesario revisar *la relación entre interpretación constitucional y aplicación de la constitución* en esta parte constitucional más transformadora e históricamente relegada: la parte dogmática, que determina y garantiza los derechos constitucionales.”⁹⁹ Fenómeno, que ocurre como resultado de la insuficiencia de los métodos tradicionales de interpretación de la ley para afrontar las peculiaridades de las normas constitucionales, preferentemente de los derechos fundamentales, respecto de la aplicación de los principios de unidad de constitución, concordancia práctica, eficacia integradora e interpretación conforme, entre otros.

Por ello, antes de intentar abordar en detalle los principales retos o problemáticas que surgen de interpretar el derecho constitucional en la afirmación de los derechos fundamentales, se hace necesario concretar los siguientes tópicos, que ayudaran a contextualizar sus alcances:

1.4.1. Los principios de interpretación constitucional frente al reconocimiento de los derechos fundamentales.

En palabras de Hesse Konrad, el desarrollo de la interpretación constitucional implica que¹⁰⁰:

“Reconocida la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo – subsunción del hecho – consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional.”

Tales principios son en términos del mismo autor (Konrad):

“El principio de unidad de la Constitución: Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla

⁹⁸ MARTÍNEZ DALMAU R., “Problemas actuales sobre la interpretación constitucional de los derechos”. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. México enero-junio de 2016, pp. 129-154.

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 130-131.

¹⁰⁰ KONRAD H., “Escritos de Derecho Constitucional. Traducción de Pedro Cruz Villalón. 2da. Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 45-47.

como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.

b) El principio de concordancia práctica: En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución).

c) El principio de corrección funcional: Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.

d) El principio de función integradora: El “producto” de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.

e) El principio de fuerza normativa de la Constitución: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto.”

Al afirmar que la interpretación de los derechos fundamentales, está vinculada a la de la interpretación de la Constitución, solo reafirmamos que se tratan de normas que tienen una textura abierta, con un alto contenido valorativo dotadas de un grado importante de abstracción y generalidad. De ahí que, además de los criterios de interpretación de la ley -en sí mismos insuficientes para abordar los problemas que se derivan de la peculiaridad de las normas constitucionales en términos generales- se admite la traslación de los criterios de interpretación constitucional al campo de los derechos fundamentales, esto es, la aplicación de los principios de unidad de la Constitución, concordancia práctica, eficacia integradora, interpretación conforme, a los cuales precedentemente hicimos alusión específica, destacando la formulaciones realizadas por Konrad.

Dentro de este escenario, algunas corrientes y estudios de trascendente profundidad, ya han reconocido la necesidad de incorporar a la exposición

del fenómeno de la interpretación constitucional de los derechos, el papel que cumplen los tribunales constitucionales, pues, por un lado, tal órgano jurisdiccional es el intérprete supremo de la Constitución y, de otro, porque al menos en sede interna, constituye el guardián último de los derechos fundamentales. Es por ello que en la doctrina, cada vez con mayor frecuencia, se realizan esfuerzos por *sistematizar los criterios de interpretación que los tribunales constitucionales utilizan*. En algunos casos, a partir de una teoría de los derechos fundamentales, para evitar de ese modo que tales criterios se presenten, como afirma Robert Alexy, como “*Una colección de topoi sumamente abstractos que pueden ser utilizados según se desee*”¹⁰¹. En otros, no exigiendo de dichos órganos la asunción de una teoría determinada, pues cada una de aquellas ha elaborado un «*complejo semántico*» tal, que su comprensión requiere a su vez de un esfuerzo de interpretación, que puede terminar generando un «círculo vicioso»: “antes, se toma algo de la norma para formular la teoría, después se imputa la teoría a la norma y se confirma el resultado ya encontrado”¹⁰².

La enunciación y virtual aplicación de determinados criterios de interpretación se refleja en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, cada vez que realizan su tarea diaria de «asignar» o «descubrir» los alcances, límites o restricciones a los cuales se encuentran sujetos los derechos. Esta situación, tiene como génesis en que los derechos aparecen normalmente enumerados en las constituciones, sin que se especifique cuál es su significado concreto corresponde, ciertamente, a los operadores jurídicos esa asignación. “En primer lugar al legislador, pero a continuación a los restantes sujetos que utilizan el Derecho. Los derechos fundamentales, al estar situados en los eslabones superiores del ordenamiento, al constituirse en normas básicas materiales, necesitan para su concreción el paso por diferentes operadores que poco a poco van delimitando su significado. En este sentido, a la hora de dotar de significado a estas figuras, el papel de la interpretación es clave”¹⁰³.

Así las cosas, la interpretación de los derechos fundamentales a la luz del marco hermenéutico presentado, implica como señala Gustavo Zagrebelsky, “la interpretación jurídica es una actividad eminentemente práctica, en el sentido de que procede de casos prácticos y tiene como finalidad su

¹⁰¹ ALEXY R. “Teoría de los derechos fundamentales”. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 38.

¹⁰² KLAUS STERN G., “Riflessioni sull' interpretazione dei diritti fondamentali”, *óp. cit.*, pp. 240.

¹⁰³ PECES BARBA G. “Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General”, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1995, pp. 577-578.

resolución¹⁰⁴". En ese sentido, si las implicancias de su interpretación en la vida estatal han advertido la necesidad de prestar una atención especial a los criterios que se utilizan en la interpretación de los derechos, la interpretación misma termina convirtiéndose en un auténtico problema jurídico cuando con ella se zanja dudas en torno a la descifración de los alcances y límites a los que están sometidos los derechos esenciales, es decir, cuando se esclarece los límites jurídicos a los cuales están sometidos los poderes públicos y los propios particulares en las relaciones *inter privados*¹⁰⁵.

1.4.2. Interpretación de los derechos fundamentales e interpretación de los derechos humanos.

Tomando como punto de apoyo las conclusiones de Robert Alexy, quien distingue entre "derechos fundamentales", como derechos reconocidos en la Constitución, y "derechos humanos", como atributos subjetivos reconocidos en los tratados¹⁰⁶, y en la existencia de instancias supranacionales encargadas de la tutela de estos últimos, es usual diferenciar los criterios de interpretación de los derechos humanos de los que corresponden a los derechos fundamentales.

Es actualmente una práctica ordinaria que los criterios de interpretación en materia de derechos humanos sean rescatados e instrumentalizados por los tribunales internacionales instituidos para su defensa, y que éstos no sean invocados por los órganos de la jurisdicción interna. Lo que resulta poco coherente, sobre todo si se tenemos presente, que la recepción constitucional del derecho internacional de los derechos humanos ha generado que los operadores jurídicos tengan que obrar en un auténtico «jardín de derechos». Y ese fenómeno, es posible de observarse no solo en aquellos ordenamientos donde a los tratados se les ha dotado de rango constitucional, sino también en aquellas naciones, como Perú, Colombia, España o Portugal, donde constitucionalmente se ha previsto que tales tratados sirvan de pautas interpretativas aptas para descifrar el contenido, los alcances y límites de los derechos y libertades reconocidos por la Carta Política.

¹⁰⁴ ZAGREBELSKY G. "La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución" en: Antonio López Pina, División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, pp. 162.

¹⁰⁵ RUBIO LLORENTE F. "La forma del Poder". CEPC, Madrid, 1997, pp. 615-616.

¹⁰⁶Según ALEXY R. "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático", en: Derechos y Libertades, No 8, Madrid, 2000, pp. 37.20 Sobre las diferencias entre la expresión derechos humanos y derechos fundamentales.

Desde esta orientación, al momento de la interpretación de estos derechos, debería tenerse en cuenta el compromiso internacional de los estados contratantes por respetar, en la jurisdicción interna, los derechos esenciales de los seres humanos y, en particular, las obligaciones derivadas de ese compromiso; esto es, la de respetar, proteger y garantizar, real y efectivamente, los derechos reconocidos en los tratados, de acuerdo con el sentido, la naturaleza y el alcance otorgado a los mismos¹⁰⁷.

De todas maneras, se tratan de criterios de interpretación que son de reciente data y “algunas de ellas no tienen una elaboración definitiva. Antes bien, son propuestas no concluidas ni cerradas, aunque en buena medida ya han sido recepcionados por órganos de la jurisdicción internacional y por la cultura jurídica contemporánea¹⁰⁸”. Entre estos cabe mencionar a los principios de «progresividad», «interacción», «promoción», «universalidad», «indivisibilidad», «irreversibilidad» de los derechos humanos y la interpretación de acuerdo con el objeto y fin del tratado, que en esta oportunidad no serán desarrollados, para pasar a ocuparnos a los criterios de interpretación de los derechos fundamentales, en su orden: a) Principio *pro homine*: uno de los criterios frecuentemente utilizados por los tribunales constitucionales (y por cierto, también por los tribunales internacionales de derechos humanos) es el *pro homine*. Se trata de un “criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria¹⁰⁹”. Néstor Pedro Sagüés, ha establecido las siguientes directrices con sus consecuentes variantes:

✓ *Preferencia interpretativa.*

Lo que Sagüés denomina una «directriz de preferencia interpretativa», esto es, el intérprete de los derechos ha de buscar la interpretación que más

¹⁰⁷ CARMONA TINOCO J., “La aplicación judicial de los tratados sobre derechos humanos” en: AA. VV., Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, México, 2002, pp. 186.

¹⁰⁸ SAGÜÉS N.P. “La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”, en: AA. VV., Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica, José Palomino Manchego y José Carlos Remotti (Coordinadores), Editorial Grigley, Lima, 2002, pp. 35-36.

¹⁰⁹ PINTO M. “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos” en: Martín Abregú y Christian Courtis (Compiladores), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 163.

optimice un derecho constitucional. Tal directriz de preferencia interpretativa, a su vez, comprende:

(a). El principio favor libertatis, que «postula entender al precepto normativo en el sentido más propicio a la libertad en juego», en un doble sentido. A saber:

(i) Las limitaciones que mediante ley se establezcan a los derechos fundamentales no deberán ser interpretadas extensivamente, sino, siempre de modo restrictivo.

ii) Su correlato, es decir, que el operador deba interpretar la norma de manera que mejor optimice su ejercicio, pues cada disposición constitucional «está dirigida a la realidad» y, en ese sentido, «está solícita de una interpretación orientada a la efectividad, a la vigencia práctica, material». Desde esta perspectiva, en palabras del Tribunal Constitucional Federal Alemán “incumbe a la jurisprudencia constitucional descubrir la diferente función de una norma constitucional y en particular de un derecho fundamental. Y al respecto se dará preferencia a la interpretación que más fuertemente despliegue la eficacia jurídica de la norma¹¹⁰”.

(b). En segundo lugar, el «principio de protección a las víctimas» o, como alude Bidart Campos, el principio *favor debilis*, es decir “que en la interpretación de situaciones que comprometen derechos en conflicto es menester considerar especialmente a la parte que, en su relación con la otra, se halla situada en inferioridad de condiciones o, dicho negativamente, no se encuentra realmente en pie de igualdad con la otra¹¹¹”.

1.4.3. Preferencia de normas.

El principio *pro homine* también envuelve una regla de preferencia de normas, es decir, que ante un “caso a debatir, el juez tendrá que aplicar la norma más favorable a la persona, con independencia de su nivel jurídico.”¹¹² Este principio de interpretación de los derechos fundamentales, se encuentra recogido en el inciso b) del artículo 29° de la Convención

¹¹⁰ HABERLE P. “La libertad fundamental en el Estado Constitucional”, Comares, 2016. pp. 328 y 263, respectivamente.

¹¹¹ BIDART CAMPOS G. “Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio prohomine”, en: Germán Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez (Coordinadores), El Derecho Constitucional del Siglo XXI: Diagnóstico y perspectivas. Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Argentina, 2000, pp.123.

¹¹² PEDRO SAGÜÉS P., “La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional” Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Anticipo de anales. Segunda época No 16, 1998, pp. 32-33.

Americana de Derechos Humanos, bajo el acápite de normas de interpretación.¹¹³ Lo trascendencia del reconocimiento efectivo de este postulado, pasa resumirse claramente en palabras de Ayala Corao: “cada vez que una norma de derechos se encuentre en conflicto con una norma de poder, el caso debe ser resuelto escogiendo favorablemente la norma sobre el derecho. En este sentido, las normas sobre derechos son superiores a las normas sobre poder ubicadas en un mismo plano, pues las primeras orientan en definitiva la actuación de los órganos del poder público. Así el Derecho democrático debe construirse e interpretarse teniendo por principio y fin último, a los derechos de la persona humana”¹¹⁴.

1.5. Teoría y nociones del derecho fundamental a la nacionalidad desde la “problematización” de las nociones de legitimidad, validez y eficacia.

Son muchas las definiciones propuestas por los tratadistas para aclarar el alcance del término nacionalidad¹¹⁵. En las distintas opciones, destacamos la ofrecida por Manuel Osorio,¹¹⁶ de donde resultan dos que en cierta medida, tienden a complementarse.

La primera, considera la nacionalidad como un vínculo específico que une a una persona con un Estado. Este vínculo, que determina su pertenencia ha dicho Estado, confiriéndole derecho a reclamar su protección, pero la somete también a las obligaciones impuestas por sus leyes.

En tanto segunda definición, afirma que la nacionalidad es el vínculo jurídico en virtud del cual una persona se convierte en miembro de la comunidad política de un Estado determinado aceptando, en consecuencia, sus normas, tanto de Derecho Interno como de Derecho Internacional.

Otros autores ampliando el marco de esta concepción, apuntan en señalar que “lo referente a la nacionalidad está regulado en América Latina en las constituciones. Pero en los países europeos la materia de la nacionalidad

¹¹³Artículo 29. Normas de Interpretación Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; (...)

¹¹⁴ AYALA CORAO C. “El derecho de los derechos humanos”, en: *Lecturas constitucionales andinas*, N° 3, CAJ, Lima, 1994, pp. 67-68.

¹¹⁵ Verbigracia BENDIX R., en su obra “Estado nacional y ciudadanía, Buenos Aires, 1974, pp. 26, consideraba que “si bien la ciudadanía implica reconocimiento de derechos, la cuestión central reside en el grado de inclusividad con que se la define, es decir con el contenido que se le asignan a esos derechos. Por ejemplo, señala, en un principio se excluyó de ella a todas las personas social y económicamente dependientes, restricción que fue poco a poco reduciéndose en el curso del siglo XIX hasta abarcar a todas las personas adulta.”

¹¹⁶ OSORIO M. “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2006, pp. 97.

aparece regulada en el Código Civil o en leyes especiales. Sin embargo, la tendencia de las constituciones Latinoamericanas es más lógica, ya que de la nacionalidad se desprenden importantes derechos y el estatus personal de los ciudadanos. También expresa, este autor, que “La nacionalidad se define como el vínculo jurídico-político que une a una persona con un Estado”¹¹⁷.

Se ha dicho que la nacionalidad es un vínculo. *¿Cuál es la naturaleza de ese vínculo? ¿Será un vínculo contractual o será un vínculo de imperio, de soberanía?*

Para responder al interrogante formulado, han surgido varias tesis, la primera teoría ha sido sostenida por Andrés Weiss y Estanislao Severo Zeballos¹¹⁸. Según estos autores, la nacionalidad es un *vínculo contractual* que vincula el individuo al Estado. De acuerdo a esta teoría el Estado actúa por *presunción*. El presume la voluntad del recién nacido y procede a aceptar esa manifestación presuntiva de voluntad. Esta teoría ha sido muy criticada. En efecto, para que haya contrato se requiere que exista una voluntad expresa o tácita y es imposible presumir en el recién nacido una manifestación de voluntad. Tampoco existe un vínculo contractual en el caso de la naturalización. Es cierto que el extranjero que desea naturalizarse manifiesta su voluntad de acogerse a la nacionalidad del Estado, pero no toda manifestación de voluntad da origen a un contrato.

La segunda teoría sostiene que el Estado, impone la nacionalidad de manera unilateral en función de su poder de imperio. La nacionalidad originaria la establece el Estado de manera soberana y en los casos de naturalización dispone las reglas que deben ser cumplidas por aquellos que aspiran a nacionalizarse y aun así el Estado se reserva el derecho de manera discrecional de conceder o negar la nacionalidad solicitada. Así las cosas, la doctrina se inclina a que la nacionalidad es un vínculo de derecho público interno creado por un acto unilateral del Estado. Siendo una relación directa entre el individuo y el Estado. Además la nacionalidad está relacionada directamente con la ciudadanía, teniendo en cuenta que no es posible adquirir el estatus de ciudadano si esta; partiendo de que todo ciudadano requiere ser nacional del Estado al cual pertenece o se encuentra vinculado para obtener los derechos que le otorga el Estado.

¹¹⁷ ARISMENDI, A. “Derecho Constitucional”. Tomo II. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Público, 2006.

¹¹⁸ WEISS A., SEVERO ZEBALLOS E., “Manual de derecho internacional privado”. Volumen 1 Paris: L. Larose & L. Tenin, 1911-1912, pp. 71-74.

Nos resta referirnos, a la teoría de la *situación Sui Generis* que justifica la nacionalidad como un vínculo jurídico que no puede expresarse por un contrato, ni una concesión, sino por su propia naturaleza. La nacionalidad, es peso, a toda su fundamentación teórica y dogmática un fenómeno complejo. Que contiene elementos de índole diversa: sociológica, jurídica y política que una parte lo caracterizan, y por otra permiten enfoques distintos para su análisis, el énfasis que se haga en cada uno de ellos puede tener un objetivo integrador desde la óptica multidisciplinar y transdisciplinar¹¹⁹. Consideramos, en el presente estudio de vital importancia esta perspectiva, dado que de esta manera es posible promover un análisis integral de los sistemas (esto es, el debate trilemático entre legitimidad, lo político, la validez el derecho y la eficacia lo sociológico) a efectos encontrar una propuesta que permita el reconocimiento y eficacia de la nacionalidad como derecho fundamental desde el derecho interno y el derecho internacional, para identificar eventuales o posibles escenarios de compromisos y responsabilidades de los estados, en la afirmación y protección de la nacionalidad como derecho fundamental.

La visión analítica propuesta encuentra su asidero, en la siguiente hipótesis formulada por el profesor Oscar Mejía Quintana¹²⁰:

“La problematización de las relaciones entre legitimidad, validez y eficacia” permitirían determinar democráticamente los medios de validez social e instrumental que finalmente propicien, en términos de integración social, la eficacia de los sistemas, esto es, del Estado democrático de derecho”

En palabras del propio autor “Legitimidad, validez y eficacia, de una parte, filosofía política, teoría del derecho y sociología jurídica, constituyen tres problemáticas y tres ámbitos disciplinarios que tienen que podarticulados horizontal y verticalmente, estructural y sistémicamente desde una sola reflexión epistemológica. Y aunque la autonomía epistemológica de cada

¹¹⁹ Este aspecto manifestado en palabras de LEVÍN, S. En su análisis titulado “Los desafíos de la ciudadanía en las sociedades contemporánea” en la Revista SAAP Vol. 2, N°1, diciembre 2004, pp. 35-68. Significa a grandes rasgos, que “los criterios que permitieron la definición de un modelo cívico inclusivo son cuestionados por nuevos actores y demandas diferenciadas y, en consecuencia, se les exige a la democracia y a la ciudadanía la capacidad de tolerar el conflicto y encauzarlo sobre la base de nuevos principios de organización o bien de una nueva relación entre los componentes constitutivos de la ciudadanía. Se trata en definitiva de discutir qué formato deberá adoptar la ciudadanía en el espacio político común para garantizar la inclusividad democrática pero en un escenario global, donde los supuestos que definieron la inclusividad han perdido consenso y el disenso se disputa en antagonismos: universalidad/particularidad, libertad/sometimiento, igualdad/diferencia”.

¹²⁰ OSCAR MEJÍA QUINTANA. “Teoría política, democracia radical y filosofía del Derecho, legitimidad, validez y eficacia en el pensamiento del contemporáneo”. Editorial Temis S.A. Bogotá- Colombia 2005.

cual es un reflejo de su autorreferencia societal, cada cual integra, como el derecho lo ha podido hacer desde el problema de la validez, las otras problemáticas, ámbitos y reflexiones con el objeto de lograr una observación de sí mismos y de sus respectivos entornos más amplia y, a través de ello, una adaptación más adecuada a la cada vez más creciente complejidad de la sociedad contemporánea”¹²¹.

De esta forma, es posible considerar que en la actualidad, la evolución y desarrollo del Derecho Constitucional, en sus distintas problemáticas y casos difíciles (problemáticas o casos difíciles, que como ya propusimos al inicio de este capítulo, son posibles de analizar y enfrentar, desde las nociones generales de una teoría de los derechos fundamentales, en el contexto de una filosofía del derecho constitucional continental)¹²².

El orden de las reflexiones formuladas, nos dan pie para llegar a identificar las principales problematizaciones que en la actualidad caracterizan la teoría de derecho fundamental de la nacionalidad.

1.5.1. El concepto de nacionalidad y su evolución histórica.

Abordaremos el análisis de este tema atendiendo a los siguientes aspectos:

❖ Antecedentes históricos del concepto de nación.

Es imposible metodológicamente abordar el concepto nacionalidad desde su *enfoque histórico y sus problematizaciones*, sin antes efectuar un análisis del propio surgimiento de la nación como tal, bien como lo precisa Hoyos de los Ríos¹²³, en la historia de la Europa del siglo XVIII se pueden rastrear los orígenes de estos términos. Sin la pretensión de ser exhaustivos, nos serviremos de algunos autores como Suratteau, J.R. (1975), Smith (1991), Gellner (1998), cuya obra está traducida al castellano) y Pérez Vejo (1999), entre otros, por medio de los aportes de pensadores de épocas anteriores, para lograr una idea de este proceso de construcción de naciones.

¹²¹ MEJÍA QUINTANA O., “Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho.” Humanitas (No. 33), Nuevo León: Centro de Estudios Humanísticos (Universidad Autónoma de Nuevo León), México, 2006, pp. 127.

¹²² Hacemos alusión y referencia al numeral 1.1. del Capítulo primero denominado de la presente tesis doctoral denominada “nociones generales de una teoría de los derechos fundamentales: en el contexto de una filosofía del derecho constitucional continental”.

¹²³ HOYOS DE LOS RÍOS O.L., “La identidad nacional: algunas consideraciones de los aspectos implicados en su construcción psicológica Psicología desde el Caribe”, núm. 5, enero-julio, 2000, pp. 56-95. Disponible en: <https://www.redalyc.org>.

En el rastreo que los autores hacen del origen del término “nación” hallamos que, de modo casi inmediato, surgen palabras derivadas, tales como *nacional y nacionalidad*¹²⁴, y junto con ellas una variedad de conceptos asociados, como el de patria, sentimiento nacional, nacionalismo e identidad nacional, entre otros. Durante el proceso histórico, estos términos han tenido usos confusos, hasta encontrar en su uso actual un sentido distinto, aunque relacionado, para cada uno de ellos. La revisión histórica pone en evidencia que su aparición y uso están relacionados con la historia de la Europa de los siglos XVIII y XIX, y de manera especial con la de Francia y Alemania.

En lo que concierne, al origen del vocablo “nación” aparece una connotación biologicista¹²⁵ que se encuentra en los primeros usos que se hizo del mismo, cuando dicho término era empleado casi de manera exclusiva para referirse a la descendencia o estirpe¹²⁶. Posteriormente se lo usó en sentido biológico, pero no exclusivo y sin ninguna connotación socio-política, ni relacionado con el poder. El carácter socio-jurídico y no natural, pero conservando el carácter biológico, se remonta a la Baja Edad Media, a los sínodos de la Iglesia en la que los obispos representan a naciones que se corresponden con demarcaciones territoriales.

El uso rigurosamente político en lengua castellana aparece a partir de 1884, cuando «nación» pasa a significar «Estado o cuerpo político que reconoce un centro común supremo de gobierno» y «territorio que comprende, y aun sus individuos, tomados colectivamente como conjunto¹²⁷». Los usos anteriores conservan un *sentido geográfico* relacionado con la extensión del territorio. La situación en los otros idiomas de Europa es similar, y se observa que sólo hasta el siglo XIX el término se usa predominantemente en un sentido sin mayores connotaciones políticas. Durante este tiempo prevalece un uso ambiguo del término en el que se mezclan criterios lingüísticos, étnicos y políticos; sin embargo, aparece una clara proyección *jurídico-política* al transformarse en la fundamental *fuerza de legitimidad del Estado Moderno*.

En esta dinámica, la idea de nación para las naciones modernas es más geográfica que sanguínea. En tal contexto, la identificación de los

¹²⁴ “La idea nacional de la opresión a la liberación de los pueblos. Traducción al español de Roberto Mesa. Madrid, Edicusa, 1975. Introducción; y PERÉZ VEJO, T. 1999. Nación, identidad nacional y otros mitos nacionalistas. Ediciones Nobel. Cap. 2. pp. 96.

¹²⁵ Este concepto, hace referencia a la posición teórica mantenida por quienes afirman que los fenómenos psicológicos, sociales y culturales dependen de condiciones orgánicas (biológicas) de modo que para comprenderlos y explicarlos debemos basarnos en los hechos biológicos que les subyacen.

¹²⁶MARAVALL, J.A., “Estado moderno y mentalidad social”, 1986, citado por PÉREZ VEJO 1999. 4 *Ibid.*

¹²⁷ Diccionario de la Real Academia Española, 1979.

antepasados es más difícil, porque los antepasados son tanto los conquistados como los conquistadores, los grupos sociales dominantes como los dominados. Autores como Anthony Smith¹²⁸, han formulado la tesis de la existencia de por lo menos, tres conceptos de nación: *civil, étnico y plural*. Para la edificación de los denominados estados nacionales, en casi todo el mundo han prevalecido los conceptos clásicos de la nación, la civil y la étnica. Procedemos, a realizar un breve análisis de cada una de estas tendencias.

La concepción civil: “La nación era una comunidad de ciudadanos; fuera de esta categoría quedaban los extranjeros que vivían más allá de las fronteras del Estado nacional y los extranjeros residentes [...] Según esta concepción cívica, la nación es una comunidad de leyes. Está definida por un cuerpo común de leyes que obligan a todos los ciudadanos¹²⁹». Smith¹³⁰ señala como características del modelo cívico de nación las siguientes: a) la condición previa de toda nación es el país. El territorio del país es el de la nación; territorio y comunidad se pertenecen mutuamente y de manera exclusiva; b) el Estado nacional, al tiempo que consolida el espacio nacional, regula la vida de los ciudadanos dentro de su jurisdicción territorial; c) hay una idea de patria, que es una comunidad de leyes e instituciones con una única voluntad política; d) a-parece un sentido de igualdad entre los miembros de la comunidad. En principio, todos los miembros de la nación son iguales ante la ley; e) el Estado nacional tiene que tener una cultura pública y una religión civil, que actúen como mecanismos que permitan la cohesión social. Estos elementos dotan al concepto de nación de un carácter político, jurídico y administrativo.

El modelo de nación civil, de voluntarismo político, queda claro con la Constitución francesa de 1791, en la que se expresa que «la idea de nación no se refería a un grupo especial de personas con una identidad cultural propia, sino a un grupo de ciudadanos con una humanidad común. Para los hombres que hicieron la Revolución, la nación era una categoría político-administrativa, un agregado de individuos capaces de participar en la vida política común. El concepto básico de la Revolución Francesa no era el de francés, sino el de ciudadano¹³¹». El modelo civil, muy ligado a la tradición francesa desde la Revolución, apareció también en otros estados nacionales de Occidente como Holanda, Suecia y Suiza, en los que las comunidades étnicas minoritarias estaban más o menos integradas en la comunidad

¹²⁸ SMITH, A.D “Tres conceptos de nación” en Revista de Occidente. N° 61. pp. 7- 22, 1994

¹²⁹ SMITH, A. D., *óp. cit.*, pp. 25

¹³⁰ Ver, SMITH A. D. “La identidad nacional. Madrid”. (Trad. de Adela Despujol Ruiz-Jiménez). Trama, 1997, pp. 35-36.

¹³¹ PÉREZ VEJO, *óp. cit.*, pp. 62.

dominante, cuyas élites dominaban las instituciones del Estado. En cambio, en otros estados como España y Gran Bretaña las comunidades dominantes no tuvieron tanto éxito por la baja integración de las etnias minoritarias.

Las culturas étnicas se encuentran en la base de la concepción étnica de la nación. Desde este pensamiento, se pretende crear naciones a partir de concepciones étnicas preexistentes. Smith, señala la diferencia principal entre la *concepción civil y la étnica*. Más allá, de que la primera se formara a partir de una etnia preexistente y dominante, la diferencia radica en que la concepción civil de nación pretende trascender la etnicidad en una comunidad política común con leyes y cultura comunes para todos, mientras que la étnica lo que pretende es *reivindicar el vínculo étnico*, la cultura étnica, así a cada comunidad étnica le correspondería una nación. La nación étnica destaca la importancia de la comunidad de nacimiento y la cultura nativa. Entre sus tipologías se encuentran: a) la importancia que se da a la genealogía, al origen común, al linaje, de modo que la nación viene a ser una familia de familias; b) la nación étnica coincide con la comunidad popular, pone el énfasis en la comunidad y no en el individuo; c) el pueblo es el depositario de la virtud, en él está el verdadero origen. Desde esta concepción, la cultura, la historia y la lengua del pueblo son la lengua de la nación. La cultura se convierte en la base esencial y única de diferenciación nacional.

Los modelos distinguidos se hallan en la base de la construcción de las naciones. Algunos teóricos¹³² consideran que la formación de las naciones está relacionada con la *existencia del Estado*, es decir, la nación sería históricamente el resultado de las necesidades de legitimación de esa nueva forma, específicamente moderna, de ejercicio de poder político que conocemos con el nombre de Estado.

Otros autores como Horch¹³³, indican que los procesos de formación nacional se desarrollaron con mayor rapidez y tuvieron más éxito cuando se podía recurrir a una conciencia nacional en los estamentos y en la nobleza (Hungría y Polonia). Este escenario, era favorable en los casos en los que había una *conciencia nacional debilitada*, ya que la posibilidad de recurrir a los estamentos actuaba de modo integrador. Aunque esta dimensión histórica es importante y en algunos casos facilitó *el proceso de construcción*

¹³² SMITH, A. D, *óp. cit.*, pp. 32.

¹³³ HORCH en su obra. «La construcción de la identidad nacional: del grupo étnico a la nación moderna». En: Revista de Occidente, N° 161, 1994, pp. 45-60. Traducción al español de Alejandro del Río Herrmann, pp. 48.

*nacional*¹³⁴, ésta también surgió en grupos que no podían remitirse a una conciencia nacional estamental (caso de eslovacos, eslovenos, entre otros).

Muy a pesar que el concepto de «nación plural» es bastante deseable, no parece evidente que el cambio de paradigma resulte fácil en las naciones de tradición cívica y étnica. De otra parte, asumir una concepción de nación plural tiene sus riesgos y dificultades, que es necesario tener en cuenta para que ésta componga una alternativa sana y desfasada de la construcción nacional.

Frente a los anteriores esquemas de construcción nacional, surge una concepción distinta que, en opinión de Olga Lucía Hoyos de los Ríos¹³⁵, responde mejor a las aspiraciones de las etnias más pequeñas. Corresponde al concepto *pluralista de nación*¹³⁶. Desde esta perspectiva, “el Estado nacional está compuesto de comunidades culturales diversas que se mantienen unidas gracias a la acción de una cultura pública, pero conservando un grado considerable de autonomía institucional en aspectos como la educación, la vida ciudadana, las actividades para el tiempo libre y la prensa y cultura en la lengua vernácula. Las élites del Estado y los representantes de la cultura étnica dominante otorgan un marcado reconocimiento a las culturas de las etnias minoritarias, a sus estructuras institucionales y a su contribución a la construcción de la vida nacional¹³⁷”.

En el trasfondo de los distintos modelos de concepción nacional, Smith¹³⁸ encuentra unas creencias compartidas sobre lo que es una nación, y señala las siguientes: a) las naciones son unidades de población demarcadas territorialmente y que deben tener sus propias patrias; b) sus miembros comparten una cultura de masas común y diversos mitos y recuerdos históricos, colectivos; c) sus miembros tienen derechos y deberes legales recíprocos, regidos por un sistema legal común, y la nación tiene una

¹³⁴ Según HORCH, *óp cit*, pp. 55, “La construcción nacional en estos casos fue posible, en un principio, mediante la comparación con miembros de otros grupos con los que se tenía algún tipo de contacto. En un primer momento, estos contactos fueron llevados a cabo por grupos que tenían alguna movilidad social, como comerciantes, guerreros y políticos. De este modo, en la percepción de las diferencias entre unos y otros se construía la frontera; en palabras de Horch, «la frontera constituía una institucionalización de la diferencia”.

¹³⁵ Ver, HOYOS DE LOS RÍOS O. L., en su estudio “La identidad nacional: Algunas consideraciones de los aspectos implicados en su construcción psicológica.” *Psicología desde el Caribe*, No. 5: Ene-Jun 2000, pp. 56-63. Disponible en: <http://rcientificas.uninorte.edu.co> .

¹³⁶ SMITH C. *óp. cit.*, pp. 63, considera que “la nación cívica se encuentra en la base de la concepción plural, y se diferencia de ésta en el grado de centralización del poder político. En este sentido, la nación civil estaría en el extremo opuesto de la nación plural, y existen en ésta unas leyes e instituciones federales que protegen tanto las libertades locales o provinciales como la expresión de la voluntad y los sentimientos políticos comunes”.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ *Ibidem*.

división colectiva del trabajo y un sistema de producción que permite a sus miembros la movilización por todo el territorio. Esto significa, que existe cierta correspondencia entre estos elementos y los que definen, de manera objetiva, la identidad nacional.

❖ El concepto de nacionalidad.

La inescindible conexión con los elementos que definen la nación encontramos el origen del concepto de “nacionalidad”. Suratteau señala que la palabra «nacionalidad» fue acuñada por Madame de Staël en 1810. A partir de ese momento dicha palabra adquiriría distintos sentidos y diversos usos. Tendría entonces una utilización abstracta o jurídica y una utilización concreta y étnica. El uso que se le daba en ese momento, recogido por Madame de Staël, se puede traducir, por perífrasis, en palabras de Surratteau¹³⁹, como «sentimiento nacional», «exceso de sentimiento nacional», definiciones que fueron tomando un carácter ético, y más tarde el término fue reemplazado por “nacionalismo”. En la evolución de la palabra «nacionalidad», Suratteau encuentra una primera confusión producida por la identificación *entre sentimiento nacional –sustrato del principio de las nacionalidades– y sentimiento patriótico*. Esta caracterización, la harían varios autores al evocar el sentido de la denominación de “patriotas” dado a los hombres de 1789 o de 1792 y extrapolar los mismos razonamientos a los movimientos de 1830. «Si el amor a la patria, grande o pequeña, es tan viejo como el mundo, evidentemente fue la revolución francesa la que contribuyó a la asimilación *patria-nación*”.

En la entonces Francia revoltosa y soberana, ubicamos doblemente el origen del movimiento de las nacionalidades: directamente al llevar sus principios a los cuatro puntos cardinales de Europa, e indirectamente al suscitar la oposición de las nacionalidades frente a su agobiante ocupación¹⁴⁰. Entre tanto en Alemania aparece el término «nacionalidad»¹⁴¹ de la mano de los intelectuales que habían movilizado el espíritu nacional contra el opresor. Jahn¹⁴² rechaza el término «Nationalität» y le opone el germánico «Volkstum», definido por él como:

¹³⁹ SURRATTEAU, en su obra “La Idea Nacional” de la opresión a la liberación de los pueblos. 1975, pp. 14.

¹⁴⁰ SURATTEAU, *óp. cit.*, pp. 16.

¹⁴¹ *Ibidem*, pp. 18. El término «Nationalität» triunfa en los pensadores alemanes en contraposición al término «Volkstum». Así, en Francia, Lortet, traductor de Jahn, traducirá «Volkstum» por «nacionalidad», y explica: « [...] No he podido encontrar una palabra más apropiada en nuestro idioma y que pudiese emplearse en el mismo sentido...»

¹⁴² *Ibidem*, citado en p. 16.

Lo que hay de común en el pueblo, su esencia inherente de vida en movimiento, su fuerza regeneradora, su facultad reproductora. Por él reinan en todos los miembros de una nación un pensamiento y un sentimiento nacional popular [...] él conduce a todos los individuos de una nación [...] a la unión completa y múltiple con los demás miembros, de suerte que todos juntos formen una comunidad hermosa y fuerte.

En la evolución histórica del concepto de «nacionalidad» se distingue entre las definiciones de *origen latino y las de origen germano*¹⁴³. En las definiciones de origen latino se destaca la voluntad, el pensamiento y la *dignidad del ser humano*; se menciona también a condiciones geográficas y políticas, prevaleciendo las mismas, respecto a consideraciones de tipo étnico-cultural. Es significativo, también el contenido religioso y las referencias a cumplir la tarea de Dios presentes en estas definiciones, entre las cuales podemos señalar:

La definición ofrecida en el 1833 por Mazzini¹⁴⁴, en la que están presentes los elementos mencionados:

“Una nacionalidad es un pensamiento común, un principio común, un objetivo común [...]. Una nación es la asociación de todos los hombres que, agrupados ya por el lenguaje, ya por determinadas condiciones geográficas, ya por la función que le es asignada en la historia, reconocen un mismo principio y marchan bajo el imperio de un derecho unificado a la conquista de un objetivo definido. La actividad armónica, la aplicación de todas las fuerzas individuales que la asociación orienta hacia ese objetivo constituye la vida nacional. Es la tarea que Dios impone a un pueblo en el trabajo humanitario. Es su misión, la tarea que debe realizar en la tierra para que el pensamiento de Dios pueda llevarse a cabo en el mundo; la obra que le da derecho de ciudadanía en la humanidad, el bautismo que le confiere un carácter y le asigna un puesto entre sus hermanos (...)”¹⁴⁵.

¹⁴³ Estas referencias fueron consultadas en Suratteau, 1975, pp. 17-20.

¹⁴⁴ *Ibidem*, pp. 22-23. “En 1836 el mismo MAZZINI afirmaba: “cuando hablamos de nacionalidad, nos referimos a la nacionalidad tal y como la concebirán los pueblos libres, hermanos y asociados. La nacionalidad de los pueblos nunca ha existido, se encuentra en el futuro”.

¹⁴⁵ *Ibidem*, pp. 30-32. “La diferencia que aquí se establece entre “nación” y “nacionalidad” se refiere más a una relación de medio-fin, en el que la nación constituye el camino mediante el cual se cumplirá el objetivo del pueblo. La nacionalidad viene a ser una idea, e incluso un sentimiento, que encuentra su expresión en la nación”.

En 1866, Buchez, refiriéndose a una definición dada por él, en 1834, decía:

“Cuando pronuncié por primera vez la palabra nacionalidad creí inventarla [...], le daba un significado nuevo que todavía ahora le mantengo, pero hoy día con total autoridad ya que esta palabra ha hecho fortuna en su nuevo sentido [...] quiere decir no sólo la nación, sino también alguna cosa más en virtud de la cual una nación subsiste incluso cuando ha perdido su autonomía (...)”¹⁴⁶.

Paralelamente, a las contribuciones indicadas se enunciaban estas definiciones con un carácter bastante general, algunos historiadores de la época intentaron distinguir unos principios fundamentales de «nacionalidad». Para 1851, el jurista Mancini¹⁴⁷ aportó a la definición de nacionalidad componentes determinantes elementos, exponiendo lo siguiente:

“La nacionalidad es el producto de diversos factores: la geografía, que señala los límites naturales [...]; la raza, formada por la lenta fusión de varias razas diferentes; la lengua, tan preciosa para asegurar la unidad moral. Pero todo esto no basta porque todos elementos inertes necesitan un soplo de vida. Este soplo es la conciencia de las nacionalidades, el sentimiento que adquiere de sí misma y que la hace constituirse en el interior y manifestarse en el exterior [...], unos hombres aproximados por numerosos lazos materiales no formarán una nación sin la unidad moral de un pensamiento común, de una idea predominante. Es el «pienso, luego existo» de los filósofos aplicados a la nacionalidad”¹⁴⁸.

¹⁴⁶*Ibidem*, pp. 34. “En esta definición se mantiene una equivalencia entre los términos “nación” y “nacionalidad” y se empieza a dotar a este último de nuevos elementos que los diferenciará posteriormente”.

¹⁴⁷ MANCINI P.E. (1817-1888), oriundo de Castel Baronia, Italia, quien fundara el periódico político *Il Riscatto* en 1848, buscando una orientación liberal, en su esfuerzo sólo consiguió el exilio huyendo del Rey Fernando II; el aporte teórico de *Mancini* a la *Filosofía del Derecho* se percibe a través de su figura en el pensamiento jurídico y político del siglo XIX y como fundador del *Derecho Internacional* ha sido su “concepción de la nacionalidad”, para él el principio de la *nacionalidad* significa ante todo un valor moral, una realidad axiológica que se puede evidenciar leyendo sus lecciones y aplicándoles la escala axiológica adecuadamente, evidentemente allí surge la voluntad de autonomía y libertad, información que trasciende un angosto camino empírico acerca de las circunstancias territoriales, étnicas o lingüísticas.

¹⁴⁸ La teoría de la *nacionalidad* sostenida por MANCINI P.E. (1817-1888), se fundamenta en *fuentes doctrinales ecléticas* a partir de allí construye y fundamenta el “nuevo” Derecho Internacional, para su definición le parte de la fórmula aristotélica: *definitio fit per genus proximum et differentiam*, lo cual aplica al Derecho de Gentes este método definitorio lo cual nos lleva al derecho humano universal, lo cual no es otra cosa que el concepto general del derecho.

También Stuart Mill¹⁴⁹ intenta definir los componentes de la nacionalidad al escribir:

“Puede decirse que hay nacionalidad donde se encuentran unos hombres unidos por simpatías comunes que no existen entre ellos y otros hombres, simpatías que les llevan a actuar de acuerdo, mucho más gustosamente que lo harían con otros, a desear vivir juntos bajo el mismo gobierno y desear que este gobierno se ejerza exclusivamente por ellos mismos o por una parte de ellos”

En las precedentes conceptualizaciones, el énfasis se enfoca en el deseo o voluntad de los individuos y se trasciende la vinculación étnica y la unidad cultural preexistente. No obstante, en las definiciones de ascendencia alemana se asignan unos componentes “naturales” a la nacionalidad, tales como la religión, la lengua y el territorio, y se insiste en el sentido de cultura histórica de la nacionalidad.

De otro lado, Desde la perspectiva internacionalista, por el contrario, cabrían definiciones como las del profesor Espinar Vicente¹⁵⁰, que afirma que «la noción de nacionalidad posee contenido conceptual polivalente de distintas proyecciones jurídicas». La primera de ellas hace relación a “una colectividad de personas que se individualiza con base a un origen común, una misma lengua y una tradición compartida”.

Continúa diciendo este mismo autor, que también puede definirse este concepto en su segunda dimensión como “el vehículo que liga a cada individuo con un determinado Estado». Y, por último, una tercera imagen concibe la nacionalidad como “una cualidad que convierta a quien la ostenta en destinatario primario de sus normas de Derecho privado”¹⁵¹

Evidentemente, podríamos continuar exponiendo diferentes aristas dogmáticas de la nacionalidad, por ello hemos estimado pertinente escoger

¹⁴⁹ Como lo advierte LOPEZ SANCHEZ R., en “El principio de nacionalidad en John Stuart Mill: propuestas para un Estudio desde la historia contextual”. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas-2011. Núm. 23. XVIII/1-2: pp. 63-76, “atendiendo al conjunto de la obra de MILL, uno de pasajes más explícitos sobre el asunto de la nacionalidad se encuentra en el capítulo dieciséis de *Consideraciones sobre el gobierno representativo* (1861), muy citado cuando se aborda este tema. Precisamente esta obra, la única de su extensa producción que Mill dedica en su totalidad a la teoría política, es considerada uno de los trabajos clásicos sobre la nacionalidad en el siglo XIX, olvidando, a veces, otros escritos clave para entender qué significaba dicho concepto para Mill”.

¹⁵⁰ ESPINAR VICENTE, J. M.A: Derecho internacional privado, vol. 2. °, la Nacionalidad, ed. Tat, Granada, 1986, pp. 13 y 14.

¹⁵¹ ESPINAR V., *óp. cit.*, pp.16.

una de las tantas opciones para definir el alcance que se propone el presente estudio ofrecido por Milagros Otero Parga¹⁵²:

“Al hablar de nacionalidad entendemos un derecho natural o fundamental, que se refiere al vínculo común que une a las distintas personas con un origen común y un territorio y tradiciones compartidas y que los liga normalmente a un determinado Estado y los hace destinatarios de sus normas de Derecho privado.”

- ❖ La nacionalidad como derecho y prerrogativa de la persona, en el contexto de su reconocimiento y regulación como Derecho Humano Fundamental

En sus resoluciones 7/10 y 10/13, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas¹⁵³, teniendo como sustento el artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁵⁴, ratificó que el derecho a la nacionalidad es un *derecho humano fundamental*. El derecho a la nacionalidad está reconocido en una serie de instrumentos jurídicos internacionales, entre ellos la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁵⁵, la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁵⁶, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer¹⁵⁷, la

¹⁵² La nacionalidad como Derecho Fundamental. *Anuario de filosofía del derecho*. Ministerio de Justicia. Boletín Oficial del Estado, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, 1988, pp. 5-7. Disponible en <https://www.boe.es>.

¹⁵³ Consejo de Derechos Humanos 13º período de sesiones Tema 3 de la agenda Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General, 14 de diciembre de 2009, pp. 72-74.

¹⁵⁴ La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París; en esta se recogen en sus 30 artículos los derechos humanos considerados básicos, a partir de la carta de San Francisco (26 de junio de 1945). La unión de esta declaración y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y sus protocolos comprende lo que se ha denominado la Carta Internacional de Derechos Humanos. Mientras que la Declaración constituye, generalmente, un documento orientativo, los Pactos son tratados internacionales que obligan a los Estados firmantes a cumplirlos.

¹⁵⁵ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969.

¹⁵⁶ Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) es un tratado internacional de las Naciones Unidas, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990.

¹⁵⁷ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981.

Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada¹⁵⁸, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad¹⁵⁹ y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares¹⁶⁰. La cuestión de la nacionalidad está también regulada en la Convención para reducir los casos de apatridia¹⁶¹, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas¹⁶² y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados¹⁶³. Sobre el particular, para comprender plenamente el alcance de la *reglamentación del derecho a la nacionalidad como derecho fundamental*, es importante recordar las normas y principios específicos enunciados en esos instrumentos.

De esta forma es clara y extensa su reconocimiento y reglamentación como derecho humano fundamental, en el siguiente orden de regulaciones: a) *El artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho a una nacionalidad*. También prescribe que a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad¹⁶⁴. 5. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial dispone, en el párrafo inicial y el párrafo d) iii) de su artículo 5, que los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus

¹⁵⁸ Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada, es un tratado internacional de las Naciones Unidas. Aprobada el 29 de enero de 1957 y entrada en vigor el 11 de agosto de 1958.

¹⁵⁹ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, y quedaron abiertos a la firma el 30 de marzo de 2007.

¹⁶⁰ Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares es un tratado de la ONU que busca el respeto de los derechos de los trabajadores migrantes y de sus familias, tal como el nombre de dicha convención lo indica. Esta convención, que fue adoptada el 18 de diciembre de 1990, tiene como base los textos 97 y 143 sobre los trabajadores migrantes de la Organización Internacional del Trabajo. El tratado entró en vigor el 1 de julio de 2003.

¹⁶¹ Convención para reducir los casos de apatridia. Adoptada el 30 de agosto de 1961 por una Conferencia de Plenipotenciarios que se reunió en 1959 y nuevamente en 1961, en cumplimiento de la resolución 896 (IX) de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 1954. Entrada en vigor: 13 de diciembre de 1975.

¹⁶² Convención sobre el Estatuto de los Apátridas. Adoptada el 28 de septiembre de 1954 por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 526 A (XVII), de 26 abril de 1954. Entrada en vigor: 6 de junio de 1960.

¹⁶³ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954.

¹⁶⁴ La Declaración Universal de los Derechos Humanos es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París. Artículo 15. 1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.

formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de, entre otros derechos, el derecho a la nacionalidad¹⁶⁵. 6. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también dispone, en el párrafo 3 de su artículo 24, que todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad¹⁶⁶: b) *La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* dispone, en el párrafo inicial y el párrafo d) iii) de su artículo 5, que los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de, entre otros derechos, el derecho a la nacionalidad¹⁶⁷.

En igual sentido, se encuentra: c) *El artículo 9 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* dispone que los Estados partes otorgarán a la mujer los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos. Según la Convención, los Estados partes también otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad, y garantizarán, en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio hagan que cambie automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge¹⁶⁸. La

¹⁶⁵ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969. Artículo 5. En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: (...) d) Otros derechos civiles, en particular: (...) iii) El derecho a una nacionalidad; (...).

¹⁶⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976. Artículo 24. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, fue aprobada en 1979 por la Asamblea General de la ONU, entrando en vigor en septiembre de 1981. Artículo 9. 1. Los Estados Partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán, en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge. 2. Los Estados Partes otorgarán a la mujer los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos.

Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada establece garantías similares sobre la nacionalidad de las mujeres casadas¹⁶⁹.

Finalmente, también pueden dentro de esta línea legislativa hacer mención de: e) *La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios* y de sus familiares dispone, en su artículo 29, que los hijos de los trabajadores migratorios tendrán derecho a una nacionalidad¹⁷⁰.

En el plano regional, numerosos instrumentos también garantizan el derecho a la nacionalidad. Por ejemplo, el artículo 6 de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño¹⁷¹, establece el derecho de los niños a adquirir una nacionalidad y prescribe que la legislación de los Estados partes disponga la adquisición de la nacionalidad por los niños nacidos en su territorio a los que no se conceda la nacionalidad de otro Estado. El artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho a una nacionalidad y que toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra¹⁷². La Convención también establece que a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla. La Carta Árabe de Derechos Humanos dispone, en su artículo 29, que toda persona tiene derecho a una nacionalidad y que nadie puede

¹⁶⁹ Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada. Abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 1040 (XI), de 29 de enero de 1957, entrada en vigor: 11 de agosto de 1958. Artículo 1. Los Estados contratantes convienen en que ni la celebración ni la disolución del matrimonio entre nacionales y extranjeros, ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio, podrán afectar automáticamente a la nacionalidad de la mujer.

¹⁷⁰ Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. Entrada en vigor el 1º de julio de 2003. Artículo 29. Todos los hijos de los trabajadores migratorios tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad.

¹⁷¹ Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del niño, de 11 de julio de 1990. Fecha de aprobación: 11 de julio de 1990. Entrada en vigor: 29 de noviembre de 1999. Art. 6. Nombre y nacionalidad. Todo niño tiene derechos, desde su nacimiento, a tener un nombre. Todo niño debe ser registrado inmediatamente después de su nacimiento. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad. Los Estados Parte en la presente Carta se comprometerán a garantizar que su legislación constitucional reconozca los principios según los cuales un niño adquirirá la nacionalidad del territorio donde haya nacido si, al tiempo de su nacimiento, no se le ha otorgado la nacionalidad por otro Estado de acuerdo con sus leyes.

¹⁷² Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José.). Adoptado en San José, Costa Rica el 11/22/69. Entrada en vigor el 07/18/78 Artículo 20. Derecho a la Nacionalidad. 1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra. 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

ser privado arbitraria o ilegalmente de su nacionalidad¹⁷³. La Carta dispone asimismo que los Estados partes tomarán, conforme a su legislación sobre la nacionalidad, las medidas que juzguen apropiadas para que el niño pueda adquirir la nacionalidad de su madre, teniendo debidamente en cuenta, en todos los casos, el interés superior del niño.

No pueden escapar a este análisis, el artículo 7 del Pacto sobre los Derechos del Niño en el Islam¹⁷⁴ dispone que el niño tiene derecho, desde su nacimiento, a que se determine su nacionalidad y que los Estados partes preservarán la identidad del niño, incluyendo su nacionalidad, y harán todo lo posible para resolver el problema de la apatridia de los niños nacidos en su territorio o de los hijos de ciudadanos suyos residentes fuera de su territorio. Además establece que los niños de filiación desconocida tienen derecho a una nacionalidad. Igualmente, el artículo 4 del Convenio Europeo sobre la Nacionalidad¹⁷⁵ dispone que las normas de cada Estado parte sobre la nacionalidad deben fundarse en los principios de que toda persona tiene derecho a una nacionalidad, de que se debe evitar la apatridia y de que no se puede privar arbitrariamente a nadie de su nacionalidad. Otras disposiciones del Convenio establecen la obligación de los Estados de poner en práctica esos principios.

El marco jurídico en materia de derechos humanos que se acaba de exponer, se complementa con la Convención para reducir los casos de apátrida¹⁷⁶ y con la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas¹⁷⁷, que tratan

¹⁷³ El 15 de septiembre de 1994 se adoptó en El Cairo la Carta Árabe de Derechos Humanos, por el Consejo de la Liga de Estados Árabes.

¹⁷⁴ Pacto sobre los Derechos del Niño en el Islam. Adoptado por la 32ª Conferencia Islámica de Ministros de Relaciones Exteriores en Sana'a, República de Yemen, en junio de 2005.

¹⁷⁵ Las actuales normas europeas en materia de nacionalidad están codificadas en el Convenio Europeo sobre la Nacionalidad (STE n° 166), adoptado por el Consejo de Europa en 1997, que entró en vigor en 2000. Este Convenio consolida en un único texto todas las cuestiones importantes relativas a la adquisición y la pérdida de nacionalidad. Los principios esenciales del Convenio son la prevención de la apatridia, la no discriminación en asuntos relacionados con la nacionalidad y el respeto de los intereses legítimos privados y públicos. El Convenio tiene el objetivo de facilitar la adquisición de una nueva nacionalidad y la recuperación de una anterior, garantizar que la nacionalidad sólo se perderá por un motivo justificado y no podrá ser retirada de manera arbitraria y asegurar que los procedimientos de solicitudes de nacionalidad son justos, equitativos y pueden recurrirse. Asimismo, establece los principios relativos a las personas en peligro de apatridia como resultado de la sucesión de Estados y regula las obligaciones militares de las personas que tienen más de una nacionalidad.

¹⁷⁶ Convención para reducir los casos de apatridia. Adoptada el 30 de agosto de 1961 por una Conferencia de Plenipotenciarios que se reunió en 1959 y nuevamente en 1961, en cumplimiento de la resolución 896 (IX) de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 1954. Entrada en vigor: 13 de diciembre de 1975.

¹⁷⁷ Convención sobre el Estatuto de los Apátridas. Adoptada en Nueva York, Estados Unidos, el 28 de septiembre de 1954 por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada

específicamente de la cuestión de la apátrida. En particular, los artículos 1 y 4 de la Convención para reducir los casos de apátrida, disponen que los Estados partes adoptarán salvaguardias para impedir los casos de apátrida concediendo la nacionalidad a las personas que de otro modo serían apátridas y que, bien hayan nacido en su territorio, bien sean hijos nacidos en el extranjero de uno de sus nacionales. La Convención también exige que los Estados partes impidan la apátrida en caso de pérdida o privación de la nacionalidad. Conforme al artículo 32 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, los Estados facilitarán en todo lo posible la asimilación y naturalización del apátrida.

Siendo la nacionalidad el vínculo jurídico que une a una persona con un Estado, se estructura como derecho con los siguientes componentes: el derecho a adquirir una nacionalidad, a no ser privado de ella y a cambiarla, conforme lo establece el artículo 20 Convención Americana de Derechos Humanos ¹⁷⁸.

Se debe observar asimismo que el principio de *no discriminación* es una norma común aplicable en el contexto de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Por ejemplo, el principio de no discriminación está previsto en, entre otros instrumentos, el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁷⁹, el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁸⁰, el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁸¹, el artículo

por el Consejo Económico y Social en su resolución 526 A (XVII), del 26 abril de 1954. Entrada en vigor: 6 de junio de 1960.

¹⁷⁸ Convención Americana de Derechos Humanos. Art.20. 1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra. 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

¹⁷⁹ La Declaración Universal de Derechos Humanos. Fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III). Artículo 2. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónoma o sometida a cualquier otra limitación de soberanía.

¹⁸⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este pacto fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Artículo 2. Derecho al recurso legal cuando sus derechos hayan sido violados, incluso si el violador actuó en cargo oficial.

¹⁸¹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976. Artículo 2. (...) 2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos

5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial¹⁸², el artículo 3 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad¹⁸³, el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁸⁴, los artículos 2 y 3 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer¹⁸⁵, y el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares¹⁸⁶.

que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

¹⁸² Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969. Artículo 5 En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: (...).

¹⁸³ La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, y quedaron abiertos a la firma el 30 de marzo de 2007. Artículo 3. Principios generales – Los conceptos fundamentales de respeto de la dignidad inherente y la autonomía de las personas con discapacidad, la no discriminación, la participación, la inclusión, la igualdad y la accesibilidad son los que orientan la interpretación de las obligaciones contenidas en la Convención.

¹⁸⁴ Convención sobre los Derechos del Niño. Elaborada durante 10 años con las aportaciones de representantes de diversas sociedades, culturas y religiones, la Convención fue aprobada como tratado internacional de derechos humanos el 20 de noviembre de 1989. Artículo 2. 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

¹⁸⁵ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981. Artículo 2. Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: (...). Artículo 3. Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

¹⁸⁶ Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. Artículo 1. 1. La presente Convención será aplicable,

Es así como inevitablemente, su reconocimiento como derecho humano fundamental conllevan a que varios instrumentos internacionales consideran la nacionalidad como *derecho y prerrogativa de la persona*. Así, dentro de tal tendencia progresiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que:

“La nacionalidad, conforme se acepta mayoritariamente, debe ser considerada como un estado natural del ser humano. Tal estado es no sólo el fundamento mismo de su capacidad política sino también de parte de su capacidad civil. De allí que, no obstante que tradicionalmente se ha aceptado que la determinación y regulación de la nacionalidad son competencia de cada Estado, la evolución cumplida en esta materia nos demuestra que el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados y que, en su estado actual, en la reglamentación de la nacionalidad no sólo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos”¹⁸⁷.

Específicamente, la Convención para Reducir los Casos de Apátridas¹⁸⁸ de manera puntual refiere al tema, reconociendo en el artículo primero¹⁸⁹ el

salvo cuando en ella se disponga otra cosa, a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. 2. La presente Convención será aplicable durante todo el proceso de migración de los trabajadores migratorios y sus familiares, que comprende la preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el período de estancia y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, así como el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual.

¹⁸⁷ Opinión Consultiva OC-4 DE 1984. Corte Interamericana de Derechos Humanos.” Propuesta de modificación a la Constitución de Costa Rica “

¹⁸⁸ Convención para reducir los casos de apátrida. Adoptada en Nueva York, Estados Unidos, el 30 de agosto de 1961 por una Conferencia de Plenipotenciarios que se reunió en 1959 y nuevamente en 1961, en cumplimiento de la resolución 896 (IX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 4 de diciembre de 1954 .Entrada en vigor: 13 de diciembre de 1975, de conformidad con el artículo 18.

¹⁸⁹ Convención para Reducir los Casos de Apátridas. Artículo 1. Todo Estado contratante concederá su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida. Esta nacionalidad se concederá: a) De pleno derecho en el momento del nacimiento, o b) Mediante solicitud presentada ante la autoridad competente por el interesado o en su nombre, en la forma prescrita por la legislación del Estado de que se trate. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2 del presente artículo, la solicitud no podrá ser rechazada. Todo Estado contratante cuya legislación prevea la concesión de su nacionalidad mediante solicitud, según el apartado b del presente párrafo, podrá asimismo conceder su nacionalidad de pleno derecho a la edad y en las condiciones que prescriba su legislación nacional. 2. Todo Estado contratante podrá subordinar la concesión de su nacionalidad según el apartado b del párrafo 1 del presente artículo a una o más de las condiciones siguientes: a) Que la solicitud se presente dentro de un período fijado por el Estado contratante, que deberá comenzar a más tardar a la edad de 18 años y que no podrá terminar antes de la edad de 21 años, entendiéndose que el interesado deberá disponer de

derecho a obtener una nacionalidad "... de pleno derecho en el momento del nacimiento..." o "... mediante solicitud presentada ante autoridad competente por el interesado o en su nombre, en la forma prescrita por la legislación del Estado de que se trate...". Otros instrumentos internacionales determinan el derecho a la nacionalidad como un derecho esencial y fundamental del ser humano entendido como una condición normal de todo individuo la de ser sujeto de algún Estado¹⁹⁰.

No obstante lo anterior, son los Estados quienes autónomamente regulan este derecho esencial. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado¹⁹¹, que corresponde a cada Estado establecer la posibilidad de adquirir la nacionalidad por quien originariamente fuere extranjero, a través de normas de derecho interno. Con todo, estas regulaciones estatales no pueden vulnerar otros principios superiores de derecho internacional o hacer nugatorio el derecho en sí mismo¹⁹².

❖ Nacionalidad, ciudadanía y derechos: identidad y nacionalidad.

Era apenas necesario cerrar estas temáticas de estudio, con la trascendente evolución del concepto *nación y nacionalidad* con la interpretación contemporánea, que en la actualidad reciben las nociones de *ciudadanía* y sus correspondientes derechos.

La dinámica del gradual reconocimiento de los derechos humanos fundamentales y de los derechos constitucionales del mismo orden, como bien lo precisa Rodríguez Pinea¹⁹³ presenta hoy a la nacionalidad como uno

un plazo de un año, por los menos, para suscribir la solicitud personalmente y sin habilitación;

¹⁹⁰ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 20. Derecho a la Nacionalidad. 1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra. 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

¹⁹¹ Opinión Consultiva No 4 de 1984. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Numeral 36.

¹⁹² Respecto de la Nacionalidad y de la concesión por parte de cada Estado, en el "Asunto Nottebohm" la Corte Internacional de Justicia expresó "La naturalización no es una cosa para tomar a la ligera. Pedirla y obtenerla no es un acto corriente en la vida de un hombre. Entraña para él ruptura de un vínculo de fidelidad y establecimiento de otro vínculo de fidelidad. Lleva consigo consecuencias lejanas y un cambio profundo en el destino del que la obtiene. Le concierne personalmente y sería desconocer su sentido profundo el no retener de ella más que el reflejo sobre la suerte de sus bienes. [Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955, I.C.J. Reports 1955, pp. 24" Cfr. OC. 4 de 1984. Corte Interamericana de Derecho Humanos.

¹⁹³ RODRÍGUEZ PINEA E., "Identidad y nacionalidad". UAM. Departamento de Derecho Privado, Social y Económico. Editor: Boletín Oficial del Estado; Universidad Autónoma de Madrid, 2013, pp. 25-26.

de los elementos jurídicos que configuran de manera más inmediata *la identidad de las personas*. La nacionalidad define la relación de pertenencia del individuo a un Estado y también la situación de la persona frente a los demás Estados de los cuales no se disfruta la nacionalidad, para los que resulta un extranjero. Pero la nacionalidad no es el único elemento definidor de la identidad del sujeto respecto del Estado pues de ese vínculo de pertenencia se derivan consecuencias jurídicas que confieren un estatuto particular, *unos derechos que convierten a la persona además en ciudadano*¹⁹⁴. Así pues, nacionalidad y ciudadanía son dos términos estrechamente vinculados, aunque la relación entre éstos no sea siempre fácil de delimitar. En algunos Estados son términos intercambiables, mientras que en otros se distingue claramente entre la vertiente interna de la pertenencia¹⁹⁵ a un Estado que confiere una serie de derechos políticos, sociales y económicos y la manifestación externa de esa pertenencia. Y así, ha sido frecuente vincular el ejercicio de los derechos de ciudadanía a la posesión de una nacionalidad, aunque también la historia nos muestra ejemplos en los que se podía ser ciudadano sin ser nacional¹⁹⁶.

El análisis que hasta este nivel del estudio hemos agotado, nos permite inferir que la nacionalidad se ha registrado a lo largo de su evolución histórica como *un presupuesto* para el disfrute de derechos políticos, civiles o sociales, derechos que se vinculan a ese estatuto de ciudadano. Pero la evolución en la percepción de los derechos conlleva igualmente un cambio en *la concepción de estos estatutos de nacional y ciudadano*.

Bien como lo expone Yanira Zúñiga Añazco¹⁹⁷, en el tránsito hacia la modernidad, “la ciudadanía muta de un modelo primigenio articulado sobre la relación gobierno-súbdito al enfoque liberal moderno propuesto por Locke y ligado a la representación y a la participación política. Mientras que el enfoque del súbdito estaba centrado en la actividad benevolente del gobierno hacia la sociedad, el modelo moderno de representación y la participación política, dibuja la ligazón entre gobierno y sociedad como una vía de doble

¹⁹⁴ BOLL, A. M., *Multiple nationality and international law*, martinus nijhoff Publishers, Boston/Leiden, 2007, pp. 71 y ss.

¹⁹⁵ O’LEARY, S., “El concepto en evolución de la ciudadanía comunitaria: de la libre circulación de personas a la ciudadanía sindical”. Kluwer Law International, La Haya/Londres/Boston, 1996, pp. 10.

¹⁹⁶ Para un acercamiento a esta distinción desde una perspectiva histórica, en Boll, A.M., *Multiple Nationality* pp. 58 y ss., en particular p. 78; Vonk, O.W., *Dual Nationality in the European Union (A Study on Changing Norms in Public and Private International Law and in the Municipal Laws of Four EU Member States)*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2012, pp. 11-24.

¹⁹⁷ Ver, ZÚÑIGA AÑAZCO Y., “Ciudadanía y género. representaciones y conceptualizaciones en el pensamiento moderno y contemporáneo.” *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios* Año 17 – Núm. 2, 2010, pp. 133-163.

sentido donde tanto el gobierno puede influir en los ciudadanos como estos en el gobierno, en una especie de diálogo o retroalimentación recíproca.” Igualmente termina por precisar, que en el “modelo moderno de ciudadanía a diferencia del modelo de ciudadanía de griegos y romanos, la participación en la decisión de los asuntos públicos resulta intermediada por los representantes de manera de hacer plausible el proyecto de las democracias a gran escala. Esta amalgama entre democracia y representación, sin embargo, no solo permite el desarrollo democrático en extensos territorios sino que provoca profundas transformaciones en la práctica y el imaginario ciudadano.”

De esta forma, el hecho de comprobar que la nacionalidad es una *condición para poder acceder a derechos*, conlleva a suponer que la nacionalidad no es sólo un “*beneplicito*” del Estado –que determina quiénes son sus nacionales *sino que pasa a ser un derecho, y fundamental*, pues es el que permite tener derechos. Así las cosas, la nacionalidad conferiría el “derecho a tener derechos”¹⁹⁸

Por otra parte, se observa que la protección de las personas *no descansa ya tanto en la pertenencia a un Estado en cuanto a la existencia de unos derechos humanos reconocidos internacionalmente*¹⁹⁹. Esta perspectiva, hace suponer entonces, que la ciudadanía, como extensión interna de la noción de la nacionalidad, no se convierte en un componente tan concluyente en el pleno reconocimiento de las prerrogativas en favor de la persona, aunque sea siempre cierto que estos derechos sólo pueden invocarse frente al Estado. Y ello supone, igualmente, una percepción orientada a concluir, que la construcción del individuo, de sus derechos, *tiene una vertiente que va más allá de la pertenencia a un Estado*²⁰⁰.

Con ocasión a lo dicho, en la actualidad además del reconocimiento de la nacionalidad y su componente más directo la ciudadanía en torno a la globalización y universalización de los derechos, surge con motivo de los derechos humanos fundamentales la tendencias “inclusivas” que abren la ventana a otra serie de fenómenos y situaciones que afectan aspectos culturales y étnicos. Frente a una nueva reformulación del ejercicio

¹⁹⁸ HALL, S., “El convenio europeo sobre la nacionalidad y el derecho a tener derechos”, E.L.R., vol. 24, 1999, pp. 586-602, pp. 587-58.

¹⁹⁹ SPIRO, P. J., «Abrazando la doble nacionalidad», en *Dual Nationality Social Rights and Federal Citizenship en los EE. UU., y Europa; La reinención de la ciudadanía*, Berghahn Books, 2002, pp. 19-33, pp. 25.

²⁰⁰ Este fenómeno de superación de los parámetros “nacionales” en el disfrute de derechos de ciudadanía es lo que Soysal acuña como ciudadanía «posnacional», *Vid.* Soysal, Y., «Cambio de ciudadanía en Europa: observaciones sobre la membresía postnacional y el Estado nacional», en *Citizenship, Nationality and Migration in Europe*, CESARANI, D. /FULBROOK, M. (eds.), ROUTLEDGE, Londres/Nueva York, 1996, pp. 17-29.

inclusivo de los institutos de Nación, *identidad y ciudadanía*, la sociología ha explorado, desde Simmel hasta Bauman²⁰¹, una figura estratégica que sirve como prototipo de los fenómenos de identidad: *el extranjero*. Para Simmel, este es alguien que tiene un doble carácter: no es uno de los nuestros pero nos confronta. El extranjero proviene de un origen diferente y remoto, es un prototípico ejemplo de ambivalencia que significa, según palabras de Bauman, “la posibilidad de asignar más de una categoría a un objeto o evento”. Precisamente, porque el extranjero rehúsa pertenecer al “nosotros” se convierte en una constante amenaza al mundo del orden. Bauman señala que el contacto con el extranjero produce dos clases de temor: en primer lugar, la heterofobia, es decir el resentimiento de la diferencia asociado con algo que perturba el orden de lo familiar; en segundo lugar, la proteofobia, es decir, el sentimiento de que ese otro no se ajusta a la estructura del orden establecido. Es por ello que constantemente intentamos “domesticar” al extranjero –y la ambivalencia que él comporta– mediante el uso de estrategias de neutralización y de estigmatización²⁰².

En términos de Bauman²⁰³, explicando el punto neurálgico de la condición del extranjero frente a las *tensiones existentes entre las corrientes de exclusión e inclusión*, expone el autor que en el contexto del *polinomio nación, nacionalidad, ciudadanía e identidad*, el extranjero introduce heterogeneidad y ambivalencia. El extranjero “perturba la confortable tranquilidad de la vida haciendo preguntas que ninguno de los ‘locales’ recuerda haber hecho o contestado”. Tales preguntas, convierten en acertijos lo que era auto-evidente, es decir, desfamiliarizan lo familiar. Igualmente, el extranjero nos lleva a pensar que la identidad se define precisamente contra ellos, puesto que al no ser incluidos en un “nosotros” nos permite formular de manera más precisa una definición de ese “nosotros”. La teoría social, según este mismo autor, consistiría en seguir al extranjero, en la medida en que la “familiaridad” es “el enemigo de la indagación y de la crítica” y, por lo tanto, la función de la teoría social sería la de actuar como un “entrometido y, a veces, irritante extranjero”. Siguiendo la recomendación de Bauman, tomo esta metáfora para aproximarme a las nociones de *nacionalidad, identidad y ciudadanía*.

El advenimiento de la modernidad en Occidente es concomitante con la definición del Estado-Nación. A partir de allí, *la reflexión política* se ha hecho

²⁰¹ BAUMAN Z., y TESTER K., “La ambivalencia de la modernidad”. Pensamiento y cultura, núm 7, 1991. Universidad de la Sabana, Cundimarca- Colombia, 2004, pp. 152-155. Disponible en: <https://www.redalyc.org> .

²⁰² BAUMAN, ZYGMUNT., “La vida en fragmentos. Sobre ética pos-moderna. Ensayos en la moralidad posmoderna”. Oxford: Blackwell, 1995, pp. 255- 277.

²⁰³ BAUMAN, Z.- TIM M., “Pensando sociológicamente.”, Cambridge: Blackwell, 1990, pp. 17-18.

mucho más sofisticada y compleja. Nuevos fenómenos como la extensión del capitalismo, la conformación de diversas experiencias democráticas, el surgimiento de partidos políticos de masas y la ampliación del ámbito de acción individual y de los derechos individuales, han dado pie a un sinnúmero de teorías y proyectos políticos cuya variedad puede observarse hoy en día. El Estado moderno, definido por Weber²⁰⁴ como “(...) aquella comunidad humana que en el interior de un determinado territorio reclama para sí (con éxito) el monopolio de la coacción física legítima (...)” como fuente única del “derecho” de coacción”, ha sido el resultado de este proceso. De esta forma se tiene que íntimamente ligada a la concepción de territorio está la de nación, la cual se entremezcla con el Estado dando así paso al Estado-Nación, *y la cristalización de esta simbiosis será la nacionalidad.*

El Estado-Nación admite dos grandes planos consolidadores: el primero donde sean explícitas las *condiciones externas*, y el segundo sean las *condiciones internas* las que determinen su construcción. En el plano externo se tiene, como primera medida, *la identidad colectiva* ligada a un territorio y a las gestas que se han desarrollado para su defensa. De ahí que sea tan importante para la nación tener una *memoria fuerte en contra del olvido*²⁰⁵, representada constantemente para ser recordada por distintas generaciones. Los medios de comunicación juegan un papel preponderante en esta presentación constante de lo que nos mantiene juntos.

En este punto se da un primer paso definitorio de nación a partir de la primera distinción de lo “qué no soy” con respecto a otro que será mi eventual vecino de frontera territorial. El segundo paso que se da es el ejercicio del monopolio de la coacción física sobre un territorio, lo cual

²⁰⁴ WEBER M., “economía y sociedad” Colombia: Fondo de Cultura Económica, 1997, pp. 33-35.

²⁰⁵ Consideramos, que la distinción entre memoria y olvido puede establecerse en sociedades que han interiorizado claramente periodos de comienzo y final. Así, para los europeos es claro que las guerras mundiales comenzaron en una fecha y se terminaron en otra, que el Holocausto produjo millones de muertos pero que los criminales fueron juzgados, que –especialmente en el caso francés– los periodos de cambio de régimen han tenido un límite temporal claro y distinto y que, de alguna manera, ha podido detenerse el curso equivocado que llevaba la historia. El ejercicio de memoria y olvido requiere estos límites –seguramente simbólicos y arbitrarios, pero límites al fin y al cabo–, requiere esta representación colectiva de una historia que se ha vuelto a encauzar. El caso colombiano parece ser distinto. Al repasar la historia nacional encontramos que nuestra memoria colectiva no se nutre de fuertes símbolos y mitos fundacionales ni está claramente delimitada por periodos históricos de principio y fin, aunque los historiadores insistan en ello y los establezcan con rigor y precisión. El efecto “eco” todavía no se constituye en mecanismo propiciador del encuentro entre memoria e historia. Por ello se hace necesario seguir reflexionando sobre dos ejes: nuestro papel en la corriente general de construcción moderna del Estado-Nación y nuestras particularidades y singularidades que se apartan del “tipo ideal”.

supone la legitimidad de esta coacción y tiene sustento en la voluntad nacional.

Fue Max Weber²⁰⁶, el único pensador significativo que puso especial cuidado a la distinción entre *grupo étnico y nación*, aportando así una clave analítica para distinguir entre procesos diferentes y anunciar algunos de los problemas que afronta la sociedad contemporánea. Weber define grupo étnico como:“(…) aquellos grupos humanos que, fundándose en la semejanza del hábito exterior y de las costumbres, o de ambos a la vez, o en recuerdos de colonización y migración, abrigan una creencia subjetiva en una procedencia común, de tal suerte que la creencia es importante para la ampliación de las comunidades (...)”

A su vez, resulta esclarecedor el uso del concepto de nación que este mismo autor ofrece en los siguientes términos:“(…) Siempre [...] nos refiere al “poder” político y lo “nacional”–si en general es algo unitario– es un tipo especial de pathos que, en un grupo humano unido por una comunidad de lenguaje, de religión, de costumbres o de destino, se vincula a la idea de una organización política propia, ya existente o a la que aspira y cuanto más se carga el acento sobre la idea e “poder”, tanto más específico resulta ese sentimiento patético (...).

Desde esta configuración, la nacionalidad puede ser definida, entonces, como “forma comunitaria de vínculo entre muchos individuos que comparten el ‘sentimiento subjetivo de construir un todo’ y que identifican tal todo con el origen, la trayectoria, la actualidad y el porvenir de un pueblo en específico”²⁰⁷.

También, como memoria colectiva o como interés de un grupo de perpetuarse sobre la Tierra. De esta manera podríamos muy brevemente decir que esta doble construcción, la de la etnia y la de la nación, comportan dos miradas en direcciones distintas pero complementarias: la etnia mira al pasado y la nación al futuro.

Así las cosas, para las finalidades del presente examen, la ciudadanía *implica membresía*, pertenencia a un Estado, es decir, a un sistema político e igualdad sin distinciones ante dicho Estado, mientras que la noción de identidad nacional (o étnica) implica *el reconocimiento de lazos comunes que, a su vez, incluyen algún grado de exclusión y segregación*. El uno se ubica en el ámbito de la política, el otro en el de la cultura. En situaciones históricas particulares cualquiera de los dos puede crecer en detrimento del

²⁰⁶ WEBER M., *óp. cit.*, pp. 56-57.

²⁰⁷ HERNÁNDEZ M.A., “La modernización social y el mundo moderno”, en: Gutiérrez, Carlos (ed.), *La investigación en Colombia, en las artes, las humanidades y las ciencias sociales*, Misión de Ciencia y Tecnología, Bogotá: Uniandes, 1991, pp. 75-77.

otro y, por lo tanto, producir diferentes resultados. Mientras que a la luz de las teorías clásicas de la modernización se asumió la desaparición paulatina de grupos solidarios caracterizados por identidades lingüísticas, religiosas o culturales, el mundo contemporáneo parece presenciar la reafirmación, redescubrimiento o reconstrucción de tales identidades como fruto precisamente de la extensión de la economía capitalista, del imperio de los Estados nacionales y del desarrollo de un sistema legal de alcances internacionales, proceso este que ha sido teorizado por diversos analistas como propio de la llamada sociedad postmoderna²⁰⁸.

Otras tendencias como Haberle²⁰⁹, ampliando el marco jurídico anterior, presentan el término de “*identidad a través de la constitución*” o identidad gracias al arraigo constitucional, desde el aspecto sociológico del tema, esta visión exige acudir a los conocimientos filosóficos, psicológicos y sociológicos. En esa secuencia de advertencias precisa este autor “Las conexiones intersubjetivas están marcadas por roles como propuestas que ofrecen un sentido, de modo que la identidad de un individuo se desarrolla de manera decisiva mediante sus roles en la sociedad. Por su parte, los roles constan de un conjunto de normas sociales, lo cual permite vislumbrar la relevancia de la Constitución para la identidad: toda vez que numerosos roles se estabilizan y a veces incluso se graban a través del derecho, existe un camino importante, si bien indirecto, para la construcción de la identidad a través de la Constitución, esto es, penetrar en el derecho que determina los roles que se desempeñan en la sociedad. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico gana así una significativa dimensión adicional.”

Se deriva, pues, una compleja relación entre etnicidad y nacionalismo. Parece existir algún acuerdo, siguiendo a Max Weber, en que etnicidad se refiere a grupos que por diversos factores se atribuyen una historia común pero que no necesariamente reclaman una expresión política en la forma de Estado. Nación enfatizaría el polo opuesto, el de destino común y una referencia directa a la asociación política. De allí que un grupo étnico, en circunstancias particulares, puede expresarse como nación al demandar que los límites culturales coincidan con los límites políticos.

²⁰⁸ BORJA, J.Y CASTELLS M., “Local y global. La gestión de las ciudades en la era de la información” España: Taurus, 1998, pp. 33-36.

²⁰⁹ HÁBERLE P., “Verdad y estado constitucional, trad. de Guillermo Mañón Garibay”. México, UNAM, 2006, pp. 151.

1.5.2. Principales problematizaciones actuales de la teoría del derecho fundamental de la nacionalidad.

Tomando como referente las aclaraciones y fundamentos, que hemos presentado, respecto a lo que se ha identificado teóricamente como *el debate trilemático* (esto es, el debate entre legitimidad, de lo político, la validez del derecho y la eficacia respecto a lo sociológico) a efectos encontrar una propuesta que permita el reconocimiento y eficacia de la nacionalidad como derecho fundamental (iusfundamentalidad)²¹⁰ desde el derecho interno de las naciones y el derecho internacional; pasamos a identificar y desarrollar las principales problematizaciones actuales de la teoría del derecho fundamental de la nacionalidad, asimilándolos como lo manifiesta Hans Peter Schneider como *representantes de un sistema de valores concreto*²¹¹, o como a su vez también lo propone Hans-Peter Schneider como *derechos fundamentales personales*²¹², conforme al siguiente orden:

²¹⁰ En términos de la Doctrina de la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia T-864 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero, iusfundamentalidad también puede entenderse como “una actuación particular del juez que estudia acciones de tutela, pues debe desligar criterios eminentemente formalistas y otorgar prevalencia al derecho sustancial que involucra la situación fáctica concreta (C.P. art. 228). Por consiguiente, la interpretación de los derechos fundamentales le reclama al juez una mayor participación en la búsqueda de la máxima efectividad de la Constitución (C.P. art. 4). Sin embargo, ello no significa que la justicia constitucional deba ser oficiosa ni que el éxito de las pretensiones de la tutela correspondan única y exclusivamente al juez, puesto que “es razonable sostener que quien conoce la manera exacta como se presentan los hechos y las consecuencias de los mismos, es quien padece el daño o la amenaza de afectación.” Disponible en www.corteconstitucional.gov.co.

²¹¹ Compartimos plenamente lo concluido por SCHNEIDER H.P., en "peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado democrático", Revista de Derecho Político, Madrid, CEC, núm. 7, 1979, (nueva época), pp. 25. Al categorizar a los derechos fundamentales como *representantes de un sistema de valores concreto* en estos términos: “Los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural, el sentido de una vida estatal contenida en una Constitución. Desde el punto de vista político, esto significa una voluntad de integración material; desde el punto de vista jurídico, la legitimación del orden positivo estatal y jurídico, así, son elementos del ordenamiento objetivo, esto es, normas jurídicas objetivas formando parte de un sistema axiológico, que aspira a tener validez como decisión jurídico-constitucional fundamental para todos los sectores del derecho.”

²¹² En el mismo alcance, también nos acogemos a la tesis de SCHNEIDER H.P. en “El Tribunal Constitucional Federal Alemán entre la justicia y la política.” Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria No 31, 1991. Cuando afirma “Bajo el término «derechos fundamentales personales» he comprendido todas aquellas posiciones legales directamente relacionadas con la libertad o la igualdad de la persona y que le aseguran en principio un ambiente inviolable e impermeable en el cual el individuo puede recluirse sin ser molestado y al amparo de intervenciones del Estado. A esta categoría pertenecen por una parte el derecho al libre desarrollo de la personalidad como también el derecho a la vida, a la integridad física y a la libertad de movimiento y las prohibiciones discriminatorias especiales.”

- ❖ La nacionalidad: ¿Un estatus jurídico de la persona o un derecho inherente per se frente al instituto de la protección diplomática?

El hecho de tratar de abordar y analizar las implicaciones de considerar la nacionalidad como un verdadero *estatus jurídico* o un *derecho inherente* de cualquier persona natural o jurídica, conlleva necesariamente a la formulación de un primer cuestionamiento, que surge respecto a las relaciones y tensiones que han existido y existen en la actualidad, entre la teoría de los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales Constitucionales, y el mecanismo de la protección diplomática. Proponemos este cuestionamiento en estos términos: ¿La protección diplomática, es un instrumento de poder para los Estados ricos y civilizados en contra de las naciones débiles? Helena Torrajo Mateu,²¹³ nos informa en primera instancia que las relaciones internacionales fueron modulando y perfilando el contenido de esta institución, teniendo presente la tensión de dos intereses opuestos “el del Estado del nacional que alega un derecho a proteger al particular y el del Estado que supuestamente, ha producido el daño”.

Pero lo que en realidad pretendía, examinado históricamente este instituto, se resume en el interés de los Estado en proteger su soberanía e independencia. Resultando, precisamente de esta limitación los requisitos y condiciones que la costumbre internacional estableció como exigencia para poder activar este derecho (la existencia del vínculo nacionalidad del particular con la nación reclamante, el agotamiento de los recursos internos y la conducta correcta del particular). Solo hasta 1928, el árbitro *Max Huber* en su célebre fallo del 4 de abril del mismo año, al resolver el asunto de la Isla de Palmas, identificando la realidad de los alcances jurídico políticos del concepto de soberanía frente a la ineludible humanización de la figura, determinó como apertura de esta tensión que “ la soberanía implica derechos y deberes , y de ahí que la tensión dialéctica entre soberanía de los Estados, de una parte, y los derechos humanos, de otra, se resuelva hoy de la siguiente forma: *por ser soberanos, los Estados tienen obligaciones internacionales en materia de derechos humanos respecto de la comunidad internacional en su conjunto* ²¹⁴”.

²¹³ TORROJA MATEU H., “El derecho del Estado a ejercer la protección diplomática”. Bosch editor, SL. Barcelona. España, 2007, pp. 237-252.

²¹⁴ Énfasis que hemos tomado del Laudo Arbitral de MAX HUBER en el caso de Isla Palma entre E.E.U.U. y los países bajos de abril 4 de 1928. Son precisamente estos los motivos, por los cuales el Derecho internacional contemporáneo ha hecho tránsito, en lo que refiere a la divulgación y protección de los derechos humanos, del principio ancestral de no intervención al principio opuesto del deber de injerencia de la comunidad internacional respecto de las situaciones de violaciones graves y masivas de derechos humanos fundamentales, al menos, al derecho de todos los grupos humanos que sufran la violación

El antecedente jurisprudencial anterior, permitiría que posteriormente, se encomendara al Comité de Expertos para la Codificación progresiva del Derecho Internacional (establecido en el marco de la Naciones Unidas en 1924) el estudio de la responsabilidad de los Estados por daños causados en sus territorios a la persona o bienes de los extranjeros, proceso liderado por el entonces Relator especial Guerrero quien para los efectos elaboró un informe que fue favorablemente acogido por la mayoría de Estados²¹⁵.

El contenido de esta propuesta no fue recibida positivamente por muchos estados latinoamericanos, quienes defendían la línea iniciada por el tratadista Carlos Calvo²¹⁶ cuya corriente procuraba neutralizar la intervención abusiva de los Estados poderosos en el ejercicio de la protección diplomática, en las relaciones contractuales que sus nacionales formalizaban en el territorio de naciones extranjeras (tema relacionado con las inversiones extranjeras, históricamente debatido en el escenario interamericano bajo el nombre de *principio de igualdad de trato entre nacionales y extranjeros* ²¹⁷.

La reacción de los países latinoamericanos, frente a la aparente discrecionalidad que los Estados poderosos como Estado Unidos, se encuentra evidenciada en la creación de la Cláusula Calvo, en el criterio expuesto por Luis Alberto Varela Quirós²¹⁸, de tal forma que es fácil inferir

sistemática y grave de sus derechos fundamentales a la asistencia humanitaria por parte de la comunidad internacional.

²¹⁵ Esta propuesta fue presentada en la Asamblea de la Sociedad de Naciones, el 13 de marzo al 12 de abril de 1930.

²¹⁶ Según nos lo aclara WESLEY R., en "el malestar procesal de las disputas por inversiones extranjeras en América Latina: los tribunales locales para la investigación" Law & Policy International Business, Volumen 7, 1975, pp. 27-29. La Cláusula Calvo, es una doctrina legal que condiciona los siguientes cinco puntos en un contrato celebrado con extranjeros con los diferentes Estados: 1) someterse a la jurisdicción legal local; 2) aplicación de la legislación de la localidad; 3) someterse a los acuerdos contractuales locales; 4) renuncia a solicitar la protección diplomática de su gobierno; y 5) renuncia a sus derechos bajo leyes internacionales.

²¹⁷ Fue exactamente en la primera conferencia Internacional americana en Washington entre 1859 y 1890, que se adoptan en la convención relativa a los derechos de extranjería y la convención sobre reclamaciones por daños y perjuicios pecuniarios.

²¹⁸ Ver, VARELA QUIRÓS L.A., "La protección diplomática y la nacionalidad de las personas". Revista Costarricense de Derecho Internacional. Núm.15. Edición, enero 2014. Aclara que dicha cláusula consiste "en la incorporación a los contratos firmados por personas o empresas extranjeras con el Estado, de sometimiento a las leyes y tribunales del mismo y de no recurrir en caso de controversia sobre el cumplimiento o ejecución del mismo o con ocasión de él, a la solicitud de protección diplomática por parte del Estado del que se es nacional. Simple y llanamente se trata de una renuncia, que bien puede ser contractual, o proceder como en la mayoría de los Estados de nuestra región de disposiciones legales e incluso constitucionales". De especial manera compartimos el criterio fijado por este autor en el mismo documento respecto a que "el hecho de que el afectado haya renunciado a la protección diplomática, debe interpretarse en el sentido

como la figura diplomática en estudio, era básicamente producto en su ejercicio de la dominación política y económica de esas potencias²¹⁹. De acuerdo a las orientaciones históricas identificadas ¿es posible deducir algún antecedente, o intentos de cambios en esa línea, que nos permitan argumentar, la protección diplomática como medio efectivo para la protección de los derechos humanos de los extranjeros, y especialmente de los nacionales de un país?²²⁰

Para responder, a la anterior inquietud, se hace necesario reconocer que las tesis progresivas del derecho internacional, en el devenir de estos encuentros internacionales de estudio y discusión por la comunidad de naciones, no se harían esperar frente al conflicto que comenzaba a tomar forma, respecto de la institucionalización que los derechos humanos alcanzarían en las relaciones mundiales²²¹. Fue así entonces como para

estricto como el de no pedir a su Estado la protección, y en consecuencia tal renuncia constituye un factor de disuasión jurídico y moral para que aquél, en caso de pedírsela un nacional que haya aceptado tal renuncia, se la deniegue. En realidad, lo que hace el sujeto al contratar con el Estado y comprometerse a no solicitar la misma, no es renunciar a la potestad del Estado sino a su propia facultad para pedir el ejercicio de dicho derecho a su favor y tal renuncia, en nuestra opinión es procedente”.

²¹⁹ Ver, VARELA QUIRÓS L.A., *óp cit.*, pp. 67, 2014.

²²⁰ Los avances en el orden local apuntan hacia dos direcciones. De un lado, las Constituciones de varios Estados reconocen, de un modo u otro, el derecho de la persona a ser protegida en el extranjero y, en algunos casos, de recibir protección diplomática por los perjuicios sufridos en el extranjero. Ahora, que este derecho sea exigible en los tribunales internos de cada Estado es poco claro. De hecho, ORTEGA VELÁZQUEZ E., en su artículo “naturaleza jurídica de la protección diplomática a la luz del desarrollo progresivo del derecho internacional: ¿derecho del Estado o de la persona humana?”. Anuario Mexicano de Derecho Internacional Volumen 16, 2016, pp. 3-45. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com>. Citando a su vez a DUGARD, John, “Diplomatic Protection and Human Rights: The Draft Articles of the International Law Commission”, Australian Yearbook of International Law, vol. 24, 2005. Señala, que al menos en el caso de los antiguos países comunistas “este derecho es simplemente un adorno constitucional”. Sin embargo, como bien anota, los derechos declarativos algunas veces son tomados en serio por los tribunales y siempre existe la posibilidad de que puedan ser exigibles con el tiempo. De otro lado, numerosas decisiones judiciales de tribunales internos indican que, si bien un Estado puede decidir discrecionalmente si va a ejercer o no la protección diplomática, tiene la obligación, sujeta a control jurisdiccional, de hacer algo para ayudar a sus nacionales, lo que puede incluir la obligación de considerar debidamente la posibilidad de ejercer la protección diplomática. Uno de estos últimos antecedentes legales, lo constituye el caso de España, en la sentencia de la Sala 3a. del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1986, la cual declaró que la protección de los nacionales españoles en el extranjero constituye “un cometido esencial del Estado conforme a la Constitución”.

²²¹ Algunos autores como FLAUSS, J.F., “Protección diplomática: mutaciones contemporáneas y prácticas nacionales”, Bruselas, 2003, pp. 121-151. Han visto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una ligera tendencia hacia la posibilidad de alegar un derecho a la protección diplomática por daños sufridos bajo los artículos 2o., 3o. y 4o. del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos. Cabe señalar que la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos repetidamente sostuvo que no existe un derecho a la protección diplomática conforme al artículo 1o. del CEDH y que, aun

enero de 1956, F.V- García – Amador fue designado Relator Especial de la Comisión Internacional para el estudio y presentación de un informe sobre *la responsabilidad internacional de los Estados*²²², en informe final que este relator presento a esa Comisión se destacan para nuestros objetivos varios aspectos importantes (los cuales hemos traído textualmente y gramaticalmente para no desnaturalizar sus alcances), que nos permiten evidenciar la trascendencias de este mecanismo como medio para la protección de los humanos y consecuente a los derechos fundamentales constitucionales:

Iniciamos por abordar, los “Alcances del termino responsabilidad “(extraído del Capítulo I del informe referido a la concepción tradicional y el desarrollo del derecho internacional) “El término responsabilidad " se identificaba con la institución de la responsabilidad civil (*liability, en inglés; responsabilité civile, en francés*) del derecho interno. Pero al igual que en el derecho interno, en el derecho internacional contemporáneo la noción de la responsabilidad no se contrae al *deber de reparar un daño o lesión*, sino que comprende también las demás consecuencias jurídicas que puede tener la violación o inobservancia de ciertas obligaciones internacionales, esto es, las obligaciones de carácter penal. La anterior noción, claramente nos indica la intención del relator de imprimir un cambio de línea doctrinal respecto a la coherencia entre el derecho a ejercer la protección diplomática y la extensión de las responsabilidades de los actores estatales en relación a las “ demás consecuencias jurídicas” comenzándose a vislumbrar las consecuencias derivadas de los aspectos penales, que hoy permiten la aceptación dentro del derecho interno de los países de las Cortes Penales Internacionales, especialmente en los delitos de lesa humanidad desde la segunda guerra mundial. Para complementar, los alcances de este concepto, en este punto el Relator Especial, hace uso de una Jurisprudencia existente para aquel momento el relacionada con caso de la *Fábrica Chorizos*, donde el Tribunal

cuando un Estado estuviera obligado a proteger a sus ciudadanos en el extranjero, gozaría de un amplio poder discrecional en su ejercicio. Sin embargo, Flauss señala que la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Bankovic et al. vs. Bélgica*, en la que reconoce que la frase “dentro de su jurisdicción” comprende ciertos actos de jurisdicción extraterritorial de un Estado como “las actividades de sus agentes diplomáticos o consulares en el extranjero”, puede ser usada en el futuro como argumento para alegar el derecho a la protección diplomática, siempre que se entienda que “las obligaciones positivas” de los Estados bajo tal instrumento incluyen actividades extraterritoriales de esa naturaleza. No obstante, esta construcción permanece a nivel teórico, por lo que su extensión más allá de la protección diplomática en sentido amplio, a la que parece estar limitada, y sus efectos prácticos aún están por verse.

²²² Las informaciones que sobre el particular presentamos, han sido extraídas del documento denominado Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, donde se informa que en la Asamblea General de 7 de diciembre de 1953 se solicitaba por los países, la codificación de los principios de Derecho Internacional que rigen la responsabilidad del Estado. Disponible en <http://untreaty.un.org>.

Permanente de Justicia Internacional sentó el siguiente precedente: " *es un principio de derecho internacional que la violación de un compromiso supone la obligación de reparar en una forma adecuada*". Y en otra sentencia dictada posteriormente en el mismo caso, reiteró esta opinión expresándola en términos parecidos: "*Es un principio de derecho internacional y aun una concepción general del derecho, que toda violación de un compromiso comporta una obligación de reparar*". Según el criterio de la Corporación de justicia, la noción de la responsabilidad por la violación de un compromiso y la del deber de reparar en forma adecuada el daño causado "*son dos nociones jurídicas que se identifican.*"

Clarificado lo anterior, pasamos al análisis de "La naturaleza jurídica de la responsabilidad Internacional" (extraído del Capítulo III Naturaleza jurídica y función de la responsabilidad internacional, numeral 7 actos y omisiones que generan responsabilidad)" Los órganos legislativos pueden originar la responsabilidad internacional del Estado por la adopción de una medida que discrimine entre nacionales y extranjeros, o dictando una ley de nacionalización y expropiación forzosa que afecte propiedades de los segundos en forma contraria a las normas establecidas por el derecho internacional. La actuación del poder judicial tendría la misma consecuencia si consistiera en algún acto u omisión que pudiera calificarse de "*denegación de justicia*" a un extranjero, tal como un retardo injustificado en el procedimiento a una sentencia manifiestamente injusta o arbitraria desde el punto de vista de derecho internacional. Los actos u omisiones ilegales del órgano ejecutivo son tal vez los más variados y frecuentes en la práctica. Dentro de ellos cabe mencionar los abusos de los agentes de policía, que en ocasiones revisten una marcada gravedad, como es el caso de maltratos físicos y la privación de la vida sin mediar sentencia judicial.

Los alcances históricos de este aporte, son prueba de la humanización que la propuesta de F.V- García – Amador registraba, pues es precisamente, en nuestro razonamiento y criterio, lo que hoy se presenta con las Listas Internacionales Vinculantes, particularmente con lista Clinton que configura una especie de denegación de justicia tanto al interior de Colombia, por no estar considerado ni otro mecanismo de defensa diferente a la tutela, ni estar vigente cláusula Constitucional alguna, que transforme la discrecionalidad del Estado colombiano, como una obligación estatal de proteger los derechos humanos, o en su defecto la existencia de otra instancia judicial con competencia, para determinar la intervención obligatoria del nación por estar configurada el "*trato desigual en materia de derechos*" a los nacionales en territorio de los Estados unidos americanos.

Observemos, como los resultados de una comisión de estudio internacional, -que no podemos equiparar a cualquier trámite ni documento- ya

clasificaban como actos u omisiones generativos de responsabilidad, la derivada de medidas adoptadas por los órganos judiciales *tendientes a discriminar nacionales y extranjeros*, las actuaciones de poder judicial, en todos aquellos casos que *signifiquen* “denegación de justicia” y por ultimo “los actos u omisiones ilegales del órgano ejecutivo” básicamente por el abuso de órganos o funcionarios públicos internos de cualquier categoría y jerarquía²²³.

Para el tema que nos motiva el estudio, enfatizando en la primera de las categorías clasificadas por el Relator Especial (las acciones u omisiones derivadas de la actividad legislativa) bien como es conocido por la comunidad entera, cobra suma importancia recordar, que la denominada la lista OFAC también conocida como lista Clinton²²⁴, control que no opera, ni aplica para los nacionales norte americanos teniendo solo actual vigencia para extranjeros, dada la inviolabilidad de las enmiendas contenidas en la Constitución de ese país ²²⁵, especialmente, la enmienda XIV (Sección 1 de 1868), que señala: “Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos y sujeta a su jurisdicción, será ciudadana de los Estados Unidos y del Estado en el que resida. Ningún Estado aprobará o hará cumplir ley alguna que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni ningún Estado privará a persona alguna de su vida, su libertad o su propiedad sin el debido procedimiento legal; ni negará a nadie, dentro de su jurisdicción, la protección de las leyes en un plano de igualdad”.

La capacidad para reclamar la protección diplomática frente al reconocimiento de la personalidad internacional de los individuos es considerada ¿una legitimación activa solo a favor de los Estados, pese al reconocimiento actual de los derechos humanos universales de los sujetos y del reconocimiento de los Derechos Fundamentales dentro del constitucionalismo democrático? ²²⁶ . A lo largo del estudio del informe dado

²²³ Estas dos últimas categorías, serán abordadas de manera especial en el Capítulo quinto de esta tesis doctoral, por su pertinencia y vigencia argumentativa frente al aporte que pretendemos realizar en este análisis, reservándonos el derecho de profundizar en la primera de ellas.

²²⁴ Lista expedida por la Oficina de control de Activos Extranjeros de Estados Unidos, que es una oficina del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos que identifica países, terroristas y narcotraficantes sancionables de acuerdo con las leyes de EEUU .La lista OFAC, también conocida como lista Clinton definición tomada de la obra "Blanqueo Internacional de Capitales", de DEL CID J.M.N. Deusto S.A. Ediciones. Barcelona-España, 2007, pp. 44.

²²⁵ Recomendamos las lecturas de la Carta Política Estadounidense, para entender las connotaciones de nuestra afirmación especialmente lo concerniente a las enmiendas IV, V, VI, XIV (SECCION 1 1868),

²²⁶ Si bien la protección diplomática es un mecanismo que sólo requiere que exista una relación entre Estados, y no entre el particular (persona física o jurídica) al que se causó el

por el Relator, hemos considerado necesario, referirnos a este tema, del cual pese a existir en nuestra consideración, muy poco o nulo avance hasta nuestros días, es vital para entender la necesidad de concebir este mecanismo como elemento esencial de protección de los derechos humanos y fundamentales de los extranjeros y nacionales. El tema no es nuevo en las discusiones de las que hemos hecho mención, como el mismo informe del relator lo señala²²⁷, los antiguos juristas del Tribunal permanente de Justicia internacional Loder y de la Pradelle habían sugerido que se concediera competencia a esta instancia “para conocer de controversias entre Estados y particulares, y que se permitiera a éstos el acceso directo a dicho Tribunal.” Uno de los argumentos que se opusieron a la idea se refería al aspecto general de la cuestión: *las controversias internacionales son litigios entre Estados porque los particulares no son sujetos de derecho internacional*²²⁸.”

De esa manera, reconociendo que la practica internacional ofrecía suficientes antecedentes sobre el reconocimiento de los particulares interesados en activar el derecho a comparecer en calidad de demandantes ante la jurisdicción internacional. El diplomático concluyo como condiciones

daño y el Estado al que se le atribuye, generalmente debe existir un vínculo de nacionalidad entre el particular perjudicado y el Estado que ejerce la acción diplomática. Así lo consideró la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *The Panevezys-Saldutiskis Railway* al señalar que “en ausencia de un acuerdo especial, es el vínculo de la nacionalidad entre un Estado y el individuo el que confiere por sí solo al Estado el derecho de la protección diplomática”. Y este principio es reiterado por el artículo 3.1 del proyecto de la CDI: “El Estado facultado para ejercer la protección diplomática es el Estado de la nacionalidad”. Por otro lado, la nacionalidad de la persona física o natural tiene que haber sido adquirida de un modo que no esté en contradicción con el derecho internacional. El artículo 4o. del proyecto de la CDI señala como medios normales de adquisición de la nacionalidad: la realizada en razón del lugar del nacimiento, la filiación, la sucesión de Estados y la naturalización, pero no excluye otros medios.

²²⁷ El mismo relator F.V- GARCÍA – AMADOR (1956), en el “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”. Segunda parte. Capítulo VII. Volumen II, 2001. Disponible en: <http://legal.un.org>. Informa que la figura como tal si estuvo vigente, claro está que con otras particulares expresando: “En la proyectada Corte Internacional de Presas (1907) se permitía el acceso directo a los particulares dentro de los casos y condiciones previstos en la Convención 105. En la Corte de Justicia Centroamericana, que funcionó en Cartago, Costa Rica (1907-1917), los particulares de cualquiera de los cinco países podían "... iniciar cuestiones contra el gobierno de otro por violación de tratados o convenciones y en los demás casos de carácter internacional, sea que su propio gobierno apoyara o no dicha reclamación y con tal que se hubieren agotado los recursos que las leyes del respectivo país concediera o se demostrare denegación de justicia”. Pero la expresión más significativa de esta práctica la constituye el *locus standi* que se confirió a los particulares ante los tribunales arbitrales que se crearon de conformidad con los Artículos 297 y 304 del Tratado de Versalles (1919-1920), y especialmente la situación, mucho más independiente, en que se hallaron ante el Tribunal de Arbitraje para la Alta Silesia, creado por la Convención germano polaca de 15 de mayo de 1922.

²²⁸ *Ibidem.*, Cap. IV, pp. 208, 209 y 215.

para que la comunidad universal reconociera a los individuos esa capacidad internacional procesal las siguientes: “a) que el Estado de la nacionalidad haya rehusado o se niegue a presentar la reclamación; b) que dicho Estado autorice expresamente o no se oponga al reconocimiento de este derecho por parte del Estado de la residencia; c) que el primero apoye la reclamación o participe en alguna forma en el procedimiento; d) que solamente pueda presentar la reclamación la víctima directa del daño o también, en su caso, sus herederos o beneficiarios; e) que el extranjero tenga una nacionalidad y, en los casos de doble o múltiple nacionalidad, qué requisitos especiales deberá llenar.”²²⁹

Pero al celebrar este notable avance, el funcionario advierte que “*el reconocimiento de esta acción procesal no implicaría negar el principio general que faculta al Estado a proteger a sus nacionales en el exterior.*” La protección diplomática y los derechos de los individuos (extraído del Cap. VI. La Doctrina de la protección diplomática y el reconocimiento internacional de los derechos esenciales del hombre)

De los aportes realizados por el Relatos Especial, hemos encontrado en este punto uno de los y argumentos más importantes para comenzar a dilucidar las connotaciones de *la nacionalidad como un estatus jurídico de la persona o un derecho inherente a las personas*; y este proceso empieza por identificar a las dos nociones y principios que tradicionalmente se han vinculado a la “responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros.”

Los principios relacionados son: “la norma internacional de justicia ” (international standard of justice) y el principio de la igualdad de nacionales y extranjeros²³⁰. El primero de ellos, es el fundamento impetrado para promover el derecho de las naciones a proteger a sus ciudadanos en el exterior, y el siguiente para optar por la renuncia a la responsabilidad del Estado en aquellos eventos en que los nacionales ostentan del mismo trato y protección legal o judicial que se concede al nacional de este Estado. Pero independientemente, de que ambos principios tengan común finalidad la protección de la persona y de sus bienes, los dos principios se han presentado en la teoría y la práctica tradicionales, “como principios opuestos e irreconciliables²³¹”.

²²⁹ *Ibidem*. Cap. IV, numeral 127, pp. 220-22.

²³⁰ *Ibidem*. Cap. V, numeral 134.

²³¹ Para contextualizar, los alcances de la protección diplomática en torno a los principio indicados el Relator Especial cita a Borchard, quien en el documento *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, (New York, Th e Banks Law Publishing Co., 1915), pp. 28. Expresa que “la protección diplomática es un derecho complementario o reservado que se

Dentro de las observaciones realizadas por el relator, enfáticamente reconoce que la norma internacional de justicia y el principio de la igualdad de nacionales y extranjeros son válidamente aptos “de una nueva formulación, y de integrarse en una nueva noción jurídica que recoja los elementos y finalidades esenciales de ambos”. Esta nueva noción arrancaría del "reconocimiento internacional de los derechos humanos y las libertades fundamentales," reconocimiento que han consagrado la Carta de las Naciones Unidas y otros instrumentos generales, regionales y bilaterales. La “internacionalización”, por así decirlo, de estos derechos y libertades tiene por objeto la protección de los intereses legítimos de la persona humana, independientemente de su nacionalidad. En este sentido, la condición de ciudadano ni la de extranjero juegan papel alguno. “La persona humana, como tal, es el objeto de la protección directa del derecho internacional²³²”.

Todo lo dicho representa, con el objeto de responder al cuestionamiento preliminarmente formulado, esto es, si la nacionalidad es ¿un estatus jurídico de la persona o un derecho inherente per se frente al instituto de la protección diplomática? que la institución de la protección diplomática ha sido una figura *eminente política*, sin desconocer la importancia de los precedentes judiciales que han intentado alejarla de esa influencia, de ese retrogrado concepto, que la enmarca exclusivamente sobre las nociones de *soberanía y seguridad*, para evitar la intervención de los otros estados en las situaciones domésticas de otras naciones. Esta concepción ha perdido vigencia, en razón a los abusos de los países poderosos que la han desgastado y menguado en su credibilidad. Presentándose, una urgente necesidad de ser reformulada a partir de como el propio Relator Especial lo indico en su informe, en el "*reconocimiento internacional de los derechos humanos y las libertades fundamentales*".

- ❖ La nacionalidad y ciudadanía sus reconocimientos y alcances en la construcción del Estado de la Unión Europea.

La integración europea se ha caracterizado por la creación de una Comunidad de Derecho y consecuentemente de una Unión de Derecho en la que son esenciales las libertades económicas fundamentales, que constituyen la razón de ser de mercado, y los derechos fundamentales. Mientras aquellas fueron objeto de especial protección desde el principio de las Comunidades Europeas, la protección de los derechos fundamentales se ha desarrollado jurisprudencialmente por el Tribunal de Justicia como consecuencia del aliento de algunos Tribunales Constitucionales en los años 70 y 80; y desde la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales en

invoca sólo cuando el Estado de la residencia no conforma su conducta a esta norma (standard) internacional.

²³² *Ibidem*. Cap. VI. Numeral 156.

Niza en 2000 y, más recientemente, con la consagración de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión adoptada en Estrasburgo en 2007 y que desde el 1 de diciembre de 2009 tiene el mismo valor jurídico que los Tratados constitutivos. Probablemente el punto de unión entre las libertades económicas fundamentales y los derechos humanos en la Unión sea la consagración de una ciudadanía europea que ha permitido los más importantes desarrollos jurisprudenciales desde el Tratado de Maastricht de 1992.

Los progresos más relevantes que se han producido en Europa precisamente de la mano del Tribunal de Justicia, atendiendo a los estudios efectuados sobre el tema por David Ordóñez Solís²³³, han sido en *materia de discriminación*. Pasamos, en sentido a realizar un estudio de tales adelantos en estos tópicos:

1. Las discriminaciones por razón de la edad (sentencia *Prigge*) y por la orientación sexual (sentencia *Römer*).

En efecto, para el año 2011 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpreta la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación en dos sentencias relevantes que constatan la discriminación contraria al Derecho de la Unión por razón de la edad (*sentencia Prigge*) y por la orientación sexual (*sentencia Römer*).

La *sentencia Prigge* es el resultado de un reenvío prejudicial del Tribunal Supremo de lo Social de Alemania en un asunto que enfrentaba a varios pilotos con la compañía aérea Lufthansa. La cuestión planteada es si se puede prohibir, como hace el convenio colectivo aplicable en Alemania, la contratación de pilotos comerciales a partir del momento en que cumplen los 60 años. El punto de partida del Tribunal de Justicia es que la Directiva 2000/78/CE concreta el principio de no discriminación por razón de la edad en el ámbito del empleo y la ocupación; pero también recuerda que el mismo principio se proclama en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, precisando que la Carta, desde el 1 de diciembre de 2009, tiene el mismo valor jurídico que los Tratados constitutivos (apartado 38).

A partir de este principio, el Tribunal de Justicia comprueba que “las normativas nacional e internacional consideraron necesario, no ya prohibir a los pilotos ejercer sus actividades después de los 60 años, sino únicamente

²³³ ORDÓÑEZ SOLÍS D., “Comentario de Jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. Cuadernos Europeos de Deusto Núm. 46/2012, Bilbao, pp. 181-213.

restringir dicho ejercicio. Por lo tanto, la prohibición de pilotar después de dicha edad, contenida en [un convenio colectivo] no era necesaria para la consecución del objetivo perseguido”²³⁴. La no discriminación por orientación sexual se reafirma en la *sentencia Römer* que tiene su origen en una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal social de Hamburgo. La respuesta del Tribunal de Justicia tiene importancia no solo porque resuelve el litigio relativo a la discriminación de las parejas del mismo sexo sino también porque confirma los principios básicos de aplicación del Derecho de la Unión Europea, especialmente la primacía y el efecto directo.

El Sr. *Römer*, empleado de la ciudad de Hamburgo, convivía desde 1969 con otro hombre y había inscrito su relación como pareja de hecho; sin embargo, al calcular la pensión complementaria de jubilación, no se le aplicó una deducción para los casos de matrimonio lo que suponía una merma de unos 300 euros mensuales.

La primera cuestión que aclara el Tribunal de Justicia es que resulta aplicable a este tipo de pensiones de jubilación la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (apartado 36).

La segunda cuestión obliga al Tribunal de Justicia a determinar, después de considerar que la situación y la regulación del matrimonio y de las parejas de hecho son análogas, si se produce una discriminación por razón de la orientación sexual. A tal efecto, considera que «el estado civil del interesado no influyó en absoluto en las cotizaciones que, en relación con la prestación sobre la que versa el litigio principal, hubo de abonar durante su vida laboral, ya que se vio obligado a contribuir a los gastos de las pensiones pagando una cotización igual a la de sus compañeros de trabajo casados» (apartado 51). Y comprueba que la pensión del Sr. *Römer* habría aumentado de haber contraído matrimonio, en lugar de constituir una pareja estable inscrita con un hombre. Por lo que el Tribunal concluye que «existe una discriminación por motivos de orientación sexual, debido al hecho de que, en el Derecho nacional, la mencionada pareja estable inscrita se encuentra

²³⁴ En este precedente jurisprudencial, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea deduce, por una parte, que «la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse En el sentido de que se opone a que una cláusula de un convenio Colectivo [...] fije en 60 años el límite de edad a partir del cual se considera que los pilotos no poseen ya las capacidades físicas necesarias para ejercer su actividad, pese a que las normativas nacional e internacional fijan esta edad en 65 años»; y, por otra parte, comprueba que la seguridad aérea no es un objetivo legítimo que pueda justificar las excepciones al principio de no discriminación. En este sentido el Tribunal de Justicia recuerda que pueden establecerse excepciones al principio de no discriminación por razón de la edad si persiguen «objetivos de política social, como los vinculados a las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional» (apartados 81 y 82).

en una situación jurídica y fáctica análoga a la de una persona casada a los efectos de la pensión de que se trata» (apartado 52)²³⁵.

Por último, el Tribunal de Justicia establece como fecha de aplicación de este derecho la que coincide con el fin del plazo de transposición de la Directiva 2000/78/CE: “el derecho a la igualdad de trato no podrá ser invocado por un particular como el demandante en el litigio principal antes de haber finalizado el plazo de transposición de dicha Directiva, a saber, a partir de diciembre de 2003, pero sin que para ello resulte necesario esperar a que el legislador nacional haya adoptado las medidas necesarias para adecuar la citada disposición al Derecho de la Unión”.

2. Los efectos de la ciudadanía de la Unión para los nacionales de terceros Estados (sentencias Ruiz Zambrano y Dereci).

La consagración por el Tratado de Maastricht en 1992 del nuevo concepto de ciudadanía de la Unión ha permitido que el Tribunal de Justicia lo desarrolle, pero no sin antes sujetarlo a numerosas cautelas que en ocasiones hacen difícil interpretar la jurisprudencia de Luxemburgo.

Así sucede en los desarrollos de 2011 y en dos sentencias complementarias como la dictada en el asunto Ruiz Zambrano y la dictada en el asunto Dereci. En la *sentencia Ruiz Zambrano* el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre el alcance de la ciudadanía de la Unión y, como ya había señalado en otras ocasiones, considera que la ciudadanía de la Unión de los menores de edad aprovecha a los padres con la nacionalidad de terceros países. Ahora bien y en este supuesto se plantea la espinosa cuestión de si estamos ante una situación puramente interna o no que impida a la ciudadanía de la Unión desplegar todos sus efectos.

Gerardo Ruiz Zambrano es de nacionalidad colombiana y residía desde 1999 en Bélgica con su esposa también colombiana; a pesar de no tener permiso de trabajo fue contratado desde 2001 por una empresa en Bélgica; asimismo, su segundo y su tercer hijo adquirieron al nacer la nacionalidad belga. Después de sucesivas denegaciones de autorización de residencia y de trabajo, reclama su derecho de residencia y un permiso de trabajo ante el tribunal de trabajo de Bruselas *por ser el padre de dos hijos belgas*.

²³⁵ Esta sentencia en particular, reitera frente a cualquier reticencia sobre la aplicación de esta Directiva, el Tribunal de Justicia insiste: “Según reiterada jurisprudencia, el juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho de la Unión, está obligado a garantizar la plena Eficacia de estas normas dejando inaplicada en caso de necesidad, por su propia iniciativa, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional” (apartado 54).

Por una parte, el Tribunal de Justicia puntualiza que la ciudadanía de la Unión depende de la nacionalidad de cada Estado miembro por lo que no hay duda de que sus dos últimos hijos tienen la nacionalidad belga y, en consecuencia, son ciudadanos de la Unión. Consecutivamente, el Tribunal de Justicia enuncia el principio conforme al cual: “la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros” (apartado 41) y del mismo deduce esta consecuencia: “el artículo 20 TFUE se opone a medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión” (apartado 42). Lo que aplicado al caso concreto, supone que “la negativa a conceder un permiso de residencia a una persona, nacional de un Estado tercero, en el Estado miembro en el que residen sus hijos de corta edad, nacionales de dicho Estado miembro, cuya manutención asume, y la negativa a concederle un permiso de trabajo, tienen tal efecto» (apartado 43)²³⁶.

Este litigio, se había planteado ante el Tribunal Supremo Administrativo Austriaco entre cinco nacionales de Turquía, Nigeria, Sri Lanka, Yugoslavia y Serbia que residían desde hacía tiempo en Austria y estaban casados o sus padres adquirieron la nacionalidad austríaca, y a los que, sin embargo, se les había denegado el permiso de residencia.

El debate esencial que aborda el Tribunal de Justicia se refiere a la interpretación de la *sentencia Ruiz Zambrano*. A tal efecto, puntualiza que la denegación del permiso de residencia y de trabajo al padre de dos niños menores que son ciudadanos de la Unión les supondría que estarían obligados a abandonar la Unión para acompañar a sus padres por lo que en tales condiciones los ciudadanos de la Unión se verían, de hecho, en la imposibilidad de ejercer lo sustancial de los derechos conferidos por su estatuto como ciudadanos de la Unión (apartado 65). Por tanto, subrayar el Tribunal de Justicia que se trata de un «criterio relativo a la privación del contenido sustancial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión» (apartado 66) y constituye una interpretación excepcional para evitar que la ciudadanía de la Unión no produzca sus efectos (apartado 67).

²³⁶ Debe subrayarse para las finalidades del presente estudio que, en realidad, la situación planteada en la *sentencia Ruiz Zambrano* es puramente interna, dado que los dos hijos belgas nunca ejercieron el derecho de circulación en la Unión; sin embargo, el Tribunal de Justicia crea una regla específica de protección de los ciudadanos de la Unión para el caso de que los ciudadanos de la Unión se vean, de hecho, en la imposibilidad de ejercer la esencia de los derechos que les confiere su estatuto de ciudadanía. Es decir, si las autoridades belgas deniegan la autorización de residencia y el permiso de trabajo al Sr. Ruiz Zambrano sus dos hijos menores, a pesar de ser ciudadanos europeos, deberían abandonar el territorio de la Unión con su progenitor, nacional colombiano.

De hecho y en el caso concreto, parece deducirse de su respuesta que el Tribunal de Justicia considera que la denegación del permiso de residencia no sería contraria a la ciudadanía de la Unión de miembros de su familia que nunca han hecho uso de su derecho a la libre circulación en la medida en que tal denegación no comporte, para el ciudadano de la Unión con quien convive, la privación del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos que le confiere el estatuto de ciudadano de la Unión.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia ensaya una interpretación para los supuestos en que se aplique el Derecho de la Unión y, más en particular, cuando resulta aplicable la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, y para los demás casos en que se aplicaría el Convenio Europeo de Derechos Humanos. De modo que si el tribunal nacional considera aplicable el Derecho de la Unión deberá examinar si la denegación del derecho de residencia respeta el derecho a la vida privada y familiar del artículo de la Carta; si no se aplica el Derecho de la Unión, el examen deberá hacerse a la luz del artículo del Convenio Europeo.

Por último, el Tribunal de Justicia, en relación con el nacional turco, el Sr. Dereci (casado con una austriaca y padre de tres niños austriacos), le reconoce el derecho de invocar ante los jueces austriacos la inaplicabilidad de una legislación nacional posterior que es más gravosa que la anterior por la que se le reconocía como miembro de una familia austriaca la libertad de establecimiento (apartados 87 y 97).

3. Situaciones que afectan las políticas de refugiados en el Estado de la Unión Europea

Intentar en la actualidad, un análisis del estado y alcances de la nacionalidad y la ciudadanía en la experiencia de la Estado de la Unión Europea, conlleva necesariamente dentro del enfoque esbozado por Diego López Garrido²³⁷ proponerse establecer el mismo, en el contexto del referendo británico que se inclinó por la ruptura con la Unión, habida cuenta que al triunfo de Donald Trump en las elecciones norteamericanas, se ha sumado su marcado deseo de que se produzcan nuevos retiros de los Estados miembros de la Unión Europea.

Entre otros acontecimientos que giran en torno al Estado de la Unión Europea afirma el mismo autor, podrían mencionarse el auge de los nacionalismos y de los llamados “populismos” en una serie de países, que

²³⁷ LÓPEZ GARRIDO D., “El Estado de la Unión Europea. Europa ante la globalización. Fundación Alternativas y Friedrich-Ebert-Stiftung. Trad. Elena Martín y Servilingua 88 S. L. Madrid, 2017, pp. 15-17.

ponen en cuestión la propia existencia de la Unión, como sería el caso de un triunfo del Frente Nacional de Le Pen en las elecciones presidenciales francesas. Un nacionalismo-populismo que recorre Europa y que no es precisamente una mera percepción, sino que recibe su alimento de una dura crisis económica que ha dejado maltrechas a demasiadas personas. Además, para esta operación de acoso y derribo de la UE se ha utilizado, con alarde de demagogia, la trágica cuestión de los refugiados y de los emigrantes, en algunos escenarios se fomenta la xenofobia, la identificación inmigrantes-terroristas, en un discurso que hace estragos entre amplios sectores populares dañados por una globalización excluyente que se presenta como el origen de todos los males; al margen de esta realidad otros sectores plantean la necesidad del relanzamiento de la Unión Europea aportando alternativas para superar la crisis.

Enfocando nuestro análisis, a la experiencia desarrollada por la Unión Europea en asuntos de nacionalidad y ciudadanía Petra Bendel²³⁸, precisa que la política de asilo y de refugiados lleva más de 15 años ocupando un lugar destacado en la agenda de la Unión Europea, nunca antes había tenido una trascendencia tan grande como en el año 2015 y comienzos de 2016, cuando más de un millón de personas intentaron entrar en los Estados miembros de la UE. A finales de 2015, la denominada crisis de los refugiados –que más bien debería calificarse como una crisis de la política de refugiados europea– condujo a una polarización política nunca antes vista entre los Estados miembros, así como a un serio bloqueo de las negociaciones entre las distintas instituciones europeas.

En apreciaciones de citada autora, la actual crisis de la política de refugiados de la Unión Europea también ha sido definida como una crisis de la solidaridad y de la responsabilidad compartida entre los Estados miembros. Como crisis en sentido estricto, conlleva el riesgo de una mayor divergencia de intereses, una renacionalización y una progresiva disminución de la solidaridad en torno al problema de los refugiados en Europa, pero también la oportunidad de un replanteamiento y una vuelta a los derechos humanos y a los valores fundacionales de la Unión.

Desde el punto de vista del contenido según Bendel, la política de refugiados de la UE se puede analizar en tres círculos estrechamente relacionados entre sí. De fuera adentro, se pueden distinguir:

1. La cooperación con los países de origen y de tránsito de los refugiados.

²³⁸ BENDEL P., *óp. cit.*, 2017., “La crisis de la política de refugiados en la Unión Europea.” pp. 93-103.

2. La verificación y el control de las rutas de tránsito y el control de las fronteras exteriores.

3. Por último, en el interior de la Unión Europea y de sus Estados miembros, todas aquellas medidas relativas al registro, la recepción y distribución de los refugiados, y todos aquellos derechos que les asisten tan pronto pisan suelo de un Estado miembro.

La crisis de la política de refugiados europea de los años 2015 y 2016 ha hecho tambalearse la ya escasa confianza en el funcionamiento de frágil sistema de Dublín. Debido a la fuerte presión migratoria, que recayó principalmente en los países ubicados en las fronteras exteriores (pero no solo en ellos, como demuestra el caso alemán), se produjo una sobrecarga de los sistemas de asilo de esos Estados, con las consiguientes graves violaciones de los derechos humanos. Las consecuencias fueron la construcción de nuevas fronteras, el restablecimiento de controles fronterizos temporales en las fronteras Schengen, con la correspondiente reforma del Código de Fronteras Schengen, y el cierre parcial de las rutas de los Balcanes. Otras consecuencias de la enorme presión a la que se vieron sometidos los países situados en las fronteras exteriores fueron las siguientes: se desobedecieron normas que habían sido acordadas de forma conjunta, se denegó o permitió la entrada o “se arrestó” a solicitantes de asilo en contra del principio de *non-refoulement*, no se respetaron las normas de la UE, se adoptaron resoluciones sin someterlas a votación y se produjeron violaciones de los derechos humanos.

En ese orden de acontecimientos, bajo la presión del incremento de la inmigración ocurrido en 2015, el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), reformado en 2013, evidenció sus deficiencias en toda su crudeza. Continuaron, o incluso aumentaron, las grandes divergencias existentes en la acogida, el procedimiento de asilo y, en último término, los porcentajes de reconocimiento, dado que las crecientes cifras de desplazados desencadenaron una “competencia a la baja”. Las consecuencias fueron una rebaja de los estándares y un aumento de las barreras a la entrada. Los más de 40 procedimientos por incumplimiento de tratados iniciados por la Comisión Europea en relación con la deficiente transposición e implantación de las directivas establecidas en el SECA apenas habían podido surtir efecto cuando ya la Comisión Europea introdujo una revisión de las directivas y reglamentos del SECA.

4. Medidas restrictivas específicas contra determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo.

En un precedente judicial la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) del 14 de marzo de 2017²³⁹, decidió sobre petición presentada en relación con la imposición de medidas restrictivas con arreglo a la legislación nacional en materia de represión de los actos de terrorismo. Los fundamentos del trámite tuvieron origen en los siguientes antecedentes, donde marcadamente se corrobora la tendencia de vulneraciones de derechos fundamentales por el rigor en cómo son aplicadas las políticas de seguridad en contra de las libertades individuales de personas jurídicas y naturales:

- ✓ De la información aportada por el órgano jurisdiccional remitente se concluyó que el 8 de junio de 2010 el Ministro, sobre la base del Reglamento sancionador de 2007, adoptó resoluciones de designación respecto a A y otros (en lo sucesivo, «resoluciones de 8 de junio de 2010»), *lo que provocó la congelación de sus respectivos recursos financieros*. El Ministro desestimó, mediante resoluciones de 10 de enero de 2011, 8 de diciembre de 2010 y 25 de noviembre de 2010 respectivamente, las reclamaciones presentadas por dichas personas contra las resoluciones de 8 de junio de 2010. Fundamentó las desestimaciones en que A y otros pertenecían al círculo de personas y organizaciones sujetas a la Resolución 1373 (2001). Además, el Ministro tuvo en cuenta un memorándum oficial del Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (Servicio General de Información y Seguridad, Países Bajos), de 14 de octubre de 2008, según el cual las referidas personas habían recaudado fondos para la organización LTTE. Asimismo, el Ministro tuvo en cuenta la inclusión de esta organización en la lista de congelación de fondos. También se basó en que el Ministerio Fiscal había iniciado actuaciones penales contra A y otros por participar en una organización terrorista, en el sentido del Código Penal neerlandés, y por violación, en favor de la organización LTTE, de las prohibiciones establecidas en el artículo 2, apartados 1 y 2, y en el artículo 3 de dicho Reglamento.
- ✓ Mediante sentencias de 20 de diciembre de 2011, 18 de enero de 2012 y 30 de agosto de 2012, respectivamente, las Salas de lo Contencioso-Administrativo del rechtbank Zwolle-Lelystad (Tribunal de Primera

²³⁹ Jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Asunto C-158/14 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017 y otros contra Minister van Buitenlandse Zaken Petición de decisión prejudicial planteada por el Raad van State Procedimiento prejudicial — Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) — Medidas restrictivas específicas contra determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo.

Instancia de Zwolle-Lelystad, Países Bajos), del rechtbank 's Gravenhage (Tribunal de Primera Instancia de La Haya, Países Bajos) y del rechtbank Alkmaar (Tribunal de primera instancia de Alkmaar, Países Bajos) declararon infundados los recursos interpuestos por A y otros contra las resoluciones del Ministro que confirmaban las resoluciones de 8 de junio de 2010. A y otros interpusieron recurso de apelación contra dichas sentencias ante el órgano jurisdiccional remitente, el Raad van State (Consejo de Estado, Países Bajos).

- ✓ En estos recursos de apelación, A y otros alegaron, en particular, que la organización LTTE *no es una organización terrorista porque el conflicto entre el Gobierno de Sri Lanka y dicha organización debe considerarse un conflicto armado*, en el sentido del Derecho Internacional Humanitario. Alegan que la inclusión de la citada organización en la lista de congelación de fondos *es, por consiguiente, ilegal*.

En virtud de los antecedentes descrito, el tribunal realizó las siguientes observaciones:

- ✓ En primer lugar, que el artículo 2 del Reglamento sancionador de 2007 determinó aplicar la Resolución 1373 (2001) y que dicha disposición no se remite ni al Reglamento n.º 2580/2001 ni a la Posición Común 2001/931. No obstante, ese órgano jurisdiccional consideró que, en la medida en que el Ministro basó expresamente su opinión en que la organización LTTE es una organización terrorista en su inclusión en la lista de congelación de fondos, esta inclusión constituye el fundamento de las resoluciones de 8 de junio de 2010. Según el tribunal remitente, dado que la Posición Común 2001/931 y el Reglamento n.º 2580/2001 hacen referencia a la Resolución 1373 (2001), el Ministro debía considerar, de conformidad con el principio de cooperación leal previsto en el artículo 4 TUE, apartado 3, que las entidades incluidas en dicha lista son organizaciones terroristas. No obstante, dicho tribunal estimó que, a la luz de las alegaciones formuladas por A y otros, *es posible dudar de la legalidad de los actos del Consejo de la Unión Europea* por los que éste mantuvo a la organización LTTE en la lista de congelación de fondos que estaba en vigor en el momento de la adopción de las resoluciones de 8 de junio de 2010, así como de la validez de los actos subsiguientes de dicha institución por los que mantuvo a la organización LTTE en esa lista.
- ✓ En segundo lugar, tomando en consideración las sentencias de 9 de marzo de 1994, TWD Textilwerke Deggendorf (C-188/92, EU: C:

1994:90), y de 15 de febrero de 2001, Nachi Europe (C-239/99, EU: C: 2001:101), el tribunal remitente analizó si procede reconocer a A y otros *el derecho a alegar ante él la ilegalidad de esos actos, dado que no han solicitado su anulación ante los tribunales de la Unión. Según dicho tribunal, A y otros se encuentran en una situación fáctica similar a la de las personas acusadas de ser miembros del Devrimci Halk Kurtulus Partisi-Cephesi (DHKP-C) en el asunto que dio lugar a la sentencia de 29 de junio de 2010, E y F (C-550/09, EU:C:2010:382), en la que el Tribunal de Justicia declaró, en esencia, que esas personas no estaban indiscutiblemente legitimadas para interponer un recurso de anulación, al amparo del artículo 230 CE, contra la inclusión del DHKP-C en la lista a que se refiere el artículo 2, apartado 3, del Reglamento n.º 2580/2001. El tribunal remitente se cuestionó si la solución a la que llega dicha sentencia puede extrapolarse al ámbito del artículo 263 TFUE, ya que esa disposición amplió la posibilidad de que los particulares impugnen la legalidad de los actos de la Unión. Evidenciando dentro de este estudio, que si se considerara que, a la luz del artículo 263 TFUE, las personas que se encuentran en una situación como la de A y otros no pueden alegar, ante los tribunales nacionales, la ilegalidad de la inclusión de una organización en la lista de congelación de fondos a que se refiere el artículo 2, apartado 3, del Reglamento n.º 2580/2001, todas las personas que temen que una autoridad nacional adopte contra ellos medidas de lucha contra el terrorismo debido a su implicación, efectiva o supuesta, en una organización incluida en esa lista deberían recurrir contra la inclusión de esa organización en la citada lista con carácter cautelar. Pues bien, tal situación, a juicio del tribunal remitente, sería incompatible con el derecho a no autoincriminarse.*

- ✓ Para el caso de que el Tribunal de Justicia decida que un recurso de anulación interpuesto por A y otros contra el Reglamento de Ejecución No, 610/2010 no sería indiscutiblemente admisible, el órgano jurisdiccional remitente debatió, en tercer lugar, *la validez de la inclusión de la organización LTTE en la lista de congelación de fondos. Considerando, en primer término, que, a pesar de la redacción del considerando 11 de la Decisión Marco 2002/475, no se excluye que las actividades de una fuerza armada en período de conflicto armado, en el sentido del Derecho internacional humanitario, puedan considerarse delitos terroristas. No obstante, habida cuenta del margen de apreciación que parece dejar la definición de «delito de terrorismo», a tenor del artículo 1, apartado 1, de dicha Decisión Marco, es posible tener en cuenta, según el tribunal remitente, el*

hecho de que *la organización LTTE actúe como fuerza armada implicada en un conflicto armado cuando se trata de determinar si procede calificar las actividades que realiza de «delitos de terrorismo».*

- ✓ En tercer término, refiriéndose a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y a los Protocolos Adicionales, al artículo 19, apartado 2, del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, al artículo 4, apartado 2, del Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, al artículo 26, apartado 5, del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo y al artículo 12 de la Convención Internacional contra la toma de rehenes, el tribunal remitente señala que estos Convenios Internacionales en materia de terrorismo excluyen las actividades de las fuerzas armadas en período de conflicto armado de su ámbito de aplicación respectivo, *lo que indica que existe un consenso internacional sobre el hecho de que las actividades de las fuerzas armadas en período de conflicto armado, en el sentido del Derecho Internacional Humanitario, no deben considerarse actividades terroristas.* No obstante, el tribunal remitente alude también al artículo 2, apartado 1, letra b), del Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, al artículo 33 del Cuarto Convenio de Ginebra, así como al artículo 4, apartado 2, letra d), del Protocolo II, y señala que, conforme a estos Convenios, tales actividades no deben considerarse actividades terroristas *siempre que no tengan por objetivo civiles u otras personas que no participan directamente en las hostilidades.*

Para resolver el caso el tribunal promulgó los siguientes argumentos:

- De lo analizado, se deduce que una petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la validez de un acto de la Unión sólo puede declararse inadmisibile en caso de que, aun cuando *el recurso de anulación contra un acto de la Unión hubiera sido manifiestamente admisible*, la persona física o jurídica que hubiera podido interponer tal recurso se abstuvo de hacerlo en el plazo fijado e invoca la ilegalidad de dicho acto en el marco de un procedimiento nacional a fin de incitar al tribunal nacional a plantear al Tribunal de Justicia la petición de decisión prejudicial en cuestión, relativa a la validez del citado acto, *obviando así el carácter definitivo que frente a él tiene el referido acto una vez expirados los plazos para recurrir* (véanse en este sentido, las sentencias de 9 de marzo de 1994, TWD Textilwerke Deggendorf, C-188/92, EU:C:1994:90, apartado 18, y de 15 de febrero de 2001, Nachi Europe, C-239/99, EU:C:2001:101, apartado 30)

- No sucede así en el presente asunto. En efecto, en primer lugar, los recurrentes en el litigio principal no estaban personalmente incluidos en la lista de congelación de fondos.
- Además, no fue evidente que estuvieran «individualmente» afectados por dichos actos, en el sentido del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto. En efecto, la inclusión de la organización LTTE en la lista de congelación de fondos tiene, respecto a personas distintas de dicha organización, un alcance general en tanto contribuye a obligar a un número indeterminado de personas a observar medidas restrictivas específicas contra la referida organización (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de septiembre de 2008, Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión, C- 402/05 P y C- 415/05 P, EU:C:2008:461, apartados 241 a 244; de 29 de junio de 2010, E y F, C- 550/09, EU:C:2010:382, apartado 51, y de 23 de abril de 2013, Gbagbo y otros/Consejo, C- 478/11 P a C- 482/11 P, EU:C:2013:258, apartado 56).
- Por último, la situación de los recurrentes en el litigio principal se vio directamente afectada no por los actos de la Unión relativos a esa inclusión, *sino por la imposición de sanciones basadas únicamente en la ley neerlandesa, que tuvo en cuenta, entre otros elementos, la citada inclusión.*
- Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión que no es manifiesto, en el sentido de la jurisprudencia que se deriva de las sentencias de 9 de marzo de 1994, TWD Textilwerke Deggendorf (C-188/92, EU:C:1994:90), y de 15 de febrero de 2001, Nachi Europe (C-239/99, EU:C:2001:101), que hubieran sido admisibles los recursos de anulación que pudieran interponer ante el Tribunal General personas *que se encontrasen en una situación como la de los recurrentes en el litigio principal contra el Reglamento de Ejecución n.º 610/2010 o contra los actos de la Unión anteriores a ese Reglamento de Ejecución, relativos a la inclusión de la organización LTTE en la lista de congelación de fondos.*
- Finalmente, sentenció el Tribunal que atendiendo a que la Posición Común 2001/931/PESC del Consejo, de 27 de diciembre de 2001, sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, y el Reglamento n.º 2580/2001 *no se oponen a que las actividades de una fuerza armada en período de conflicto armado, en*

el sentido del Derecho internacional humanitario, constituyan «actos terroristas», en el sentido de dichos actos de la Unión, el hecho de que las actividades de la organización «Tigres de Liberación de Eelam Tamil (LTTE)» puedan constituir tales actividades no afecta a la validez del Reglamento de Ejecución n.º 610/2010 ni a la de los actos de la Unión anteriores a ese Reglamento de Ejecución, relativos a la inclusión objeto del trámite.

- El derecho a la nacionalidad y la sentencia TC/0168/13 del Tribunal Constitucional del República Dominicana: un caso de privación arbitraria de la nacionalidad, principalmente a personas dominicanas de ascendencia haitiana.

El 23 de septiembre de 2013, el Tribunal Constitucional de la República Dominicana dictó la sentencia TC/0168/13. Dicha sentencia redefinió, con efectos retroactivos, el criterio para adquirir la nacionalidad por aplicación del principio de *jus soli*, al dar nueva interpretación *al concepto de extranjeros en tránsito*, equiparando este concepto con el de *extranjero en situación irregular*. A través de esta sentencia, el Tribunal modificó retroactivamente la interpretación dada a los “extranjeros en tránsito” en las constituciones dominicanas vigentes entre 1929 a 2010, las cuales establecían dicha categoría como una limitación para adquirir la nacionalidad por *jus soli*. En efecto, respecto a un caso particular, el Tribunal determinó que a pesar de que la persona recurrente había nacido en territorio dominicano y de que había sido registrada por las autoridades competentes como tal en un momento en que la Constitución reconocía el *jus soli* como forma para adquirir la nacionalidad, la nueva interpretación de “extranjeros en tránsito” la privaba del derecho a la nacionalidad dominicana.

La sentencia TC/0168/13 ordenó el traspaso administrativo de todas las actas de nacimiento de personas nacidas en territorio dominicano hijos de “extranjeros en tránsito” desde 1929 a 2007 hacia libros de registro de nacimientos de extranjeros, privando así arbitrariamente de su nacionalidad a un número muy significativo de personas que gozaban de la nacionalidad dominicana, y dejando en situación de apátridas, al considerarlos como extranjeros a pesar de haber nacido en territorio dominicano y contar con documentos de identidad que así lo demostraban.

Sobre este antecedente, sin precedentes, en el Derecho Interamericano de los Derechos Humanos, respecto a sus alcances históricos y consecuencias, desde principios de la década de los noventa del siglo pasado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha monitoreado las dificultades y obstáculos que enfrentan los hijos de migrantes haitianos nacidos en

territorio dominicano para ser registrados y contar con la documentación que pruebe su nacionalidad dominicana, en aplicación del principio de *jus soli*. En un primer momento, funcionarios de Oficialías del Estado Civil se negaban a registrar el nacimiento de hijos de migrantes haitianos nacidos en República Dominicana por el hecho de que sus padres se encontraban en *situación migratoria irregular*. El argumento comúnmente utilizado por las autoridades era que de acuerdo a la Constitución, los hijos de extranjeros en tránsito no podían adquirir la nacionalidad dominicana en aplicación del principio de *jus soli*²⁴⁰.

En su informe sobre esta grave problemática denominado “Situación de los Derechos Humanos en República Dominicana”²⁴¹ aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 31 de diciembre de 2015, este órgano reporta el impacto acaecido en virtud de la *nueva interpretación constitucional*. En el mismo, la Comisión concluye que la sentencia TC/0168/2013 del Tribunal Constitucional conllevó a una privación arbitraria de la nacionalidad para todas las personas sobre quienes extendió sus efectos. A su vez, la sentencia tuvo un efecto discriminatorio, dado que impactó principalmente a personas dominicanas de ascendencia haitiana; privándoles de su nacionalidad retroactivamente; y generando apatridia respecto de aquellas personas que no eran consideradas como nacionales suyos por ningún otro estado. Esta situación ha afectado de forma desproporcionada a las personas de ascendencia haitiana, quienes frecuentemente son identificadas como tales, correcta o incorrectamente, con base en el origen nacional o la situación migratoria de los padres, el color de la piel (particularmente aquellas de color de piel oscura), la capacidad lingüística o los apellidos, constituyendo una violación al derecho a la igualdad y a la no discriminación. El citado órgano determinó, que a lo largo de los años en que ha dado seguimiento a esta situación, así como durante su visita a la República Dominicana, no ha recibido denuncias o informaciones sobre personas dominicanas de ascendencia extranjera que no fuesen de ascendencia haitiana quienes hubiesen enfrentado obstáculos

²⁴⁰ Sobre esta posición el Tribunal Constitucional de la República Dominicana en la sentencia TC/0168/13 puntualmente indicó que: “el origen nacional y la situación migratoria de sus padres ha conllevado a que los hijos de migrantes haitianos nacidos en territorio dominicano hayan tenido que enfrentar diversas formas de discriminación a lo largo de sus vidas, las cuales no solamente han vulnerado sus derechos a la nacionalidad, la personalidad jurídica y la igualdad y no discriminación, sino que también han conllevado a la violación de otros de sus derechos humanos”.

²⁴¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana. Organización de los Estados Americanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 45/15 31 diciembre 2015 Original: español. 2015 disponible en: www.cidh.org .

en el reconocimiento de su nacionalidad, en el acceso al registro civil, así como a sus documentos de identidad.

La novedosa hermenéutica del juez constitucional dominicano, despojó retroactivamente de su derecho a la nacionalidad dominicana a decenas de miles de personas que durante toda su vida habían sido consideradas dominicanas, muchas de las cuales fueron registradas por las autoridades competentes como nacionales dominicanos al nacer y a lo largo de su vida se les otorgaron otros documentos de identidad, tales como cédulas, carnets electorales y pasaportes. La privación arbitraria de la nacionalidad y la falta de reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas afectadas las ha puesto en una situación de desventaja en el goce de algunos de sus derechos humanos, *así como en una situación de extrema vulnerabilidad a ser víctimas de violaciones a otros múltiples derechos humanos*. En este orden de observaciones, el órgano Interamericano considera que la interpretación que las autoridades dominicanas han dado al derecho a la nacionalidad en aplicación del principio de *jus soli*, al tener un impacto discriminatorio sobre las personas nacidas en la República Dominicana de ascendencia haitiana, *resulta incompatible con las obligaciones emanadas del derecho internacional de los derechos humanos*.

Las justificaciones, sobre los cuales la comisión enmarca la aludida incompatibilidad, del precedente constitucional frente a las obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos, pueden sintetizarse así, según se deduce textualmente del propio informe²⁴²: 1) La sentencia TC/0168/13 afectó desproporcionalmente a personas ya sujetas a múltiples formas de discriminación, en particular con base en criterios raciales, el origen nacional y/o la situación migratoria de sus padres o su situación de pobreza. Durante la visita, la CIDH visitó 9 bateyes en diversos lugares del país y constató las condiciones de pobreza, exclusión y discriminación bajo las cuales viven las personas que allí habitan. La pobreza afecta desproporcionadamente a las personas de ascendencia haitiana y esta situación guarda relación con los obstáculos que enfrentan en el acceso al registro civil y a documentos de identidad. Su falta de documentos o el hecho de que estos hayan sido retenidos, destruidos o se encuentren bajo investigación han generado que estas personas enfrenten obstáculos en

²⁴² *Ibidem*. El informe tiene como objeto formular recomendaciones encaminadas a que las políticas, leyes y prácticas de la República Dominicana (en adelante “Estado dominicano”, “República Dominicana” o “el Estado”) en dichas materias estén conforme con las obligaciones internacionales contraídas voluntariamente por el Estado en materia de derechos humanos. La Comisión presenta este informe de conformidad con las atribuciones conferidas por el artículo 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante “Carta de la OEA”), el artículo 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana”) y el artículo 58 de su Reglamento.

materia de educación, salud, trabajo digno, poder realizar contratos, casarse, entre otros. 2) La denegación en el registro o en la entrega de documentos a un gran número de personas nacidas en la República Dominicana fue una práctica extendida a lo largo de las últimas décadas por la Junta Central Electoral, cuando también se registraban deportaciones arbitrarias y expulsiones colectivas. En esas deportaciones estuvieron incluidas personas nacidas en la República Dominicana, a quienes el Estado dominicano les había reconocido su nacionalidad dominicana a través de la expedición de actas de nacimiento y cédulas de identidad. Dentro de este contexto, la sentencia del Tribunal Constitucional representó una etapa crucial en el proceso de desnacionalización llevado a cabo por décadas en la República Dominicana, tendiente a “proteger su identidad nacional”, al limitar, de forma arbitraria y retroactiva, el derecho a la nacionalidad a los dominicanos de origen extranjero, en particular de aquellos de ascendencia haitiana²⁴³. 3) La discriminación, marginación y segregación de las personas de ascendencia haitiana que han sido privadas de su nacionalidad dominicana en razón de la nacionalidad haitiana de sus ancestros y/o del color de su piel, en particular mujeres y niños, ha incrementado su vulnerabilidad a otras formas de discriminación, explotación y violaciones a sus derechos humanos, tales como el derecho a la integridad personal, la protección de la honra, la dignidad y la vida privada, el derecho a la protección de la familia y la vida familiar, los derechos del niño, el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho al trabajo, el derecho a la propiedad privada, el derecho a las garantías del debido proceso, el derecho a la protección judicial, derechos políticos, la libertad de circulación y residencia, así como a no ser privados arbitrariamente de su libertad, a no ser expulsadas del territorio del que son nacionales ni ser privadas del derecho a ingresar al mismo, la prohibición de expulsiones colectivas, entre otros²⁴⁴. 4) En respuesta a los efectos

²⁴³ CIDH, Observaciones preliminares de la visita de la CIDH a República Dominicana: 2 a 6 de diciembre de 2013. Santo Domingo, 6 de diciembre de 2013, pp. 6-11.

²⁴⁴ La sentencia TC/0168/13 y sus efectos han sido objeto de gran preocupación y condena a nivel nacional, regional e internacional. Tras el revuelo generado por la sentencia TC/0168/13 y en atención a una invitación del Estado dominicano, la Comisión Interamericana condujo su sexta visita in loco a la República Dominicana del 2 al 6 de diciembre de 2013. La visita tuvo por finalidad observar la situación en lo relativo a los derechos a la nacionalidad, la identidad, la igualdad, la no discriminación, así como a otros derechos y problemáticas relacionadas. La Comisión llevó a cabo esta visita a fin de supervisar el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos libremente por la República Dominicana. Durante la visita, la Comisión Interamericana recibió información preocupante sobre graves vulneraciones al derecho a la nacionalidad, a la personalidad jurídica, a la igualdad ante la ley, y a la no discriminación. Las violaciones al derecho a la nacionalidad, que la Comisión ya había observado desde su visita in loco, realizada en 1991, continúan, y la situación se agravó como consecuencia de la sentencia TC/0168/2013 del Tribunal Constitucional.

generados por la sentencia TC/0168/13, la administración del Presidente Danilo Medina impulso, con el apoyo de múltiples actores políticos y sociales, la adopción de la Ley 169-14, la cual fue aprobada unánimemente por el Congreso y entró en vigor el 23 de mayo de 2014. La Ley 169-14 dividió a las personas afectadas por la sentencia TC/0168/13 en dos grupos que fueron denominados Grupo A y Grupo B. En relación con las personas del denominado Grupo A, la ley estableció la validación de las actas de nacimiento y la restitución de la nacionalidad para personas nacidas en el territorio dominicano entre el 16 de junio de 1929 y el 18 de abril de 2007 cuyos nacimientos hubiesen sido registrados. En relación, con las personas del Grupo B, la ley estableció un procedimiento especial de registro en los libros de registro de nacimientos de extranjeros para aquellas personas nacidas en territorio dominicano y que nunca fueron registradas en el Registro Civil dominicano, posibilitándoles para posteriormente aplicar a la regularización de su situación como migrantes, y, después de dos años, facultándoles a optar a la nacionalidad dominicana a través del procedimiento regular de naturalización. Por otra parte, las personas nacidas entre el 18 de abril de 2007 y 26 de enero 2010 no fueron cobijadas dentro del ámbito de aplicación de la ley²⁴⁵.

Finalmente, con base en su análisis detallado de la situación de los dominicanos de ascendencia haitiana a los derechos a la nacionalidad, la identidad, la igualdad, la no discriminación, así como a otros derechos y problemáticas relacionadas, como grupo afectado por la sentencia TC/0168/13, la Comisión insta al Estado a adoptar, las medidas necesarias para evitar que la sentencia TC/0168/13 continúe produciendo efectos jurídicos; a restaurar plenamente el derecho a la nacionalidad de las personas afectadas por sentencia TC/0168/13; a dejar sin efecto las disposiciones de la Ley 169-14 que se basen en considerar extranjeras a las

²⁴⁵ La Comisión reconoció que el Estado dominicano ha realizado acciones para responder a la situación de las personas afectadas por la sentencia TC/0168/13. Si bien la Comisión rechaza los fundamentos que subyacen a la Ley 169-14, reconoce la importancia práctica del procedimiento establecido para restituir la nacionalidad dominicana a los hijos de padres y madres extranjeros no residentes nacidos en el territorio dominicano y que fueron inscritos en los libros del Registro Civil, es decir las personas del Grupo A. No obstante, la Comisión no puede dejar de expresar su rechazo a que personas nacidas en territorio dominicano y que de conformidad con la legislación dominicana les correspondía la nacionalidad dominicana sean tratadas como extranjeras y que la opción que se les dio para volver a contar con la nacionalidad dominicana sea optar a la naturalización tras un plazo de 2 años de haberse regularizado de conformidad con el Plan Nacional de Regularización de Extranjeros en Situación Migratoria Irregular. Dado que la solución que prevé la Ley 169-14 para las personas del Grupo B ha sido considerarlas como extranjeras, decenas de miles de personas y sus descendientes continúan sin que se les haya restituido su nacionalidad y por ende sin que se les haya reparado efectivamente por la privación arbitraria de su nacionalidad y la situación de apatridia en la que fueron dejadas tras la sentencia TC/0168/13.

personas nacidas en territorio dominicano que sean hijas de extranjeros en situación irregular, por implicar las mismas una privación retroactiva de la nacionalidad; y, a adoptar las medidas necesarias para poner fin a las prácticas tendientes a negar la nacionalidad dominicana a las personas nacidas en el territorio en razón del origen de sus padres o ascendientes, la situación migratoria de sus padres; entre otras recomendaciones elaboradas en el presente informe.

Sin embargo, es claro que para muchos el proceso de *desnacionalización* se basa en la interpretación errónea de la situación migratoria irregular de las madres como “en tránsito”. Los orígenes de la definición legal de “en tránsito”, de acuerdo con una ley de inmigración de 1939, se refiere a las personas con planes de proceder a un tercer país y, por lo tanto, cuya estancia en la República Dominicana no era mayor de diez días²⁴⁶. Sobre la base de esta definición, el término “en tránsito” no se aplica a la mayoría de los inmigrantes haitianos en la República Dominicana. Históricamente, ni la resolución migratoria 279, que describe el registro de las leyes de 1939, ni la Constitución Dominicana intentaron a caracterizar la situación de los trabajadores migrantes -que son principalmente de ascendencia haitiana, como “en tránsito”, que concedió inicialmente Elena y muchos otros la ciudadanía dominicana²⁴⁷.

❖ El marco legal internacional del derecho a la nacionalidad frente a la situación de los apatridia.

El derecho genérico a tener una nacionalidad no impone a los Estados la obligación de otorgar indiscriminadamente su nacionalidad a las personas que están bajo su jurisdicción; ni siquiera el deber de otorgarla a los apátridas que están bajo esa jurisdicción. Sin embargo, *tal derecho produce ciertos deberes para el Estado*, el derecho genérico a la nacionalidad opera una suerte de *internacionalización de la normativa interna*. Si de acuerdo con el derecho de un Estado, una persona tiene derecho a adquirir una nacionalidad, tal adquisición forma parte del derecho subjetivo (internacionalmente reconocido) a la nacionalidad.

El tema de la nacionalidad guarda una estrecha relación con el *estatus migratorio de las personas*. Al respecto, la Corte Interamericana ha realizado dos afirmaciones que resultan de interés. La primera es que el estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de

²⁴⁶ PEYNADO J., “Reglamento de migración N° 279.”, Sección V. a) y V .b), Mayo 12 de 1939.

²⁴⁷ RODRÍGUEZ ESQ H., en discusión con el co-autor Verónica Rosario en el Centro Bonó, Julio 2014, pp. 45.

la nacionalidad por el Estado, ya que la calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privar a una persona del derecho a la nacionalidad. Sin embargo, no es posible pensar la inmigración, tal cual hoy se la conoce, sin asociarla a los mecanismos de legitimación del Estado Nación, tal como plantea Sayad²⁴⁸, reflexionar sobre la inmigración y la emigración implica pensar al Estado y a la nación, y, a su vez, al modo en que ambos se construyen a sí mismos cuando piensan la inmigración. De acuerdo con esto, las diferentes respuestas dadas a la inmigración están vinculadas con las especificidades de los procesos históricos de formación de los Estados nacionales, las formas de regulación de la admisión a la comunidad nacional, y la variedad de derechos y obligaciones que se derivan de la pertenencia a la nación²⁴⁹.

En los análisis efectuados por Fernando Arlettaz²⁵⁰ sobre el tema, en el contexto del derecho internacional americano, esta posición resulta un tanto enigmática. En efecto, parece claro que la calidad migratoria no puede constituir un obstáculo a la adquisición de la nacionalidad según las concretas normas de derecho internacional que obligan a un Estado a otorgar la nacionalidad para evitar que la persona resulte *apátrida*²⁵¹. Sin embargo, llevar esta interpretación a su forma más amplia no parece del todo adecuado, interpretar en toda su amplitud esta afirmación de la Corte llevaría a sostener que en todo proceso de adquisición de la nacionalidad (incluso por modo derivado) los Estados no podrían distinguir entre personas en *situación regular y personas en situación irregular* en su territorio. En ese estado de antecedentes, los Estados estarían obligados a naturalizar a las personas que hubiesen residido el tiempo requerido en el territorio, incluso si esta permanencia hubiese sido irregular.

La segunda afirmación de la Corte es que *el estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos*. Esta afirmación, tomada en sentido lato, resulta correcta. Sin embargo, esto no debe confundirse con el hecho de que la situación migratoria de los padres afecte de algún modo la situación de

²⁴⁸ Ver, SAYAD A., “La Doble Ausencia, Ilusiones del Emigrante ante los sufrimientos del inmigrante”. Liber / Senil. Paris, 1999, pp. 66.

²⁴⁹ Ver, entre otros sobre el tema a BRUBAKER R., “Ciudadanía y nación en Francia y Alemania.” Cambridge MA. Harvard University Press, 1999. SANDRA GIL ARAUJO. “Las argucias de la integración: Construcción nacional y gobierno de lo social a través de las políticas de integración de inmigrantes. Los casos de Cataluña y Madrid”. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid, 2006, y ANA MARÍA LOPEZ SALAS. “Inmigrantes y Estados: la respuesta política ante la cuestión migratoria”. Anthropos. Barcelona, 2005.

²⁵⁰ ARLETTAZ F., “La nacionalidad en el derecho internacional americano”. Artículo. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XV. Núm 27, 2015, pp. 413-447.

²⁵¹ La definición legal internacional de un apátrida en la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 es “toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”.

los hijos en relación con el derecho a la nacionalidad. En la misma sentencia en que la Corte realiza la afirmación sobre *la transmisión del estatus migratorio*, admite que el carácter de extranjeros en tránsito de los padres puede resultar una justa excepción al principio del *ius soli* previsto en la legislación interna. Es verdad que en el caso dice también que la aplicación de esa excepción fue arbitraria, y sostiene que la excepción no puede aplicarse cuando entra en juego el *ius soli* para evitar una situación de apatridia. Sin embargo, no niega el principio general de que la situación migratoria de los padres (su carácter de extranjeros en tránsito) puede ser una causa legítima para denegar la adquisición de la nacionalidad por *ius soli*.

En cualquier caso, al utilizar el criterio de la residencia en tránsito, el Estado debe respetar un límite temporal razonable, y aceptar que un extranjero que desarrolla vínculos en un Estado no puede ser equiparado a un simple transeúnte.²⁵² Respecto del derecho concreto a la nacionalidad, la Corte Interamericana ha dicho que la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad en este caso²⁵³, de manera que no es posible exigir requisitos suplementarios.

Además, los requisitos exigidos para probar el nacimiento en el territorio deben ser razonables y no pueden representar un obstáculo para acceder a la nacionalidad. Según la Comisión Interamericana, el derecho concreto a la nacionalidad previsto en la Convención no se puede denegar por el hecho de considerar que los padres eran extranjeros en tránsito, si se trata de personas que han residido durante numerosos años en el país.

Por otra parte, en lo que concierne a la Unión Europea (UE) dentro de la convulsión de la actual crisis de refugiados, los funcionarios europeos de inmigración pueden enfrentarse al caso particular pero confuso de personas apátridas que solicitan asilo en Europa; con el resultado de que los apátridas a menudo enfrentan *períodos de detención de inmigración prolongados* a la espera de que los identifiquen como personas apátridas que necesitan protección internacional²⁵⁴.

²⁵² Corte IDH. Propuesta de modificación a la constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización, cit., párr. 34; Corte IDH, Yean y Bosico, cit., párrafo 157

²⁵³ *Ibidem*, párr. 156.

²⁵⁴ Todo esto tiene como uno de sus más importantes fundamentos a la Convención Sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 y la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961, y otra información relevante, en el ACNUR o en su sitio web <http://www.acnur.org>.

Tener una nacionalidad constituye un vínculo legal con un estado²⁵⁵ y proporciona numerosos derechos y también obligaciones. No tener una nacionalidad deja al individuo en situación legalmente inexistente y en gran parte desprotegido por la legislación nacional. Su acceso a la educación y a la asistencia médica es muy limitado, no pueden casarse de manera legal, no pueden votar y es probable que tampoco puedan regresar a su país de origen como ciudadanos. La apatridia, puede ser el resultado de una serie de causas, pero en el caso de refugiados sirios que buscan protección en países vecinos y en Europa, las leyes de nacionalidad discriminatorias según el género son las principales responsables²⁵⁶.

Por ejemplo, En Siria, Jordania y Líbano, *la nacionalidad se transmite exclusivamente por el padre*. Como resultado, ante la ausencia del padre, las madres sirias no pueden registrar el nacimiento de sus hijos, por lo que es probable que estos niños *no adquieran una nacionalidad*. Debido al conflicto y a los desplazamientos continuos, puede que sea imposible encontrar al padre o que su paradero sea desconocido. Además, un niño también puede ser considerado apátrida si su padre lo es, si no hay ninguna prueba de que el padre sea un nacional del país en cuestión, si el niño nace fuera del matrimonio, o si la unión no se registró (algo que también es muy común en las circunstancias actuales). Los Sirios son particularmente los más expuestos a haberse quedado sin nacionalidad. Por último, las prácticas de registro de nacimiento en los países que acogen a la mayoría de los refugiados sirios (Turquía, Jordania y Líbano) presentan limitaciones graves, las cuales ponen a los niños recién nacidos en riesgo de ser apátridas. Estos factores dejan a *una generación de niños sirios en alto riesgo de apatridia y, por lo tanto, de no poder reclamar sus derechos*.

Respecto de esta cruda realidad, es muy posible que la Unión Europea no pueda hacer regresar a aquellos que no tienen una nacionalidad identificada cuando el conflicto termine. Pero, mientras tanto, en el caso de los solicitantes de asilo apátridas que cumplen con los requisitos establecidos en el Artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1951 (incluidos aquellos que no tenían una nacionalidad antes de partir), la Convención de 1951 es la que se aplica en lugar de las convenciones de apatridia de 1954 y de 1961. A diferencia de estas últimas convenciones, la Convención de 1951 ha sido firmada y ratificada por todos los Estados miembros de la Unión Europea. Sin embargo, la Convención de 1954 también ha sido suscrita por la mayoría de los Estados miembros de la

²⁵⁵ Convenio Europeo sobre la Nacionalidad. Artículo 2 a). Disponible en <http://www.migrarconderechos.es>.

²⁵⁶ BERÉNYI K., “La apatridia y la crisis de refugiados en Europa”. Revista de migraciones forzadas. Núm. 53, octubre 2016, pp. 54. Disponible en <http://www.fmreview.org>.

Unión Europea, que tienen, por lo tanto, la obligación de proporcionar un determinado nivel de protección a las personas apátridas dentro de sus jurisdicciones. Por lo general, el mandato de la Unión Europea sobre la protección de los apátridas es controvertido. Mientras que la prevención y la reducción de la apatridia se abordan principalmente a través de la *ley de nacionalidad*, que está bajo la competencia de los Estados miembros, la protección de los apátridas se rige por la *ley de migración*, donde podría inferirse que, según el Tratado de Lisboa, la Unión Europea tiene competencia por lo tanto; por consiguiente la Unión tiene que abordar varios de los desafíos legales y de protección relacionados con la apatridia en el contexto de asilo.

Katalin Berény²⁵⁷, precisa sobre esta encrucijada que para que la Unión Europea pueda gestionar con éxito los casos de miles de refugiados apátridas, en lugar de seguir la referencia legal en el Tratado de Lisboa se debe poner en marcha una directiva de la Unión, que proporcione *estándares comunes para la elaboración de procedimientos de determinación de la apatridia en cada Estado miembro de la Unión Europea*²⁵⁸. La elaboración de procedimientos dedicados en toda la Unión ayudaría a los Estados miembros a proporcionar regímenes de protección muy similares, evitando de este modo que los procedimientos que funcionan bien en algunos Estados miembros generen un factor de atracción. Sin embargo, hasta el momento solo Bélgica, Francia, Hungría, Italia, Letonia, Eslovaquia, España y el Reino Unido han implementado tales procedimientos, e incluso estos presentan limitaciones graves²⁵⁹.

- ❖ Los riesgos a la seguridad nacional frente a las restricciones del derecho a la nacional y el derecho de los extranjeros.

El legislador doméstico a la hora de establecer un determinado sistema de extranjería no está sometido, en principio, a ninguna mediatización por parte del legislador internacional. Nos movemos en este ámbito dentro de

²⁵⁷ *Ibidem*.

²⁵⁸ Véase, por ejemplo, Practices and Approaches in EU Member States to Prevent and End Statelessness [Prácticas y enfoques en los Estados miembros de la UE para prevenir y acabar con la apatridia], Estudio de la Comisión LIBE, Parlamento Europeo (2015) <http://bit.ly/EUParl-statelessness-2015>.

²⁵⁹ La elaboración de estándares comunes para un procedimiento de determinación de la apatridia en toda la Unión Europea mejoraría mucho el acceso de las personas afectadas a un estado de protección en una situación de afluencia masiva, evitaría la “compra de protección” y desafiaría de forma constructiva los procedimientos existentes. Aunque las consideraciones e intereses de los Estados miembros puedan diferir en lo referente a los apátridas, lo que podría retrasar la elaboración de los estándares comunes, la incorporación de sus derechos, su determinación de condición y los requisitos relacionados con la protección deben tener más prioridad en la agenda política de la Unión.

las competencias exclusivas del Estado consecuencia del principio de la soberanía territorial. La soberanía del Estado en la formación de un determinado ordenamiento de extranjería puede considerarse así como la pieza maestra del sistema de fuentes en este sector. Ello obliga a admitir como punto de partida que no existe en esta materia una vinculación directa entre Derecho Internacional Público y Derecho de Extranjería. No obstante debe de admitirse también que la libertad del Estado no es absoluta pues, en el contexto de *la cooperación internacional*, el legislador debe tener en cuenta a la hora de elaborar su sistema los compromisos internacionales. Sentado esto, debemos de apresurarnos en señalar que existen numerosos obstáculos a la hora de precisar la existencia de una norma internacional que fije los límites exactos que cada Estado tiene en la elaboración de un sistema de extranjería.

Al admitir en su territorio a nacionales de otros Estados, el Derecho Internacional General impone ciertas obligaciones al Estado en función de este hecho, de suerte que constituyen auténticas limitaciones a su soberanía legislativa. De esta forma, surge un bloque normativo denominado "*Derecho de extranjería*" que cuenta con una doble proyección, interna e internacional. En el plano interno el Derecho de extranjería comporta un conjunto de normas materiales por las cuales se atribuye al no nacional un determinado estatuto jurídico en el ordenamiento del Estado que lo acoge. Este estatuto jurídico se configura, sin embargo, con una notable intervención de las normas internacionales²⁶⁰. Por ello, desde la perspectiva internacional, el Derecho de extranjería es el conjunto de normas que obligan al Estado a conceder un cierto trato a los extranjeros que se hallan en su territorio respecto a su persona, sus bienes y sus actos y relaciones jurídicas. Mas la acción del Derecho internacional general, estableciendo unos principios rectores que condicionan el obrar de los Estados no agota el ámbito de los límites del Derecho de extranjería.

Al lado del Derecho internacional general, el legislador interno está también fuertemente condicionado en la hora actual por otro límite ad extra: *la normativa internacional de derechos humanos*, que debe impregnar toda su obra en el momento de establecer un determinado sistema de extranjería; puede afirmarse que el tema de la protección de los derechos humanos ha cobrado en este ámbito tras la segunda guerra mundial, una dimensión "revolucionaria", cuya referencia es obligada. Finalmente, junto a estos límites ad extra, el examen de las relaciones entre Constitución y Derecho de extranjería muestra hasta qué punto ésta constituye un parámetro

²⁶⁰ Dentro de la literatura contemporánea sobre esta materia destaca la obra de M. Tamburini, *Trattamento degli stranieri e buona fede nel diritto internazionale generale*, Pádua, Cedam, 1984.

limitativo a la discrecionalidad del legislador. Si los valores y principios constitucionales están presentes en todos los campos del ordenamiento jurídico, no lo están menos en el Derecho de extranjería. El ejemplo ofrecido por la entrada en vigor de la CE sobre nuestro sistema pone de relieve la validez de dicha afirmación.

Frente a los antecedentes anteriores, surge un nuevo escenario de problematizaciones respecto a las nociones del derecho fundamental a la nacionalidad, (paralelo a la temática de la cual hicimos referencia anteriormente, en lo relacionado con las Listas Internacionales Vinculantes (Lista Clinton o del tesoro nacional de los Estados Unidos), aunque no del todo reciente), se trata de los *continuos enfrentamientos entre el denominado principio de seguridad nacional y la nacionalidad como tal, llegando a involucrar a los derechos de los extranjeros*. Uno de estos casos, lo configura la experiencia de un sacerdote ortodoxo ruso que llevaba viviendo en Chequia más de dos décadas, quien en virtud de tal circunstancia solicitó dicho gobierno la naturalización checa. La petición le fue denegada argumentándosele razones de seguridad nacional. Ante la imposibilidad de apelar esta decisión, el ciudadano ruso llevó el caso al Tribunal Constitucional de República Checa. En su pronunciamiento final, el juez constitucional, determinó que la Ley de Nacionalidad contra la que protestaba el interesado se encontraba en orden y que en consecuencia, no existían motivos para su modificación.

En el contenido de su sentencia, el tribunal recuerda que, según el orden constitucional checo, el extranjero que solicita la nacionalidad no tiene derecho a obtenerla, y que es el Estado el que decide, según sus propios criterios, si la otorga o no. El Órgano de control Constitucional, enfatizó que no habían motivos para modificar la legislación, ya que el hacer público los motivos exactos de por qué se rechaza la concesión de nacionalidad en estos casos podría amenazar la seguridad del Estado; así las cosas, el Tribunal sustentó su decisión final en la aplicación del principio, en el cual el interés nacional predomina así sobre el interés del individuo.

De acuerdo con Pavel Kandalec, experto en derecho de la Universidad Masaryk de Brno, la sentencia del Tribunal Constitucional deja sin resolver una situación legal espinosa:

“En estos casos en los que se niega la petición de naturalización porque existe un riesgo de seguridad, el interesado no tiene ninguna posibilidad de revisar la decisión. Esto abre la cuestión de quién decide que una persona representa o no un riesgo de seguridad. Lo hacen los servicios de inteligencia. Se puede presentar una reclamación en el Ministerio del Interior, pero ahí acaba. El proceso termina a nivel del

Ejecutivo, y eso es problemático, porque las decisiones del Ejecutivo deberían ser revisadas por el Poder Judicial”²⁶¹.

De esta manera, en opinión de Kandalec, hay que preguntarse si la información obtenida sobre alguna persona por los servicios de inteligencia es tan secreta y tan sensible que no puede ser compartida con un juez. Es decir, si la amenaza para la seguridad nacional es en estos casos tan grande que justifique renunciar a la justicia que en un Estado de derecho garantiza la posibilidad de apelar a un Poder Judicial independiente.

En otro caso distinto en sus motivos al anterior, pero similar en lo que refiere a la vulneración del derecho fundamental tanto a la ciudadanía, como a la propia nacionalidad, implicando el desconocimiento inclusive del derecho fundamental a un debido proceso dentro del propio territorio nacional, sucedido en el 2010, una niña de seis años descubrió que figuraba en la lista de sospechosos de terrorismo de EE UU cuando volaba junto a sus padres de Cleveland (Ohio) a Minneapolis y se le comunicó que no podía subirse al avión. La aerolínea Continental, informó a los padres de que su hija mayor, Alyssa Thomas, figuraba en la lista del Departamento de Seguridad Nacional de pasajeros a los que se prohíbe volar por tener posibles o probados vínculos con el terrorismo en todo el territorio de los Estados Unidos de Norteamérica. Perplejos, los padres de Alyssa argumentaron que no podía ser que una niña de seis años figurara en esa lista.

El gobierno estadounidense respondió luego en una carta a los padres de Alyssa, que la infante seguirá figurando en la lista y que no proporcionará información sobre los datos que tienen sobre ella o sobre otra persona con el mismo nombre.

Los casos mencionados nos llevan a considerar lo expresado por Irwin Cotler, quien indica que de manera similar: “la legislación ha sido caracterizada, sino algunas veces descaracterizada, en términos de seguridad nacional vs libertades civiles en análisis sum cero cuando lo que está envuelto aquí es la legislación “seguridad humana” que pretende proteger ambos seguridad nacional y libertades civiles”²⁶². Si bien se reconoce que a raíz de los atentados del 11 de setiembre de 2001 –y los posteriores en Inglaterra y España– diversos países dieron mayor

²⁶¹ Información tomada de Radio Praga disponible en notas de actualidad “recibir la nacionalidad checa no es un derecho del extranjero, afirma Tribunal Constitucional” disponible en <http://www.radio.cz/es>

²⁶² COTLER I., “Pensando fuera de la caja: Principios fundamentales para una ley y política de lucha contra el terrorismo”. En: Daniels, Ronald; Macklem, Patrick; Roach, Kent (eds.). La seguridad de la libertad. Ensayos sobre el proyecto de ley antiterrorista de Canadá. Toronto: University of Toronto Press Incorporated, 2001, pp. 112.

prioridad a la seguridad nacional y modificaron sus normas, especialmente en temas de terrorismo internacional. Cotler entiende que se debe tener un nuevo enfoque sobre el terrorismo que hoy tiene alcance global, ha trasgredido las fronteras y posee nuevas estrategias que difieren del terrorismo tradicional contra el cual se habían enfrentado los países; y que por lo tanto, se debe aprobar una nueva legislación capaz de enfrentar este nuevo fenómeno²⁶³.

Cotler considera, además, que bajo el concepto de seguridad humana se puede permitir la emisión de normas contra el terrorismo, las cuales descansan en la seguridad que brindan a los ciudadanos, y por ello con dichas normas se protege implícitamente a los ciudadanos, en especial sus derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad. Esto nos lleva a la idea que no se podría enfrentar una colisión entre la seguridad nacional y los derechos humanos *que conlleve a la ponderación*. Sin embargo, en esta posición no se considera que con la emisión de estas normas se pueda afectar derechos fundamentales como el derecho a la privacidad, a la libertad de expresión, a la intimidad y tantos otros. Inclusive, con esta posición no se resuelve el conflicto entre los derechos fundamentales y la seguridad nacional, sino que se privilegia las normas sobre seguridad nacional y se busca justificar la acción del gobierno en este campo

Cabe recordar, en adición a lo antes señalado, que cuando señalamos las características de un Estado de Derecho, una de ellas fue la plena vigencia de los derechos humanos. Y si bien se entiende que la seguridad nacional opera como un limitante a los derechos humanos, es necesario establecer criterios para actuar cuando procede este limitante o cuando no. De ahí, la importancia de establecer criterios o pautas que nos ayuden a resolver este conflicto entre derechos y seguridad nacional.

²⁶³ Igualmente, no es posible olvidar que La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Convenio internacional sobre Derechos civiles y políticos, en la Convención Europea de Derechos Humanos y en la propia Carta Magna Colombiana de 1991, se encuentran en común los siguientes principios:

1. El Estado de Derecho, para merecer tal nombre, tiene la obligación de proclamar los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos y de crear las instituciones y procedimientos necesarios para que tales derechos y libertades sean respetados y puedan ejercitarse.
2. El Estado de Derecho debe garantizar a los ciudadanos un marco de seguridad razonable que haga posible el desarrollo de sus vidas y actividades en forma pacífica y que ampare con eficacia el ejercicio y disfrute de sus derechos y libertades.

CAPITULO II

LOS DERECHOS HUMANOS FRENTE A LA INCORPORACION DE LA LEGISLACION INTERNACIONAL EN LOS SISTEMAS JURIDICOS DOMESTICOS: UN ESTUDIO DE CASO DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA EN EL CONTEXTO DE LA CORTE AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

“El propósito de la cartas constitucionales, o leyes fundamentales, es imponer un esquema normativo que active una serie de principios y procedimientos que posibiliten administrar las relaciones polémicas de los individuos y de los grupos que luchan entre sí por el reconocimiento y la supremacía. De ahí que el dinamismo del Derecho sea el conflicto civil o la batalla social, mucho más que el contrato social. En efecto, en la medida en que los individuos no han accedido al orden social en condiciones de igualdad, la calidad de los contratantes de este orden no es para todos común e intercambiable”

Hernando Valencia Villa. “La gramática de la Guerra- El Derecho como contrato social. Invocado por Oscar mejía en su obra “Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho

2.1. Evolución, reconocimiento y recepción de los Derechos Humanos en la comunidad internacional

La credibilidad del derecho internacional en la comunidad universal como expresivo de un sistema de normas jurídicas y morales de conducta, está centrado en la posibilidad de proteger los derechos del individuo respecto de situaciones adversas que se originen, ya sea en el ámbito internacional o en el nacional Francisco Orrego Vicuña²⁶⁴, expone que la legislación internacional tiene su raigambre en este paradigma, al punto que su primordial preocupación desde sus inicios, fue la protección de los derechos individuales, para este autor el surgimiento de una rama del derecho de estas características sobrevino de la necesidad de “reglamentar la conducta de los Estados ante otros Estados, respecto del derecho de la guerra y su contenido humanitario, junto con un esfuerzo sostenido para impedir el

²⁶⁴ ORREGO VICUÑA F., “La protección de los derechos del individuo en el derecho internacional: ¿Es la selectividad compatible con la universalidad?” ACIDI, Bogotá, Vol. 2, pp. 113-140, 2009.

uso de la fuerza por medio de la solución pacífica de controversias”. Estas preocupaciones, fueron ampliadas posteriormente a una serie de aspectos relacionados que progresivamente trascendieron el marco limitado de las relaciones internacionales, para incluir la problemáticas propias de los individuos en relación a sus derechos y obligaciones.

Para Bidarpt Campos y Herrendorf²⁶⁵, el proceso de reconocimiento y recepción de los Derechos Humanos en su categoría de privilegios de índole internacional público, significa el reconocimiento de dos temas centrales para explicar históricamente su incorporación a los sistemas domésticos. El primero de ellos, enfocado a establecer si el derecho internacional puede aplicarse *directamente al sistema jurídico interno*, o si por el contrario su eventual aplicación y reconocimiento *requieren de algún acto especial de recepción o conversión al derecho interno*. Y finalmente, si en el caso de enfrentamiento entro los dos sistemas mencionados, cuál de los de estos prevalece.

A la precisiones en coautoría, realizadas por Bidarpt Campo y Herrendorf²⁶⁶, consideramos que durante mucho tiempo la hermenéutica jurídica ha sido catalogada como la principal panacea en la solución de los problemas del mundo jurídico, promoviendo la delegación de las responsabilidades de los procesos “positivos o negativos del derecho” al binomio *Legislador- Juez*, provocando está limitada concepción la desnaturalización de las realidades políticas y sociales operantes, conllevando en vez de la equidad a la injusticia de los sistemas. El derecho no soluciona *per se* problemas, los encauza, luego entonces solo como bien lo analiza Mejía Quintana “la problematización de las relaciones entre legitimidad, validez y eficacia” permitirían determinar democráticamente los medios de validez social e instrumental que finalmente propicien, en términos de integración social, la eficacia de los sistemas, esto es, del Estado democrático de derecho”.

El antecedente enfoque, es de radical importancia para nuestros intereses desde la concepción filosófica y política que nos proponemos articular, respecto de la doctrina internacional y nacional vigente sobre el objeto de esta investigación. Es decir, el mencionado autor fundamenta su *posición trilematica* desde la teoría de Habermas, quien nos ofrece para la fundamentación que presentamos, una argumentación filosófica de los Derechos Humanos, y por ende de los Derechos Fundamentales Constitucionales, argumentación que se conoce como “la ética Discursiva

²⁶⁵ BIDART CAMPOS J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995, pp. 77. Tomo III.

²⁶⁶ HERRENDORF D.E.G., y BIDART CAMPOS J. “Principios de derechos humanos y garantías.” Ediar, 1991.

de Jurguen Habermas” quien aboga por la universalización de la norma como producto del consenso del discurso²⁶⁷.

Sobre los alcances que hemos indicado precedentemente de la Teoría de Habermas, Mestre²⁶⁸ sustenta que “El pensamiento de Habermas es heredero del pensamiento kantiano y del principio deontológico del que hablábamos anteriormente. La norma moral (y los Derechos Humanos lo son) *sólo será aceptable si lo es por una Comunidad de Diálogo*. Traspasamos, así, el nivel individual para llegar al colectivo, propio de la Comunidad de Diálogo. La universalización de la norma es fruto del consenso del universo de discurso. Sin embargo, este diálogo debe tener una serie de requisitos fundamentales que legitiman el resultado: todos los participantes en el diálogo deben tener los mismos derechos y las mismas posibilidades de defender sus posturas, estando prohibida la coacción, y el objetivo del diálogo debe ser el llegar a un acuerdo.

La teoría habermasiana, es categórica al señalar que los diferentes tipos de dificultades que perturban a las “*sociedades capitalistas tardías*” se derivan de la contradicción entre los subsistemas que componen el sistema social²⁶⁹, de ese modo justificamos la razón del porqué, pese a que el discurso de los Derechos humanos y Derecho fundamentales se ha popularizado con tanta fuerza (en lo jurisprudencial) tiene tan poca fuerza aún (en lo político), y es ineficaz (en lo social).

Retomando el hilo conductor de nuestro análisis, lo concluido no obsta para indicar que desde 1889, se ha dado el surgimiento en los planos doctrinarios de diferentes teorías, algunas de ellas contrapuestas y otras complementarias, que han tratado de definir la naturaleza jurídica de las relaciones entre régimen internacional y el doméstico en el concierto mundial. Destacándose como las dos más importantes las hipótesis del *monismo y el dualismo*²⁷⁰, sin dejar de lado, como ya lo dijimos el

²⁶⁷ Con esta apreciación, queremos dejar sentado que hemos tomado como punto esencial para justificar filosófica, política, jurídica y socialmente la respuesta a la pregunta problémica formulada *la teoría Habermasiana*, sin perjuicio que en desarrollo de las reflexiones que en adelante se plantean, puedan formularse otras teorías complementarias, o que tiendan a ampliar los alcances de esta. Es igualmente, importante mencionar que MESTRE CHUST J.V., profundiza en su artículo publicado en la revista A Parte Rei, titulado “la legitimación filosófica de los derechos humanos”. Núm 37, 2005, con más profundidad y opciones la fundamentación de esta teoría. Disponible en: <http://www.aldeaglobal.net>.

²⁶⁸ *Ibidem*.

²⁶⁹ Hemos fundamentado, estas reflexiones a partir del Capítulo IV de la obra “Teoría política y democracia radical y filosofía del derecho”. Cuyo autor es MEJÍA QUINTANA O., Bogotá: Temis, 2005, pp. 148-170.

²⁷⁰ Debemos aclarar, que es a partir de fines del siglo XIX y a principios del siglo XX, donde dada la marcada influencia de ciertas corrientes como la Hegeliana, se consideró al Estado constituido en la realidad de la idea ética, conllevando al desarrollo de un fuerte movimiento en favor de la tesis dualista. Orientación, representada para aquel entonces por Heinrich Tripiel y Dionisio Anzilotti (Guadizi inteni, 1905). Para Tripiel el Derecho Internacional y el

aparecimiento de otras teorías que han tratado de resolver la problemática. Cualquier, análisis referido a entender la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el sistema jurídico de los países, bien sea mediante la figura de la Jurisprudencia Constitucional o en virtud de la cláusula de favorabilidad en interpretación de los derechos humanos, exige necesariamente para los efectos pedagógicos y metodológicos el estudio y comprensión de estas dos escuelas ²⁷¹.

En función a esa comprensión metodológica, y a lo que el propio Hans Kelsen denomina en su clásica obra de la Teoría pura del Derecho en el Capítulo séptimo²⁷². “la construcción escalonada del Derecho Internacional y la Unidad del Derecho Internacional y el derecho estatal”²⁷³ llegamos a establecer que el procedimiento de formación de las normas internacionales, se originan mediante la expresa conformidad de las voluntades de los órganos competentes, al respecto de dos o más estados por vía de costumbre o por vía de convención (tratados), es decir por medio de los miembros mismos de la comunidad jurídica, y no a través de un órgano legislativo particular. Frente al indole del derecho internacional, *Kelsen apostó a definición monista de esta rama*, precisando que todo el

Derecho Interno, regulaban aspectos distintos, el primero apuntaba meramente a las relaciones entre los estados, en tanto que el segundo a los vínculos entre el estado y sus súbditos. Adicionalmente, indicaba que el origen de la legislación internacional emanaba de la voluntad común de los estados, o “*Gemeinwille*” a contrario sensu el derecho nacional emana de la voluntad propia del estado como tal, siendo ambos regímenes distintos e independientes

²⁷¹ Los elaboradores del *monismo*, establecen que existe una unidad esencial de todos los ordenamientos jurídicos. Partiendo de la teórica jurídica de Hans Kelsen. Este filósofo y jurista nos precisa, que el solo hecho de presuponer una norma fundante básica referida a una constitución bien determinada, ofrece la posibilidad de interpretar el sentido subjetivo de los actos constituyentes, y los actos realizados conforme a la constitución bien puede interpretarse el sentido subjetivo de los actos realizados conforme a la constitución, como su sentido objetivo, es decir, como normas jurídicas validez objetivamente, y las relaciones constituidas mediante esas normas, como relaciones jurídicas. La norma fundante básica se constituye en el fundamento de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden jurídico, constituyendo la unidad dentro de la multiplicidad de normas, Para el año de 1926, Kelsen sostuvo que la norma fundamental podía ser ubicada bien en el derecho interno, o bien el derecho internacional, dependiendo esta circunstancia de factores éticos o políticos. Posteriormente concluyo que se debía insertar en el Derecho Internacional.

²⁷² En los inicios de la obra HELSEN H. en capítulo dedicado al Derecho y Naturaleza, al referirse a la “pureza” expresa que “la Teoría pura del derecho constituye una teoría sobre el derecho positivo; se trata de una teoría sobre el derecho positivo en general, y no de una teoría sobre un orden jurídico específico. Es una doctrina general sobre el derecho, y no la interpretación de normas jurídicas particulares, nacionales o internacionales. Ofrece, sin embargo, también una teoría de la interpretación.” Vale decir “quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños.” Lo que años más tarde lo llevaría a retractarse de idílica pureza por los horrores que la misma justificaría, al tratar de separar el derecho de la moral.

²⁷³ Estas referencias, a la obra de Kelsen nos permiten verificar su gran potencial como filósofo, político y jurista, enfoques desde la cual debe ser siempre estudiado para verificar la importancia de su obra.

movimiento técnico-jurídico contenido en su teoría pura, tiende a borrar la línea divisoria entre el derecho internacional y orden jurídico de cada estado, afirmando como gran visionario del derecho (porque acepta para ese momento histórico, únicamente la existencia de la unidad epistemológica de esta ciencia), la sociedad y el porvenir de la especie humana que la efectiva evolución de esta ciencia provocaría la unidad organizada de la comunidad internacional, que estaría dotada de un derecho mundial, llevándonos de esa manera, a la *constitución de un estado mundial*²⁷⁴.

En esas afirmaciones el jurista, mostraba en su legado que la teoría dualista era insostenible al no concebir la posibilidad de la existencia simultánea de la validez de dos tipos de normas (la internacional y la particular); demarcando para este discurso un límite a partir del criterio negativo de unidad de los sistemas, precisado gramaticalmente como “la cuestión de si entre ambos sistemas normativos puede darse conflictos insolubles” observación, a propósito muy pertinente para los fines de la problemática formulada en esta investigación, todo vez que el núcleo de conflicto normativo y hermenéutico propuesto, está relacionado con la recepción del Derecho Internacional al sistema jurídico estatal de las naciones respecto de los Derechos Humanos, en torno a las medidas y efectos de los rigurosos controles de los sistemas de seguridad que afectan a la nacionalidad como derecho humano fundamental o en su defecto como derecho fundamental constitucional, lo que ha generado ciertas contradicciones insolubles entre los institutos de Derechos Humanos, Derechos fundamentales (estos que necesariamente deben ser incluidos al análisis, por configurar dentro de la teoría kelseniana las normas básicas fundamentales en los precedentes de los Tribunales Constitucionales de los Estados) y las directrices de una comunidad mundial que defiende los intereses de un régimen mundializado contra las prácticas terroristas y delictivas que desconocen la esencia de los derechos y libertades individuales, en virtud de intereses capitalistas que riñen con la propuesta por los menos epistemológica de Estados constitucionales y de una comunidad internacional que tiende a la humanización de sus intereses y objetivos.

El estudio de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, ha constituido a través del tiempo un importante reto para los publicistas y constitucionalista sobre los alcances de ese análisis, ya comentaba en la década de los años setenta, que esa dualidad de fuentes podía producir conflictos, lo que en su raciocinio dio lugar al surgimiento de las corrientes que hemos abordado hasta este punto, en la óptica de Kelsen (monismo y dualismo), para Max Sorensen, “ninguna de las teorías toma mucho en consideración el estado real del derecho ni contribuye en gran

²⁷⁴ Las afirmaciones realizadas por Kelsen, son en la actualidad perfectamente concordante trilemáticamente hablando con HABERMAS (acción comunicativa), ALEXY (teoría de los derechos fundamentales) y FERRAJOLI (garantismo).

medida a su comprensión”²⁷⁵. Por esta razón, resume sus conclusiones indicando que algunos países del *common law*, aceptan la tesis monista en relación con la costumbre (el Reino Unido y los Estados Unidos), en cuanto a los tratados, algunos países antes de su aplicación al derecho interno, sin perjuicio de su ratificación, exigen su correspondiente aplicación mediante la correspondiente legislación interna (este es el sistema dualista)²⁷⁶.

De otra parte, el mismo autor nos indica que muchas constituciones modernas disponen que los tratados debidamente celebrados tienen plena vigencia en el derecho doméstico, obligando directamente a sujetos y tribunales, otras veces la posibilidad de aplicar los tratados se condiciona a hechos como del cumplimiento de ciertas formalidades o reciprocidades en el sentido, que también el tratado sea aplicado igualmente por las partes (tesis monista)

Con todo este análisis, hemos no simplemente realizado una síntesis histórica e ideológica de la naturaleza y formas de incorporación del derecho internacional en los sistemas jurídicos particulares y soberanos, si no que a su vez agotamos un ejercicio que nos prepara para un abordaje más nítido del debate que hemos propuesto como eje central de este estudio dirigido a identificar y proponer alternativas de solución desde la dogmática para la liberar de las tensiones entre la nacionalidad como derecho humano fundamental y los regímenes de seguridad que restringen los derechos y libertades individuales.

2.1.1. El reconocimiento en el ámbito intraestatal.

Con especial razón Aguilera²⁷⁷, determina que los derechos humanos es una de las grandes construcciones político-jurídicas de nuestra tradición moderna, con ello se entiende que el concepto de *dignitas-atis* (derivación de la voz latina de dignidad humana que significa etimológicamente excelencia, realce, decoro, gravedad de la naturaleza o especie humana) presupone una aspiración universal políticamente y legalmente inserta en nuestra cultura occidental. Pese a lo lacónico, que este discurso puede parecer a todos aquellos que han vivido de cerca el abuso de los estados, de las guerras y todos los intereses sociales hay algo cierto en todo esto, que nos motiva

²⁷⁵ Esta afirmación, muy pertinente para el análisis la hemos tomado textualmente del clásico de SORENSE M., denominado “Manual de Derecho Internacional Público”. Sección V. Decisiones Judiciales y Doctrinas de los Publicitas. 3.39 Relaciones entre el Derecho Internacional y Derecho Interno. D.R. Fondo de la Cultura de Económica, 1973, pp. 76-77. México D.F.

²⁷⁶ *Ibidem*. SORENSE M., indica que este *sistema dualista* se caracteriza porque los Tribunales del ordenamiento jurídico interno solo aplican la legislación interna aprobada para poner en vigor el tratado, y no el tratado mismo, y pueden hacerlo únicamente si la legislación está vigente.

²⁷⁷ AGUILERA PORTALES., “Concepto y fundamento de los derechos humanos”. Impreso en Monterrey, N. L., México Primera Edición: junio de 2010, pp. 22.

especialmente a identificar que su real desarrollo y efectividad dependen en gran manera de promover una cultura política, jurídica y social de su respeto y trascendencia, ya que en últimas son: “los derechos universales porque definen los intereses de los débiles, es decir que se ejerza poder sobre ellos de una forma que respete su autonomía como agentes. En ese sentido, los derechos humanos constituyen una doctrina revolucionaria, porque plantea una exigencia a todo los colectivos humanos que atiendan a los intereses de los individuos que los componen²⁷⁸”.

En función a la dinámica que reporta esta tradición moderna, es plausible que la función receptora interestatal de los derechos humanos, se verifica virtualmente en el modo en como las partes dogmáticas de las constituciones vigentes persiguen el mismo objetivo garantista. Por tal razón, el núcleo de la normatividad intraestatal se ubica en el correspondiente Derecho Constitucional, donde se recogen a manera de derechos fundamentales, base para el posterior desarrollo legislativo y, en su pertinencia, la rama ejecutiva que deberá respetar su contenido y límites, para su aplicación judicial²⁷⁹.

Por extensión, la Jurisprudencia Constitucional es factible de ser incluida como fuente de los derechos fundamentales²⁸⁰. Pese a que se somete sus alcances al texto supralegal, su tarea hermenéutica es de alta relevancia

²⁷⁸ IGNATIEFF M., “Los derechos humanos como política e idolatría”. Barcelona, Paidós, 2003, pp. 77. Consideramos esta cita de vital importancia. para comenzar a sustentar los análisis que presentaremos, los cuales nos llevarán necesariamente a evidenciar como el concepto de “soberanía nacional”, que hasta el momento han conocido nuestras generaciones, tendrá que inevitablemente ser sustituido por la fuerza del progreso y la humanización de los sistemas, por el de “soberanía mundial”, por la lógica razón, que siendo habitantes de un mismo planeta no tiene cabida el discriminativo denominativo de “*ciudadanos extranjeros*” que inevitablemente tendrá que ser en algún momento también de la civilización actual remplazado por el “ciudadanos universales” más coherente con la noción de dignificar “una sola , solidaria y fraternal especie humana que debe buscar unificada su bienestar general”.

²⁷⁹ La Corte Constitucional de Colombia, con fundamento en el artículo 93 superior de la Carta Política, y con el ánimo de avanzar en la determinación de los contenidos de este derecho Humanos y su connotación frente a los Derechos Fundamentales en sistema jurídico de Colombia, ha acudido a los tratados internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado colombiano relacionados con la materia, es así como los precedentes judiciales que resultan de tal actividad se constituyen en lineamientos y límites de la Política exterior e interna del Estado colombiano, ejemplo de ello son las Sentencia T-695/ 04 y T-586/ 06 respectivamente. Disponibles en: <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

²⁸⁰ La importancia de la Jurisprudencia Constitucional, para el caso especial del régimen jurídico colombiano identificado con mayor claridad con *nomen juris* de “precedente judicial”, establece un lindero de suma importancia, para los análisis que se proponen, en razón a que su implementación y desarrollo implica una demarcada protagonismo y responsabilidad del juez, y por ende de la rama judicial en la efectividad de los derechos fundamentales constitucionales, al igual que la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la legislación interna de los países.

para lograr la aproximación precisa, del significado de esta categoría de derechos en el conjunto de todo el sistema normativo. La importancia de la Jurisprudencia del juez de lo constitucional, se observa evidentemente marcada en sistemas legales de índole anglosajón regidos por el *comon law*, a su vez, los textos internacionales tienden a formar parte de las fuentes intraestatales, cuando como en caso de Colombia, las propias decisiones e interpretaciones del Tribunal indicado, penetran el derecho interno en virtud de tratados internacionales²⁸¹.

2.1.2 El reconocimiento en el ámbito supraestatal.

El solo hecho que la mayoría de los regímenes democráticos, incluyan en sus Cartas Políticas la facultad para que los Tribunales Constitucionales puedan aprobar tratados internacionales con transferencia de jurisdicción a organismo internacionales, proceso conocido como “*supranacionalidad*”, sin la obligación de someterlo a una consulta popular, es un ejemplo contundente del reconocimiento del derecho Internacional en el ámbito supraestatal. En el mismo alcance, es bien sabido que estos tratados internacionales, sean de derechos humanos o de integración, debido a su propia naturaleza tienden a limitar los poderes externos o internos del estado, de todo ello resulta que los fines esenciales de un estado no simplemente se someten al imperio de la ley y la constitución, sino a que todo derecho interno está inevitablemente sometido a un tipo de derecho *supranacional* en materia de derechos humanos y libertades públicas²⁸².

Otro resultado, originado en las mismas razones lo representan los llamados intentos de *integración política interestatal*, que consisten según Ripoll²⁸³ “en marcos de cooperación entre los países, donde los estados que se integran persiguen metas y objetivos universales como la seguridad, el

²⁸¹ Ejemplo de esta característica, lo configura el precedente que la Corte Constitucional de Colombia, indico en la Sentencia C-276 de 1993. MP Vladimiro Naranjo Mesa, donde se indicó “la Carta de nuestro país no defiende un monismo constitucionalista rígido, como podría entenderse a partir de una lectura aislada del artículo 4º superior, puesto que la Constitución establece que Colombia reconoce los principios de derecho internacional aceptados por el país y que el Estado debe promover la internacionalización sobre bases de equidad y reciprocidad (CP arts. 9º y 226). Ahora bien, como la primacía de los tratados sobre el ordenamiento interno es un principio del derecho internacional que ha sido ampliamente aceptado por Colombia, y constituye la base para la formación de relaciones *equitativas entre las naciones, ese principio se entiende en cierta medida también incorporado en la Carta, por la vía indirecta de los artículos 9º y 262*. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

²⁸² Para el caso de Colombia, la Constitución consagra esta facultad en el artículo 241 numeral 20, y en el mismo sentido los artículos 93 y 94 del mismo documento. Las normas mencionadas, consignan en su orden, la prevalencia de los tratados de derechos humanos, y el reconocimiento *in extenso* de todos los derechos y garantías que siendo inherentes a la persona humano no se hayan enunciado en ese tipo de convenios.

²⁸³ RIPOLL A., “La cooperación internacional: alternativa interestatal en el siglo XXI” Revista de relaciones internacionales, 2007, pp. 27. Disponible en <https://docs.google.com> .

bienestar económico y la autodeterminación. Este esquema de integración, constituyen las fuentes de verdaderas cooperaciones internacionales, presuponiendo la convivencia armoniosa entre las unidades del sistema internacional que cada día tiende a una mayor independencia.

Sin embargo muy a pesar de esa gradual sinergia de reconocimiento, no podemos dejar de lado, que el documento final de la declaración de derechos carece de eficacia jurídico-positiva, sin perjuicio de la obediencia moral que esta pretendió, ella no reportó un adecuado sistema de sanciones impidiendo un efecto vinculante y aprobatorio a los Estados que la suscribieron. Y en aras, precisamente de otorgarle imperatividad y blindarla de una efectiva tutela, obtuvo un oportuno desarrollo a través del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* y el *Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales*, que datan conjuntamente de 1966, los que dentro la perspectiva jurídica son auténticos Tratados Internacionales que adquieren fuerza vinculante, una vez se verifique la firma y ratificación por los Estados correspondientes.

Más allá del relativo triunfo de los Derechos Humanos en la comunidad internacional y de su progresiva incorporación a los ordenamientos internos, surge para el análisis de la temática que nos ocupa, dos grandes dilemas que intentaremos resolver por lo menos, en una apuesta de escenario teórica, y que son necesarios para abordar en los posteriores capítulos las tensiones resultantes entre esta categoría de derechos y las decisiones judiciales y políticas adoptadas en función de la influencia de las políticas y medidas internacionales y globalizadas relacionadas con la denominada seguridad nacional, en detrimento del reconocimiento de la nacional como un derecho humano fundamental: 1) el principio de prevalencia del interés general frente a los derechos humanos individuales; 2), el respecto de los derechos de la persona, en la medida en que sean compatibles con la realización de esos objetivos de interés general ²⁸⁴.

²⁸⁴ Sobre estos importantes dilemas, es relevante indicar para ir ambientando los argumentos que se exponen a lo largo del presente trabajo, que la Corte Constitucional de Colombia, como marco legal fundamental en el propósito de ofrecer respuestas al objeto de la investigación, sobre el particular mediante Sentencia C-251-02 determino que: “de manera reiterada esta Corporación ha señalado que el principio de prevalencia del interés general no implica que deban preferirse los intereses de la mayoría y el bienestar colectivo siempre que entran en conflicto con un derecho constitucional de una persona, con el cuestionable argumento de que el derecho individual es particular, por cuanto esa interpretación implica la anulación del mandato del artículo 5° de la Carta, según el cual los derechos inalienables de la persona son prevalentes. En efecto, si el respeto de un derecho inalienable de la persona depende de que éste sea compatible con el bienestar colectivo de las mayorías, entonces en cualquier momento las autoridades podrían invocar ese bienestar colectivo para limitar, restringir o incluso anular ese derecho constitucional, con lo cual la carta de derechos quedaría privada de cualquier eficacia jurídica.” Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co> .

Un referente jurisprudencial, para aproximarnos a una solución a los dilemas formulados, *lo propuso la Corte Constitucional de Colombia* cuando señaló (referente que desde ahora presentamos como un argumento de orden doctrinal, para rebatir las creaciones jurisprudenciales, que incoherentemente dan cabida a la aceptación de los efectos de la Lista Clinton en Colombia, como en más adelante precisaremos) que si los derechos de la persona son verdaderamente derechos, deberían entonces tener virtualmente la posibilidad de limitar y condicionar las estrategias destinadas a lograr propósitos de interés general; o por el contrario, por la prevalencia del interés general, los derechos de la persona solo deben ser respetados en la medida en que sean compatibles con la realización de esos objetivos de interés general, con lo cual, en el fondo, “dejan de ser derechos constitucionales con verdadera eficacia jurídica”²⁸⁵. El entonces juez constitucional, en las consideraciones y decisiones de una peculiar providencia determinó, que estos derechos son en principio inviolables, ya que sería ilógico pensar que el Constituyente consagró esos derechos fundamentales con la intención de que no tuvieran ninguna *eficacia jurídica propia*, por lo que hay que concluir que la solución al anterior dilema es la primera alternativa: “los derechos de la persona representan límites que deben ser respetados por el Estado cuando busca alcanzar objetivos de interés general, como la paz, la seguridad y la defensa nacional.”

Este precedente judicial, se convierte en un argumento de clara importancia para los intereses de nuestro análisis, en primer lugar porque el juez constitucional, no discrimina situación o regla alguna para la aplicación y desarrollo de este principio, y en segundo lugar porque es una clara directriz que frente a cualquier situación de intereses tan supremos como la propia paz, seguridad y aún la defensa nacional tanto el principio de dignidad humana y los demás derecho humanos conllevan al imperativo de su reconocimiento y respeto, si no en ultimas ¿cuál sería y objeto y alcance de encontrar en muchas constitucionales el estatutos que política y jurídicamente deben darse a los Derechos Humanos?. Esto, también encuentra respuesta cuando fue asumida, verbi gracias por el sistema de administración de justicia de Colombia, conceptos como los del *bloque de constitucionalidad* que con toda razón Sierra Porto²⁸⁶, reconoce como “la manera simple en entender que los derechos con rango y régimen de protección constitucional no sólo son los que aparecen expresamente en el texto constitucional, sino que además se adicionan con los que aparecen en distintos tratados internacionales o fuentes del derecho internacional.”

²⁸⁵ *Ibidem*.

²⁸⁶ SIERRA PORTO H.A., “La administración de justicia en el Estado de derecho privatizado” Ponencia presentada Congreso Nacional e Internacional sobre Administración, Impartición y Procuración de Justicia. Universidad Autónoma de Puebla (México), 2006, pp. 73. Disponible en <http://juridicas.ucaldas.edu.co>.

Finalmente, en la misma providencia aludida (Sentencia C- 251 del 2002 de la Corte Constitucional de Colombia), el Tribunal advierte, que esta conclusión no significa en manera alguna, que la Corte deba desestimar el interés general si éste entra en conflicto con un derecho fundamental, o que esta Corporación esté ignorando que la propia Carta señala deberes a las personas²⁸⁷, dado que la elucidación supralegal debe en lo posible armonizar los principios constitucionales en tensión. Aún más: es viable que en una situación específica puedan existir poderosas razones de interés general que justifiquen la restricción de un derecho fundamental, *siempre y cuando ésta sea proporcionada y respete el contenido esencial del derecho afectado*. Conforme todo lo descrito, puede concluirse para el propósito de nuestros argumentos, tomando los alcances de un precedente constitucional tan claro, como el analizado, que la simple invocación del interés general, o de la necesidad de asegurar la convivencia pacífica y el orden público, no representa un argumento que justifique, por sí solo, la limitación o restricción de un derecho constitucional, pues no tendría sentido que los derechos constitucionales sean sacrificados supuestamente para asegurar la realización de las condiciones que permiten gozar de ellos.

2.1.3. El Derecho Internacional Público frente a la estructura y funcionalidad de los Estados, desde el estudio de caso del sistema constitucional de Colombia.

Tal y como categóricamente lo afirma Monroy²⁸⁸, no hay duda que *el derecho internacional es fuente del derecho constitucional*, porque sus preceptos entran a regular asuntos fundamentales concernientes a la estructura y funcionalidad del Estado. Hace aproximadamente doscientos años, el número de temas constitucionales asumidos por el derecho internacional era relativamente reducido por la sencilla razón de que el derecho internacional tenía en ese momento un progreso moderado por las obvias circunstancias que para aquel entonces motivaban la relación de los países. Actualmente, la situación ha cambiado drásticamente. Entre esas situaciones, se destacan aquellas referentes a la idea de bien común internacional como objetivo de la comunidad internacional, la incorporación del tema de los derechos humanos, y la aceptación de la idea de supranacionalidad como idea fuerza del Derecho Comunitario, pero de todas estas la característica de más trascendencia lo constituye la manera en como el propio derecho constitucional, por esa reiterada tendencia de mundializar los principios que en la actualidad amparan los derechos

²⁸⁷ Deberes que se encuentran regulados en el artículo 95 de la Constitución. Política Colombiana.

²⁸⁸ MONROY CABRA G., “El Derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional. ACIDI, Bogotá, 2008, pp. 33. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es>.

universales del individuo hace la legislación internacional su principal aliado, este fenómeno no solo implica, como ya lo hemos anotado, la obligación que tienen los estados de implementar políticas públicas y sistemas jurídicos acordes con la exigencia de la comunidad internacional, sino también la responsabilidad de los propios administradores de justicia al momento de aplicar e interpretar la ley²⁸⁹.

Los principios, derechos y obligaciones que resultan de la teoría de los derechos humanos, permean la estructura funcional y operativa de los estados, por esta razón el artículo dos²⁹⁰, para el caso de Colombia, (sistema constitucional que hemos tomado como ejemplo, para los objetivos del presente análisis) entendido como aquel que constitucionaliza *los fines esenciales del Estado*, debe ser conforme lo consagra a su vez el artículo primero de la misma Carta Magna que incorpora a la dignidad humana, considerado como el principio fundante del modelo de estado, cuyos estandartes han obligado a modificar *los métodos clásicos de interpretación de la ley*, para asegurar la efectividad de estos postulados, frente a las desigualdades e injusticias sociales. Este análisis, dada la importancia que tiene para los intereses de nuestra argumentación, volverá a ser retomada en el siguiente más adelante para su contextualización y profundidad.

Para evidenciar, la fuerza que han adquirido estas categorías de derechos y garantías desde 1994, el Tribunal Constitucional ha sido enfático, en que los jueces y el sistema político entiendan la importancia del “*principio de interpretación sistemática de la Constitución*”²⁹¹ que obliga tanto al interprete como al administrador de justicia, a verificar cuando el efecto la

²⁸⁹ MONROY CABRA., óp. cit., pp. 80, en su mencionado artículo, tal revalorización se refleja, por ejemplo, en el mayor espacio que varias constituciones dedican tanto al tratamiento de la política internacional del Estado (Irán de 1979, arts. 152 y 155); Albania de 1976, art. 34), como a la regulación de las competencias nacionales para producir normas de derecho internacional (treaty making power), o su puesta en funcionamiento (power Bto perform), y asimismo en el tratamiento constitucional del contenido de esos tratados o convenciones. Así, por ejemplo, las constituciones de España de 1978, arts. 93 a 96, y de la República Federal de Alemania, arts. 24 a 26 y 59.”

²⁹⁰ Para fundamentar el método de interpretación que consideramos propicio, es importante tener presente el contenido de los artículos 1y 2 de la Constitución Colombiana, que hemos tomado como ejemplo en este análisis del estudio, que de sus contenidos literales destacamos: “Colombia es un Estado social de derecho, (...) fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.” (Constitución Política de Colombia artículo

1)“*Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; (...)*” (Constitución Política de Colombia artículo 2)

²⁹¹ Definición y alcance que hemos tomado de Sentencia C-011/94 de la Corte Constitucional de Colombia, M.P. Alejandro Martínez Cabalero. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co

interpretación literal de una norma conduzca al absurdo o a efectos contrarios a la finalidad buscada por la propia disposición, a buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática-finalista”

Igualmente, otros tratadistas²⁹², han justificado este proceso de incorporación mediante la existencia de grupos de cláusulas constitucionales, clasificándolas de la siguiente forma: a) de las reglas de Derecho Internacional General²⁹³; b) Cláusulas que consagran la adopción automática en el orden interno de las reglas de Derecho Internacional General²⁹⁴; c) cláusulas que establecen la adopción automática, la superioridad del Derecho Internacional sobre el Derecho interno, e instaurando un procedimiento para controlar la conformidad de este con el primero²⁹⁵; y, d) Cláusulas que enuncian de manera formal e individualizada ciertas reglas del Derecho internacional General²⁹⁶.

Toda esta recapitulación de hechos, es la materia prima necesaria para aterrizar en la dinámica del fenómeno en estudio, por esto nos hemos permitido, tomando una vez más como referente puntual de un ejemplo práctico, en aras a demostrar un proceso particular de desarrollo y vigencia de los aspectos y procesos formulados, presentamos el caso de los antecedentes y precedentes constitucionales de Colombia en el contexto americano, como Estado Constitucional, frente a su realidad nacional en torno a la injerencia de políticas e intereses extranjeros, surgiendo para los objetivos de nuestra tesis el siguiente cuestionamiento ¿Cuáles son las relaciones entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Carta Política Colombiana de 1991?

²⁹² Como VISCHER, en “Tendencias internacionales de las constituciones modernas” en *Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, London, Martinus Nijhoff Publishers, s. f., vol. 8, pp. 520, 2003. Referenciado por el doctrinante MONROY CABRA en su artículo precedentemente citado.

²⁹³ El primer grupo implica la obligación de incorporar al Derecho Interno las reglas del Derecho Internacional General.

²⁹⁴ Esta modalidad de cláusulas, es como lo ratifica MONROY CABRA, en mencionado artículo, la fórmula de la Constitución de Estados Unidos de América, y adoptada por el artículo 10 de la Constitución italiana de 1948, el artículo 5 de la Constitución de la antigua República Democrática Alemana de 1968, el artículo 28 de la Constitución de Grecia de 9 de junio de 1975, el artículo 8 de la Constitución de Portugal de 2 de abril de 1976, la Constitución de 1993 del Principado de Andorra y otras Constituciones.

²⁹⁵ Esta modalidad de cláusulas hacen prevalecer sobre las leyes y asignándole el efecto de producir inmediatamente derechos y deberes para los habitantes del territorio. Ejemplo histórico de ello fue el artículo 25 de la Constitución de la República Federal de Alemania de 1949; esta disposición incorpora como Derecho federal todo el Derecho Internacional General.

²⁹⁶ Esta categoría de cláusulas, enuncian ciertas reglas de Derecho Internacional General como algunos o todos los principios de Derecho Internacional como lo prevé el artículo 7 de la Constitución portuguesa de 1976.

Para ofrecer una respuesta metódica y pedagógicamente válida a la pregunta formulado abordaremos los siguientes ejes temáticos:

2.1.3.1. La interpretación Constitucional en Colombia respecto al principio de unidad de la Carta Política.

Retomando algunos de los aspectos que ya hemos tratado en el precedente numeral, debemos entender a la Constitución como un texto que goza de unidad, no siendo posible seleccionar arbitrariamente las consecuencias normativas que resulten favorables o desfavorables para la solución de un problema puntual. Por el contrario, la solución de las controversias jurídicas de interés constitucional, exige que le sean aplicados al caso controvertido, todas las consecuencias, mandatos, permisiones, prohibiciones y diseños estructurales- previstos en la Carta. Conllevando, a que la interpretación no puede circunscribirse a considerar el fin de la norma constitucional, si con ello se corre el riesgo de incurrir en entornos insostenibles desde el punto de vista sistemático, se invalidan contenidos normativos que se derivan de la misma disposición, se extienden los alcances de un derecho menguando injustificadamente el ámbito protegido por otro derecho o se arriban a restricciones desproporcionadas o irrazonables. Así mismo, no puede apoyarse una interpretación sistemática que desconozca los fines de las normas sistematizadas, que impidan su armonización con otros derechos constitucionales.

El acatamiento por criterios sistemáticos es, en materia constitucional, de obligatoria observancia, contextualizando bajo otro enfoque, la garantía de la unidad de la Constitución se soporta sobre esta premisa. Dicha unidad, tiene entre sus extremos la necesidad de conciliar y armonizar la parte dogmática y la orgánica de la Carta.²⁹⁷ Esta unidad entra a regular a su vez, la organización del Estado y define las competencias de los distintos órganos de origen constitucional, en tanto que aquella define los derechos de los ciudadanos. La relación entre el binomio *Estado-Individuos* es marcada, incumbiendo la necesidad de reconocer la preponderancia de la primera sobre la segunda. Esta preponderancia es el resultado de que el Estado se organice en torno a la realización y garantía de eficacia de los derechos constitucionales de las personas (C.P. art. 2). Lo dicho, conlleva hondas derivaciones en materia de interpretación constitucional, *pues obliga a sujetar la lectura de los preceptos constitucionales contenidos en la parte*

²⁹⁷ Como Sentencia Fundacional de esta corriente pueden destacarse la providencia T-474 de 1992 y SU-327 de 1995 entre otras de la misma Corporación. Disponibles en :www.corteconstitucional.gov.co.

*orgánica a la realización de los derechos constitucionales.*²⁹⁸ No basta una interpretación cercada de los preceptos de la parte orgánica, sino que ha de garantizarse que tal interpretación resulte armónica con el sistema de derechos de la Carta, así como con su diseño axiológico.

Bien se trate de cualquiera de los métodos tradicionales y actuales de *interpretación constitucional*²⁹⁹, compartimos sin restricciones lo precisado por Habermas³⁰⁰, en ese aspecto “*El Estado constitucional se está articulando progresivamente hacia «un razonamiento universal en sus elementos, especialmente en materia de Derechos fundamentales.»* Parece estar más próxima la interpretación de textos no «completos» (en su mayoría fragmentarios) sobre las garantías de los derechos por referencia al desarrollo de los derechos fundamentales en otros Estados constitucionales, sea en la forma de textos constitucionales, sea en la de jurisprudencia constitucional o simplemente por relación a la política de derechos fundamentales.”

La Doctrina Constitucional colombiana mencionada y analizada a lo largo de este instrumento, ha llegado a elaborar *una triple regla de análisis sistemático*, asimilando la aplicación de estas reglas hermenéuticas, así nosotros lo entendemos, a cualquier problema político, económico, financiero y social que choque tanto con los derechos humanos, como con los derechos constitucionales fundamentales. Esta triada de reglas en su orden son: 1. la parte orgánica debe ser interpretada de manera sistemática con los elementos estrictamente orgánicos 2. Dicho ejercicio hermenéutico debe armonizarse con el sistema de derechos. 3. Este resultado, ha de ser compatible con el sistema axiológico de la Constitución³⁰¹.

²⁹⁸ Según lo precisa HABERLE P., “Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de Problemas”. Revue européenne de droit public, Vol. 12, núm. 3, 2000. Uno de los principios de interpretación constitucional es el *Principio de la Unidad de la Constitución*. Así entonces, es necesario interpretar la constitución con una visión integral de los principios constitucionales en los asuntos específicos a analizar. En este contexto, la constitución forma un sistema estructurado en principios constitucionales y en consecuencia cualquier estudio que se efectúe de alguna de sus disposiciones debe ser interpretada y examinada con base en el sistema constitucional al cual pertenece.

²⁹⁹ Gramatical, teleológico, sistemático, principio de unidad de la Constitución o el propio derecho comparado del cual más adelante nos valdremos para argumentar nuestro aportes a la presente investigación.

³⁰⁰ *Ibidem*.

³⁰¹ Este punto ha de analizarse en dos niveles, como ya se indicó. En uno, la interpretación ha de ser compatible con el sistema axiológico de la Constitución, las garantías y derechos constitucionales de los asociados, el reparto de competencias y funciones fijado por la Carta y los mecanismos mediante los cuales los órganos constitucionales realizan los propósitos constitucionales, en particular aquellos definidos en el artículo 2 de la Constitución. Es decir, han de respetarse los parámetros de sistematicidad que aseguran la unidad constitucional, así como tener presente los elementos teleológicos definidos en la Constitución.

Por todo lo anterior, los textos supralegales deben interpretarse armónicamente, buscando equilibrar los diferentes valores, principios, derechos y garantías institucionales consagrados en la Constitución. Por esta razón, la interpretación no debe poner en peligro otros bienes y debe evitar la colisión entre los mismos. Esta Doctrina del Tribunal Constitucional es vital para resolver las tensiones entre los Derechos Humanos y las problemáticas que resultan de los abusos y consecuencias de las llamadas listas internacionales vinculantes, que llegan a excluir a las personas de los sistemas financieros a nivel mundial, o el congelamiento de fondos en favor del control de los delitos relacionados con el terrorismo el lavado de activos³⁰².

2.1.3.2. Las instancias internacionales frente al derecho interno.

Ulrich Beck³⁰³, retoma la discusión sobre el concepto de sociedad mundial, por lo que las tesis tradicionales sobre “espacios cerrados”, tales como los Estados, resultan ficticias. No existe ya país ni grupo que pueda vivir al margen de los demás. Las distintas formas económicas, culturales y políticas no dejan de interactuar e influenciarse, y junto a los gobiernos hay cada vez más actores transnacionales, públicos y privados, con cada vez más poder. En ese contexto de realidades, Barberis³⁰⁴ nos informa que para catalogar a una institución como organización internacional, ésta necesariamente debe presentar determinadas características distintivas. Entre las cuales destaca: “a) son creadas mediante un tratado internacional, b) hay actos que son atribuidos a ellas; c) poseen una competencia funcional y d) son regidas al menos en alguna medida, directamente por el derecho internacional”.

Pero el surgimiento de estas instituciones, no es fortuita ni casual, pues en realidad comenzaron a ser concebidas por la comunidad de naciones, cuando concluyeron que muchos problemas políticos, económicos y sociales eran imposibles de ser afrontados por sus derechos internos y la que la solución a estos retos se hallaba en la cooperación que entre ellos podían

³⁰² En el nivel concreto, la interpretación ha de respetar la integridad y finalidad de la norma constitucional. La finalidad de las reglas y principios constitucionales no se definen exclusivamente a partir de sí mismas, sino que se articulan a partir de otros mandatos constitucionales, que les confiere un pleno sentido. Para el cabal desarrollo del principio de la unidad de la constitución, la interpretación del operador jurídico, debe buscar la coherencia interna del sistema y la conexión intrínseca de sus diversas disposiciones, evitando la contradicción entre los valores, principios, derechos y garantías institucionales que la integran.

³⁰³ BECK U., ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Paidós, 2001, pp. 33.

³⁰⁴ BARBERIS J., “Los sujetos del derecho internacional actual, Ed. Tecnos, Madrid, 1984; ARMAS PFIRTER, Frida, BARBERIS, Julio, QUEROL, María; Sujetos del derecho de gentes (Cuadernos de Derecho Internacional I), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 62.

brindarse. Lo que en otras palabras implica, como lo asegura Remiro³⁰⁵ “responden a la necesidad de hacer frente permanente e institucionalizado a los problemas que plantea la coexistencia y cooperación”

Para el tema especial de la evolución y desarrollo de los Derechos Humanos, desde la década de los setenta, los Tribunales Ordinarios y Constitucionales empezaron a dar aplicación a los instrumentos internacionales en el derecho interno. Estas prácticas, como lo exponen Rossi & Filippini³⁰⁶, se evidenciaron como lo mencionaremos, constantemente en los análisis que formularemos en las siguientes páginas, en aspectos como: 1. Aplicación nacional directa de normas de derecho internacional; 2. Utilización de normas internacionales como pautas de interpretación de la ley interna (constitución y/o leyes); 3. Utilización de normas internacionales como complemento de la normativa interna (constitución y/o leyes); 4. Consideración de las interpretaciones de los órganos internacionales de protección de derechos humanos para definir el alcance de las normas previstas en pactos y declaraciones; 5. Consideración de esas mismas interpretaciones para moldear la hermenéutica constitucional y/o legal; 6. Aplicación de decisiones de órganos internacionales judiciales o cuasijudiciales en casos individuales.

El propósito de difundir los derechos humanos alrededor del mundo hizo ver la necesidad de crear un Derecho especial que tuviera como uno de sus ejes *la internacionalización de estos derechos*. A partir de ahí entidades especialistas en la materia, principalmente la Organización de Naciones Unidas, decide, por medio de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que era necesario hacer respetar estos derechos a nivel mundial. La comunidad internacional asumió la tarea de crear un sistema que protegiera a los individuos del exceso en el ejercicio del poder por parte de los gobernantes: «Parecía claro que no era posible dejar entregado a la “soberanía de cada Estado el destino de los individuos”³⁰⁷. Con el reconocimiento internacional de estos derechos, los Estados tienen igual deber de respetarlos y de ajustar su legislación para un cumplimiento efectivo de los derechos humanos.

En este de orden de antecedentes, la inevitable introducción de los derechos humanos en los sistemas jurídicos domésticos, implica el advenimiento de

³⁰⁵ REMIRO A., “Derecho Internacional”, Ed McGraw-Hill. España. 1997, pp. 31.

³⁰⁶ ROSSI & FILIPPINI., “El Derecho Internacional en la justificabilidad de los Derechos Sociales en Latinoamérica.” Coloquio sobre Derecho, Moral y Política. Universidad de Palermo, septiembre de 2008, pp. 27-28. Disponible en <http://www.palermo.edu/derecho>.

³⁰⁷ NASH ROJAS C., “La protección internacional de los derechos humanos», en Seminario internacional sobre el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y su repercusión en los órdenes jurídicos nacionales, México DF, Suprema Corte de Justicia, 2006, pp. 174.

dos perspectivas antagónicas como lo determina Jiménez de Aréchaga³⁰⁸ “Por una parte, como los derechos humanos garantizados en el ámbito interno no son una concesión de la sociedad o del Estado, ni una creación del ordenamiento jurídico, sino que se originan en la persona misma, *la posibilidad de una garantía supraestatal de los mismos debería presentarse, racionalmente, como una consecuencia natural*. Pero la doctrina jurídica prevaleciente en el derecho internacional reservaba al ejercicio soberano toda relación del Estado con sus súbditos.”

Una vez, se proclamó la Declaración Universal de las Naciones Unidas nace la necesidad de construir una convención o acuerdo, como solemnidad determinante que asegure en lo sucesivo, el reconocimiento preexistente y permanente de los derechos humanos. Fue en realidad, esa ruta de seguridad jurídica y política, lo que permitiría la posterior celebración de tratados a través de los cuales se establecerían instancias y medios internacionales para su tutela: este tránsito de experiencias, llevaría a la expansión de esta esfera de proteccionismo a consolidarse, en la creación de los sistemas de las Naciones Unidas, los regionales europeo, americano y africano³⁰⁹.

Después de 1945, la comunidad internacional acometió la importante tarea de concretar qué se entiende por «derechos humanos», plasmada en la ambigua redacción de la Carta de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945; así, surge una regulación universal. Nos referimos al Sistema de Protección de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que va estar integrada por una multiplicidad de instrumentos internacionales y mecanismos de protección³¹⁰.

Consagrados por la Declaración de Viena de 1993 como norma de referencia en todos los continentes, promovidos en las principales organizaciones multilaterales mundiales y regionales, los derechos humanos ocupan una posición de hegemonía ideológica según lo analizado por Jack

³⁰⁸ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA., “El Derecho internacional contemporáneo.” Ed. Tecno, Madrid, 1980, pp. 66.

³⁰⁹ Este universalismo conceptual, sin embargo, debe analizarse con base en la multiplicación de textos relativos a la protección de los derechos humanos, que la Asamblea General de la ONU alentó desde la década de 1970 mediante disposiciones políticas regionales. Aunque la noción de derechos humanos se trate como referencia común, es objeto de reinterpretaciones y de medidas de protección diversas que sugieren una relativización, particularmente cuando los textos se adoptan en ambientes *a priori* poco respetuosos de tales principios. Los difusos contornos de los textos, tanto desde el punto de vista de su sustancia como del de su puesta en marcha, favorecen, en efecto, la adhesión de un mayor número de países. Por lo tanto, es posible presenciar la proliferación de textos acompañados de mecanismos de control, sin que éstos traigan consigo un sistema legal efectivo.

³¹⁰ PÉREZ VILLALOBOS M.C., “Derechos humanos, igualdad y sistemas de protección”. Granada, Editorial Técnica AVICAM, 2014, pp. 80-91.

Donnelly³¹¹. La idea según la cual ciertos derechos, inherentes a la condición humana, pertenecen por igual a cada individuo ya no es cuestionable. De los 193 Estados miembros de la Asamblea General de Naciones Unidas, 160 han firmado uno o varios tratados, cartas, convenciones o declaraciones cuyo objeto principal es la protección de los derechos humanos en el marco global o regional. La imposición geográfica o cultural fuera de Norteamérica y Europa Occidental, por lo tanto, ya no se presenta como factor de rechazo de la noción de derechos universales.

De esta manera, para todos los efectos que pretendemos en esta investigación, debe entenderse que derechos humanos, son en realidad “verdaderos títulos jurídicos “según cuya fuente principal son la dignidad inherente a la persona humana³¹². Y en consideración a esa categorización, claramente reconocida por la comunidad internacional, cualquier hecho o conducta por acción u omisión lesivas, son catalogadas como hechos ilícitos que comprometen la responsabilidad del perpetrador, legitimándolo sustancial y procesalmente para reclamar las reparaciones o indemnizaciones a que hubiere lugar, bien sea ante el sistema jurisdiccional del Estado y, llegado el caso, también ante la jurisdicción internacional. Siendo, precisamente forma de acceder a la justicia nacional e internacional lo que denominamos como “juridificación de los Derechos Humanos.”

Por otra parte, otro aspecto determinante para evidenciar el impacto de las instancias internacionales en el derecho interno, para el caso de Colombia, lo constituye el reconocimiento que el juez constitucional nacional, ha realizado de la interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos, cuando establece que la su hermenéutica no se agota con el uso de los *argumentos literales o gramaticales*, siendo imprescindible en esa medida acudir a criterios sistemáticos y teleológicos (refiriéndose al principio de interpretación sistemática de los tratados internacionales al cual haremos referencia más detallada). Así las cosas, la interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos “ofrece asimismo, a título enunciativo, ciertas particularidades reseñadas por la doctrina y jurisprudencia internacionales, tales como (i) el carácter autónomo de ciertos términos (vgr. Plazo razonable, tribunal independiente e imparcial, etc.); (ii) la existencia de renvíos puntuales y ocasionales a nociones de

³¹¹ DONNELLY J., "La relativa universalidad de los derechos humanos". Trimestral de derechos humanos, vol. 29, núm. 2, 2007, pp. 282.

³¹² Los Estados miembros de la ONU, mediante la Resolución de la Asamblea General 48/141, del 20 de diciembre de 1993, crearon la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH), que “representa el compromiso del mundo frente a los ideales universales de la dignidad humana”. Esta Oficina depende directamente del Secretario General. Y, en segundo lugar, se encuentran los órganos de promoción y tutela de derechos y libertades, instituidos en virtud de los tratados de derechos humanos de la ONU.

derecho interno; (iii) la interpretación restrictiva de los límites al ejercicio de los derechos humanos; y (iv) el recurso frecuente a la regla del efecto útil.³¹³

Es entonces relevante precisar, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sustentándose en el artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica, concluyó en el mismo sentido, que la Corte Europea de Derechos Humanos³¹⁴ “que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”, y que “tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.” De tal suerte que los tratados internacionales sobre derechos humanos deben interpretarse armónicamente entre sí, *partiendo, por supuesto, de los pronunciamientos que sobre los mismos han realizado las instancias internacionales encargadas de velar por el respeto y garantía de aquéllos.*”

Seguramente, con motivo de ser protagonistas de esta importante fase de la historia del género humano, no somos generalmente conscientes de la trascendencia del concepto de jurisdicción para esta jerarquía de derechos. Pero el solo hecho, que la especie humana, en la condición de ciudadanos o nacionales, puedan acceder a tribunales de justicia distintos a la tradicional soberanía de los Estados, es en verdad un importante logro.

El acceso a la justicia de esta naturaleza, así como otros instrumentos no son objeto especial de una proclamación especial, pero se encuentran contenidos en los tratados que dieron y darán vigor a las instancias internacionales relacionadas³¹⁵. Configuran ejemplo de estos antecedentes: a) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.1) proclama que “las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia” y que “toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, y b) el derecho de petición individual, que no presenta una regulación uniforme en los distintos sistemas de protección, es reconocido como una forma de cláusula facultativa, así sucede con la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 14.1)³¹⁶.

³¹³ Estos aspectos, por considerar su importancia los hemos tomado textualmente de la Sentencia C-355/06 de la Corte Constitucional de Colombia. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

³¹⁴ *Ibidem*.

³¹⁵ Este objetivo generalizado de construir un sistema de control internacional de la actividad de los Estados en materia de derechos humanos se refleja en forma muy clara en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 28 señala: “toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”.

³¹⁶ Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. art. 14.1. Esta norma dispone que “Todo Estado Parte podrá declarar en cualquier

El régimen internacional de los derechos humanos ha permitido históricamente dos categorías de infracciones (masivas y sistemáticas, y las aisladas o individuales), pasando a su vez, a elaborar los dispositivos para afrontar estas transgresiones, la evolución de estos mecanismos ha sido tan progresiva, que algunos llegan a exponer la existencia de otro nivel de afectaciones, denominadas “las violaciones estructurales”³¹⁷. Para poder hacer frente a las dos categorías tradicionales de violaciones de derechos humanos, se han estructurado ciertos órganos de control internacional, en los cuales es posible básicamente, distinguir tres niveles: *políticos, cuasi-judiciales y judiciales*³¹⁸. En ese sentido, nos encontramos con la manifestación de la relación de dos categorías de derecho, la interdependencia del derecho interno y del derecho internacional, “la práctica demuestra que hay una relación muy estrecha entre ambos sistemas. Un estado no puede establecer un ordenamiento jurídico interno violando normas internacionales”³¹⁹.

Para los objetivos que son motivos de interés, únicamente nos referimos a los órganos de control internacional judicial, estamentos que ostentan facultades y competencias para la resolución de conflicto, con fuerza coercitiva. Estos sistemas a nivel universal son: la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana y la Corte Africana de Derechos Humanos. Puede también incluirse, en este escenario a la Corte Internacional de Justicia por acceder este tribunal al conocimiento de derechos individuales.

momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones de personas o grupos de personas comprendidas dentro de su jurisdicción, que alegaren ser víctimas de violaciones, por parte de ese Estado, de cualquiera de los derechos estipulados en la presente Convención. El Comité no recibirá ninguna comunicación referente a un Estado Parte que no hubiere hecho tal declaración

³¹⁷ Para configurar, este tipo de violaciones estructurales, debe considerarse que en estos casos es la propia organización del Estado (la institucionalidad) la que permite y facilita las violaciones de los derechos y libertades fundamentales de ciertos grupos de la población (como por ejemplo: de los niños, indígenas, migrantes y las mujeres).

³¹⁸ Los políticos son aquellos que se han utilizado para casos de violaciones masivas y sistemáticas. Son producto de resoluciones dictadas por los órganos políticos, compuestos por miembros representantes de los gobiernos (Consejo Económico y Social, la ex Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, actual Consejo de Derechos Humanos). Los cuasi-judiciales se caracterizan por emitir recomendaciones u opiniones a los Estados, ya sea en conocimiento de casos individuales, informes de la situación de derechos humanos en los Estados miembros, y comentarios generales sobre el cumplimiento de las obligaciones convencionales (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH o el Comité), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Comisión Africana de Derechos Humanos, entre otros.)

³¹⁹ GAVIRIA LIÉVANO E., “Derecho internacional público”. 6ª ed., Temis, Bogotá, 2005, pp. 88.

Sin dejar de lado, la importancia actual de estos sistemas, aterrizaremos la influencia de los mismos en el sistema interno del Estado Colombiano. Exactamente, al sistema que nos cobija, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la forma en como sus decisiones judiciales en contra el Estado, se asumen como un todo y por tanto vinculan a toda la institucionalidad, sin tomar en consideración su estructura interna. El Ministerio de Relaciones Exteriores, es para los efectos nacionales, el organismo encargado de representar al Estado colombiano ante los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, representación que se hace a nombre de las tres ramas del poder público y no de una entidad en particular, existiendo por consiguiente un procedimiento administrativo que debe agotarse para el pleno cumplimiento de las decisiones judiciales comentadas, estas etapas que en su orden son³²⁰: A) “Notificada la sentencia al Estado colombiano por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores, éste la transmite a diferentes entidades del Estado, entre las cuales se incluyen representantes de al menos dos ramas del poder público. B) En reunión de la Comisión Intersectorial Permanente de Derechos Humanos (Decreto 321 de 2000), presidida por el Vicepresidente de la República y con asistencia de diferentes representantes del Estado, se realiza la división institucional de las medidas de acuerdo a sus competencias constitucionales y legales y “la voluntad para el cumplimiento de las obligaciones internacionales”. C) De conformidad con el Decreto 110 de 2004, la Dirección de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario coordina y hace seguimiento al cumplimiento de las sentencias con otras instituciones del Estado y los representantes de las víctimas, revisando el estado de cumplimiento de las medidas, identificando las dificultades para su ejecución, generando posibles salidas a las dificultades que se presenten y recolectando información para elaborar informes de cumplimiento del Estado colombiano con destino a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”

Consideramos, que los diferentes horizontes abordados son suficientes, para que dentro de las reflexiones y propuestas que pretendemos formular, no se pierda de vista la influencia y contundencia de los organismos, jurisprudencia e instancias internacionales dentro del régimen interno de los países. Lo que da para pensar, al llegar a las conclusiones de este trabajo, la fuerza de la universalidad de los sistemas que acompaña este proceso.

³²⁰ Estos aspectos han sido tomados textualmente de la Sentencia T-367/10 de la Corte Constitucional de Colombia. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

2.1.3.3. La interpretación sistemática de los Tratados Internacionales: estudio de caso del sistema jurídico colombiano.

Es necesario resaltar que en los últimos años han tomado fuerza las interpretaciones sistemática y teleológica de los tratados internacionales³²¹, las cuales permiten ajustar el texto de las normas internacionales a los cambios históricos. Así pues, en la actualidad, el contexto que sirve para interpretar una determinada norma de un tratado internacional, no se limita al texto del instrumento internacional del cual aquélla hace parte, sino que suele abarcar diversos tratados que guardan relación con la materia objeto de interpretación; a pesar incluso de que éstos últimos hagan parte de otros sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.

En otros términos, los tratados internacionales no se interpretan de manera aislada sino armónicamente entre sí, con el propósito de ajustarlos a los diversos cambios sociales y a los nuevos desafíos de la comunidad internacional, siguiendo para ello unas reglas hermenéuticas específicas existentes en la materia, las cuales conducen a lograr una comprensión coherente del actual derecho internacional público³²². La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fundamento en el *artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica*, ha señalado, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos, “que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales³²³” y que “tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados³²⁴.” De tal suerte que los tratados internacionales sobre derechos

³²¹ Según lo precisa ROUSSEAU C., en “Derecho Internacional Público”. Barcelona: Ariel. 1969, pp. 55: “La interpretación de los tratados suele ser definida por la doctrina de los publicistas como una operación intelectual que tiene como fin determinar el verdadero sentido y alcances de las normas jurídicas internacionales contenidas en estos instrumentos, aclarando los aspectos oscuros o ambiguos que tales disposiciones puedan contener. En este sentido, la interpretación busca comprender el tratado y el sentido que las partes quisieron darle.”

³²² La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, consagra los siguientes criterios objetivos de interpretación de un tratado internacional: a) un tratado debe interpretarse de buena fe; b) un tratado debe interpretarse conforme al sentido corriente que tienen sus términos (interpretación gramatical semántica); c) un tratado debe interpretarse tomando en cuenta su contexto (interpretación gramatical sintáctica e interpretación sistemática); y d) un tratado debe interpretarse considerando su objeto y fin (interpretación teleológica o finalista). Respeto a esta reflexión, La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983, señaló que el método de interpretación contenido en la Convención de Viena se acoge a la primacía del texto, es decir, a aplicar criterios objetivos de interpretación.

³²³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tyrer v. El Reino Unido, sentencia de 25 de abril de 1978, Serie A no. 26, párr. 31.

³²⁴ El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías

humanos deben interpretarse armónicamente entre sí, partiendo, por supuesto, de los pronunciamientos que sobre los mismos han realizado las instancias internacionales encargadas de velar por el respeto y garantía de aquéllos³²⁵.

Pero siendo aún más osada los alcances de nuestra Corte Constitucional, se ha sentado también el precedente hermenéutico trascendente en materia del reconocimiento, aplicación e incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuando estableció que “en caso de que frente a un determinado problema jurídico concreto la interpretación armónica de diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos no acuerde una respuesta satisfactoria, con fundamento en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *será necesario acudir a otros tratados internacionales relevantes*³²⁶.”

Por último, es necesario precisar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fundamento en el artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica, ha señalado, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos, “que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales³²⁷” y que “tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados³²⁸.” De tal suerte que

del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114. Ver además, en casos contenciosos, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, supra nota 12; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, supra nota 182, párr. 165; 146; *Caso Juan Humberto Sánchez. Interpretación de la Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de noviembre de 2003. Serie C. No. 102, párr. 56; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párrs. 146 a 148, y *Caso Barrios Altos*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párrs. 41-44.

³²⁵ No hay uniformidad en la doctrina para determinar en un caso concreto si un tribunal se ha pronunciado conforme a derecho en ejercicio de una legítima técnica de interpretación e integración jurídica o se ha transformado en creador del derecho, instaurador de nuevas tendencias jurídicas, imponiendo el voluntarismo judicial. Así lo ha manifestado RUIZ FABRI, en la “Motivación de las decisiones en la solución de controversias de la OMC”, y RUIZ FABRI, H - SOREL, J.-M. (eds), en “La motivación de las decisiones de las jurisdicciones internacionales”. Pedone, París, 2008, pp. 103.

³²⁶ Principio de Hermenéutica Constitucional establecido en la Sentencia C-028/06 del Tribunal Constitucional de Colombia. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

³²⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tyrer v. El Reino Unido, sentencia de 25 de abril de 1978, Serie A no. 26, párr. 31.

³²⁸ El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114. Ver además, en casos contenciosos, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, supra nota 12; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, supra nota 182, párr.

los tratados internacionales sobre derechos humanos deben interpretarse armónicamente entre sí, partiendo, por supuesto, de los pronunciamientos que sobre los mismos han realizado las instancias internacionales encargadas de velar por el respeto y garantía de aquéllos³²⁹.

Frente a todo este avance jurisprudencial de carácter nacional, que en principio no conllevaría a discusión alguna, vamos a encontrar más adelante como se indicará, un sin sabor al observar cómo valiéndonos de la mismos mecanismo interpretativos, y con el objeto de dar prevalencia a los intereses del sistema económico y financiero nacional y extranjero, muchas de las instituciones y métodos enunciados van al traste de las degradaciones, por considerar la preminencia de otros intereses escuetamente utilitaristas, que en nada se compadecen con la humanización que debe caracterizar los sistemas que han sido modificados para realzar o destacar la esencia de la especie humana.

2.1.3.4. Fundamentos Constitucionales para la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el caso de Colombia.

Básicamente los fundamentos constitucionales sobre los cuales el sistema jurídico de Colombia enmarca tal relación, se encuentran desarrollados en los 93 y 94 de la Carta en concordancia con los artículos 4, 9, 53 y 214 de la Constitución. .Consecuentemente, los , el artículos 93 y 94 superiores, especialmente el 93 que fue adicionado por el acto Legislativo de 2001³³⁰

165; 146; *Caso Juan Humberto Sánchez. Interpretación de la Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones.* (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de noviembre de 2003. Serie C. No. 102, párr. 56; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni.* Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párrs. 146 a 148, y *Caso Barrios Altos.* Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párrs. 41-44.

³²⁹ Un ejemplo, del reconocimiento armónico de tales principios lo configura la aplicación por las instancias internacionales del denominado postulado *pro homine*. En este sentido, cuando la Corte Interamericana mediante, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, N° 5 párrafo 46. “La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Ha explicitado el alcance del principio *pro homine*, en relación con las restricciones de los derechos humanos, ha expresado que “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido... Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.”

³³⁰ Congreso de la República de Colombia. Acto Legislativo 02 de 2001, el cual indica: “El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materiales sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.” Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co>.

donde se autorizó al Estado Colombiano reconocer la Jurisdicción de la Corte Penal Internacional en concordancia con los preceptos del Estatuto de Roma³³¹ .

Para poder sistematizar los alcances de los artículos constitucionales relacionados, es importante enfatizar nuevamente, que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, está conformado por el conjunto de normas internacionales de índole convencional cuyo objeto y fin es "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los Estados contratantes.³³² Dicho ordenamiento normativo de protección se halla contenido en los instrumentos internacionales³³³, de ámbito universal o regional, suscritos para otorgar fuerza vinculante a los derechos reconocidos y enunciados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, así como en los preceptos y principios que integran el "ius cogens"³³⁴.

De otra parte, es necesario tener en cuenta además que de acuerdo con el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos a que aluden los tratados de derechos humanos conocida también como principio *pro homine*, que tanto la

³³¹ El artículo 93 superior de la Constitución Política de Colombia dice: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"

³³² Concepto tomado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva O.C. 2/82 del 24 de diciembre de 1982, Serie A, No. 2, párr. 229.

³³³ Dentro de los referidos instrumentos, es determinante señalar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito el 21 de diciembre de 1966, aprobado por Ley 74 de 1968 y ratificado el 29 de octubre de 1969; la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969, aprobada por Ley 16 de 1972, y ratificada el 31 de julio de 1973; la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, suscrita el 10 de abril de 1985, aprobada por la Ley 70 de 1986, y ratificada el 8 de diciembre de 1987; la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, aprobada por Ley 408 de 1997; la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948, la cual entró en vigor el 12 de enero de 1951 y fue aprobada por el Estado Colombiano mediante la Ley 28 de 1959

³³⁴ La reiterada jurisprudencia esta Corte Constitucional de Colombia, ha precisado que el derecho internacional público está también integrado por preceptos y principios materiales aceptados por la comunidad internacional, denominados "*ius cogens*." Ver, entre otras las sentencias C-574 /92. M. P. Ciro Angarita Barón, C-127 de 1993 y C-225 de 1995 M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

jurisprudencia de la Comisión Interamericana, como la Corte Constitucional nacional ha aplicado en repetidas ocasiones. La Corte Constitucional, en efecto ha hecho referencia a dicha cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos en relación con el entendimiento de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y su aplicación frente a los mandatos constitucionales y ha señalado que frente a aquellos prevalecen las normas contenidas en la Constitución cuando ellas ofrecen mayores garantías de protección de los derechos de las personas.

En este proceso el Tribunal Constitucional, en providencia del año 1997³³⁵ efectuó la revisión constitucional del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, y de la Ley Aprobatoria No. 319 del 20 de septiembre de 1996³³⁶, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo, señaló que esta regla era de fundamental importancia porque solo a través de ella es posible evitar el menoscabo o restricción en virtud de la legislación interna o de convenciones internacionales (es importante para los fines de la tesis que nos proponemos desarrollar, traer ya a nuestro escenario mental y racional de análisis los propósitos internacionales de la creación de Listas Internacionales vinculantes que han logrado afectar la razón de ser esta cláusula).

Los alcances de doctrinas, como la cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos y su articulación con los derechos fundamentales constitucionales reconocidos por los países son muy claras y no admiten reparos, cuando estipula, que en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan estos derechos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos. Esta regla, cuya constitucionalidad y carácter vinculante en el ordenamiento colombiano ya ha sido reconocida por esta Corte en relación con otros

³³⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-251 de 1997, providencia que asimilamos con el carácter de Fundacional en la línea Jurisprudencial sobre este tema, dado que destaca la relevancia de la regla hermenéutica que le cabe al operador de justicia en materia de los derechos humanos en la normatividad interna e internacional. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

³³⁶ El artículo 4 del texto del protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “protocolo de San Salvador” cuya constitucionalidad fue analizada por la Corte en Sentencia C-251/1997 indica: No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

*convenios de derechos humanos*³³⁷, muestra además que el objeto del presente Protocolo no es disminuir sino aumentar las protecciones brindadas a los derechos económicos, sociales y culturales, pero esto no está sucediendo, como en los siguientes capítulos, lo evidenciaremos con los “Derechos humanos y fundamentales de los usuarios y consumidores del sistema financiero colombiano” frente a las restricciones que sufren en virtud de las listas internacionales vinculantes; donde la corte se apartó de derechos fundamentales como el de la igualdad y el debido proceso en beneficios de un presunto interés general del sistema financiero, proponiendo como solución una teoría que desnaturaliza en primera instancia la protección diplomática, por un acompañamiento diplomático en cabeza de una institución inoperante y más bien meramente representativo como lo es la defensoría del pueblo.

En esa misma línea de análisis, la Corte de Colombia coincidió con algunos de los intervinientes del trámite que señalaban que, en virtud de la cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos, el artículo 5° no podía ser entendido como una norma que autoriza restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, si en otros instrumentos internacionales, o en la propia Constitución, tales derechos no tienen restricciones. La Corte Constitucional concluyó que en ese artículo estaban consagrados garantías suplementarias en relación con la eventual limitación de los derechos previstos en el Protocolo, puesto que estipulaba que la limitación sólo podría efectuarse por normas legales, que tengan una finalidad particular, como es preservar el bienestar general dentro una sociedad democrática, y siempre y cuando se respete el contenido esencial de esos derechos. En tal entendido, la Corte considera que estas normas son exequibles³³⁸.

Continuando con la dinámica de precedentes, la misma Corporación de control suprallegal, al estudiar la constitucionalidad de la Ley 684 de

³³⁷ En aras a justificar la fundamentación de una Línea Jurisprudencial relativa a la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sistema suprallegal de Colombia, estimamos que, la sentencia C-408/96, en su fundamento jurídico No 14, configura una *sentencia hito* para esta tipo de metodología. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

³³⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-251/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero). Precisamente el objetivo de este trabajo se centra en *la arbitraria interpretación que la Corte Constitucional*, ha dado a este principio en relación con los derechos fundamentales Constitucionales de los usuarios del Sector Financiero, y por ende a los Derechos humanos que en su mayoría estos significan, demostrando la aplicabilidad, por lo menos en estos casos de este principio, por tal razón hemos querido subrayarlo a efectos de que el lector no pierda de vista, esta directriz. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

2001³³⁹ determino que: “No puede acudirse libremente a lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, quienes no señalan términos perentorios, pues tales instrumentos condicionan su aplicación a la no suspensión de medidas más favorables o que ofrecen más garantías de protección de los derechos contenidos en ellos. Es decir, en tanto que ofrece una mayor seguridad a la persona, la regla contenida en el artículo 28 de la Constitución prevalece sobre los tratados internacionales.”

Todo lo analizado, nos permite llegar a una conclusión vital, en este estudio. Cuando las normas constitucionales y legales colombianas ofrezcan una mayor protección al derecho fundamental de que se trate éstas habrán de primar sobre el texto de los tratados internacionales³⁴⁰, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación de los mismos la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido. Solo falta agregar, que esto en realidad no está sucediendo cuando política y jurídicamente se deciden el alcance de esos derechos en temáticas como el acceso al sistema financiero, el debido proceso y la iniciativa privada con respecto a las restricciones unilaterales y abusivas de orden extranjero, que sin siquiera ostentar muchas veces el estatutos de verdaderos tratados internacionales violentan y vulneran estos mínimos principios, ¿qué opción queda aquellos que en el papel tienen estos bellos precedentes, pero que en la vida diaria son excluidos del sistema financiero y laboral por meras presunciones negativas de sus antecedentes,

³³⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-251/02 M.P. Eduardo Montealegre Lynnet y Clara Inés Vargas Hernández S.V. Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra. En el mismo sentido ver la Sentencia C- 1076/02 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

³⁴⁰ Ver, NOGUEIRA ALCALÁ H., en “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”. *Ius et Praxis* (on line), vol. 9, Núm. 1, 2003, pp. 77, presenta, cuáles son las reglas básicas de interpretación de los derechos humanos, entre otros: 1) Los principios *pro cives, favor libertatis o pro homine*, de conformidad con los cuales, en caso de duda sobre qué norma que regula o reconoce derechos humanos deba aplicarse, ya sea de derecho constitucional o del derecho internacional de los derechos humanos incorporada al derecho interno; debe preferirse aquella que mejor proteja a la persona y que le permita gozar de una mejor manera, su derecho, en una aplicación coherente con los valores y principios que conforman la base de todo ordenamiento jurídico 2) El principio de eficacia directa o autoejecutividad de los derechos humanos implica que éstos tienen aplicación directa, sin que la falta o defectuosa regulación de los derechos contenida en normas secundarias o reglamentarias deba servir de excusa para la plena vigencia de los mismos. 3) El principio de interpretación teleológica o finalista, por el que toda interpretación de derechos humanos debe basarse en el fin último que dichas normas persiguen, el cual consiste en la protección más efectiva posible de los derechos. 4) Las normas que limiten o restringen el ejercicio o goce de los derechos humanos siempre deben aplicarse en sentido restrictivo. No pueden aplicarse analógicamente limitaciones de derechos a otros derechos, ni tampoco deben extenderse o ampliarse las limitaciones más allá de lo expresamente autorizado.

sin que exista nadie que los ampare y los defienda nacional e internacionalmente en su dignidad?.

2.1.3.5. Las tendencias globalizantes de la economía respecto a la operatividad de los Derechos Humanos; una mirada a la experiencia nacional de Colombia.

El reconocimiento y posicionamiento del derecho financiero en Colombia, como disciplina autónoma, es resultado directo de un desarrollo “creciente a nivel mundial durante las últimas tres décadas especialmente en las áreas de estructuración legal y regulación de nuevos productos financieros, banca central, sistemas de pagos, seguro de depósito, regulación prudencial y supervisión financiera internacional.”³⁴¹ Gran parte del progreso hacia la unificación de una “supervisión financiera internacional” tienen su principal origen en las crisis que el mercado financiero global ha experimentado, por ejemplo, bien como nos lo recuerda Baquero “el Comité de Basilea tuvo su origen por razón de la crisis financiera originada por el cierre del *Bankhaus Herstatt* en la Colonia, Alemania, 1974. Tal decisión, adoptada por el Bundesbank tuvo como origen las importantes pérdidas incurridas por razón de operaciones en moneda extranjera calculadas por cerca de US \$200 millones al tiempo de su clausura.”

Gracias a estos antecedentes, hoy se consolida a nivel mundial, como lo evidenciaremos en este estudio, la gran alianza mundial del mercado financiero donde rotundamente los países que monopolizan el sistema imponen dramáticamente sus reglas, so pena de ser excluido todo aquel que no se ajuste a ellas³⁴². Sin embargo, al lado de este complejo fenómeno, también es determinante la creciente dinámica de las corrientes que apuntan al establecer a los derechos humanos como el fundamento de toda teoría política, jurídica y social.

³⁴¹ Ver, RAMÍREZ ORELLANA L., “Internacionalización de la banca”. Analista III, Sección de Economía Aplicada, Departamento de Investigaciones Económicas, Banco de Guatemala, 2000, pp. 77-79. Disponible en <http://www.banguat.gob.gt>.

³⁴² BAQUERO HERRERA M., en “Globalización y Derecho Financiero: La Nueva Propuesta del Comité de Basilea relacionada con Estándares de Supervisión Bancaria” Abril 2006, pp. 44. Disponible en: www.eumed.net. Sobre este proceso indica: “la nueva propuesta del Comité de Basilea relacionada con estándares De supervisión Bancaria septiembre de 1975, el comité de Basilea expidió el denominado “Concordato” o reporte sobre la supervisión de establecimientos bancarios en el extranjero. Con tal acuerdo se procuró establecer directrices tanto para el establecimiento de responsabilidades entre supervisores como para afianzar la cooperación entre autoridades nacionales llevando a cabo supervisión de los establecimientos (sucursales, filiales o joint ventures) de los bancos locales en el extranjero. Todo con el objeto de mejorar su eficacia”.

Por ello ya no existe duda, en afirmar que a partir de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos de Norte América³⁴³, el pensamiento tanto de la teoría de los derechos humanos, los modelos de Estado y económicos sufrieron una drástica modificación en su concepción y enfoque mundial. Los hechos terroristas, permitieron la justificación y consolidación de estrategias políticas sin fronteras por parte del gobierno Norte americano, muchos podrían pensar que esta dinámica fue novedosa, especialmente en la historia de los procesos económicos y financieros de nuestros países, aspecto que no es verdad dado que solo basta realizar una revisión a la historia general de América Latina, para concluir que la subordinación económica latinoamericana respecto a Estados Unidos implica una plena sujeción a esta potencia en las decisiones de política exterior que deben asumir. Por lo tanto, “cualquier análisis histórico profundo lleva a concebir las relaciones entre ambos extremos del continente americano como una sucesión de etapas con características propias y marcadamente diversas. Ello no sólo porque la política norteamericana hacia América Latina ha experimentado fuertes variaciones que, en ocasiones, han traído consigo cambios de fondo, sino también porque las respuestas latinoamericanas han tendido a variar en el tiempo”³⁴⁴.

Para nuestro enfoque de análisis, la influencia de la Banca anglosajona en el sistema económico y financiero latinoamericano resultado del desarrollo de la *doctrina del respice polum*, doctrina según la cual Colombia debía orientar su política exterior hacia Estados Unidos³⁴⁵, presenta un claro

³⁴³ El análisis de los alcances y efectos de los atentados, no solo abarca la problemática de las tensiones entre los derechos humanos y los sistemas económicos, sino que afecto el derecho a la seguridad de los ciudadanos del mundo, con motivo del antiguo enfrentamiento del principio de interés general y particular, tema que a pesar de no ser el objeto de la temática de la investigación, también se relaciona directamente con el reconocimiento y protección de los derechos humanos.

³⁴⁴ Para VAN KLAVEREN A., en “Democratización y Política Exterior: el acercamiento entre Argentina y Brasil”, en: Revista CIDOB d’Afers Internacionals”, N218, 1990, pp. 13-44. No cabe duda, para nuestros intereses, que la historia de la política exterior en Colombia ha estado acentuadamente marcada por la influencia del modelo capitalista, y por ende económico y financiero de la los Estados Unidos, por ello no deberá en adelante sorprendernos la marcada orientación política de los pronunciamientos de la Corte Internacional, frente la grave y denigrante dependencia de nuestro endeble sistema ala disposiciones internas y soberanas de la nación del Tío Sam.

³⁴⁵ La doctrina del *respice polum* dio lugar a la proyección internacional de Colombia como país “subordinado”, “aliado”, “asociado” y “amigo”. Como señalan PARDO R. Y TOKATLIAN J.G., en “política exterior colombiana. ¿De la subordinación a la autonomía?” Bogotá: Tercer Mundo Editores-Ediciones Uniandes, 1989, pp. 55-67, Comentan los autores que “esta estrategia no se puede explicar cómo el producto inevitable y natural de la asimetría de poder existente entre los dos países. De hecho, en México la pérdida de más de la mitad del territorio nacional con el tratado Guadalupe-Hidalgo (1848) contribuyó a la creación de un mito fundacional en el cual la existencia de un agresor externo que intervenía en los asuntos internos mexicanos y explotaba a su población adquirió un papel central. En contraste, en el caso colombiano la cesión forzosa de Panamá, lejos de consolidar un

devenir histórico, esbozado en la mítica *Misión Kenmerer*, esto dejando de lado los reconocimientos que los estudiosos de las ciencias reseñadas (derecho económico y financiero) destacan a las orientaciones que *Edwin Walter Kemmerer*, ofreció en su periplo por los países del Suramericanos, concretada en la siguiente síntesis desarrollada por la obra denominada “El Banco de la Republica: antecedente, evolución y estructura” de diversos autores en donde comprobamos históricamente, la gradual penetración de la doctrina y pensamiento anglosajón en la estructuración, funcionamiento y caracterización del sistema financiero³⁴⁶.

Deteniéndonos, en el caso de Colombia materia esencial de nuestro análisis, conforme nos lo aporta la citada obra, una de las propuestas que suscitó mayores controversias fue el proyecto de ley sobre “Establecimientos Bancarios”. Los bancos consideraban ofensiva para su honorabilidad la sustentación del proyecto de Establecimientos Bancarios, según la cual debía establecerse la Superintendencia Bancaria como una garantía de buen manejo del dinero que el público les confiaba. No les faltaba razón a los bancos para sentirse incómodos con el proyecto. Instituí un encaje del 60% sobre los depósitos disponibles, y del 30% sobre los depósitos a término, y la autorización casi obligatoria de suscribirse como accionistas del Banco de la República, por el 15% de su capital, para poder gozar de las ventajas del redescuento. A los bancos que no suscribieran acciones en el Emisor, se les duplicaría el encaje. La filosofía de la Misión, que aspiraba a establecer una moneda sana, se basaba en el control del crédito como la disciplina indicada para garantizar la estabilidad de la moneda.

rechazo colectivo contra la potencia estadounidense, dio lugar a la búsqueda de diálogo y acercamiento con el gobierno del país del norte”.

³⁴⁶ “El Banco de la República: antecedentes, evolución y estructura”. Esta obra, cuyos autores son: ORTEGA F. MEISEL ROCA A., 1954- IBÁÑEZ NÁJAR, J. E. L, A., 1876-1940 GÓMEZ RESTREPO H.J., LOMBO VANEGAS M. COMPILADA POR MECIEL ROCA A. Obra elaborada, por la editorial del Banco de la Republica en Colombia en 1990, pp. 88-99. Disponible digitalmente en <http://www.banrepcultural.org>. Se constituye en una pieza de referente histórico invaluable, y que para los fines de la investigación propuesta permite evidenciar la contundente y continua intervención del pensamiento e influencia cultural, económica del imperialismo norte americano. Proceso, que no es fortuito y que fundamenta el común denominador en Latino américa de los conflictos y tensiones actuales, entre los sistemas financieros y los derechos humanos. Esta obra relaciona la presencia del consultor en cita de la siguiente forma: “Guatemala (1919): actuó como consejero del gobierno en la creación del Banco Central de Guatemala y en otras reformas económicas .Colombia (1923): asesoró al Presidente Pedro Nel Ospina. Fruto de su gestión son la fundación de la Contraloría General de la República y del Banco de la República. Chile (1925): asesoró al gobierno de Arturo Alessandri Palma. Sus propuestas se materializaron en el Banco Central de Chile, la Superintendencia de Bancos y la Contraloría General de la República. Ecuador (1926): asesoró a la administración de Isidro Ayora, quien creó el Banco Central del Ecuador, la Superintendencia de Bancos y la Contraloría General de la República. Bolivia (1928): asesoró al gobierno de Hernando Siles. Sus propuestas se plasmaron en el Banco Central de Bolivia, la Superintendencia de Bancos y la Contraloría General de la República. Perú (1930): asesoró al gobierno peruano. Fruto de sus recomendaciones se crearon el Banco Central de Reserva y la Superintendencia de Banca.

Este orden de antecedentes, justifican como en la actualidad el sistema financiero de Colombia³⁴⁷, como en muchos países del continente Sur, reflejen en su funcionalidad, operatividad y legalidad trasplantes jurídicos que más por iniciativa, y si realmente por obligatoriedad, una serie de figuras que evidencian el poder central de los intereses de los norteamericanos en nuestras finanzas³⁴⁸. Ejemplo claro y contemporáneo, de esta serie de organismo se encuentra perfectamente representado en el GAFI, como grupo intergubernamental que establece estándares, y desarrolla y promueve políticas para combatir el lavado de activos y el financiamiento del Terrorismo, que actualmente cuenta con 33 miembros; 31 países y dos organizaciones internacionales; y más de 20 observadores: cinco grupos regionales estilo GAFI y más de 15 organismos o grupos internacionales. Esta dinámica, de permanente y crecientes exigencias del gobierno de los Estados Unidos al marco financiero a las naciones que integran el cono sur, ha sido tan determinante al punto que actualmente puede perfectamente hablarse de un proceso de “*armonización del derecho financiero Latinoamericano, en virtud de los Controles internacionales vinculantes*” temática que hemos ampliamente abordado en uno de nuestros estudios³⁴⁹.

Dentro de las medidas establecidas, por este grupo intergubernamental, en lo que refiere estrictamente a las operaciones activas y pasivas del sector financiero, se identifican como injerencia directa en los sistemas bancarios

³⁴⁷ Ver, RHENALS TURRIAGO J.E., en “La autonomía contractual de las entidades financieras como medio para justificar el estado de indefensión del sistema económico colombiano frente a la injerencia de políticas extranjeras”. Revista Cultural. Universidad Libre año 9. Núm 22 julio de 2010, pp. 41-52. – sede Cartagena- Colombia. Disponible en : www.unilibre.edu.co.

³⁴⁸ Para SARMIENTO SOSA, C.J. A., en “Algunas acotaciones sobre globalización y Unificación del derecho en Iberoamérica”. Revista internauta Práctica Jurídica No. 17, enero de 2006. “La tendencia mundial de los grupos y la personas de relacionarse directamente a través de las fronteras sin la intervención del Estado, es un fenómeno que se conoce como la globalización económica, o sea, la convergencia de procesos económicos, financieros, comunicacionales y migratorios que genera interdependencia entre sectores de varias sociedades y concibe nuevos flujos y estructuras de interconexión supranacional, proceso que solo solamente se completará cuando haya una armonización de las normas jurídicas que permitan y faciliten integrarse a una economía cada día más interdependiente sin renunciar al derecho y al deber de verificar en cada caso la compatibilidad entre las normas a ser adoptadas y los intereses de los países mediante un análisis serio y detenido de los textos jurídicos propuestos como base de armonización y unificación y de una apreciación analítica de los intereses que se intentan proteger y las alternativas viables en cada caso particular”.

³⁴⁹ Ver, RHENALS TURRIAGO J.E., en “Armonización del derecho financiero Latinoamericano, en virtud de los Controles internacionales vinculantes.” Capítulo del libro “la unificación del derecho privado en Europa y américa latina: un estudio conjunto de problemas, desafíos y proyecciones”. UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA Studi Tematici di Diritto e Processo a cura di Antonio Palazzo Roma-Perugia- México, julio de 2017, pp. 275- 306.

particulares las siguientes: a) el deber de tipificar en las legislaciones internas el delito de lavado de dinero; b) el control exhaustivo de las transacciones comerciales de sus clientes; b) la obligación de garantizar la suscripción de convenios internacionales de cooperación internacional, que ofrezcan soporte político y jurídico a las estrategias e intereses que conjuntamente determine el organismo ³⁵⁰.

Las directrices comentadas configuran a nuestro criterio, evidente injerencia directa del monopolio financiero internacional, que hemos tomado como referencia clara de la afectación inhumana que motiva nuestros objetivos de investigación. Y que ya fue, lamentablemente incorporada por Colombia a sus sistema jurídico, mediante la Ley 1186 de 2008.³⁵¹ El contenido

³⁵⁰ Para evidenciar el alcance del análisis, literalmente estas son las siguientes: “los países deberían tipificar como delito el lavado de dinero, en base a la Convención de 1988 de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena) y la Convención de 2000 de Naciones Unidas sobre Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo). Los países deberían aplicar el delito de lavado de dinero a todos los delitos graves, a los efectos de incluir la gama más amplia de delitos subyacentes. Los delitos subyacentes se pueden definir tomando como base todos los delitos, o a partir de un umbral vinculado ya sea con una categoría de delitos graves o con la pena de prisión aplicable al delito subyacente (criterio del umbral) o construyendo una lista de delitos subyacentes, o usando una combinación de estos dos criterios. ☞ Los países deben ofrecer garantía de que las leyes de confidencialidad de las instituciones financieras no impidan la implementación de las recomendaciones del GAFI ☞ Las instituciones financieras no deberían mantener cuentas anónimas o cuentas a nombre evidentemente ficticios. Las instituciones financieras deberían tomar medidas para llevar a cabo procedimientos de debida diligencia sobre sus clientes, entre ellas, la identificación y verificación de la identidad de sus clientes, cuando: •se inicien relaciones comerciales; •se lleven a cabo transacciones ocasionales: (i) por encima del umbral designado aplicable; o (ii) que sean transferencias electrónicas en las circunstancias cubiertas por la Nota Interpretativa de la Recomendación Especial VII; •exista la sospecha de lavado de dinero o financiamiento del terrorismo; o la institución financiera tenga dudas acerca de la veracidad o congruencia de la información identificatoria del cliente obtenida anteriormente.

³⁵¹Ley 1186 de 2008. Expedida por el Congreso de la República de Colombia. Por medio de la cual se aprueba el “memorando de Entendimiento entre los Gobiernos de los Estados del Grupo de Acción Financiera de Sudamérica contra el Lavado de Activos (Gafisud)”, firmado en Cartagena de Indias el 8 de diciembre de 2000. Disponible en: <http://www.secretariassenado.gov.co>. Finalmente de las 40 recomendaciones que se hacen por esta organización, es importante también mencionar aquellas relacionadas con las “formas de cooperación internacional” donde adquiere connotación las reflexiones de injerencia que hemos efectuado hasta el momento, y que continuarán a lo largo de este documento: “Los países deberían asegurarse de que sus autoridades competentes presten la gama más amplia posible de cooperación internacional a sus contrapartes extranjeras. Debería existir una vía clara y efectiva para facilitar el intercambio inmediato y constructivo entre contrapartes, ya sea espontáneamente o a pedido, de información relacionada tanto con el lavado de dinero como con los delitos subyacentes en los que aquél se funda. Se deberían permitir los intercambios sin condiciones demasiado restrictivas. En particular: a) Las autoridades competentes no deberían rechazar una solicitud de asistencia fundándose solamente en que se considera que la solicitud también involucra cuestiones fiscales ;b) Los países no debería invocar leyes que requieran que las instituciones financieras mantengan el secreto o la confidencialidad como fundamento para rehusarse a

gramatical y teleológico, tanto de estas reglas y las leyes que las legitiman en nuestro país, vienen a erigirse como confrontaciones directas de los derechos fundamentales, especialmente de los usuarios del sistema financiero en Colombia³⁵² y en su mayor parte de los derechos humanos ampliamente difundidos por la comunidad internacional representados en sus orden por *el debido proceso, el derecho a la intimidad, el derecho al acceso al sistema financiero*. Esta coyuntura, merece un detenido análisis científico, frente al endeble discurso del reconocimiento a los derechos humanos y a los derechos fundamentales en el “*Estado Social de Derecho colombiano*”, que se construye a partir de una gradual jurisprudencia constitucional y un presunto reconocimiento a los principios de un derecho internacional de los derechos humanos, dado que muy a pesar de su posible avance, aun *se continúan presentando confusos, los límites entre ese reconocimiento y la eficacia o materialización de tales prerrogativas, para los usuarios del sistema financiero colombiano por la notable injerencia extranjera, como en los capítulos siguientes describiremos*.

2.2. El reconocimiento del Derecho a la Nacionalidad en el marco jurídico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Hemos analizado hasta este nivel del análisis que hemos propuesto, las perspectivas de la forma en como los derechos humanos, han sido recepcionados y reconocidos progresivamente, en función de la determinante conexión entre el Derecho Internacional y los regímenes constitucionales en Latino América. Al mecanismo tradicional de dualismo o monismo, se ha sumado el cumplimiento de los países de acatar el cumplimiento de los Tribunales Internacionales, para el método y la línea de estudio que hemos adoptado en este capítulo (estudio de caso en el

cooperar; c) Las autoridades competentes deberían estar en condiciones de realizar indagatorias, y en los casos en que sea posible, investigaciones en representación de contrapartes extranjeras. Cuando la capacidad de obtener la información que busca una autoridad competente extranjera no esté dentro de la autoridad de su contraparte, también se alienta a los países a que permitan un intercambio de información rápido y constructivo con otros que no sean contrapartes. La cooperación con autoridades extranjeras que no sean contrapartes podría darse directa o indirectamente. En caso de no se sepa con certeza cuál es la vía adecuada a seguir, las autoridades competentes deberían ponerse en contacto primero con sus contrapartes extranjeras solicitando ayuda. Los países deberían establecer controles y resguardos para asegurar que la información intercambiada por las autoridades competentes se use sólo en la forma autorizada, compatible con sus obligaciones relacionadas con la privacidad y la protección de datos.

³⁵² Sobre los alcances del desarrollo Jurisprudencial del Tribunal Constitucional de Colombia en materia de los derechos fundamentales de los usuarios del sistema financiero, recomendamos ver también los estudios que hemos adelantado sobre la materia por RHENALS TURRIAGO J. E., en “El estado social de derecho en Colombia frente a los derechos fundamentales de los usuarios financieros” en *Advocatus* Núm. 18, 2012. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Libre Seccional Barranquilla- Colombia. Disponible en: <http://www.unilibrebaq.edu.co> .

contexto latinoamericano), en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la obligatoriedad de sus decisiones para la comunidad de estados referida, está contenida en el art. 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone lo siguiente: “Artículo 68. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”³⁵³.

Las alocuciones precedentemente enunciadas en la norma transcrita, tales como “comprometen” y “cumplir”, no dan lugar a incertidumbres hermenéuticas, respecto al deber de los Estados, cuyas responsabilidades comprobadas contenciosamente ante esas instancias, les imponga la ejecución de algún sentencia. Los artículos 1 y 2 de la convención, demarcan el objeto y alcance de la obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana al instituir específicos deberes a los Estados partes, en lo que respecta al cumplimiento de todas las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estas premisas se deducen del contexto literal de dichas normas:

“Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”³⁵⁴.

“Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”³⁵⁵.

En el sistema general normativo del Derecho Internacional, sustenta las directrices precisadas en otros tratados, verbigracia, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que regula la necesidad imperiosa de que el Estado se acoja integralmente al tratado, inclusive en aquellos eventos en que este vaya en contra de una norma interna, bien como puede observarse el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados³⁵⁶:

³⁵³ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Disponible en <http://nwww.oas.org>.

³⁵⁴ *Ibidem*.

³⁵⁵ *Ibidem*.

³⁵⁶ Hace algunos años, la Corte Internacional de Justicia reconoció, que esta noma refleja el derecho internacional consuetudinario, bien como lo informa CIJ Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), de 20 de Julio de 2012.

“El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”³⁵⁷.

En la propia dinámica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no existen vacilaciones en lo concerniente al principio de autoridad de cosa juzgada internacional, que tiene como efecto, “inicialmente, poner un fin definitivo al litigio que separa las partes litigantes³⁵⁸, para, posteriormente, proceder a la ejecución de la obligación jurisdiccional”, ahora desde el enfoque de los derechos internos, la cuestión de la obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana se resuelve, en principio, con la *internalización* de la Convención Americana en los respectivos ordenamientos jurídicos del continente americano. Si se incorpora el tratado al derecho interno como acto con fuerza normativa, la obligatoriedad de las decisiones internamente retirará su autoridad no sólo del derecho internacional, sino también del propio derecho nacional.

Diferentes Estados han aprobado leyes sobre la implementación de decisiones de órganos internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o han adaptado normativas antiguas para regular este asunto. Es el caso, por ejemplo, de Colombia, Perú, Costa Rica, Venezuela y Nicaragua³⁵⁹.

³⁵⁷ RIBEIRO LEÃO, R. Z., “Los rumores del derecho internacional de los derechos humanos: Ensayos en Homenaje al Profesor Antônio Augusto Cançado Trindade, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre”, 2005, pp. 394, este estudio presenta casos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que demuestran que, desde hace mucho, el principio de la autoridad de la cosa juzgada y, por consecuencia, la obligatoriedad de sus decisiones, se afirma claramente.

³⁵⁸ COUTURE, EDUARDO J., voz "cosa juzgada", en *Vocabulario Jurídico, Español y latín, con traducción de vocablos al francés, italiano, portugués, inglés y alemán*, 4ta. ed., corregida, actualizada y ampliada por Ángel Landoni Sosa, Julio César Faira-Editor, Montevideo, 2010, pp. 211 - 212. Expone, que la "cosa juzgada" constituye una institución procesal que consiste en "la autoridad y eficacia que adquiere la sentencia judicial cuando no proceden contra ella recursos ni otros medios de impugnación, y cuyos atributos son la coercibilidad, la inmutabilidad y la irrevisibilidad en otro proceso posterior. En el ámbito interamericano la sentencia de la Corte IDH produce "autoridad de cosa juzgada internacional". Esto implica que una vez que la sentencia interamericana es notificada a las partes, produce una eficacia vinculante y directa hacia las mismas. En el supuesto de una sentencia estimatoria de condena a un Estado, todos los poderes, órganos y autoridades del Estado condenado están obligados a cumplir con la sentencia, sin que se requiera algún procedimiento o interpretación interno o nacional para ello.

³⁵⁹ Respeto a esta dinámica jurisdiccional, ver: CORASANITI, V., “Implementación de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un debate necesario”. Revista IIDH, vol. 49, 2009, pp. 13-28.

En ese orden de antecedentes, para la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, la fuerza de la decisión de la Corte Interamericana “al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en un caso contencioso o en una *mera consulta*³⁶⁰, tendrá – de principio– el mismo valor de la norma interpretada”. Para el Tribunal Constitucional de Bolivia, la Corte Interamericana y sus decisiones componen el llamado bloque de constitucionalidad. La Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana entiende que “es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales”. También recuerda que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina señaló que las decisiones de la Corte Interamericana “resulta[n] de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)”, estableciendo que su interpretación de la Convención Americana debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana. La Corte Constitucional de Colombia como lo agotamos anteriormente, a su vez, considera la jurisprudencia internacional “criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.

Pese a todo lo expuesto, es importante recordar que, aparte de este cuadro esbozado por la propia Corte Interamericana, algunos pocos casos, como nos lo propone Bandeira Galindo³⁶¹ demuestran que el derecho interno puede desafiar profundamente la obligatoriedad jurídica de sus decisiones, fundamentalmente cuando tocan directamente algún aspecto de gran repercusión política nacional. Esto aconteció, por ejemplo, con el *caso Aspitz Barbera y otros*, en el que la Corte Interamericana determinó, entre otras medidas, que ciertos jueces de un tribunal administrativo venezolano que habían sido destituidos de sus cargos fuesen reintegrados³⁶². La resistencia no tardó en producirse y, meses después, en el mismo año 2008, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, no solamente declaró inejecutable la decisión de la Corte Interamericana, por usurpar competencias propias de las autoridades internas venezolanas, sino

³⁶⁰ La labor interpretativa que debe cumplir la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de su competencia consultiva, busca no sólo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, asesorar y ayudar a los Estados Miembros y a los órganos de la O.E.A. para que cumplan efectivamente sus obligaciones internacionales en la materia (CIDH, 1994/12/09, “Opinión Consultiva 14/94”, La Ley, 1999-C, 272).

³⁶¹ Recomendamos ver, BANDEIRA GALINDO G.D., capítulo de libro “El valor de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos. Manual de Protección Multinivel de los Derechos Humanos. Editorial: Rede Direitos Humanos e Educação Superior. 2014, pp. 77-81. Disponible en <https://www.upf.edu/dhes>.

³⁶² Corte IDH Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, del 5 de agosto de 2008, pp. 78.

que también solicitó que el Poder Ejecutivo denunciara la Convención Americana, en estos términos:

“(…) declara:

- 1) INEJECUTABLE el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 5 de agosto de 2008, en el que se ordenó la reincorporación en el cargo de los ex-magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz B., se condenó a la República Bolivariana de Venezuela al pago de cantidades de dinero y a las publicaciones referidas al sistema disciplinario de los jueces. 2) Con fundamento en el principio de colaboración de poderes (artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se solicita al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar este Tratado o Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, con el fallo objeto de la presente decisión.
- 2) Con fundamento en el principio de colaboración de poderes (artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se solicita al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar este Tratado o Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, con el fallo objeto de la presente decisión”³⁶³.

Estas referencias, solo muestran una tensión latente entre el sistema interamericano de derechos humanos y los sistemas jurídicos internos. Y existe una posibilidad moderada de que tal tensión ascienda en el caso de que se consolide el entendimiento de que las decisiones de la Corte Interamericana son obligatorias incluso para *Estados que no están directamente involucrados en la demanda judicial*. Es entonces, en este desafiante escenario Interamericano en donde se ha dado el reconocimiento al derecho de la nacionalidad, cuyo desarrollo no puede dejarse de lado en el análisis que proponemos, el cual pasamos a desdoblar en el siguiente orden temático:

2.2.1. El derecho a la nacionalidad y su desarrollo constitucional en América Latina: análisis de las tendencias y enfoques.

³⁶³ Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional, Expediente N° 08-1572, disponible en <http://www.tsj.gov.ve>.

Históricamente, los regímenes constitucionales han conferido a las autoridades competentes, la potestad reglamentaria para determinar los exigencias obligatorias para la adquisición de la nacionalidad a través de la naturalización, así como para las singularidades para poder ejercer el derecho a la nacionalidad por nacimiento. La temporalidad en la residencia, la intencionalidad de pertenencia a un determinado país, el hecho de contraer matrimonio, así como otros requisitos variables (ejemplo: el servicio prestado a favor de un Estado), son parámetros objetivos y perfectamente identificables en los contenidos de las distintas constituciones latinoamericanas. Ciertos países, especifican un número mínimo de requisitos para la obtención de la nacionalidad, por parte de extranjeros que teniendo el tiempo previsto constitucionalmente para la obtención de su residencia, pueden optar por una reducción del plazo, quedando esto a la discreción de la autoridad competente, tal es el caso de la República Argentina, cuya Constitución Política³⁶⁴ prevé lo siguiente:

“Art. 8° Los ciudadanos de cada provincia gozan de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes al título de ciudadano en los demás. La extradición de los criminales es de obligación recíproca entre todas las provincias. Art. 20° Los extranjeros... obtiene nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.

Art. 20° Los extranjeros... obtiene nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.”

En otras Cartas Políticas, los plazos para adquirir la nacionalidad por parte de los extranjeros se ven restringidos en su normatividad, tanto en lo cuantitativo, como en lo cualitativo. Este es el caso de lo previsto en la Constitución Política de la República de Brasil, en la cual, conforme a lo previsto por el artículo 12, fracción II, inciso b), para que un extranjero pueda adquirir la nacionalidad por residencia efectiva, deberá contar con 30 años ininterrumpidos y sin condena penal alguna.

El agravamiento de los requisitos también varía en el caso de la adquisición de la nacionalidad por nacimiento. El *ius soli* y el *ius sanguinis*³⁶⁵, siguen incidiendo en la forma de obtener la nacionalidad. En los sistemas constitucionales se reconoce la existencia del *ius soli* y *ius sanguini*, tomando en consideración como factor a la territorialidad, es decir, el lugar

³⁶⁴ Constitución Nacional de la República Argentina. Disponible <http://pdba.georgetown.edu>.

³⁶⁵ Ver, GÓMEZ ROBLED A. 1994 “Derecho Internacional y Nueva Ley de Nacionalidad Mexicana”. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, UNAM, N. 80, México, pp. 682, 683.

en que se nació, así como el vínculo sanguíneo de los ascendentes. Aunque parezcan parámetros de cierta universalidad, en algunas constituciones se tiene como excepción expresamente para la obtención de la titularidad de la nacionalidad, el hecho de que los padres se encuentren en una misión diplomática o en calidad de transeúntes, como en las Constituciones de Bolivia (art. 141), Brasil (art. 12), Chile (art. 10), Guatemala (art. 144), Honduras (art. 23), Nicaragua (art. 16) y República Dominicana (art. 11).

Otras naciones en Latino América, han incorporado en sus cartas magnas la suspensión en el ejercicio de la nacionalidad. Figura que opera, cuando se incurre en determinadas conductas prohibitivas, previstas así por los esquemas constitucionales. Paralelamente, existen sistemas constitucionales que reglamentan la pérdida de la nacionalidad. En este aspecto, si la figura de pérdida de la nacionalidad prevista por el texto constitucional se deriva de la renuncia voluntaria de la persona, se está de acuerdo con la normatividad y sentido de la Convención Americana; cosa contraria es, si se contemplan supuestos como en las Constituciones de Chile (Art. 11, numerales 3° y 4) y Honduras (Art. 29).

El horizonte vigente de los diversos sistemas constitucionales latinoamericanos, evidencia que aún existen ciertas incompatibilidades en ciertos marcos constitucionales en relación al artículo 20 de la Convención Americana³⁶⁶, principalmente en lo relativo a la pérdida de la nacionalidad. En muchas ocasiones, los requisitos establecidos a nivel constitucional, se perciben como genuinos menoscabos al ejercicio y eficacia del derecho a la nacionalidad. Este es el motivo, por el cual las sentencias que se estudiarán a continuación, presentan los antecedentes jurisdiccionales que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sentado en Latinoamérica, en función a los conflictos derivados del reconocimiento y consolidación del derecho a la nacionalidad constitucionalmente (en el derecho interno) y como derecho humano (en virtud del derecho consagrado en los tratados suscritos por los Estados).

- ❖ Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 24 de septiembre de 1999: “precedente judicial que reconoce y aplica el “Constitucionalismo principialista y garantista”.

Este caso fue sometido a la Corte por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 31 de marzo de 1999. Se originó en la denuncia número 11.762, recibida en la Secretaría de la Comisión el 7 de marzo de

³⁶⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (b-32). Artículo 20. Derecho a la Nacionalidad 1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra. 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

1997, el caso se sintetiza en los siguientes antecedentes, que textualmente tomamos de la respectiva providencia: 1) Por resolución suprema emitida por el Presidente de la República del Perú el 27 de noviembre de 1984, se concedió la nacionalidad peruana al señor Baruch Ivcher Bronstein (en adelante “señor Ivcher”), nacido en Israel, bajo condición de que renunciara a su nacionalidad israelí. 2) El 6 de diciembre de 1984 el señor Ivcher renunció a su nacionalidad israelí y, al día siguiente, el Ministro de Relaciones Exteriores le expidió su título de nacionalidad peruana. 3) La nacionalidad peruana es un requisito indispensable para ser propietario de acciones de empresas concesionarias de canales televisivos en el Perú. A mediados del año 1992, el señor Ivcher era propietario del 53.95 % de las acciones de la Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A., empresa operadora del Canal 2 de la televisión peruana, y los hermanos Samuel y Mendel Winter Zuzunaga (en adelante “los hermanos Winter”) eran propietarios del 46% de las acciones de aquélla.

4) En abril de 1997 el Canal 2 difundió, a través de su programa “Contrapunto”, denuncias sobre torturas cometidas por miembros del Servicio de Inteligencia del Ejército del Perú, así como reportajes relacionados con ingresos millonarios percibidos por el señor Vladimiro Montesinos Torres, asesor de dicho Servicio de Inteligencia. Como consecuencia de estas denuncias, miembros de la Dirección Nacional de la Policía Fiscal sugirieron al señor Ivcher que modificara su línea informativa. 5) El 23 de mayo de 1997 se abrió “un proceso de la Dirección Nacional de Policía Fiscal contra el señor Ivcher”, quien no concurrió por encontrarse fuera del país, razón por la cual se ordenó su detención. El mismo día el Ejecutivo expidió un decreto supremo que reglamentó la Ley de Nacionalidad y estableció la posibilidad de cancelar la nacionalidad a los peruanos naturalizados. 6) El 3 de junio de 1997 el señor Ivcher interpuso una acción de amparo, ante la amenaza que dicho decreto podría significar para su nacionalidad. La acción fue declarada improcedente el 20 de febrero de 1998. También se resolvió la improcedencia de otras demandas tendientes a la declaración de inconstitucionalidad del decreto mencionado. 7) Para junio de 1997, por resolución administrativa, el Gobierno peruano alteró la composición de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República. Posteriormente, la mencionada Sala removió de sus cargos y reemplazó a los jueces que se desempeñaban como vocales especializados en derecho público.

8) El 10 de julio de 1997, mientras el Canal 2 anunciaba la emisión de Un reportaje sobre interceptaciones telefónicas realizadas a candidatos opositores al Gobierno, el Director General de la Policía Nacional expuso, en conferencia de prensa, conclusiones de un informe de la Dirección de Migraciones y Naturalización, según el cual no se había localizado el expediente que dio origen al título de nacionalidad peruana del señor Ivcher. 9) Como resultado de una demanda de amparo presentada por los hermanos

Winter, el señor Percy Escobar, Juez Penal provisional designado en el Juzgado Especializado en Derecho Público, ordenó que se suspendiera el ejercicio de los derechos que el señor Ivcher poseía como accionista mayoritario de la Compañía y su nombramiento como Director y Presidente, se convocara a una Junta Extraordinaria de accionistas para elegir un nuevo directorio, se prohibiera la transferencia de las acciones del señor Ivcher y se otorgara a los demandantes la administración provisional de la Compañía. 10. Resultaron infructuosas las acciones interpuestas por el señor Ivcher, a partir de julio de 1997, para obtener la revocación de la resolución que dejó sin efecto su título de nacionalidad y para suspender las consecuencias de la misma.

Los antecedentes descritos configuran un claro caso de vulneración arbitrio y sistemática del derecho fundamental a la nacional reconocida en cabeza de un extranjero, por conducto de un estado constitucional, donde al señor Baruch Ivcher Bronstein originariamente con nacionalidad Israelí, le fue concedida la nacionalidad peruana, condicionado a que renunciara a la primera. Las acciones judiciales y administrativas del Estado de Perú, colocaban al ciudadano en una eventual condición de *apátrida*, por el limbo jurídico al estaba expuesto. El 9 de diciembre de 1998, durante su 101° Período de Sesiones, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó el Informe número 94/98, que fue transmitido al Estado el 18 de los mismos mes y año. En dicho Informe, la Comisión concluyó que:

“El Estado peruano privó arbitrariamente al señor Ivcher de su nacionalidad peruana (en contravención a lo establecido en el artículo 20(3) de la Convención), como un medio de suprimirle la libertad de expresión (consagrada en el artículo 13 de la Convención), y vulneró también su derecho de propiedad (artículo 21 de la Convención), y sus derechos al debido proceso (artículo 8.1 de la Convención) y a un recurso sencillo y rápido ante un juez o tribunal competente (artículo 25 de la Convención), en contravención de la obligación genérica del Estado peruano de respetar los derechos y libertades de todos los individuos dentro de su jurisdicción, emergente del artículo 1.1 de la Convención Americana”³⁶⁷.

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos formuló las siguientes recomendaciones al Estado: a) Restablecer de inmediato al señor Baruch Ivcher Bronstein su “Título de Nacionalidad” peruana y reconocerle en forma plena e incondicional su nacionalidad peruana, con todos sus

³⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr>

derechos y atributos correspondientes; b) Cesar los actos de hostigamiento y persecución contra el señor Ivcher Bronstein, y abstenerse de realizar nuevos actos en contra de la libertad de expresión del señor Ivcher Bronstein: b) Efectuar los actos que sean necesarios para que se restablezca la situación jurídica en el goce y ejercicio del derecho de propiedad del señor Baruch Ivcher Bronstein sobre acciones de la Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A, y en consecuencia recupere todos sus atributos como accionista y como administrador de dicha empresa ; c) Indemnizar al señor Ivcher Bronstein por los daños materiales y morales que las actuaciones de los órganos administrativos y judiciales del Estado peruano le haya[n] ocasionado; d) Adoptar las medidas legislativas y administrativas necesarias a fin de procurar evitar hechos de la misma naturaleza en el futuro; e) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también decidió transmitir el informe citado al Estado peruano y le otorgó un plazo de dos meses para que adoptara las medidas tendientes a dar cumplimiento a las recomendaciones formuladas.

El precedente jurisdiccional fijado por esta sentencia involucro no solo el reconocimiento a la dignidad que emerge de la nacionalidad como derecho humano, si no a la plena protección de “*la nacionalidad como derecho fundamental constitucional*” arbitrariamente vulnerado judicial y administrativamente, la sentencia inclusive ordena la reparación de los daños materiales y morales irrogados al ciudadano, además de cesar y abstenerse en el futuro de continuar con la ejecución de tales actos. Este precedente en el contexto de Latinoamérica constituye históricamente el ejercicio por una Corte Internacional de un “Constitucionalismo principialista y garantista”.

Esta tendencia en palabras de Luigi Ferrajoli ³⁶⁸ significa como primera fase de desarrollo que “el constitucionalismo puede ser concebido de dos maneras opuestas: como una superación del positivismo jurídico en sentido tendencial iusnaturalista, o bien como su expansión o perfeccionamiento. (...) Algo completamente distinto es el constitucionalismo político, - moderno pero también antiguo- como practica y como concepción de los poderes públicos dirigida a su limitación , en garantía de determinados ámbitos de libertad, en ese sentido, tanto los límites a los poderes como la garantía de las libertades, son límites y garantías reivindicados y acaso realizados como límites y garantías políticas externas de los sistemas jurídicos(...)”

Pero justificando la dinámica social, política , jurídica e histórica, reflejada en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

³⁶⁸ Ver, FERRAJOLI L., “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 34. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2014, pp. 46-56. Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com>.

Ferrajoli³⁶⁹ va más allá, demarcando: “ Por ello, junto a la distinción entre constitucionalismo iusnaturalista (o no positivista) y constitucionalismo iuspositivista, será necesario formular y discutir una segunda y más importante distinción, coincidente sólo en parte con la primera, entre el que llamaré *constitucionalismo argumentativo o principialista* y el que cabe denominar *constitucionalismo normativo o garantista*. La primera orientación, está caracterizada por la configuración de los derechos fundamentales como valores o principios morales *estructuralmente distintos de las reglas*, en cuanto dotados de una normatividad más débil, confiada no a la subsunción sino, más bien, a la ponderación legislativa y judicial. La segunda orientación se caracteriza, en cambio, por una normatividad fuerte, de tipo regulativo, es decir, por la tesis de que la mayor parte de (si no todos) los principios constitucionales y, en particular, los derechos fundamentales, se comportan como reglas, pues implican la existencia o imponen la introducción de las reglas consistentes en las prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación, que son sus respectivas garantías”.

Realmente, es en la segunda caracterización propuesta por Ferrajoli, esto es, *constitucionalismo normativo o garantista*, donde el constitucionalismo será determinada, para los intereses del presente estudio, “como un sistema jurídico y/o una teoría del Derecho que establecen —en garantía de lo que viene estipulado constitucionalmente como vinculante e inderogable— la sujeción (también) de la legislación a normas sobre la producción no sólo formales, esto es, relativas a la forma (al «quién» y al «cómo»), sino también sustanciales, es decir, relativas a los contenidos de las normas producidas (al «qué» no se debe o se debe decidir), cuya violación genera antinomias por acción o lagunas por omisión.”³⁷⁰.

- ❖ Caso *Nadege Dorzema y otros vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*. República dominicana. Sentencia de 24 de octubre de 2012: “aplicación del constitucionalismo normativo o garantista, como sistema jurídico”.

El 24 de octubre de 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó Sentencia en el caso *Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana* y declaró que el Estado es internacionalmente responsable por la violación de los derechos a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías judiciales, de circulación, y a la protección judicial, así como por el incumplimiento de los deberes de adecuar su derecho interno y de no discriminar. Asimismo, la Corte declaró que el Estado no era responsable de la alegada violación de los derechos a la personalidad jurídica y de igualdad ante la ley.

³⁶⁹ *Ibidem*.

³⁷⁰ *Ibidem*.

La sentencia hace referencia al uso excesivo de la fuerza por agentes militares dominicanos en contra de un grupo de haitianos en el que perdieron la vida siete personas y varias más resultaron heridas. Adicionalmente, algunos migrantes haitianos involucrados en los hechos fueron expulsados sin las garantías debidas. Los hechos del caso fueron puestos en conocimiento de la justicia militar, dentro de la cual los militares involucrados fueron absueltos, a pesar de las solicitudes de los familiares de las víctimas de que el caso fuera remitido a la justicia ordinaria.

Los antecedentes del proceso encontraron su fundamento en los siguientes hechos textualmente:

“El Tribunal acreditó que el 18 de junio de 2000 un camión amarillo que transportaba un grupo de aproximadamente 30 nacionales haitianos, quienes se encontraban en territorio dominicano, no se detuvo frente a un puesto de control ubicado en Botoncillo. Ante tal situación, militares dominicanos iniciaron una persecución por varios kilómetros, realizando disparos que impactaron a las personas que se transportaban en éste, resultando en la muerte de cuatro personas y varias más resultaron heridas. Con la posterior volcadura del camión, perdió la vida una quinta persona y varias más corrieron para salvar sus vidas; momento en el cual los militares dispararon provocando la muerte adicional de dos personas. En virtud de dicho despliegue de fuerza perdieron la vida seis nacionales haitianos, un nacional dominicano y al menos 10 personas resultaron heridas. Algunos de los sobrevivientes fueron trasladados a un hospital sin que fueran registrados ni atendidos debidamente, y los restantes sobrevivientes fueron detenidos y llevados al Destacamento Operativo de Inteligencia Fronteriza (DOIF) en Montecristi. Horas más tarde fueron llevados al cuartel militar de Dejabón, lugar en el cual agentes militares los amenazaron con llevarlos a una prisión, y les señalaron que podrían trabajar en el campo o pagar dinero a los agentes para ser llevados a la frontera con Haití. En respuesta, los detenidos entregaron dinero a los agentes militares, y en horas de la tarde del 18 de junio de 2000 fueron trasladados al poblado de Quanaminthe (Wanamant), en Haití. Los cuerpos de los haitianos fallecidos fueron inhumados en una fosa común y, a la fecha, no han sido repatriados ni entregados a sus familiares.”

En el trámite surtido en la Corte Interamericana, respecto de los derechos a la vida y a la integridad personal, el Tribunal de Derechos Humanos consideró que el Estado no cumplió con su obligación de garantizar estos derechos mediante una adecuada legislación sobre el uso excepcional de la fuerza, y tampoco demostró haber brindado capacitación y entrenamiento en la materia a los agentes encargados de hacer cumplir la ley y en específico a los agentes involucrados en los hechos del caso, en contravención del deber de garantía los derechos contenidos en los artículos 4.1 y 5.1, en

conexión con el artículo 1.1 y de adopción de medidas de derecho interno, dispuesto en el artículo 2 de la Convención.

Igualmente, la Corte consideró que en casos que resulte imperioso el uso de la fuerza, ésta debe realizarse en armonía con los principios de legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad. En el presente caso no se acreditó la legalidad ni absoluta necesidad que motivara accionar la fuerza letal durante la persecución, ya que no se estaba repeliendo una agresión o peligro inminente. Como consecuencia, la grave situación ocasionada fue el resultado, al menos negligente, del uso desproporcionado de la fuerza imputable al Estado por el actuar de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Asimismo, la Corte observó que en el contexto de discriminación contra migrantes, el uso de la fuerza desmedido en el caso demostró la falta de implementación de medidas razonables y adecuadas para lidiar con esta situación en perjuicio de este grupo de personas haitianas. Por tanto, la Corte concluyó que el Estado violó el derecho a la vida dispuesto en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en su dimensión de respeto, con motivo de la privación arbitraria de la vida de cinco víctimas fallecidas durante la persecución. Además, la Corte encontró responsabilidad del Estado por la ejecución extrajudicial de dos víctimas, quienes corrieron luego de la volcadura del vehículo, en contravención de los mismos artículos.

Respecto de las garantías judiciales, la Corte consideró que *la expulsión de los migrantes haitianos no se adecuó a los estándares internacionales en la materia* ni los procedimientos previstos en la normativa interna. *No se respetó a los migrantes haitianos ninguna de las garantías mínimas que les correspondían como extranjeros.* Por tanto, la Corte consideró que República Dominicana violó el derecho al debido proceso y las garantías judiciales, previsto en el artículo 8.1 de la Convención Americana³⁷¹, en perjuicio de las víctimas expulsadas.

³⁷¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en <http://www.hchr.org.co>. (Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos) Artículo 8. Garantías Judiciales 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a. derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b. comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c. concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d. derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su

En relación con el derecho de circulación y la prohibición de *expulsiones colectivas*, la Corte consideró que un proceso que pueda resultar en *la expulsión o deportación de un extranjero*, debe, entre otros, ser individual, de modo a evaluar las circunstancias personales de cada sujeto y cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas. Asimismo, dicho procedimiento debe observar las siguientes garantías mínimas en relación con el extranjero: a) ser informado expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación; b) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin, y c) la eventual expulsión sólo podrá efectuarse tras una decisión fundamentada conforme a la ley y debidamente notificada. En razón de lo anterior, la Corte concluyó que el Estado *trató a los migrantes como un grupo, sin individualizarlos o darles un trato diferenciado como ser humano y tomando en consideración sus eventuales necesidades de protección*. Lo anterior representó una expulsión colectiva, en contravención con el artículo 22.9 de la Convención Americana³⁷².

En relación con el deber de *adoptar disposiciones de derecho interno*, la Corte sostuvo que la Corte Suprema de Justicia de República Dominicana, en su decisión de 3 de enero de 2005, no analizó las normas internas y el artículo 3 de la Ley No. 3.483 a la luz de la Convención Americana y de la jurisprudencia constante de la Corte Interamericana *sobre la falta de competencia de la jurisdicción penal militar* para juzgar violaciones de derechos humanos y el alcance restrictivo y excepcional que ésta debe tener en los Estados que aún la conserven. En atención a lo anterior, la Corte concluyó que la legislación vigente al momento de los hechos, las actuaciones de los militares durante la investigación y el procesamiento del caso ante el fuero militar, así como de los tribunales internos ordinarios, representaron un *claro incumplimiento de la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, contenida en el artículo 2 de la Convención*

elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

³⁷² *Ibidem*. Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia. (...). 9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

*Americana*³⁷³. Sin embargo, los cambios normativos operados en República Dominicana entre los años 2002 y 2010 determinaron la competencia de la jurisdicción ordinaria para juzgar a delitos cometidos por personal militar y, por otro lado, establecieron la excepcionalidad de la jurisdicción militar exclusivamente para las faltas disciplinarias e infracciones de orden estrictamente militar. Por tanto, la Corte concluyó que con la actual legislación dominicana el Estado subsanó su deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Respecto del deber de respetar y garantizar los derechos sin discriminación, la Corte observó diversas situaciones de vulnerabilidad en contra de las víctimas haitianas, en razón de su condición de migrantes irregulares. En este sentido, la situación de especial vulnerabilidad de los migrantes haitianos se debió, *inter alia*, a: a) la falta de medidas preventivas para enfrentar de manera adecuada situaciones relacionadas con el control migratorio en la frontera terrestre con Haití; b) la violencia desplegada a través del uso ilegítimo y desproporcionado de la fuerza en contra de personas migrantes desarmadas; c) la falta de investigación con motivo de dicha violencia, la falta de declaraciones y participación de las víctimas en el proceso penal y la impunidad de los hechos; d) las detenciones y expulsión colectiva sin las debidas garantías; e) la falta de una atención y tratamiento médico adecuado a las víctimas heridas, y e) el tratamiento denigrante a los cadáveres y la falta de su entrega a los familiares.

Todo lo anterior evidenció que, en el presente caso, existió una discriminación de *facto* en perjuicio de las víctimas del caso por su *condición de migrantes*, lo cual derivó en una *marginalización en el goce de los derechos que la Corte declaró violados en esta Sentencia*. Por tanto, la Corte concluyó que el Estado no respetó ni garantizó los derechos de los migrantes haitianos sin discriminación, en contravención del artículo 1.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 2, 4, 5, 7, 8, 22.9 y 25 de la misma.

En relación con las medidas de reparación integral ordenadas en el Fallo, la Corte estableció que su Sentencia constituye *per se* una forma de reparación, y adicionalmente ordeno al Estado varias medidas, entre ellas, las siguientes: A) *Como obligación de investigar* el Estado deberá reabrir la investigación de los hechos del caso, a fin de individualizar, juzgar, y en su caso, sancionar a todos los responsables de tales hechos, entre otras medidas para la efectiva investigación y el conocimiento de los hechos, así como determinar el paradero de los cuerpos de las personas fallecidas,

³⁷³ *Ibidem*. Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

repatriarlos y entregárselos a sus familiares; B) *Medidas de rehabilitación*: El Estado debe brindar gratuitamente y de forma inmediata el tratamiento médico y psicológico que requieran las víctimas, previo consentimiento informado y por el tiempo que sea necesario, incluida la provisión gratuita de medicamentos; C) *Medidas de satisfacción*: El Estado debe: i) publicar la sentencia o determinadas partes en la misma en el Diario Oficial y en el sitio web oficial, así como publicar en un diario de amplia circulación nacional de República Dominicana. Asimismo, traducir el resumen oficial de la sentencia al francés y al creole y publicarlo por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional de Haití, y ii) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional del Estado; D) *Garantías de no repetición*: El Estado debe llevar a cabo capacitaciones a funcionarios públicos sobre los siguientes temas: i) el uso de la fuerza por parte de agentes encargados de hacer cumplir la Ley; ii) *el principio de igualdad y no discriminación, aplicado especialmente a personas migrantes y con una perspectiva de género y protección a la infancia*, y iii) *el debido proceso en la detención y deportación de migrantes irregulares*. Además debe realizar una campaña en medios públicos sobre los derechos de las personas migrantes regulares e irregulares en el territorio dominicano, y adecuar su legislación interna a la Convención Americana, incorporando los estándares internacionales sobre el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de aplicar la ley, y E) *Indemnización compensatoria*: El Estado debe pagar las cantidades fijadas por conceptos de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, el reintegro de costas y gastos y el reintegro de los gastos del Fondo de Asistencia de Víctimas.

Los alcances y efectos de esta sentencia, así como el enfoque conferido por la Corte para resolver de fondo la misma, configuran desde nuestra perspectiva una específica caracterización y aplicación del *constitucionalismo normativo o garantista*, distinto del *constitucionalismo rígido* desde la tesis de Ferrajoli³⁷⁴. En esta propuesta, respecto a las conclusiones a las cuales hemos llegado el citado autor define la fisionomía del constitucionalismo normativo así:

“Por ello, el constitucionalismo garantista completa tanto al positivismo jurídico como al Estado de Derecho: completa al positivismo jurídico porque positiviza no sólo el «ser» sino también el «deber ser» del Derecho; y completa al Estado de Derecho porque

³⁷⁴ FERRAJOLI L., *óp. cit.*, pp. 73, al abordar el tema titulado “El constitucionalismo garantista como iuspositivismo reforzado. positivismo jurídico y democracia”, el profesor sobre la tendencia de un constitucionalismo rígido, indica lo siguiente: “el constitucionalismo rígido, tal como he escrito en varias ocasiones, no es una superación, sino que es, antes bien, un reforzamiento del positivismo jurídico, que se amplía a las opciones —los derechos fundamentales estipulados en las normas constitucionales— a las que debe someterse la producción del derecho positivo. Es el fruto de un cambio de paradigma del viejo iuspositivismo, producido por el sometimiento de la producción normativa a normas de derecho positivo no sólo formales, sino también sustanciales.”

comporta la sujeción, también de la actividad legislativa, De esta manera, el constitucionalismo jurídico suprimió la última forma de gobierno de los hombres: la que en la tradicional democracia representativa se manifestaba en la omnipotencia de la mayoría. Gracias a esto, la legalidad ya no es sólo, como en el viejo modelo paleo-iuspositivista, «condicionante» de la validez de las normas infra-legales, sino que ella misma está condicionada, en su propia validez, al respeto y a la actuación de las normas constitucionales al Derecho y al control de constitucionalidad. Así, el Derecho en su totalidad se concibe como una construcción enteramente artificial, de la que no sólo se regulan las formas, como en el viejo paradigma formalista del paleo positivismo, sino también los contenidos, a través de los límites y vínculos impuestos a ellos por el paradigma constitucional³⁷⁵.

En síntesis, el constitucionalismo, concebido desde la apropiación y aplicación del derecho internacional, como en los siguientes capítulos de este documento ampliaremos, “equivale a un proyecto normativo que requiere ser realizado a través de la construcción de garantías idóneas e instituciones de garantía, mediante políticas y leyes de actuación.³⁷⁶”; que irían desde el estado constitucional interno, más allá de las soberanas fronteras de estas naciones, para pasar a ser reconocidos por Cortes internacionales a través de sentencias vinculantes, cuyo efecto por decirlo de alguna manera, se concibe como una *constitucionalización internacional del régimen interamericano de los Derechos Humanos*.

❖ Caso Gelman vs. Uruguay. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

El 21 de enero de 2010 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó, de conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención, una demanda contra la República Oriental del Uruguay en relación con el caso Juan Gelman, María Claudia García de Gelman y María Macarena Gelman García³⁷⁷ Vs. Uruguay³⁷⁸. El 9 de marzo de 2007 la Comisión adoptó el Informe de Admisibilidad No. 30/07, en el cual declaró la admisibilidad del caso, y el 18 de julio de 2008 aprobó, en los términos del artículo 50 de la Convención, el Informe de Fondo No. 32/08.

Los hechos alegados por la Comisión se refieren a la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman desde finales del año

³⁷⁵ *Ibidem*.

³⁷⁶ *Ibidem*.

³⁷⁷ También mencionada como MARÍA MACARENA TAURIÑO VIVIAN, en función de los hechos del caso.

³⁷⁸ La Comisión designó como delegados a la señora Luz Patricia Mejía, Comisionada, y al señor Santiago A. Canton, Secretario Ejecutivo; y como asesoras legales a las señoras Elizabeth Abi-Mershed, Secretaria Ejecutiva Adjunta, Christina Cerna y Lilly Ching, abogadas de la Secretaría Ejecutiva.

1976, quien fue detenida en Buenos Aires, Argentina, mientras se encontraba en avanzado estado de embarazo. Se presume que posteriormente fue trasladada al Uruguay donde habría dado a luz a su hija, quien fuera entregada a una familia uruguaya, actos que la Comisión señala como cometidos por agentes estatales uruguayos y argentinos en el marco de la “Operación Cóndor”, sin que hasta la fecha se conozcan el paradero de María Claudia García y las circunstancias en que su desaparición tuvo lugar. Además, la Comisión alegó la supresión de la identidad y nacionalidad de María Macarena Gelman García Iruretagoyena, hija de María Claudia García y Marcelo Gelman y la denegación de justicia, impunidad y, en general, el sufrimiento causado a Juan Gelman, su familia, María Macarena Gelman y los familiares de María Claudia García, como consecuencia de la falta de investigación de los hechos, juzgamiento y sanción de los responsables, en virtud de la Ley No. 15.848 o Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, promulgada en 1986 por el gobierno democrático del Uruguay.

La Comisión solicitó a la Corte que concluya y declare que el Estado es responsable por la violación: 1) del derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial reconocidos en los artículos 8.1 y 25 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, y en relación con los artículos I. b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, así como los artículos 1, 6, 8 y 11 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en perjuicio de Juan Gelman, María Claudia García de Gelman, María Macarena Gelman y sus familiares. 2) del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la protección de la honra y de la dignidad, al nombre, a medidas especiales de protección de los niños y niñas y a la nacionalidad reconocidos en los artículos 3, 11, 18, 19 y 20 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, respecto de María Macarena Gelman derechos. 3) del derecho a la protección de la familia reconocido en los artículos 17 de la Convención y XII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, respecto de Juan Gelman, María Macarena Gelman y sus familiares.

Posteriormente, dentro del trámite el estado de Uruguay reconoció formalmente que “teniendo en consideración el principio de continuidad institucional, reconoce la violación de los Derechos Humanos de las [señoras] María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y María Macarena de Gelman García durante el gobierno de facto que rigió en Uruguay entre junio de 1973 y febrero de 1985”. Con posterioridad, la misma nación informó al Tribunal que “reconocía al señor Juan Gelman la categoría de víctima en el proceso”. Durante la audiencia, el Estado uruguayo reiteró que su responsabilidad en este caso fue reconocida ya expresamente por una norma interna, la Ley 18.596 de 18 de septiembre de 2009 sobre

“Actuación Ilegítima del Estado entre el 13 de junio de 1968 y el 28 de febrero de 1985. Reconocimiento y Reparación a las Víctimas”³⁷⁹, en los términos de la cual se enmarca su reconocimiento. También se refirió a la discusión de un proyecto de ley para dejar sin efecto determinadas normas de esa Ley. Durante la audiencia, y ante preguntas de los jueces de la Corte, en el sentido de si el acto de reconocimiento incluía todas las disposiciones de la Convención cuya violación se alegaba, el señor Agente del Estado manifestó que “en principio el alcance del reconocimiento del Estado refiere a todas las normas de la Convención”.

Por su parte, la Comisión valoró el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional realizado por el Estado de Uruguay, aunque observó que “el lenguaje utilizado [...] es ambiguo”, lo cual dificulta una determinación inequívoca del alcance del acto. En este sentido, añadió que si bien el Estado reconocía la violación de los derechos humanos de María Claudia García y de María Macarena Gelman, “el lenguaje utilizado sugería una posible limitación temporal contraria a la naturaleza de las violaciones cometidas contra [las presuntas víctimas], las cuales son de naturaleza continuada”. Además, observó que “el reconocimiento no hace referencia a las violaciones establecidas en cuanto a los derechos de sus familiares”. La Comisión concluyó que subsistía la controversia sobre hechos y violaciones ocurridas en el presente caso y no abarcadas en el acto de reconocimiento, así como en lo referente a las eventuales reparaciones y costas, por lo cual solicitó al Tribunal que “acepte el referido reconocimiento parcial, que reafirme su jurisdicción sobre el presente caso, que declare la violación de los derechos alegados” y que en la Sentencia “efectúe una descripción

³⁷⁹ Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay Ley N° 18.596 de 18 de setiembre de 2009. Actuación ilegítima del estado entre el 13 de junio de 1968 y el 28 de febrero de 1985. “Capítulo I. Reconocimiento por parte del estado.

Artículo 1°.- Reconócese el quebrantamiento del Estado de Derecho que impidiera el ejercicio de derechos fundamentales a las personas, en violación a los Derechos Humanos o a las normas del Derecho Internacional Humanitario, en el período comprendido desde el 27 de junio de 1973 hasta el 28 de febrero de 1985.

Artículo 2°.- Se reconoce la responsabilidad del Estado uruguayo en la realización de prácticas sistemáticas de tortura, desaparición forzada y prisión sin intervención del Poder Judicial, homicidios, aniquilación de personas en su integridad psicofísica, exilio político o destierro de la vida social, en el período comprendido desde el 13 de junio de 1968 hasta el 26 de junio de 1973, marcado por la aplicación sistemáticas de las Medidas Prontas de Seguridad e inspirado en el marco ideológico de la Doctrina de la Seguridad Nacional.

Artículo 3°.- Reconócese el derecho a la reparación integral a todas aquellas personas que, por acción u omisión del Estado, se encuentren comprendidas en las definiciones de los artículos 4° y 5° de la presente ley. Dicha reparación deberá efectivizarse –cuando correspondiere– con medidas adecuadas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición”. Disponible en: <https://tbinternet.ohchr.org>.

pormenorizada de los hechos y las violaciones de derechos humanos ocurridas”.

Respecto de la situación precedente, la corte argumento en lo concerniente al trámite, que el artículo 62 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁸⁰, establece que:

“Si el demandado comunicare a la Corte su aceptación de los hechos o su allanamiento total o parcial a las pretensiones que constan en el sometimiento del caso o en el escrito de las presuntas víctimas o sus representantes, la Corte, oído el parecer de los demás intervinientes en el proceso, resolverá, en el momento procesal oportuno, sobre su procedencia y sus efectos jurídicos”.

En concordancia con lo anterior y de conformidad con el artículo 64 del Reglamento, y en ejercicio de sus poderes de tutela judicial internacional de los derechos humanos, cuestión de orden público internacional que trasciende la voluntad de las partes, la Corte puede determinar si el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por un Estado demandado *ofrece una base suficiente, en los términos de la Convención Americana, para continuar el conocimiento del fondo y determinar las eventuales reparaciones*³⁸¹. Y preciso en consecuencia, que la facultad del Tribunal no se limitaba únicamente a constatar, registrar o tomar nota del reconocimiento efectuado por el Estado, o a verificar las condiciones formales del acto, sino que lo debe confrontar con *la naturaleza y gravedad de las violaciones alegadas, las exigencias e interés de la justicia, las circunstancias particulares del caso concreto y la actitud y posiciones de las partes*³⁸², de manera tal que pueda precisar, en cuanto sea posible y en el ejercicio de su competencia, la verdad de lo acontecido³⁸³.

Adicional a lo anterior, la Corte determinó, que aunque el Estado omitió especificar los hechos que admitía y las violaciones que reconocía y se opuso a algunas de las reparaciones solicitadas, es clara su disposición de allanarse al reconocer los hechos y las violaciones alegadas, en particular los relativos directamente a las tres presuntas víctimas del caso. Por ende,

³⁸⁰ Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento> .

³⁸¹ Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 105; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216, párr. 21, y Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217, párr. 33.

³⁸² Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 24; Caso Rosendo Cantú y otra, supra nota 9, párr. 22, y Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, supra nota 9, párr. 34.

³⁸³ Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 17.

el reconocimiento efectuado por el Estado constituye una admisión parcial de hechos, así como un allanamiento parcial a las pretensiones de derecho contenidas en la demanda y en el escrito de solicitudes y argumentos, por lo que, aunque limitado temporalmente a los que constituyeron violaciones a los derechos humanos acaecidos durante “el gobierno de facto que rigió en Uruguay entre junio de 1973 y febrero de 1985”, el referido artículo 41 del Reglamento es plenamente aplicable a este caso³⁸⁴.

El reconocimiento parcial de responsabilidad es una contribución positiva al desarrollo de este proceso, a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana y a la conducta a la que están obligados los Estados en esta materia, en virtud de los compromisos que asumen como partes en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos³⁸⁵.

La Corte atendiendo de especial forma los *derechos del niño* con serias repercusiones al derecho de la nacionalidad, profirió fallo en el siguiente sentido:

Puesto que se trata de la hija de una mujer desaparecida, sustraída a los pocos días de haber nacido en cautiverio, luego retenida, separada de su madre a las pocas semanas de existencia, así como suprimida y sustituida su identidad para ser entregada a una familia que no era la suya, más allá de lo planteado por la Comisión y los representantes, la Corte determinará la calificación jurídica de los hechos en las circunstancias del caso³⁸⁶.

³⁸⁴ Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento>. Artículo 41. Contestación del Estado 1. El demandado expondrá por escrito su posición sobre el caso sometido a la Corte y, cuando corresponda, al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, dentro del plazo improrrogable de dos meses contado a partir de la recepción de este último escrito y sus anexos, sin perjuicio del plazo que pueda establecer la Presidencia en la hipótesis señalada en el artículo 25.2 de este Reglamento. En la contestación el Estado indicará: 16 a. si acepta los hechos y las pretensiones o si los contradice; b. las pruebas ofrecidas debidamente ordenadas, con indicación de los hechos y argumentos sobre los cuales versan; c. la propuesta e identificación de los declarantes y el objeto de su declaración. En el caso de los peritos, deberán además remitir su hoja de vida y sus datos de contacto; d. los fundamentos de derecho, las observaciones a las reparaciones y costas solicitadas, así como las conclusiones pertinentes. 2. Dicha contestación será comunicada por el Secretario a las personas mencionadas en el artículo 39.1 a), c) y d) de este Reglamento, y al Estado demandante en los casos a los que hace referencia el artículo 45 de la Convención. 3. La Corte podrá considerar aceptados aquellos hechos que no hayan sido expresamente negados y las pretensiones que no hayan sido expresamente controvertidas.

³⁸⁵ Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Fondo. Sentencia de 26 de enero de 2000. Serie C No. 64, párr. 42; Caso Rosendo Cantú y otra, supra nota 9, párr. 25, y Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, supra nota 9, párr. 37.

³⁸⁶ En el Caso de la Masacre de la Dos Erres Vs. Guatemala, sentencia de 24 de noviembre de 2009, la Corte señaló “la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de sustracciones y retenciones ilegales de menores”, pero no se calificaron los hechos como desaparición forzada. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs.*

García pudo verse afectada por las circunstancias de su nacimiento y de sus primeras semanas de vida³⁸⁷. No obstante, resulta evidente que la vulneración del derecho a la *integridad psíquica* ocurrió a partir del momento en que descubrió su verdadera identidad, lo que quiere decir que la violación de su integridad psíquica y moral es una consecuencia tanto de la desaparición forzada de su madre y de haberse enterado de las circunstancias de la muerte de su padre biológico, como de la violación de su derecho a conocer *la verdad sobre su propia identidad*, de la falta de investigaciones efectivas para el esclarecimiento de los hechos y del paradero de María Claudia García y, en general, de la impunidad en la que permanece el caso, lo cual le ha generado sentimientos de frustración, impotencia y angustia³⁸⁸.

Lo anterior revela que la sustracción de niños y/o niñas efectuada por agentes estatales para ser entregados ilegítimamente en crianza a otra familia, modificando su identidad y sin informar a su familia biológica sobre su paradero, tal como ocurrió en el presente caso, constituye un hecho complejo que implica una sucesión de acciones ilegales y violaciones de derechos para encubrirlo e impedir el restablecimiento del vínculo entre los menores de edad sustraídos y sus familiares. De esta manera, en relación con el derecho internacional de los menores y la nacionalidad la Corte estableció en la jurisprudencia al régimen de los derechos humanos latinoamericano:

“Así, la referida situación afectó lo que se ha denominado *el derecho a la identidad*, que si bien no se encuentra expresamente contemplado en la Convención, en las circunstancias del presente caso es posible determinarlo sobre la base de lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que tal derecho

Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 177 y 199.

³⁸⁷ Las evidencias científicas señalan que la alimentación, las tensiones, la presión psicológica y física experimentada por la madre durante el embarazo tiene efectos sistémicos que inciden sobre los hijos [...], pudiendo incluso alterar su posterior desarrollo físico. . Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, *supra* nota 23, Cap. V, pág. 255.

³⁸⁸ En este mismo proceso y definiendo el alcance probatorio del mismo, María Macarena Gelman declaró ante la Corte sobre cómo esta grave alteración en sus condiciones de existencia ha afectado su proyecto de vida desde que conoció su verdadera identidad, cuando tenía cerca de 24 años de edad. A partir de entonces, luego de reclamar su filiación legítima ante la jurisdicción uruguaya e inscribirse como hija legítima de Marcelo Gelman y María Claudia García, ella emprendió una búsqueda de su verdadero origen y las circunstancias de la desaparición de su madre. Según expresó, a partir de entonces “ha dedicado su vida a esto” y la búsqueda la “fue absorbiendo”, pues “fu[e] perdiendo motivaciones, no h[a] podido volver a disfrutar, siempre pendiente y pensando que algo más puede pasar, [sin] proyección [de su vida] más allá de un mes, viajando entre Montevideo y Buenos Aires”. Concluyó que “no es mucho más que esto [su] vida ahora”³⁸⁸. Al respecto, la perita Deustch observó que “ella ha sido afectada en lo más íntimo de su ser: su identidad”, pues el conocimiento de los hechos “la hizo tambalearse y le desestructuró su mundo interno”. La perita concluyó que María Macarena Gelman “presenta síntomas que perturban su vida, le impiden retomar un proyecto para su futuro, y le causan dolor.

comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia. Asimismo, el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso³⁸⁹.

Al respecto, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante la “OEA”) señaló “que el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos *a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares*, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana”³⁹⁰. Asimismo estableció que “la falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”³⁹¹. En ese mismo sentido, el Comité Jurídico Interamericano expresó que el “derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana” y que, en consecuencia, “es un derecho humano fundamental oponible *erga omnes* como expresión de un interés colectivo de la comunidad

³⁸⁹ El derecho a la identidad está previsto en las legislaciones nacionales de varios Estados de las Américas, como por ejemplo en el Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay que establece el derecho a la identidad como uno de los derechos esenciales de los niños. Igualmente ha sido reconocido por jurisprudencia interna de algunos Estados, como son:

- a) los casos de la Corte Constitucional Colombiana, en el sentido que la “identidad personal es un derecho de significación amplia, que engloba otros derechos [...y que] supone un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad” (al respecto, ver la sentencia de tutela T-477/1995, de 23 de octubre de 1995); y
- b) el Tribunal Constitucional de Perú, que señaló que “toda persona tiene derecho a la identidad, derecho que comprende tanto al derecho a un nombre –conocer a sus padres y conservar sus apellidos–, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica” (al respecto, ver, Segunda Sala, sentencia de recurso de agravio constitucional de 25 de julio de 2005).

³⁹⁰ Organización de Estados Americanos OEA, “Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y ‘Derecho a la Identidad’”. Resolución AG/RES. 2286 (XXXVII-O/07) de 5 de junio de 2007; resolución AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08) de 3 de junio de 2008 y, y resolución AG/RES. 2602 (XL-O/10), sobre seguimiento al programa, de 8 de junio de 2010. Sobre ese aspecto el Comité Jurídico Interamericano consideró que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, si bien no consagra el derecho a la identidad bajo ese nombre expresamente, sí incluye, como se ha visto, el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad y el derecho relativo a la protección de la familia. Al respecto, Comité Jurídico Interamericano, Opinión “sobre el alcance del derecho a la identidad”, resolución CJI/doc. 276/07 Rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párrs. 11.2 y 18.3.3, ratificada mediante resolución CJI/RES.137 (LXXI-O/07), de 10 de agosto de 2010.

³⁹¹ Organización de Estados Americanos –OEA–, Resoluciones AG/RES. 2286 (XXXVII-O/07); 2362 (XXXVIII-O/08), y 2602 (XL-O/10), *supra* nota 133.

internacional en su conjunto, que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana”³⁹².

Finalmente desarrollando la tendencia filosófica y jurídica de índole constitucional del *garantismo*³⁹³ en torno del reconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos, el Tribunal Interamericano fijó la siguiente tesis jurisprudencial:

“Por otra parte, el derecho a la nacionalidad, consagrado en el artículo 20 de la Convención, en tanto vínculo jurídico entre una persona y un Estado, es un prerrequisito para que puedan ejercerse determinados derechos³⁹⁴ y es también un derecho de carácter inderogable reconocido en la Convención Americana³⁹⁵. En consecuencia, el derecho a la nacionalidad conlleva el deber del Estado con el que se establece tal vinculación, tanto de dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en el conjunto de relaciones, como de protegerlo contra la privación en forma arbitraria de su nacionalidad y, por tanto, de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en ésta³⁹⁶. Igualmente, importa, cuando se trate de niños y niñas, tener en cuenta la protección específica que les corresponde, por ejemplo, que no se les prive arbitrariamente del medio familiar³⁹⁷ y que no sean retenidos y trasladados ilícitamente a

³⁹² Comité Jurídico Interamericano, Opinión, *supra* nota 133, párr. 12.

³⁹³ Este concepto en términos de JOSÉ JUAN MORESO en su artículo titulado “Antígona como defensor. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli”. DOXA, 34, 2012, pp. 183-199”. Significa: “El constitucionalismo garantista es, por lo tanto, un constitucionalismo claramente iuspositivista. Es más, es en este sentido, un iuspostivismo reforzado. Una concepción del constitucionalismo que tiene, conforme al autor, tres dimensiones: como modelo de derecho, como teoría jurídica y como filosofía política. Como modelo de derecho porque estudia sistemas con constituciones rígidas que establecen límites a aquello que el legislador democrático puede hacer y establecen obligaciones sobre el legislador y control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes que permite anular las leyes antinómicas con las normas constitucionales y colmar las lagunas que el legislador ha generado con el incumplimiento de sus deberes constitucionales”.

³⁹⁴ Caso de las Niñas Yean y Bosico, *supra* nota 143, párr. 137.

³⁹⁵ *Ibidem.* *supra* nota 143, párr. 136. Sobre este tema, el Tribunal ha reconocido a los derechos no susceptibles de suspensión como un núcleo inderogable de derechos, al respecto, *cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 119, y *Caso González y otras (“Campo Algodonero”), supra* nota 79, párr. 244. La Corte recuerda que su jurisprudencia considera el derecho a la nacionalidad como no susceptible de ser suspendido, al respecto, *cfr. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-8 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 23.

³⁹⁶ Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 34; Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 100, y Caso de las Niñas Yean y Bosico, *supra* nota 143, párr. 139.

³⁹⁷ Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 16.

otro Estado³⁹⁸. En el presente caso, el traslado ilícito a otro Estado de la madre de María Macarena Gelman en estado de embarazo, con el referido propósito, frustraron el nacimiento de la niña en el país de origen de su familia biológica donde normalmente hubiese nacido, lo que tuvo como consecuencia que, mediante su supresión de identidad, adquiriera la nacionalidad uruguaya por una situación arbitraria, en violación del derecho reconocido en el artículo 20.3 de la Convención”.

2.3. Una mirada reflexiva de los antecedentes jurisprudenciales respecto al reconocimiento del derecho fundamental de la nacionalidad en la Unión Europea.

Para construir Europa, los Estados miembros convinieron los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, posteriormente de la Unión Europea, que cuentan con instituciones facultadas para adoptar normas jurídicas en ámbitos concretos.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea es la institución jurisdiccional de la Unión y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEE). Está integrado por dos órganos jurisdiccionales, el Tribunal de Justicia y el Tribunal General, cuya principal tarea consiste en controlar la legalidad de los actos de la Unión y garantizar la interpretación y aplicación uniformes del Derecho de ésta.

Por medio de su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido la obligación de las administraciones y de los órganos jurisdiccionales nacionales de *aplicar plenamente el Derecho de la Unión* dentro de su esfera competencial y de proteger los derechos que éste otorga a los ciudadanos (aplicación directa del Derecho de la Unión), suprimiendo para ello cualquier disposición contraria del Derecho nacional, ya sea anterior o posterior a la norma de la Unión (primacía del Derecho de la Unión sobre el Derecho nacional).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, también ha reconocido el principio de *la responsabilidad de los Estados* miembros en caso de incumplimiento del Derecho de la Unión que, por una parte, refuerza de forma decisiva la protección de los derechos que las normas de la Unión otorgan a los particulares y, por otra, contribuye a que los Estados miembros ejecuten dichas normas con mayor diligencia. Las infracciones que éstos cometan pueden, por tanto, generar *obligaciones de indemnización*, que en algunos casos tendrán graves consecuencias para

³⁹⁸ *Ibidem.* artículo 11, y Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, artículo 4°.

sus erarios públicos. Por otra parte, todo incumplimiento del Derecho de la Unión por parte de un Estado miembro *puede ser objeto de un recurso ante el Tribunal de Justicia* y, en caso de que no se ejecute una sentencia en la que se declare tal incumplimiento, dicho *Tribunal está facultado para imponer al Estado miembro una multa coercitiva o el pago de una suma a tanto alzado*. No obstante, en caso de que no se hayan comunicado a la Comisión las medidas tomadas para la adaptación del Derecho interno a una directiva, el Tribunal de Justicia, a propuesta de la Comisión, podrá imponer una sanción pecuniaria a un Estado miembro en la primera sentencia por incumplimiento.

La evolución de su jurisprudencia ilustra la contribución del Tribunal de Justicia a la creación de un espacio jurídico para los ciudadanos mediante la protección de los derechos que la normativa de la Unión les reconoce en los distintos aspectos de su vida cotidiana.

De otra parte, respecto al tema que es especialmente importante para el presente estudio, la concepción de la nacionalidad como derecho fundamental, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al declarar que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho cuyo respeto garantiza, ha contribuido a elevar *los niveles de protección de estos derechos*. Sobre el particular, este Tribunal encuentra su fundamento en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y en los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido, en especial el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Tribunal de Justicia podrá aplicar e interpretar la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000³⁹⁹, a la cual el Tratado de Lisboa otorga el mismo valor jurídico que a los Tratados.

Desde la interpretación y perspectiva agotada, es claro que todo ciudadano o ciudadana de un país de esa comunidad, es también y automáticamente ciudadano o ciudadana de tal mancomunidad. La ciudadanía de la Unión Europea comporta importantes derechos y responsabilidades adicionales. Entre los que, con fundamento a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000⁴⁰⁰, se destacan categóricamente los siguientes: (1) Ciudadanía de la Unión Europea. (2) Los derechos de los ciudadanos europeos están consagrados en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (artículo 20) y en la Carta de los Derechos Fundamentales (capítulo V). (3) Circulación y residencia en la Unión Europea. (4) Como ciudadano de la Unión, tiene derecho a vivir y

³⁹⁹ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/c 364/01). Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Disponible en <http://www.europarl.europa>.

⁴⁰⁰ *Ibidem*.

desplazarse en su interior, sin que se le discrimine por razón de su nacionalidad. Puede establecer su residencia en cualquier país de la UE, siempre que cumpla determinadas condiciones que varían en función de que esté trabajando o estudiando⁴⁰¹. (4) Participación en la vida política de la Mancomunidad. (5) Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a votar y presentarse como candidato a las elecciones tanto locales como al Parlamento Europeo en el país de la UE en el que viva en las mismas condiciones que los nacionales de ese país⁴⁰². (6) Peticiones y quejas. Los ciudadanos están facultados para presentar una petición al Parlamento Europeo, tanto por necesidades o quejas personales como por asuntos de interés público. La cuestión debe formar parte de las competencias de la Unión, significando, que no puede ser un tema que se decida en el ámbito local o nacional⁴⁰³. (7) Protección consular. Si un ciudadano eventualmente requiere ayuda, en un país donde el suyo no tiene ni embajada ni consulado, como ciudadano de la Unión tiene automáticamente derecho a la protección consular de la embajada o consulado de cualquier otro país de la comunidad, en las mismas condiciones que los nacionales del respectivo Estado ⁴⁰⁴ Ahora, dentro del escenario descrito, es necesario señalar como nos lo expone Adrián Arnaiz⁴⁰⁵, que “la construcción europea sin la participación activa de los ciudadanos y la corriente de escepticismo respecto de la obra europea han provocado un estado de *necesidad constitucional*: el tema central del pensamiento de una Constitución es que los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea tienen que jugar un papel fundamental en orden a encontrar una nueva identidad política para toda la Unión, tanto en el marco de la reforma del Tratado de

⁴⁰¹ *Ibidem*. Capítulo V. Ciudadanía. Artículo 45 Libertad de circulación y de residencia 1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. 2. De conformidad con lo dispuesto en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se podrá conceder libertad de circulación y de residencia a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro.

⁴⁰² *Ibidem*. Capítulo V. Ciudadanía. artículo 39. Derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo 1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. 2. Los diputados del Parlamento Europeo serán elegidos por sufragio universal libre, directo y secreto. Artículo 40 Derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.

⁴⁰³ *Ibidem*. Capítulo V. Ciudadanía. Artículo 44. Derecho de petición Todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene el derecho de petición ante el Parlamento Europeo.

⁴⁰⁴ *Ibidem*. Capítulo V. Ciudadanía. Artículo 46. Protección diplomática y consular Todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de este Estado.

⁴⁰⁵ ADRIÁN ARNAIZ A.J., en “Nacionalidad versus ciudadanía en la unión europea”. Boletín de la facultad de derecho. Núms. 10-11, 1996, pp. 114-128 y 96-113, respectivamente. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es> .

Maastricht como en el contexto de incipiente regresión del proyecto europeo amenazado por la situación social y el auge de los nacionalismos en el continente europeo.”

En palabras del mismo autor, lo planteado implica que la vinculación entre el principio de base según el cual la regulación de la nacionalidad corresponde en *exclusiva a los Estados* y hacer de la Europa comunitaria *un asunto de los ciudadanos* es el punto de referencia del concepto de ciudadanía de la Unión Europea desarrollado en el Tratado de la Comunidad Europea (TCE)⁴⁰⁶, disposiciones que forman parte del primer pilar (de naturaleza comunitaria) del Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea.

Esa dinámica, anota Adrián Arnaiz⁴⁰⁷ reporta la introducción de formas jurídicas que tienen como finalidad crear vínculos básicos en el proceso de integración europea entre *la dimensión social, los derechos humanos y la democracia*: la realidad comunitaria, no obstante, certifica el estado embrionario de estos instrumentos jurídicos en la Unión Europea, en particular en el contexto creciente de globalización de los mercados internacionales y el desarrollo de áreas de integración económica y política que están acabando, en primer lugar, con los modelos de Constitución económica de los Estados-nación diseñados a partir de fórmulas y reglas abiertas en un contexto de economía (mundial) de libre mercado, y, en segundo lugar, *porque ya se anuncia la transición hacia el final del modelo de Constitución política de los Estados-nación*.

Finalmente, el mismo análisis abordado por Adrián Arnaiz⁴⁰⁸ concluye determinantes lineamientos, en lo concerniente al proceso de *reconocimiento de la ciudadanía en la Unión Europea*⁴⁰⁹, que estimamos relevantes en el desarrollo de los estudios que pretendemos, en los siguientes capítulos de este trabajo:

- El modelo ha fallado y el problema de su (relativo) fracaso debe centrarse en el escaso espíritu transformador de las previsiones normativas del Estatuto de la ciudadanía de la Unión Europea en el TCE: la reflexión política en el seno de las Instituciones comunitarias sobre la identidad nacional en relación al proceso de pertenencia a la

⁴⁰⁶ Versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 325/33. Segunda parte ciudadanía de la unión. Artículos 17 al 22. Disponible en <https://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos>.

⁴⁰⁷ *Ibidem*.

⁴⁰⁸ *Ibidem*.

⁴⁰⁹ En aras a destacar el hilo conductor de este tema dentro de esta propuesta, es pertinente destacar que, ya habíamos iniciado el estudio de este proceso en la Unión Europea, en el Capítulo I de esta tesis doctoral, al desarrollar el numeral 1.5 denominado “ Principales problematizaciones actuales de la teoría del derecho fundamental de la nacionalidad.”

Comunidad Europea ha tenido que comenzar por enmarcar su análisis en las coordenadas de una pluralidad de valores nacionales como forma de ver y entender el proceso de integración europea, pero faltó el necesario impulso para profundizar el sentido integrador de la reflexión. Cuando el problema se aboca al terreno del sistema comunitario, la tematización de la identidad nacional -como advierte el artículo. 1 del Tratado de la Unión Europea⁴¹⁰. se convierte en un *dilema jurídico*. Cuando se trata de política, entonces se convierte en un *dilema comunitario*. Derecho y política confluyen cuando como en el caso de la ciudadanía de la Unión Europea la discusión sobre la identidad nacional, con sus resultados o incapacidades en la construcción comunitaria, ha obligado a proponer como esencial *la rehabilitación de la racionalidad práctica del Estado-nación*.

- El problema fundamental del escaso rendimiento del concepto de ciudadanía de la Unión Europea es su dependencia o subordinación estrictas respecto del discurso de la nacionalidad del moderno Estado-nación en la Europa occidental durante el siglo XX.
- La nacionalidad y la ciudadanía en la Unión Europea son dos procesos singulares y, sin embargo, gemelos: pues, la comparación dialéctica entre los dos modelos (de relación de niveles entre razones e intereses en el tráfico jurídico intracomunitario) permite retratar el cambio de paradigma de las fuentes del Derecho internacional privado de la nacionalidad respecto de la manera como éstas se relacionan con otras transformaciones históricas de nuestro mundo.
- Ningún sistema jurídico como el Derecho internacional privado, que se orienta y tiende desde una perspectiva preferentemente relativista de su objeto de actividad, el tráfico jurídico extremo, ha percibido que *el problema básico del Estado moderno* es la infinita-tensión entre la pluralidad de intereses en este sector de problemas y los esfuerzos por racionalizarlos, por una parte, y, por otra parte, la pretensión de racionalidad de la unidad de un sistema de fuentes internas e internacionales.
- A la pregunta ¿qué hecho se describe con el término ciudadanía de la Unión Europea? cabe contestar que tal concepto designa el discurso dominante (o definitorio) del siglo XX europeo (u occidental) consistente en sustituir la noción de súbdito recibida según la tradición del Estado absoluto del Antiguo Régimen por la noción de

⁴¹⁰ Versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 325/33. Primera Parte. Principios. Artículo 1 Por el presente Tratado, las ALTAS PARTES CONTRATANTES constituyen entre sí una COMUNIDAD EUROPEA. Disponible en <https://www.boe.es> .

derechos fundamentales del Estado social de Derecho, utilizando como instrumento casi exclusivo la razón en relación con la idea de Constitución: es la tesis de que el elemento central de la noción de ciudadanía es su participación en la formación de la voluntad política. La pretensión de racionalidad de este discurso dominante se advierte en los límites internos y extremos a la competencia exclusiva del Estado en materia de regulación de la nacionalidad y, al mismo tiempo, explica que el punto de conexión nacionalidad en el Derecho internacional privado comunitario se articula en estructuras similares a las estructuras estatales del tráfico jurídico extremo.

- La pregunta *¿qué hecho describe el término ciudadanía de la Unión Europea?* desarrolla, a este respecto, dos objetivos. Primero, entre evolución del Derecho internacional privado de la nacionalidad de cada Estado miembro y progreso del Derecho internacional privado de la ciudadanía de la Unión Europea, el cambio de paradigma se sitúa más en la línea del segundo que en la del primero. Segundo, entre las dos teorías extremas que hacen del cambio de paradigma el precursor de la tesis de que la historia de la ciudadanía de la Unión Europea responde a un concepto de contraposición nacionalidad y ciudadanía que podríamos calificar de única o el anticipador del concepto de más de una única contraposición, nuestra interpretación no acepta ni lo uno ni lo otro en el siguiente sentido: el tema central del cambio de paradigma se fundaría sobre los mecanismos que permiten tales contraposiciones, dejando en un segundo plano toda consideración sobre su unicidad eventual.
- La globalización de los mercados nacionales y el desarrollo de áreas de integración económica y política más amplias introducirán cambios importantes en la actual situación de monopolización de la regulación de la nacionalidad por parte del Estado-nación. La tendencia a la superación de la referencia estatal en el Derecho de la nacionalidad de los Estados miembros de la Unión Europea precede, pues, al comienzo de la dialéctica nacionalidad-ciudadanía comunitaria en el contexto del mercado mundial dividido en cuasi-bloques comerciales, áreas protegidas de influencia clientelar, por el estilo de la Unión Europea, el Acuerdo triangular en América del Norte (NAFTA) o la Zona asiática del Pacífico.

Con el objeto de validar el desarrollo de los procesos anteriormente descritos pasamos a realizar el análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respecto a los aportes efectuados por esta instancia en el marco del reconocimiento de tales derechos cuando se enfrenta *el dilema ciudadanía-nacionalidad* :

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 2 de marzo de 2010. Jano Ritman contra Fresitas Bayern. Petición de decisión prejudicial: Bundesverwaltungsgericht - Alemania⁴¹¹.

El demandante de este litigio, era natural de Graz (Austria) y a su vez inicialmente, por nacimiento, nacional de la República de Austria. En 1995, trasladó su domicilio a Múnich (Alemania), tras haber prestado declaración ante el Landesgericht für Strafsachen Graz (tribunal de lo penal de Graz) en el marco de una investigación que le afectaba, iniciada a causa de las sospechas, que él rebate, en cuanto a la comisión por su parte de estafa grave en el ejercicio de su profesión.

Para febrero de 1997, el Landesgericht für Strafsachen Graz dictó una orden de detención nacional contra el demandante en el asunto principal. El demandante solicitó la nacionalidad en febrero de 1998. En el procedimiento de naturalización, *omitió mencionar el proceso penal en que se hallaba incurso en Austria*. El documento de naturalización), fechado el 25 de enero de 1999), se le expidió el 5 de febrero de 1999. La naturalización del demandante en el asunto principal en Alemania tuvo como consecuencia, conforme al Derecho austriaco, *la pérdida de la nacionalidad austriaca*.

En agosto de 1999, los organismos de la ciudad de Múnich fueron informados por las autoridades municipales de Graz de que sobre el demandante, existía una orden de detención dictada en esta última ciudad. Por otra parte, en septiembre del mismo año, la fiscalía austriaca comunicó a la ciudad de Múnich, que el mismo demandante, ya había estado incurso en un proceso penal en julio de 1995 ante el Landesgericht für Strafsachen Graz.

Como consecuencia de todo lo anterior, el Freistaat Bayern, tras oír al demandante en el asunto principal, decidió revocar con carácter retroactivo la naturalización mediante decisión de 4 de julio de 2000, debido a que dicho demandante había ocultado que era objeto de diligencias judiciales en Austria y que, por consiguiente, había obtenido la nacionalidad alemana de manera fraudulenta. La revocación de la naturalización obtenida en Alemania no adquiere la respectiva firmeza legal, a causa del recurso de anulación interpuesto contra esta decisión por el demandante.

Mediante sentencia de 25 de octubre de 2005, pronunciándose del recurso de apelación, el Bayerischer Verwaltungsgesichtshof (Tribunal de lo contencioso-administrativo del Land de Baviera), consideró que la

⁴¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 2 de marzo de 2010. Janko Rottman contra Freistaat Bayern. Número de asunto C-135/08. Disponible en <http://curia.europa.eu>.

revocación de la naturalización del demandante en el asunto principal, basada en el artículo 48, apartado 1, primera frase, del Código de procedimiento administrativo del Land de Baviera, es compatible con el Derecho alemán, aunque dicha revocación, *implique que el interesado adquiriera la condición de apátrida*.

Contra la sentencia del 25 de octubre de 2005, el demandante presenta petición de «Revisión» de la que conoce el Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal). El órgano jurisdiccional remitente, señala que la naturalización adquirida de manera fraudulenta por el demandante en el asunto principal era ilegal desde su origen y, por consiguiente, podía ser revocada por las autoridades alemanas competentes en el marco de su facultad de apreciación. Precisa que, en virtud de las disposiciones pertinentes de Derecho austriaco, el demandante en el asunto principal no cumplía en la actualidad los requisitos para que se le restituya inmediatamente la nacionalidad austriaca⁴¹².

A contrario sensu, el órgano jurisdiccional remitente considera que la importancia y el alcance de esta reserva formulada en la sentencia Micheletti y otros, antes citada, *no habían sido aún aclarados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*. A su entender, de esta reserva el Tribunal de Justicia únicamente dedujo el principio según el cual un Estado miembro no puede restringir los efectos de una atribución de nacionalidad por parte de otro Estado miembro estableciendo un requisito adicional para el reconocimiento de dicha nacionalidad con objeto de ejercer una libertad fundamental prevista por el Tratado CE. Según el órgano jurisdiccional remitente, no está suficientemente claro si el estatuto de apátrida y la pérdida de la ciudadanía de la Unión adquirida de manera legal en un momento anterior, asociada a la revocación de una naturalización, *es compatible con el Derecho de la Unión y, en particular, con el artículo 17 CE, apartado 1*.

El órgano jurisdiccional remitente consideró la posibilidad que la República de Austria, como Estado miembro de la nacionalidad de origen del

⁴¹² En su sentencia, el Bayerischer Verwaltungsgeschichtshof había indicado que, en el supuesto de que, a causa de una naturalización obtenida de modo fraudulento, una persona se convirtiera en apátrida, perdiendo en consecuencia la ciudadanía de la Unión, es suficiente, para respetar la reserva formulada por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 7 de julio de 1992, Micheletti y otros (C- 369/90, Rec. p. I- 4239) –según la cual los Estados miembros deben ejercer su competencia en materia de nacionalidad respetando el Derecho de la Unión–, que la importancia de los derechos conferidos por esta ciudadanía de la Unión sea tenida en cuenta por la autoridad competente alemana en el ejercicio de su facultad de apreciación. Según este órgano jurisdiccional, suponer la existencia, en el Derecho de la Unión, de una obligación de no revocar una naturalización obtenida de modo fraudulento tendría la consecuencia de afectar, de manera esencial, al poder soberano de los Estados miembros, reconocido por el artículo 17 CE, apartado 1, de definir las modalidades de aplicación de su Derecho en materia de nacionalidad.

demandante en el asunto principal, esté obligada, en virtud del *principio de lealtad de la Unión* y teniendo en cuenta los valores reflejados en la Convención para reducir los casos de apatridia, así como en el artículo 7, apartado 1, letra b), del Convenio Europeo sobre la Nacionalidad, a interpretar y aplicar su Derecho nacional o adaptarlo de modo que se evite que la persona afectada se convierta en apátrida cuando, como ocurre en el asunto principal, dicha persona no haya sido autorizada a conservar su nacionalidad de origen a consecuencia de la adquisición de una nacionalidad extranjera.

En estas circunstancias, el Bundesverwaltungsgericht decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

“¿Es incompatible el Derecho comunitario con la consecuencia jurídica de la pérdida de la ciudadanía de la Unión Europea (y de los derechos y libertades fundamentales correspondientes), derivada del hecho de que la revocación, en sí conforme al ordenamiento jurídico nacional (alemán), de una naturalización en un Estado miembro [la República Federal de Alemania] obtenida mediante fraude doloso, conduce a la condición de apátrida de la persona afectada debido a que, como sucede en el caso del demandante [en el asunto principal], no recupera la nacionalidad [de otro Estado miembro (la República de Austria)] que tenía inicialmente en virtud de las disposiciones aplicables de la normativa [de este último]?”

“En caso de respuesta afirmativa [...]: ¿Debe el Estado miembro [...] que ha naturalizado a un ciudadano de la Unión Europea y pretende revocar [esta] naturalización [porque ha sido] obtenida fraudulentamente, renunciar a hacerlo si dicha revocación [...] tiene como consecuencia la pérdida de la ciudadanía de la Unión (y de los derechos y libertades fundamentales correspondientes), o bien debe el Estado miembro de la nacionalidad inicial [...], para ajustarse al Derecho comunitario, interpretar, aplicar o incluso adaptar su Derecho interno de tal manera que no se produzca dicha consecuencia jurídica?»

Agotado los trámites de rigor el Tribunal de Justicia de la Unión se pronunció de la siguiente manera, donde hemos identificado los principios e instituciones jurídicas utilizadas por el órgano de competencia:

- ✓ El reconocimiento a la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad función del Derecho de la Unión, y respecto del Derecho Nacional.

“(…) A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente se interroga en esencia sobre la reserva formulada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia citada en el apartado 45 de la presente sentencia, según la cual los Estados miembros, en el ejercicio de su competencia en materia de nacionalidad, deben respetar el Derecho de la Unión, y

sobre las consecuencias de esta reserva en una situación como la examinada en el asunto principal.

La reserva según la cual debe respetarse el Derecho de la Unión no menoscaba el principio de Derecho internacional ya reconocido por el Tribunal de Justicia, y recordado en el apartado 39 de la presente sentencia, según el cual los Estados miembros son competentes para determinar los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad, pero consagra el principio según el cual, cuando se trata de ciudadanos de la Unión, el ejercicio de esta competencia, en la medida en que afecte a los derechos conferidos y protegidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, como ocurre en particular en el caso de una decisión revocatoria de la naturalización como la del asunto principal, puede ser sometido a un control jurisdiccional realizado en función del Derecho de la Unión. (...)

(...) No obstante, tal como han alegado varios Gobiernos que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia, cuando una decisión revocatoria de la naturalización como la del asunto principal se basa en el fraude cometido por el interesado en el marco del procedimiento de adquisición de la nacionalidad de que se trata, tal decisión podría ajustarse al Derecho de la Unión.

En efecto, una decisión por la que se revoca la naturalización debido a maniobras fraudulentas corresponde a un motivo de interés general. A este respecto, es legítimo que un Estado miembro quiera proteger la relación especial de solidaridad y de lealtad entre él mismo y sus nacionales, así como la reciprocidad de derechos y deberes, que son el fundamento del vínculo de nacionalidad. (...)

(...) Estas consideraciones sobre la legitimidad, en principio, de una decisión por la que se revoca la naturalización a causa de maniobras fraudulentas siguen siendo inicialmente válidas cuando tal revocación tiene como consecuencia que la persona afectada pierda, además de la nacionalidad del Estado miembro de naturalización, la ciudadanía de la Unión.

No obstante, en tal supuesto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si la decisión revocatoria de que se trata en el asunto principal respeta el principio de proporcionalidad en cuanto a las consecuencias que implica para la situación de la persona afectada en función del Derecho de la Unión, además del examen, en su caso, de la proporcionalidad de esta decisión en función del Derecho nacional.

Por tanto, habida cuenta de la importancia que el Derecho primario otorga al estatuto de ciudadano de la Unión, al examinar una decisión por la que se revoca la naturalización es preciso tomar en consideración las eventuales consecuencias que esta decisión acarrea para el interesado y, en su caso, para los miembros de su familia en

lo que atañe a la pérdida de los derechos de que goza todo ciudadano de la Unión. A este respecto, debe comprobarse, en particular, si esta pérdida está justificada en relación con la gravedad de la infracción cometida por el afectado, con el tiempo transcurrido entre la decisión de naturalización y la decisión revocatoria, así como con la posibilidad de que el interesado recupere su nacionalidad de origen.

En lo que atañe más concretamente a este último aspecto, un Estado miembro cuya nacionalidad se ha adquirido de manera fraudulenta no puede considerarse obligado, con arreglo al artículo 17 CE, a abstenerse de revocar la naturalización por la mera circunstancia de que el interesado no ha recuperado la nacionalidad de su Estado miembro de origen.

No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si, a la luz del conjunto de circunstancias pertinentes, el respeto del principio de proporcionalidad exige que, *antes de que se haga efectiva tal decisión revocatoria de la naturalización, se conceda al interesado un plazo razonable para que pueda intentar recuperar la nacionalidad de su Estado miembro de origen.*

Habida cuenta de lo anterior, procede responder a la primera cuestión y a la primera parte de la segunda cuestión que el Derecho de la Unión, en particular el artículo 17 CE, no se opone a que un Estado miembro le revoque a un ciudadano de la Unión la nacionalidad de dicho Estado miembro adquirida mediante naturalización cuando ésta se ha obtenido de modo fraudulento, *a condición de que esta decisión revocatoria respete el principio de proporcionalidad.*

- ✓ Facultad inhibitoria del Tribunal de Justicia Europeo frente a decisiones no adoptadas, o pendientes de adquirir firmeza jurídica por parte de los Estados miembros objetos de acción judicial.

“Mediante la segunda parte de la segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si, cuando un ciudadano de la Unión que se encuentra en una situación como la del demandante en el asunto principal se enfrenta a una decisión revocatoria de la naturalización por la que corre el riesgo de perder su estatuto de ciudadano de la Unión, el Derecho de la Unión, y en particular el artículo 17 CE, debe interpretarse en el sentido de que el Estado miembro de cuya nacionalidad era titular en origen tiene la obligación de interpretar su normativa nacional de manera que se evite esta pérdida permitiéndole recuperar esta nacionalidad.

En el presente caso, es preciso señalar que la revocación de la naturalización obtenida por el demandante en el asunto principal en Alemania *no es aún firme* y que el Estado miembro de cuya

nacionalidad era titular en origen, es decir, la República de Austria, no ha adoptado ninguna decisión respecto a su estatuto

En el marco de la presente remisión prejudicial, es preciso recordar que los principios derivados de la presente sentencia en cuanto a la competencia de los Estados miembros en materia de nacionalidad así como su obligación de ejercer esta competencia respetando el Derecho de la Unión se aplican tanto al Estado miembro de naturalización como al Estado miembro de la nacionalidad de origen.

No obstante, el Tribunal de Justicia *no puede pronunciarse sobre la cuestión de si el Derecho de la Unión se opone a una decisión que aún no se ha adoptado*. Tal como alegó el Gobierno austriaco en la vista, corresponderá eventualmente a las autoridades austriacas adoptar una decisión sobre la cuestión de si el demandante en el asunto principal recupera su nacionalidad de origen y, en su caso, *será competencia de los órganos jurisdiccionales austriacos* apreciar su regularidad, cuando se tome tal decisión, a la luz de los principios derivados de la presente sentencia.

Habida cuenta de lo anterior, no procede pronunciarse, en el marco de la presente remisión prejudicial, sobre la segunda parte de la segunda cuestión.

(...)

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

“El Derecho de la Unión, en particular el artículo 17 CE, no se opone a que un Estado miembro le revoque a un ciudadano de la Unión la nacionalidad de dicho Estado miembro adquirida mediante naturalización cuando ésta se ha obtenido de modo fraudulento, a condición de que esta decisión revocatoria respete el principio de proporcionalidad”.

El precedente jurisprudencial, analizado configura un perfecto ejemplo del desarrollo de la interpretación constitucional del Tribunal, acudiendo al reconocimiento y aplicación *teorías de la ponderación* (balancing). En el contexto europeo, el principio de proporcionalidad nace en el derecho alemán⁴¹³ y es reconocido en 1970 por la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas⁴¹⁴, dando inicio a un diálogo con los jueces de los

⁴¹³ En Alemania ya se aplicaba por la Suprema Corte Administrativa Prusiana, especialmente a partir de la decisión «Kreuzberg» del 14 de junio de 1882. GALETTA Diana Urania, «Le principe de proportionnalité », en *Traité de droit administratif européen*, segunda edición, bajo la dirección de Jean-Bernard AUBY y otros. Colección «Droit Administratif», Bruylant, 2014, pp. 501

⁴¹⁴ En la decisión “Internationale Handelsgesellschaft mbH”. Asunto 11/70. Sentencia del 17 de diciembre de 1970.

Estados miembros, quienes poco a poco introducen este principio en su jurisprudencia interna buscando garantizar los derechos y libertades así como el control al exceso de poder en las decisiones administrativas discrecionales⁴¹⁵.

Desde que se produce el reconocimiento formal del principio de proporcionalidad en el derecho de la Unión Europea – UE -⁴¹⁶ éste se ha venido aplicando en casi todos los ámbitos de su competencia⁴¹⁷. A pesar de que no hay consenso sobre su forma definitiva⁴¹⁸, es posible constatar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE-, al realizar el control de proporcionalidad sobre las decisiones de los Estados miembros, verifica la existencia de al menos una de las siguientes condiciones: i) La medida es adecuada en relación con el objetivo asignado por su autor, ii) la medida es necesaria en el sentido que no debe existir otra alternativa más eficaz y menos restrictiva de los derechos e intereses en conflicto que la medida que ha sido tomada y iii) La medida es proporcional en stricto sensu o encuentra un « justo equilibrio » entre los intereses opuestos en el caso bajo estudio.

De esta forma la *interpretación constitucional de los derechos* continua siendo en la actualidad el más grande desafío para los jueces del Tribunal de Justicia de la Unión, dentro retos del *constitucionalismo democrático*. Tal y como lo estudia Martínez Dalmau⁴¹⁹, durante las últimas décadas, a raíz de los estudios sobre la concepción de los derechos como principios, las teorías de la ponderación han contado con un desarrollo extraordinario. Asimismo, estas teorías derivaron del pensamiento constitucional alemán y la doctrina del contenido esencial. El reconocimiento del conflicto de

⁴¹⁵ Es un principio reconocido en varios países de la Unión Europea: Alemania, Francia, Bélgica, Italia, Dinamarca, Grecia, Gran Bretaña, Luxemburgo, Países bajos y España. Al respecto, ver SCHWARZE J., «Le principe de proportionnalité », en AUBY Jean-Bernard (éd.) *Le droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, segunda edición, «Collection Droit Administratif», pp. 722-747

⁴¹⁶ En el Artículo 5 del Tratado de Masstricht, 1992, en el protocolo 2 del Tratado de Amsterdam que entró en vigor en 1999. Finalmente en el parágrafo 4 del Art. 5 del Tratado de Lisboa que entró en vigor en 2009.

⁴¹⁷ En la organización de mercados agrícolas, la libre circulación de mercancías, el comercio exterior, la libre circulación de personas, la libertad en la prestación de los servicios de establecimiento, el derecho de la competencia, el tratado CECA y el derecho de la función pública. SCHWARZE Jürgen, «Le principe de proportionnalité», en AUBY Jean-Bernard (éd.) *Le droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, segunda edición, «Collection Droit Administratif», pp. 721-911.

⁴¹⁸ Para TORINGE H., el análisis de proporcionalidad realizado por el TJUE puede variar según el caso modelo de que se trate. HARBO Tor-Inge, «The function of proportionality analysis in European Law», Boston, Brill Nijhoff, volume 8, 2015, pp. 60. Para DIANA GALETTA, el desarrollo del principio de proporcionalidad se caracteriza por una tensión interna que aún no está resuelta. *Óp. cit.*, pp. 519.

⁴¹⁹ MARTÍNEZ DALMAU R., «problemas actuales sobre la interpretación constitucional de los derechos». *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México*. Año X, No. 37 enero - junio de 2016, pp. 129-154. Disponible en <https://www.revistaius.com>.

derechos y la necesidad de mejorar el proceso de *argumentación* han causado que teóricos de todo el mundo, así como importantes tribunales con funciones de máxima interpretación de la Constitución, presten un interés inusitado a la ponderación *como medio de efectividad de los derechos*, por lo general *estructurados constitucionalmente como principios*. Los principios consiguen su máxima efectividad a través de la ponderación, frente a las reglas que requieren la aplicación del silogismo de la subsunción⁴²⁰.

Nos aclara Bernal Pulido⁴²¹, que la relación entre *interpretación y ponderación* es directa y se presupone, aunque estrictamente la ponderación esté al servicio de la categoría más general de interpretación. Como afirma Carpio, al analizar las relaciones entre *interpretación y balancing*, inmediatamente se observa que el uno presupone al otro, y viceversa. La interpretación, en efecto, recae sobre una disposición constitucional. La ponderación (actividad), en cambio, sobre intereses o bienes que esas disposiciones contienen. En un caso de colisión entre derechos fundamentales, habitualmente se parte de identificar los bienes o intereses en conflicto (balancing actividad); se realiza la interpretación de las disposiciones que los reconocen (interpretación); se advierten las circunstancias del caso y, luego, se procede a realizar el balanceamiento de los intereses, a fin de brindar una solución al caso (balancing producto).²³ La piedra de toque para la realización efectiva de la ponderación sería el principio de proporcionalidad. Antecedentes, diafamente se han observado en la providencia examinada.

Como lo ilustra y lo define el caso Alexy⁴²², hay dos posturas ante la conexión entre los derechos fundamentales y el análisis de proporcionalidad: la de quienes afirman la existencia de algún tipo de conexión (tesis de necesidad) y la de quienes niegan esta necesidad (tesis de contingencia). La tesis de necesidad se basa en la conocida distinción entre reglas y principios, se fundamenta en que las reglas son mandatos

⁴²⁰ En términos de Bernal: en el mundo jurídico global se acepta cada día más la tesis de que los sistemas jurídicos modernos están compuestos por dos tipos básicos de normas: las reglas y los principios. Estos dos tipos de normas se aplican por medio de dos procedimientos diversos: la subsunción y la ponderación. Mientras las reglas se aplican por medio de la sub sunción, los principios se aplican mediante la ponderación. Por este motivo, la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial, para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales. Bernal Pulido, Carlos. “La racionalidad de la ponderación”, en Revista Española de Derecho Constitucional, No. 77, mayo-agosto de 2006, pp. 51-52.

⁴²¹ BERNAL PULIDO C., “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador.” Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 126.

⁴²² ALEXY R., “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, en Revista Española de Derecho Constitucional, No. 91, enero-abril de 2011, pp. 11-29.

definitivos que se aplican a través de la subsunción. Mientras, los principios son mandatos de optimización que se aplican a través de la ponderación. La ponderación requeriría obligatoriamente de una relación entre la teoría de los principios y el principio de proporcionalidad, por cuanto sería la proporcionalidad la que daría sentido a la optimización del principio.

Finalmente, es conveniente referirnos sobre la racionalidad o no racionalidad de la ponderación. En el fondo del debate se sitúa la impresión, casi certeza, de que ninguna fórmula lógica podrá ofrecer una única solución a cada caso concreto, y que cuando se trata de ponderar, permanece cierto margen de discrecionalidad del juez, incluso la doctrina más seria reconoce que este margen es relativamente amplio⁴²³. En ese horizonte, Bernal Pulido Bernal, después de proponer un modelo más completo y complejo que la fórmula del peso, concluye:

“Debe reconocerse que la complejidad del modelo deriva de que la aplicación de los principios es en sí misma un procedimiento altamente complejo. Más allá de ello, es preciso enfatizar que la fórmula del peso no es un procedimiento algorítmico que pueda ofrecer a cada caso una única respuesta correcta. Por el contrario, este modelo de ponderación reconoce sus propios límites de racionalidad y abre al juez un margen de deliberación en el que su ideología y sus apreciaciones juegan el papel determinante. No obstante, este hecho no reduce la racionalidad ni la utilidad de la fórmula del peso⁴²⁴”.

- ❖ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 14 de noviembre de 2017. Toufik Lounes y Secretary of State for the Home Department. En el asunto C-165/16⁴²⁵.

El trámite tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la High Court of Justice (England & Wales), Queen’s Bench Division (Administrative Court) [Tribunal Superior de Justicia (Inglaterra y País de Gales), Queen’s Bench Division (Sala de lo Contencioso-Administrativo), Reino Unido], mediante resolución de 8 de marzo de 2016, recibida en el Tribunal de Justicia el 21 de marzo de 2016, en el procedimiento entre Toufik Lounes y Secretary of State for the Home Department.

⁴²³ Recomendamos ver PRIETO SANCHÍS L., “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, No. 5, 2001, pp. 222.

⁴²⁴ BERNAL PULIDO C., “La racionalidad de la ponderación”. Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones jurídicas 2015, pp. 73-86. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam> .

⁴²⁵ Tribunal de Justicia Europeo. Sentencia. (Gran Sala) de 14 de noviembre de 2017. Toufik Lounesy Secretary of State for the Home Department. En el asunto C 165/16. Disponible en <http://curia.europa.eu>.

La petición fue tramitada en el contexto de un litigio entre el Sr. Toufik Lounes y el Secretary of State for the Home Department (Ministro del Interior, Reino Unido) en relación con *la denegación de la expedición de un permiso de residencia al interesado*, que se concretan a los siguientes antecedentes:

- En septiembre de 1996, la Sra. Ormazabal, de nacionalidad española, se trasladó al Reino Unido para cursar estudios. Desde esa época residía en este país, donde trabajaba a tiempo completo desde el mes de septiembre de 2004. Para el 12 de agosto de 2009, adquirió la nacionalidad británica por naturalización, y le fue expedido un pasaporte británico, conservando al mismo tiempo la nacionalidad española.
- En 2013, comenzó una relación con el Sr. Lounes, de nacionalidad argelina, que había entrado en el Reino Unido el 20 de enero de 2010 con un visado de *residencia temporal* de seis meses de vigencia y que, transcurrido ese período, permanecía de forma ilegal en el territorio británico. La Sra. Ormazabal y el Sr. Lounes contrajeron matrimonio religioso el 1 de enero de 2014 y matrimonio civil en Londres (Reino Unido) el 16 de mayo de 2014. El matrimonio estableció su residencia desde entonces en el Reino Unido.
- El 15 de abril de 2014, el Sr. Lounes elevó solicitud formal al Ministro del Interior un permiso de residencia como miembro de la familia de un nacional del EEE, en virtud del Reglamento de 2006. El 14 de mayo del mismo año, el Sr. Lounes recibió una notificación *a persona susceptible de ser expulsada*, acompañada de una *decisión de expulsión* del Reino Unido, por haber sobrepasado la duración de la estancia autorizada en este Estado infringiendo los controles en materia de inmigración. Luego, mediante escrito de 22 de mayo de 2014, el Ministro del Interior informó al Sr. Lounes de su decisión de denegar la solicitud de permiso de residencia de este último y de los motivos de tal denegación. Este pronunciamiento oficial, indicaba esencialmente que, como consecuencia de la modificación del artículo 2 del Reglamento de 2006 por los Reglamentos 2012/1547 y 2012/2560, ya no se consideraba a la Sra. Ormazabal «nacional del EEE» en el sentido del primer Reglamento, *puesto que ésta había adquirido la nacionalidad británica el 12 de agosto de 2009*, aunque conservara al mismo tiempo la nacionalidad española. Por lo tanto, *ya no disponía de los derechos conferidos por dicho Reglamento y por la Directiva 2004/38 en el Reino Unido*. Por consiguiente, el Sr. Lounes no podía obtener un permiso de residencia como miembro de la familia de un nacional del EEE en virtud de ese mismo Reglamento.

- De los alcances de la resolución de remisión anterior, se desprende en efecto que, antes de esa modificación, los ciudadanos británicos que también tenían la nacionalidad de un Estado del EEE, como la Sra. Ormazabal, eran considerados, a diferencia de quienes no poseían doble nacionalidad, *nacionales del EEE* en el sentido del artículo 2 del Reglamento de 2006 y podían, por lo tanto, *ampararse en los derechos conferidos por este Reglamento*. Sin embargo, a partir de dicha modificación, *esos ciudadanos ya no son considerados nacionales del EEE y, por ende, ya no disfrutan de tales derechos*, de modo que los miembros de sus familias que sean nacionales de un tercer Estado tampoco pueden invocar un derecho de residencia en el Reino Unido en esa condición⁴²⁶.
- Con estos argumentos, el tribunal remitente se pregunta esencialmente si, como sostiene el Ministro del Interior, la Sra. Ormazabal perdió el beneficio de la Directiva 2004/38 en el Reino Unido a partir de la fecha en que adquirió la nacionalidad de ese Estado miembro, *o bien si, como aduce el Sr. Lounes, la Sra. Ormazabal, aunque haya obtenido la nacionalidad británica, debe seguir siendo considerada «beneficiaria» de la mencionada Directiva*, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de ésta, y puede seguir invocando en ese mismo Estado miembro los derechos garantizados por dicha Directiva, habida cuenta de que ha conservado la nacionalidad española. En el *primer supuesto*, el Sr. Lounes no podría beneficiarse en el Reino Unido de un derecho de residencia derivado en su condición de miembro de la familia de un ciudadano de la Unión en virtud de la misma Directiva, mientras que, en el *segundo supuesto*, podría disfrutar de tal derecho. El tribunal remitente se cuestiona también, si la respuesta a este asunto podría diferir en función de que la Sra. Ormazabal hubiese adquirido un derecho de residencia

⁴²⁶ Conforme se observa del texto literal de esta sentencia, el Sr. Lounes interpuso ante el tribunal remitente un recurso contra la decisión de 22 de mayo de 2014 a la que se ha hecho referencia en el apartado 19 de la presente sentencia. Dicho tribunal alberga dudas sobre la compatibilidad de la citada decisión y del artículo 2 del Reglamento de 2006, en su versión modificada por los Reglamentos 2012/1547 y 2012/2560, con el artículo 21 TFUE y la Directiva 2004/38. A este respecto, señala que, según la nota explicativa relativa al Reglamento 2012/1547 y la exposición de motivos de este Reglamento y del Reglamento 2012/2560, la modificación de dicho artículo 2 está originada por la sentencia de 5 de mayo de 2011, McCarthy (C-434/09, EU:C:2011:277), en la que el Tribunal de Justicia estimó que la Directiva 2004/38 no es aplicable a un ciudadano de la Unión que nunca ha hecho uso de su derecho de libre circulación, que siempre ha residido en un Estado miembro cuya nacionalidad posee y que tiene además la nacionalidad de otro Estado miembro. Sin embargo, en el presente asunto, no se cuestiona que, antes de obtener la nacionalidad británica, la Sra. Ormazabal hizo uso de su libertad de circulación y adquirió un derecho de residencia en el Reino Unido como nacional española en virtud de dicha Directiva.

permanente en el Reino Unido en virtud del artículo 16 de la Directiva 2004/38 antes de obtener la nacionalidad británica o de que únicamente disfrutase en aquel momento de un derecho de residencia de más de tres meses en virtud del artículo 7 de esta Directiva. Efectivamente, según el tribunal remitente, el tipo de derecho de residencia de que gozaba la Sra. Ormazabal antes de su naturalización es objeto de discusión entre las partes del litigio principal y está aún por determinar.

- En estas circunstancias, la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) [Tribunal Superior de Justicia (Inglaterra y País de Gales), Queen's Bench Division (Sala de lo Contencioso-Administrativo), Reino Unido], decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«Si una nacional española y ciudadana de la Unión:

– Se traslada al Reino Unido haciendo uso de su derecho a la libre circulación en virtud de la Directiva [2004/38];

– Reside en el Reino Unido ejerciendo [el] derecho establecido en el artículo 7 o en el artículo 16 de la Directiva [2004/38];

– Posteriormente adquiere la nacionalidad británica, que ostenta con carácter adicional a la nacionalidad española, teniendo pues doble nacionalidad, y

– Varios años después de adquirir la nacionalidad británica, contrae matrimonio con un nacional de un tercer [Estado] con quien reside en el Reino Unido,

¿Son ella y su cónyuge beneficiarios de la Directiva [2004/38], en el sentido [del] artículo 3, apartado 1, [de ésta,] mientras [ella] siga residiendo en el Reino Unido y ostentando tanto la nacionalidad española como la británica

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asumió el trámite y solución del asunto sometido a consideración textualmente de la siguiente forma:

“(…) Sobre la interpretación de la Directiva 2004/38

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la Directiva 2004/38 pretende facilitar *el ejercicio del derecho fundamental e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados*

miembros, directamente conferido a los ciudadanos de la Unión por el artículo

TFUE, apartado 1, y reforzar ese derecho. El considerando 5 de esta Directiva pone de relieve que dicho derecho, para que pueda ejercerse en condiciones objetivas de dignidad, debe serle reconocido también a los miembros de las familias de esos ciudadanos, *cualquiera que sea su nacionalidad* (sentencia de 18 de diciembre de 2014, McCarthy y otros, C-202/13, EU: C: 2014:2450, apartados 31 y 33 y jurisprudencia citada).

Sin embargo, dicha Directiva *no otorga ningún derecho autónomo a los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que sean nacionales de un tercer Estado*. Por lo tanto, los eventuales derechos que confiera a esos nacionales esta misma Directiva son derechos derivados de aquellos de los que disfruta el ciudadano de la Unión de que se trate por el hecho de ejercer su libertad de circulación (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de diciembre de 2014, McCarthy y otros, C-202/13, EU: C: 2014:2450, apartado 34 y jurisprudencia citada).

Ahora bien, tal como el Tribunal de Justicia ha declarado en varias ocasiones, de una interpretación literal, sistemática y teleológica de las disposiciones de la Directiva 2004/38 resulta que ésta únicamente regula los requisitos de entrada y residencia de un ciudadano de la Unión en Estados miembros distintos del de su nacionalidad *y no puede dar soporte a un derecho de residencia derivado en favor de los nacionales de terceros Estados*, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, en el Estado miembro del que éste es nacional (véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de marzo de 2014, O. y B., C-456/12, EU:C:2014:135, apartado 37, y de 10 de mayo de 2017, Chávez-Vílchez y otros, C-133/15, EU:C:2017:354, apartado 53).

En efecto, en primer lugar, del tenor del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva se desprende que quedan comprendidos en su ámbito de aplicación y son beneficiarios de los derechos que ésta confiere los ciudadanos de la Unión que se trasladen a, o residan en, un «Estado miembro distinto del Estado del que tengan la nacionalidad», así como los miembros de sus familias, tal como se definen en el artículo 2, punto 2, de dicha Directiva, que los acompañen o se reúnan con ellos (sentencia de 12 de marzo de 2014, O. y B., C-456/12, EU:C:2014:135, apartado 38).

En segundo lugar, las demás disposiciones de la Directiva 2004/38, en particular sus artículos 6, 7, apartados 1 y 2, y 16, apartados 1 y 2, se refieren al derecho de residencia de un ciudadano de la Unión y al *derecho de residencia* derivado de los miembros de su familia, ya

sea en «otro Estado miembro» o en el «Estado miembro de acogida» (sentencia de 12 de marzo de 2014, O. y B., C-456/12, EU:C:2014:135, apartado 40 y jurisprudencia citada).

En tercer lugar, si bien es cierto que, como se ha expuesto en el apartado 31 de la presente sentencia, la mencionada Directiva pretende facilitar y reforzar el ejercicio del derecho de los ciudadanos de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, no es menos cierto que *su objeto se refiere a las condiciones de ejercicio de ese derecho, como resulta de su artículo 1, letra a)* (sentencias de 5 de mayo de 2011, McCarthy, C-434/09, EU:C:2011:277, apartado 33, y de 12 de marzo de 2014, O. y B., C-456/12, EU:C:2014:135, apartado 41).

Así, el Tribunal de Justicia ha declarado que, en la medida en que, en virtud de un principio de Derecho internacional, un Estado miembro no puede negar a sus propios nacionales el derecho a entrar en su territorio y a residir en él y éstos disfrutan por lo tanto en dicho Estado de un *derecho de residencia incondicionado*, la Directiva 2004/38 no pretende regular la residencia de un ciudadano de la Unión en un Estado miembro del que es nacional. Por consiguiente, habida cuenta de la jurisprudencia indicada en el apartado 32 de la presente sentencia, tampoco pretende conferir, en el territorio de ese mismo Estado miembro, un derecho de residencia derivado a los miembros de la familia de ese ciudadano, nacionales de un tercer Estado (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de mayo de 2011, McCarthy, C-434/09, EU:C:2011:277, apartados 29, 34 y 42, y de 12 de marzo de 2014, O. y B., C-456/12, EU:C:2014:135, apartados 42 y 43).

En el presente asunto, es manifiesto que, cuando dejó España para dirigirse al Reino Unido en 1996, la Sra. Ormazabal, de nacionalidad española, ejerció su libertad de circulación al trasladarse a un Estado miembro distinto de aquel del que era nacional y residir en él. Tampoco se discute que tenía la calidad de «beneficiario» de la Directiva 2004/38, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de ésta, y que residía en el Reino Unido en virtud del artículo 7, apartado 1, o — como parece admitir, por lo demás, el Gobierno del Reino Unido— del artículo 16, apartado 1, de esta Directiva, al menos hasta que adquirió la nacionalidad británica por naturalización.

Sin embargo, tal como señaló el Abogado General en los puntos 48 y 63 de sus conclusiones, la adquisición de esta nacionalidad entrañó un cambio de régimen jurídico para la Sra. Ormazabal, a la luz tanto del Derecho nacional como de dicha Directiva.

Efectivamente, la Sra. Ormazabal reside, desde entonces, en uno de los Estados miembros de los que es nacional y disfruta por lo tanto de un derecho de residencia incondicionado, de conformidad con el

principio de Derecho internacional mencionado en el apartado 37 de la presente sentencia.

De ello se desprende que, desde que adquirió la nacionalidad británica, por un lado, la Sra. Ormazabal ya no responde a la definición del concepto de «beneficiario», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/38, tal como se ha recordado en el apartado 34 de la presente sentencia. Por otro lado, habida cuenta de las consideraciones expuestas en los apartados 36 y 37 de la presente sentencia, dicha Directiva no regula ya la residencia de la Sra. Ormazabal en el Reino Unido, puesto que esta residencia es, por naturaleza, incondicionada.

En estas circunstancias, procede considerar que la Directiva 2004/38 no es aplicable a la situación de la Sra. Ormazabal desde que ésta fue naturalizada en el Reino Unido.

Esta conclusión no puede verse cuestionada por la circunstancia de que la Sra. Ormazabal haya hecho uso de su libertad de circulación al trasladarse al Reino Unido y residir en él y de que haya conservado la nacionalidad española además de la británica, ya que, pese a esa doble circunstancia, desde que adquirió esta última nacionalidad, la Sra. Ormazabal ya no reside en un «Estado miembro distinto del Estado del que [tiene] la nacionalidad», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva, y, por consiguiente, ya no está incluida en el concepto de «beneficiario» de dicha Directiva, en el sentido de esta disposición.

Habida cuenta de la jurisprudencia indicada en los apartados 32 y 37 de la presente sentencia, su cónyuge, el Sr. Lounes, nacional de un tercer Estado, tampoco está incluido en ese concepto y no puede, por lo tanto, disfrutar de un derecho de residencia derivado en el Reino Unido sobre la base de esa misma Directiva. (...)"

“Sobre la interpretación del artículo 21 TFUE, apartado 1

Dado que la Directiva 2004/38 no puede fundamentar un derecho de residencia derivado en favor de un nacional de un tercer Estado en una situación como la del Sr. Lounes, es preciso determinar si, no obstante, tal derecho de residencia puede inferirse de las disposiciones del Tratado FUE relativas a la ciudadanía de la Unión, en particular del artículo 21 TFUE, apartado 1, que confiere a todo ciudadano de la Unión el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados.

En efecto, debe recordarse que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en determinados casos, los nacionales de terceros Estados, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, que no podían

disfrutar, en virtud de las disposiciones de la Directiva 2004/38, de un derecho de residencia derivado en el Estado miembro del que ese ciudadano era nacional, podían no obstante disponer de tal derecho sobre la base del artículo 21 TFUE, apartado 1 (véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de marzo de 2014, O. y B., C-456/12, EU:C:2014:135, apartados 44 a 50, y de 10 de mayo de 2017, Chávez-Vílchez y otros, C-133/15, EU:C:2017:354, apartado 54). (...)

(...) Así, un derecho de residencia derivado en favor de un nacional de un tercer Estado, miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, sólo existe, en principio, cuando sea necesario para garantizar el ejercicio efectivo por parte de ese ciudadano de su libertad de circulación. *La finalidad y la justificación de tal derecho derivado* se basan por tanto en la consideración de que no reconocerlo puede suponer un menoscabo, en particular, de esa libertad y del ejercicio y efecto útil de los derechos que el ciudadano de la Unión de que se trate tiene en virtud del artículo 21 TFUE, apartado 1 (véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de noviembre de 2012, Iida, C-40/11, EU:C:2012:691, apartado 68; de 12 de marzo de 2014, O. y B., C-456/12, EU:C:2014:135, apartado 45, y de 13 de septiembre de 2016, Rendón Marín, C-165/14, EU:C:2016:675, apartados 36 y 73).

En el presente asunto, procede señalar que, contrariamente a lo alegado en esencia por el Gobierno del Reino Unido, la situación de un nacional de un Estado miembro, como la Sra. Ormazabal, que ha ejercido su libertad de circulación al trasladarse al territorio de otro Estado miembro y residir legalmente en él, no puede equipararse a una situación puramente interna por el mero hecho de que ese nacional, durante su residencia, haya adquirido la nacionalidad del Estado miembro de acogida además de su nacionalidad de origen.

En efecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que existe un vínculo con el Derecho de la Unión en el caso de las personas que son nacionales de un Estado miembro y residen legalmente en el territorio de otro Estado miembro del que también son nacionales (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de junio de 2017, Freitag, C-541/15, EU: C: 2017:432, apartado 34).

Por lo tanto, la Sra. Ormazabal, que es nacional de dos Estados miembros y, en su condición de ciudadana de la Unión, ha ejercido su libertad de circulación y de residencia en un Estado miembro distinto de su Estado miembro de origen, puede invocar los derechos inherentes a dicha condición, en particular los contemplados en el artículo 21 TFUE, apartado 1, también en relación con uno de esos dos Estados miembros.

Los derechos reconocidos a los nacionales de los Estados miembros por esta disposición incluyen el de llevar una vida familiar normal en

el Estado miembro de acogida, disfrutando de la presencia a su lado de los miembros de sus familias (véase, por analogía, la sentencia de 25 de julio de 2008, Metock y otros, C-127/08, EU: C: 2008:449, apartado 62).

El hecho de que un nacional de un Estado miembro, que se ha trasladado a otro Estado miembro y reside en él, adquiriera posteriormente la nacionalidad de este último Estado miembro además de su nacionalidad de origen no puede implicar que se le prive de ese derecho, si no se quiere menoscabar el efecto útil del artículo 21 TFUE, apartado 1. (...)

(...) La consecuencia sería, además, que un ciudadano de la Unión que ha ejercido su libertad de circulación y ha adquirido la nacionalidad del Estado miembro de acogida además de su nacionalidad de origen *se vería tratado, en lo que a su vida familiar se refiere, menos favorablemente que un ciudadano de la Unión que hubiera ejercido también esa libertad pero sólo poseyera su nacionalidad de origen.* De este modo, los derechos conferidos a un ciudadano de la Unión en el Estado miembro de acogida, en particular el de mantener una vida familiar con un nacional de un tercer Estado, irían reduciéndose a medida que ese ciudadano fuera integrándose en la sociedad de dicho Estado miembro y en función del número de nacionalidades de que dispusiera.

De las anteriores consideraciones se desprende que el efecto útil de los derechos que el artículo 21 TFUE, apartado 1, confiere a los ciudadanos de la Unión exige que un ciudadano que se encuentre en una situación como la de la Sra. Ormazabal pueda seguir disfrutando, en el Estado miembro de acogida, de los derechos dimanantes de dicha disposición tras haber adquirido la nacionalidad de ese Estado miembro además de su nacionalidad de origen y, en particular, pueda desarrollar una vida familiar con su cónyuge nacional de un tercer Estado, mediante la concesión a éste de un derecho de residencia derivado.(...)”

El análisis de la citada jurisprudencia, es una muestra fidedigna de lo que nuestro criterio la evolución de Sentido y límites de las reglas sobre *la interpretación constitucional en un proceso de integración supranacional*, como un proceso complejo que sólo puede desarrollarse en toda su extensión en los casos concretos. Los alcances de esta realidad parten de la propia interpretación del artículo 52 numeral 2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que en su texto establece:

“Alcance de los derechos garantizados

(...)

2. Los derechos reconocidos por la presente Carta que tienen su fundamento en los Tratados comunitarios o en el Tratado de la Unión Europea se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos. (...)

Según lo analiza Escobar Roca⁴²⁷, el apartado transcrito de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tiene por finalidad recordar una regla básica de *interpretación sistemática*, que se habría impuesto en todo caso, sin necesidad de ser mencionada de forma explícita. Téngase en cuenta, sin embargo, que las posibilidades de *interpretación sistemática* son muchas más que las aludidas en el precepto; piénsese, por ejemplo, en el posible uso argumentativo de muchos objetivos y competencias mencionados en los Tratados, respectivamente como límites de los derechos o como habilitaciones para regularlos. A lo que el artículo 52.2 se refiere más bien es a la relación de las normas de reconocimiento de derechos de la CDF con las normas sobre derechos (que «mencionan» derechos fundamentales, según reza literalmente el precepto) incluidas en los Tratados, no con otras normas que, indirectamente, puedan incidir sobre ellos.

Lo dicho implica, como se observó en el desarrollo de la jurisprudencia revisada, en observaciones del mismo autor en cita, que algunos derechos fundamentales de la CDF son mencionados, directa o indirectamente, en los Tratados. Igualmente, muchos de los preceptos de estos contienen normas sobre derechos fundamentales, relacionadas, en su mayoría, con derechos sociales de la CDF. Tales normas de los Tratados pueden ser clasificadas como sigue: *normas reiterativas*, que no añaden nada a lo señalado por su correlativo en la CDF; normas que regulan determinadas formas de ejercicio del derecho fundamental; y normas que imponen determinadas políticas a los poderes públicos de la Unión, destinadas, al menos en parte, a hacer efectivos derechos sociales de la CDF.

Bajo la perspectiva, de todas estas normas sobre derechos de los Tratados se plantea la duda de si las mismas desplazan (tal y como podría quizás sugerir una lectura apresurada del art. 52.2) o no a las correlativas de la CDF y a las disposiciones generales del Título VII de la misma. En concepto de Escobar Roca⁴²⁸, la respuesta en ambos casos ha de ser negativa, pues entender lo contrario convertiría en mera retórica bastantes preceptos de la CDF. Así, por ejemplo, es evidente que la enunciación de determinados

⁴²⁷ Ver, ESCOBAR ROCA G., “Elementos de teoría de los derechos fundamentales de la unión europea”. Revista catalana de dret públic, núm. 37, 2008, pp. 373-416. Disponible en <http://revistes.eapc.gencat.cat>.

⁴²⁸ *Óp. cit.*, pp. 394 y ss.

elementos del contenido de un derecho en los Tratados no impide el reconocimiento de otros, o que la referencia a límites en los Tratados no cierra, para los derechos mencionados, la entrada en juego del artículo 52.1, y por tanto la posibilidad de límites diferentes. Como decíamos en un comienzo, el apartado que ahora comentamos no es más que un mero recordatorio de la regla de la interpretación sistemática, a la que hubiera llegado igualmente el intérprete acudiendo a las prácticas habituales de la dogmática.

Los derechos que son objeto de la regla interpretativa del artículo 52 son únicamente los que «corresponden a derechos garantizados» por el CEDH, en el sentido amplio que acabamos de atribuir a este término. Siguiendo el mandato del Consejo Europeo de Colonia (3 y 4 de junio de 1999), la CDF incluyó todos los derechos del CEDH y de sus Protocolos, pero también muchos otros. Consideramos que no resultaría difícil seleccionar qué derechos proceden del CEDH y cuáles no, pudiéndonos guiar, como instrumento auxiliar de la selección, por las Explicaciones del Praesidium, tanto al propio artículo 52 como a los artículos precedentes. De acuerdo con la interpretación del artículo 52.2 que hemos sostenido, la mención a un derecho en los Tratados no impide la aplicación de la regla interpretativa del artículo 52.3⁴²⁹.

Otras corrientes anotan que a este gran desafío de la evolución y desarrollo de la interpretación constitucional en la mancomunidad europea, se agrega la existencia en Europa de un triple nivel de protección jurisdiccional de los derechos humanos —a saber, el del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), el de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y el reconocido por las constituciones nacionales de los Estados miembros— ha planteado y sigue planteando importantes problemas de articulación de los que se ha ido ocupando la doctrina con atención creciente. Uno de los problemas más importantes ha sido el relativo al conflicto entre los *diferentes niveles de protección otorgados por esos distintos sistemas de derechos*.

¿Qué hacer, por ejemplo, cuando, al aplicar el Derecho de la Unión Europea, un derecho fundamental protegido por la CDFUE lo es en menor medida o con menor alcance que por la Constitución del Estado miembro? ¿Deben las autoridades nacionales aplicar con preferencia la protección más elevada de

⁴²⁹ *Óp. cit.* Artículo 52 Alcance de los derechos garantizados (...) 3. En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.

su Constitución, desplazando o corrigiendo en este punto el Derecho de la Unión Europea? ¿O deben, por el contrario, aplicar con carácter prevalente el Derecho de la Unión y desplazar las normas iusfundamentales nacionales? Se trata de una disyuntiva formulado en términos de conflicto, *fundamentalmente de conflicto entre ordenamientos*, y que no se soluciona sino con normas de conflicto, esto es, *normas específicamente previstas para dar solución a dicho conflicto* declarando cuál de los ordenamientos tiene preferencia y cuál de ellos ha de resultar desplazado por el otro. Este inconveniente, ha sido copiosamente tratado por la doctrina en los últimos años, y resuelto por el momento a raíz del conocido asunto *Melloni*⁴³⁰.

Para abordar los alcances y antecedentes jurisprudenciales de la sentencia *Melloni*⁴³¹, estudio que se hace indispensable para ampliar *el seguimiento a la evolución de la interpretación constitucional*, en el proceso de integración Supranacional de Europa. Es imprescindible, abordar algunas referencias históricas sobre el ordenamiento del Derecho Comunitario Europeo. Atendiendo, a las precisiones efectuadas por Ordóñez Solís⁴³², tenemos que el 5 de febrero de 1963 el Tribunal de Justicia Europeo con el objetivo de solucionar un litigio que enfrentaba a una empresa de transportes, *Van Gend & Loos*, con sede en Utrecht, y las autoridades aduaneras neerlandesas, se pronunció en Luxemburgo, en contra de la opinión del abogado general Karl Roemer, con esta frase: “El artículo 12 del

⁴³⁰ La producción bibliográfica sobre la protección multinivel de los derechos en Europa es ingente. Pueden citarse, por ejemplo, los trabajos de BILANCIA .P «Las nuevas fronteras de la protección multinivel de los derechos», Revista de Derecho Constitucional Europeo. Núm. 6, 2006, pp. 255-277; BOMBILLAR SÁENZ F.M. y PÉREZ MIRAS A. «El derecho a la protección de la salud desde una perspectiva multinivel y de derecho comparado», Revista Europea de Derechos Fundamentales Núm. 25, 2015, pp. 299-331; MUÑOZ MACHADO S. «Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación», Revista de Derecho Comunitario Europeo. Núm. 50, 2015; PÉREZ MANZANO M., «El Tribunal Constitucional español ante la tutela multinivel de derechos fundamentales en Europa. Sobre el ATC 86/2011, de 9 de junio», Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 95, 2012, pp. 311-345; y QUERALT JIMÉNEZ A., “La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional, CEPC, Madrid, 2008; T. DE LA QUADRA-SALCEDO J., «El papel del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios en un contexto de tutela multinivel de los derechos fundamentales», W.P. IDEIR Núm. 23, 2015; y Ruíz Miguel C. «Los derechos fundamentales constitucionales y los derechos humanos internacionales: su articulación normativa en España», Revista Europea de Derechos Fundamentales. Núm. 26, 2015.

⁴³¹ Tribunal Constitucional de España. Sentencia 26/2014, de 13 de febrero de 2014 Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.es>. Recurso de amparo 6922-2008. Promovido por don Stefano Melloni en relación con el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que acordó su entrega a las autoridades italianas para el cumplimiento de condena dictada por el Tribunal de apelación de Bolonia, en el marco de una orden europea de detención y entrega

⁴³² Ver, ORDÓÑEZ SOLÍS D., en “Comentario de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. Revista Europea de Derechos Fundamentales · segundo semestre. Núm 28, 2015, pp. 73-90. Disponible en <https://seguridadpublicasite.files.wordpress.com>.

Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea produce efectos directos genera en favor de los justiciables derechos individuales que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger”.

Este precedente, abrió la posibilidad de un nuevo ordenamiento en la Comunidad Europea, es decir en la esencia de este sistema jurídico, ya que a partir de ese momento los jueces nacionales tenían la facultad de indagar al Tribunal de Justicia a través del *reenvío prejudicial*, el objeto de interés de los ciudadanos, los derechos con los que pretenden ampararse los particulares. Si, por ejemplo, solo se hubiese establecido un recurso por incumplimiento dirigido contra los Estados miembros —corroborando una relación entre la Comisión o los Estados con los demás Estados miembros— probablemente el Derecho Comunitario, se encontraría estancado en la tradición del Derecho internacional.

La actividad judicial comentada, se vio aumentada para el año 2012 la mayor parte de los asuntos del Tribunal de Justicia provinieron de *reenvíos prejudiciales de los jueces nacionales*. El procedimiento, duró menos de 16 meses e incluso los procedimientos prejudiciales de urgencia se pudieron ventilar en menos de dos meses. Es entonces, como históricamente hemos evidenciado, apenas lógico que todo proceso *regional de integración económica* existe un sistema de solución de las controversias que surjan en su seno, pero sólo en los más avanzados se ha creado un órgano jurisdiccional, generalmente llamado Tribunal o Corte de Justicia, dotado con prerrogativas muy amplias, toda vez que generalmente puede anular los actos de sus órganos, constatar los incumplimientos de los Estados Partes, resolver en vía prejudicial las dudas acerca de la interpretación y, en su caso, la validez del ordenamiento de la organización, declarar la responsabilidad de la organización por los daños y perjuicios causados por las conductas de sus órganos, etcétera. El caso paradigmático es la Unión Europea (UE) y, en menor medida, la Comunidad Andina, el Sistema de Integración Centroamericano, la Comunidad del Caribe y el Mercado Común del Este y Sur de África, entre otros.

Así, en el marco de estos regímenes más perfeccionados juegan un rol esencial las llamadas cuestiones o *consultas prejudiciales*, esto es, *un instrumento procesal de colaboración* entre el órgano judicial de la organización y las jurisdicciones internas de sus países miembros que facilita que el derecho común tenga en todo momento y circunstancia el mismo efecto en todos sus Estados miembros, tal y como han puesto de relieve de forma reiterada sus tribunales de justicia.

Ha sido tan importante el aporte de la Unión Europea sobre este tema, que la *cuestión prejudicial comunitaria*, se ha constituido en precursora de los

mecanismos análogos que existen en otros *procesos de integración*, como las consultas prejudiciales andinas y centroamericanas y las cuestiones prejudiciales caribeñas y del sudeste africano.

Las cuestiones prejudiciales europeas están reguladas básicamente por el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁴³³, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009, cuyo tenor literal reproducimos a continuación:

“Artículo 267. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados: b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad”.

El artículo 267 se refiere genéricamente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que es una de sus instituciones (artículo 13 del Tratado de la Unión Europea –TUE-, de 13 de diciembre de 2007 y vigencia desde el 1 de diciembre de 2009), integrada hoy en día por *tres órganos jurisdiccionales*: el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y el Tribunal de la Función Pública. Aunque se ha previsto la posibilidad de que, en materias específicas, se delegue en el Tribunal General la resolución de cuestiones prejudiciales planteadas por los jueces nacionales (artículo 256, apartado 3, del TFUE), hasta la fecha su conocimiento sigue siendo competencia exclusiva del Tribunal de Justicia. Esta regulación ha sido desarrollada en otros textos normativos comunitarios, y de modo especial por el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –ETJUE-, de 13 de diciembre de 2007 y vigente desde el 1 de diciembre de 2009, anexo al Tratado de Lisboa como Protocolo núm. 3, en particular en sus artículos 23 y 23 bis; y el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia –RPTJ-, de 25 de septiembre de 2012 y en vigor desde el 1 de noviembre de 2012, cuya última

⁴³³ *Óp. cit.*, pp. 27.

modificación es de 26 de junio de 2013, fundamentalmente en sus artículos 93 a 118.

La normativa mencionada es en comentarios de Cienfuegos Mateo⁴³⁴, objeto de una copiosa jurisprudencia comunitaria, que aparece resumida de forma sistemática en las Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, del Tribunal de Justicia (RTJ), de 6 de noviembre de 2012, que no son obligatorias, tratando tan sólo de “orientar a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros sobre la conveniencia de iniciar un procedimiento prejudicial y proporcionarles indicaciones prácticas sobre la forma y los efectos de tal procedimiento”.

Cualquier órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la Comunidad Europea abocado a juzgar un litigio interno en el que se cuestione *la interpretación o la validez de una norma comunitaria susceptible de ser aplicada en su resolución* podrá o deberá, de oficio o a instancia de parte, plantear el tema al Tribunal de Justicia. Éste, tras un procedimiento parecido al que existe en los derechos internos de los Estados Partes para ventilar los incidentes procesales, fallará sobre las cuestiones formuladas por el juez nacional y le transmitirá la sentencia prejudicial, que es obligatoria, para que dirima el proceso principal a la luz de lo que en ella se disponga si resulta aplicable a sus hechos. Quien promueve la cuestión prejudicial se denomina juez a quo y quien la recibe y decide es el juez *ad quem*.

El argumento prejudicial de la Unión⁴³⁵, constituye un instrumento de colaboración judicial para garantizar *la correcta interpretación y aplicación del ordenamiento comunitario en los países miembros*. Pero ésta no es su única función, ya que sirve también para proteger los intereses de los particulares y *como vía de control indirecto de la legalidad comunitaria*, mencionando solamente otras dos. En este sentido, el Tribunal de Justicia enfatizó en el Dictamen 1/2009, de 2011, sobre el fallido proyecto de acuerdo internacional para constituir un Tribunal Europeo y Comunitario

⁴³⁴ Ver, CIENFUEGOS MATEO M., “La cuestión prejudicial comunitaria (artículo 267 del tratado de funcionamiento de la Unión Europea)”.Vol. 14 Núm. 1 Febrero 2014, pp. 65. Disponible en http://aei.pitt.edu/63608/1/Cienfuegos_PrejudicialComunitariaEu.

⁴³⁵ Procedimiento prejudicial, porque la decisión final del proceso nacional depende de un enjuiciamiento previo de una disposición comunitaria por la jurisdicción que tiene reservada la resolución de la cuestión, el Tribunal de Justicia, cuya respuesta puede condicionar el resultado del litigio interno. No constituye, pues, un recurso en sentido técnico-procesal, sino un incidente que se suscita en el marco de un litigio principal y provoca la suspensión del fallo del fondo del asunto hasta la resolución de aquél por el Tribunal de Justicia, que no examina lo juzgado por otra jurisdicción, ni resuelve el proceso nacional (sentencia Schwarze del Tribunal de Justicia, de 1965).

de Patentes, que el artículo 267 del TFUE es “esencial para la preservación del carácter comunitario del Derecho instituido por los Tratados”, toda vez que tiene por “*objeto garantizar que, en cualesquier circunstancia, ese Derecho produzca el mismo efecto en todos los Estados miembros*”, en aras a lo que establece “una cooperación directa entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales en cuyo marco estos últimos participan de forma estrecha en la correcta aplicación y en la interpretación uniforme del Derecho de la Unión, así como en la tutela de los derechos conferidos a los particulares por ese ordenamiento jurídico⁴³⁶” (apartados 84 a 86)

De esta forma, como bien lo concluye Cienfuegos Mateo⁴³⁷, el procedimiento prejudicial tiene un marcado acento de *orden público*, en tanto que el artículo 267 del Tratado Fundamental de la Unión Europea, constituye una de las disposiciones fundamentales para el mantenimiento del orden y seguridad jurídica dentro de esa comunidad de naciones. De hecho, los resultados de la utilización del incidente prejudicial pueden considerarse claramente satisfactorios a la vista de la frecuencia de su uso (de 1953 a 2012 se plantearon 7.832 cuestiones prejudiciales de un total de 18.124 asuntos ante el Tribunal de Justicia, lo que supone el 43,2 % del total, según el Informe Anual del Tribunal de Justicia 2012) y, sobre todo, su contribución decisiva a la clarificación y desarrollo progresivo del Derecho de la UE en un extenso abanico de sectores implicados (agricultura, libre circulación de personas, arancel aduanero común, competencia, relaciones exteriores, derechos fundamentales, etcétera). Es posible inclusive afirmar que un elevado porcentaje de las decisiones judiciales que más han marcado el devenir comunitario han sido adoptadas precisamente en su seno, como son las sentencias de los asuntos Van Gend en Loos (1963), sobre el efecto directo del Derecho comunitario; Costa (1964), sobre la primacía; Internationale Handelsgesellschaft (1970), sobre la garantía de los derechos fundamentales; Rewe (1979), sobre la libre comercialización de las mercancías; Francovich (1991), sobre la responsabilidad del Estado por incumplimientos del ordenamiento de la UE; Unibet (2007), sobre la tutela judicial efectiva; etcétera.

Dilucidada, la importancia del procedimiento prejudicial, realizamos un sucinto análisis de la sentencia del caso promovido por don Stefano Melloni.

- ❖ Tribunal Constitucional de España, sentencia 26/2014, de 13 de febrero de 2014. Recurso de amparo 6922-2008. Promovido por don Stefano

⁴³⁶ Dicho de otro modo, el artículo 267 del TFUE regula un procedimiento prejudicial, no contencioso, que instituye una cooperación directa entre el juez nacional y el Tribunal de Justicia en un plano de igualdad y que reviste un marcado acento de orden público.

⁴³⁷ *Óp. cit.*, pp. 6.

Melloni en relación con el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Los antecedentes de este trámite, tienen su origen en el Recurso de amparo 6922-2008. Promovido por don Stefano Melloni en relación con el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España que acordó su entrega a las autoridades italianas para el cumplimiento de condena dictada por el Tribunal de apelación de Bolonia, en el marco de una orden europea de detención y entrega. Los hechos relevantes para la resolución de este recurso de amparo son, en esencia, los siguientes:

- a) La Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional declaró procedente, por Auto de 1 de octubre de 1996, la extradición a Italia de don Stefano Melloni, con la finalidad de que fuera juzgado por los hechos que se recogían en las órdenes de detención núm. 554-1993 y 444-1993 emitidas, respectivamente, el 13 de mayo y el 15 de junio de 1993, por el Tribunal de Ferrara. En esa resolución consta que en la preceptiva comparecencia ante el órgano judicial, el reclamado *se opuso a la extradición* «porque nunca pensó que las irregularidades fuesen de carácter penal sino que creyó que se trataba de una crisis económica con responsabilidades exclusivamente civiles, manifestando que para el supuesto que se le dejara en libertad, se comprometía a regresar voluntariamente a su país y rendir ante la justicia italiana todas las cuentas que se le solicitasen». También resulta de esa misma resolución que por Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 1 de 29 de abril de 1996, se acordó su libertad bajo fianza de 5.000.000 de pesetas, que prestó al día siguiente. De resoluciones posteriores que obran en autos se deriva que el recurrente se dio a la fuga, de modo que no llegó a ser entregado a Italia.
- b) Mediante decreto de 27 de marzo de 1997, el Tribunal de Ferrara declaró *el estado de rebeldía del demandante de amparo*, toda vez que había huido de la justicia, y acordó que las notificaciones fueran efectuadas en lo sucesivo a los Abogados de su confianza que éste ya había designado. Por Sentencia de 21 de junio de 2000 del Tribunal de Ferrara, posteriormente confirmada por Sentencia de 14 de marzo de 2003 del Tribunal de Apelación de Bolonia, el demandante fue condenado en rebeldía como autor de un *delito de quiebra fraudulenta* a la pena de diez años de prisión. En las dos instancias intervinieron los Letrados de su confianza don Vittorio Rossi –del Colegio de Módena– y don Bruno Senatore –del Colegio de Milán–, a quienes en esa condición se les notificaron, por lo que aquí interesa, el Decreto por el que se acordó la

apertura del juicio oral previo a la condena por el Tribunal de Ferrara, así como la orden europea de detención y entrega núm. 271-2004, dictada el 8 de junio de 2004 por la Fiscalía General de la República ante el Tribunal de Apelación de Bolonia, a resultas de la cual se inició el procedimiento que se encuentra en el origen de este proceso constitucional. Mediante Sentencia de 7 de junio de 2004, la Sección Penal Quinta de la Corte Suprema de Casación rechazó el recurso presentado por los Abogados del demandante, don Vittorio Rossi, don Bruno Senatore y don Luciano Teneggni.

- c) A raíz de su detención por la policía española, el 1 de agosto de 2008, el Juzgado Central de Instrucción núm. 6 incoó el procedimiento de orden de detención y entrega núm. 157-2008, en relación con la orden europea de detención núm. 271-2004, expedida por la Fiscalía General de la República ante el Tribunal de Apelación de Bolonia para el cumplimiento de la condena que había sido impuesta por el Tribunal de Ferrara. Mediante Auto de 2 de agosto de 2008, el mismo Juzgado acordó elevar la orden europea de detención y entrega a la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. El recurrente se opuso a la entrega aduciendo, en primer lugar, que en la fase de apelación había designado otro Abogado, revocando el nombramiento de los dos anteriores, a pesar de lo cual se les continuó dirigiendo a ellos las notificaciones. En segundo lugar, alegó que la ley procesal de Italia no establece la posibilidad de recurrir las condenas dictadas en ausencia, por lo que la orden europea de detención y entrega debería, en su caso, condicionarse a que Italia garantizase un recurso contra la Sentencia.
- d) La Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, mediante el Auto de 12 de septiembre de 2008, impugnado en este recurso de amparo, acordó la entrega del recurrente a las autoridades italianas para el cumplimiento de la condena que le fue impuesta por el Tribunal de Ferrara, como autor de un delito de quiebra fraudulenta. En primer lugar, la Audiencia Nacional no considera acreditado que los Abogados a los que el recurrente había designado hubieran dejado de representarle a partir de 2001. Según el Auto impugnado, esa alegación es contradicha por la autoridad de emisión en un informe complementario requerido a la Fiscalía General de la República. En segundo lugar, la Audiencia Nacional también rechaza la alegación de falta de defensa a partir de la información que consta en la orden de entrega y en la propia documentación aportada por el reclamado, de la que se deriva que el reclamado era conocedor de la futura celebración del juicio, se situó voluntariamente en rebeldía y designó dos Abogados

de su confianza para su representación y defensa, los cuales intervinieron, en esa calidad, en la primera instancia, en la apelación y en la casación, agotando así las vías de recurso.

A la vista de todo ello, la Audiencia Nacional concluye que, en un caso como el del litigio principal, «la condena en rebeldía y la celebración del juicio en ausencia del acusado no fueron desproporcionados, precisamente porque había sido defendido técnicamente y había renunciado a la defensa personal poniéndose en rebeldía», de tal manera que «no puede afirmarse que el reclamado sufriera indefensión en el proceso y no procede interesar de las autoridades de emisión garantías al respecto».

- e) El demandante de amparo solicitó la nulidad de las actuaciones – cumpliendo así el requisito de admisión de este recurso de amparo consistente en agotar la vía judicial previa– y la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional rechazó su petición, mediante providencia de 16 de septiembre de 2008.
- f) Mediante providencia de 18 de septiembre de 2008, la Sección Primera del Tribunal de Justicia acordó admitir a trámite la demanda y, a tenor de lo dispuesto en el art. 56.6 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC), suspender la ejecución del Auto de 12 de septiembre de 2008 dictado por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. El recurrente, que aún no había sido entregado a las autoridades italianas, se encuentra actualmente en situación de libertad.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), por Sentencia de 26 de febrero de 2013, en contestación a las cuestiones prejudiciales planteadas, declaró en esa oportunidad lo siguiente:

«1) El artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, en su versión modificada por la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en los supuestos previstos en esa disposición, la autoridad judicial de ejecución de una orden de detención europea emitida para el cumplimiento de una pena a la condición de que la condena impuesta en rebeldía pueda ser revisada en el Estado miembro[s] emisor. 2) El artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584, en su versión modificada por la Decisión marco

2009/299, es compatible con las exigencias derivadas de los artículos 47 y 48, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de Unión Europea. 3) El artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que no permite que un Estado miembro subordine la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, para evitar una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y de los derechos de la defensa protegidos por su Constitución.»

Por providencia de 11 de febrero de 2014, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 13 del mismo mes y año. Decidiéndose lo siguiente, previa anotación de los siguientes argumentos, que pasamos a sintetizar textualmente:

“ (...)Tal como destacamos «el Derecho de la Unión Europea opera como un instrumento que permite delimitar la parte del contenido de ese derecho que despliega eficacia ad extra, esto es, las facultades y garantías cuyo desconocimiento por las autoridades extranjeras puede dar lugar a una vulneración indirecta en caso de que acuerde la entrega sin condicionamiento» [FJ 4 c)]. Así en el auto de planteamiento de la cuestión destacábamos que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea todavía no se había pronunciado «acerca del sentido específico de los arts. 47.II y 48.2 de la CDFUE [Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea] y su correspondiente proyección sobre las Sentencias de condena impuestas en ausencia por delitos muy graves [FJ 6 d)]». Tampoco acerca del contenido del art. 53 CDFUE «de cara a la clarificación del alcance y la función del sistema de protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea, así como su articulación con respecto a las declaraciones de derechos contenidas en las Constituciones de los Estados miembros» (FJ 7). (...)

(...) Antes de proceder a la determinación de aquel contenido del derecho a un proceso con todas las garantías que despliega tal eficacia ad extra, debemos, sin embargo, completar la respuesta del Tribunal de Justicia con la doctrina establecida en su día por este Tribunal en la DTC 1/2004, de 13 de diciembre. En aquella ocasión, señalamos, en primer lugar, que «la cesión constitucional que el art. 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE)» [DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 2]. Igualmente destacamos que la primacía del Derecho de la Unión

Europea jurisdiccionalmente proclamada opera respecto de un Ordenamiento, el europeo, que se construye sobre los valores comunes de las Constituciones de los Estados integrados en la Unión y de sus tradiciones constitucionales, o que nos llevó a subrayar que es el propio Derecho de la Unión el que garantizaría, a través de una serie de mecanismos previstos en los Tratados, el presupuesto para la aplicación de su primacía, que no es otro *que el respeto de las estructuras constitucionales básicas nacionales entre las que se encuentran los derechos fundamentales* (en la DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 3).

Ello nos permitió declarar que «producida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla, si bien la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos» (DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 2). No le corresponde, por tanto, a este Tribunal *realizar un control de validez del derecho adoptado por las instituciones de la Unión*, control que debe realizar, en todo caso, al Tribunal de Justicia al resolver, entre otros procesos, las cuestiones prejudiciales de validez que, en su caso, se le planteen. Es fundamentalmente a través de éstas, así como de las *cuestiones prejudiciales de interpretación*, como se le ofrece al Tribunal de Justicia la oportunidad de garantizar y salvaguardar de manera efectiva *un alto nivel de protección de los derechos fundamentales* contenidos en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. (...)

(...) Tras las consideraciones expuestas, para la resolución del presente recurso de amparo conviene recordar la doctrina de este Tribunal en relación con lo que hemos denominado *vulneraciones indirectas de los derechos fundamentales y su aplicación concreta al ámbito del derecho fundamental* a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE.

De acuerdo con la doctrina de este Tribunal, cuando los poderes públicos nacionales (entre ellos, la jurisdicción) reconocen, homologan o dan validez a una resolución adoptada por una autoridad extranjera, pueden incurrir en una vulneración «indirecta» de alguno de los derechos fundamentales susceptibles de amparo, cuando aquella resolución pudiera reputarse lesiva de un derecho fundamental. Sin embargo, para el Tribunal Constitucional, mientras que los poderes públicos españoles se hallan vinculados de modo incondicionado ad intra por los derechos fundamentales, tal y como éstos han sido consagrados por la Constitución, el contenido vinculante de los derechos fundamentales cuando se proyectan ad extra es más reducido. Así, en el ámbito del derecho a un proceso con todas las

garantías, no son todas y cada una de las garantías que hemos anudado al art. 24 CE, *sino tan sólo sus exigencias más básicas o elementales, las exigencias que constituyen la esencia misma del proceso justo*, las que pueden proyectarse en la valoración de la actuación de los poderes públicos extranjeros, determinando, en su caso, *la inconstitucionalidad «indirecta»* de la actuación de la jurisdicción española que es la que, propiamente constituye el objeto de nuestro control (STC 91/2000, de 30 de marzo, FFJJ 7 y 8). (...)

En efecto, para precisar cuáles son, en concreto, los derechos, facultades o facetas contenidas en el correspondiente contenido absoluto de un derecho fundamental cuya lesión determina una vulneración indirecta de aquel por parte de los poderes públicos españoles, hemos destacado la decisiva relevancia que adquieren los tratados y acuerdos internacionales sobre protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas ratificados por España (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7). Con ello este Tribunal afirma la coincidencia del sistema de valores constitucional con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen y nos permite, así, determinar cuáles son, entre todas, aquellas exigencias más básicas o elementales que pueden proyectarse en la valoración de la actuación de los poderes públicos extranjeros, determinando, en su caso, la inconstitucionalidad «indirecta» de la actuación de la jurisdicción española. Así, en virtud de la doctrina constitucional relativa a las vulneraciones indirectas del derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), el canon de control que debemos aplicar para enjuiciar la constitucionalidad del Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 12 de septiembre de 2008, por el que se autorizó la entrega del demandante de amparo a las autoridades italianas, ha de ser integrado por los tratados y acuerdos internacionales sobre protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas ratificados por España. Entre tales tratados encontramos tanto el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (CEDH) como la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, que se constituyen, así, junto con la interpretación que de los mismos llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales, en elementos esenciales a la hora de interpretar el contenido absoluto del derecho reconocido en el art. 24.2 CE. Contenido cuyo desconocimiento determina la vulneración indirecta del derecho fundamental por parte de los órganos judiciales españoles. (...)

(...) Así, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humano ha reconocido que la presencia del acusado en el juicio es un derecho básico de éste, pero no se infringe el cve: BOE-A-2014-2650 BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO Núm. 60 Martes 11 de marzo de 2014 Sec. TC.

Pág. 93 art. 6 CEDH cuando el acusado, debidamente emplazado, decida libremente renunciar a su presencia en el juicio, y siempre que cuente durante el mismo con la asistencia de Abogado para la defensa de sus intereses, pues de acuerdo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos «el hecho de que un acusado, a pesar de haber sido debidamente citado, no comparezca, no puede, incluso aunque tal ausencia resulte injustificada. (...)

(...) Así debemos afirmar ahora, revisando, por tanto, la doctrina establecida desde la STC 91/2000, que no vulnera el contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) la imposición de una condena sin la comparecencia del acusado y sin la posibilidad ulterior de subsanar su falta de presencia en el proceso penal seguido, cuando la falta de comparecencia en el acto del juicio conste que ha sido decidida de forma voluntaria e inequívoca por un acusado debidamente emplazado y éste ha sido efectivamente defendido por Letrado designado.

En consecuencia, ello nos debe conducir derechamente a la desestimación del presente recurso de amparo, pues el órgano judicial, en aplicación del art. 12 de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, estimó que no se había producido ninguno de los supuestos que pudieran obstaculizar la entrega del condenado en ausencia al Estado italiano, lo que hacía, a su juicio, improcedente exigir de las autoridades de emisión garantías adicionales. (...)

Con fundamento a los anteriores argumentos el Tribunal denegó el analizado recurso de amparo. No es posible, sin embargo cerrar este análisis sin antes destacar el importante reconocimiento que esta sentencia hace a la denominada doctrina de “*la vulneración indirecta de los derechos fundamentales*” como antecedente en el marco de la interpretación constitucional de integraciones supranacionales. González Rivas⁴³⁸, La doctrina de la vulneración indirecta de los derechos fundamentales del reclamado ha sido objeto de particular desarrollo en la Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2000 de España del 30 de marzo de 2000⁴³⁹, dictada por el Pleno del Tribunal. No obstante, puede hacerse mención de algunos antecedentes en la doctrina constitucional. Así, ya la primera sentencia que se ocupó de una extradición, la STC 11/ del 21 de febrero de 1983⁴⁴⁰, mostró su predisposición a *tutelar las garantías de*

⁴³⁸ Ver, GONZÁLEZ RIVAS J.J., en “Extradición y euroorden como formas de cooperación internacional. doctrina constitucional”. Reunión trilateral de Tribunales Constitucionales. Lisboa 2012, pp. 45, ponencia española. Disponible en www.tribunalconstitucional.es.

⁴³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de España 91/2000, de 30 de marzo (BOE núm. 107, de 04 de maiatza de 2000). Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es>.

⁴⁴⁰ Sentencia nº 11/1983 de Tribunal Constitucional, Sala 2ª, 21 de febrero de 1983. Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es>.

quien había sido condenado en ausencia, si bien desestimó el amparo porque esa protección ya había sido prestada por la Audiencia Nacional al condicionar la entrega a la celebración de un nuevo juicio.

El desarrollo de la doctrina sentada por dicha sentencia, parte de constatar el “resultado paradójico” que se deriva de la posibilidad de asumir vulneraciones indirectas de derechos fundamentales, que se cifraría en que “la apreciación de si los Tribunales nacionales han vulnerado o no la Constitución se basa en una valoración previa, relativa a si la actuación pasada o futura de los órganos de un Estado extranjero (obviamente no sometidos, en este caso, a la Constitución española) resulta o puede resultar vulneradora de los derechos fundamentales reconocidos en la misma, hasta el punto de invalidar el principio general de excluir toda indagación al respecto”.

Para desenvolver la temática, en el escenario del Tribunal Constitucional Español, González Rivas⁴⁴¹, comenta que tal paradoja, parte el Tribunal Constitucional de “la especial fuerza vinculante de los derechos fundamentales que, como bases objetivas de nuestro Ordenamiento, se imponen a los poderes públicos de forma incondicionada“. En su protección ad *intra*, los poderes públicos se hallan vinculados de modo incondicionado al “contenido esencial” de los derechos fundamentales (artículo 53.1 CE). Y en su proyección ad *extra* los poderes habrán también de respetar de modo incondicionado un ámbito de los derechos con validez universal, que el Tribunal Constitucional denomina “contenido absoluto”. De tal contenido absoluto no formarán parte todas las características y garantías con las que la Constitución consagra cada derecho – por más que en el plano interno sí vinculen al legislador español-, sino que vendrá determinado por el ámbito que se revela imprescindible para la garantía de la dignidad humana, entendido como mínimo esencial invulnerable perteneciente a la persona en cuanto tal y no como ciudadano.

Termina el citado autor definiendo enfáticamente, para los objetivos del presente estudio sobre esta doctrina que:

“De todo lo expuesto parece inevitable concluir que hay un núcleo absoluto de los derechos fundamentales (...) conforme al cual los Tribunales españoles pueden y deben valorar la repercusión de los actos de los poderes públicos de los Estados extranjeros. Si tales actos han producido una lesión o representan un peligro relevante para ese núcleo de los derechos de cualquier ciudadano la resolución de la jurisdicción española que les otorga validez o eficacia puede infringir ‘indirectamente’ la Constitución española” (FJ 8).

⁴⁴¹ *Óp. cit.*, pp. 27.

III. LA TEORIA DE LA SEGURIDAD NACIONAL Y EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA NACIONALIDAD ENTORNO A LA FILOSOFIA DEL DERECHO INTERNACIONAL

“¿Cuándo un estado es legítimo?. Las respuestas a esta pregunta pueden clasificarse en cuatro grupos. La teoría *wesfaliana* sostiene que todo gobierno de facto es internacionalmente legítimo. La teoría *rawlsiana* considera legítimo a cualquier estado que satisfaga una medida mínima de “decencia” moral. Para la posición *kantiana*, solo las democracias liberales son legítimas. Finalmente, para la tesis lockeana solamente los estados que respetan plenamente los derechos morales de los individuos son legítimos. Como veremos, esta tesis es compatible con sostener que *ningún* estado real es legítimo, aunque por supuesto algunos violarán derechos individuales más que otros.”

Fernando R. Teson, *Filosofía del Derecho Internacional*. Capítulo 61. Profesor de Derecho Internacional, Universidad Estatal de la Florida, Estados Unidos.

3.1. Nociones y antecedentes teóricos de la Doctrina de la Seguridad Nacional.

Desde una óptica antropológica y social, la prioridad del ser humano de sentirse seguro es tan antigua como la propia condición humana, y de esta perspectiva emergen las diversas agresiones reales o potenciales, provenientes del mundo exterior o de su propia consciencia. Para liberarse de tales miedos, la raza humana y en consecuencias las estructuras sociales han diseñado diversas estrategias e instituciones en beneficio de esa apremiante necesidad. Hay tendencias de *la filosofía política* que sostienen que la sociedad, e incluso el Estado, se originan en la necesidad que tienen las personas de unirse para enfrentar los peligros de la naturaleza o de otros conglomerados humanos. En esa perspectiva, se encuentran desde las antiguas ideas aristotélicas del *zoom politikom* hasta las tesis de Hobbes⁴⁴²,

⁴⁴² El primer autor que incluye la seguridad dentro de sus problemas filosóficos es HOBBS T. El Leviatán tiene la tarea de preservar la integridad de sus ciudadanos y de librar al individuo de las incertidumbres de la naturaleza anárquica del mundo. Para Hobbes el concepto de seguridad no se restringe únicamente a la garantía de la existencia física, sino que va más allá y se extiende, también, a la estabilidad social que permite disfrutar de una vida libre de amenazas. El trabajo conceptual que realiza Hobbes es un punto de inflexión en la filosofía política, ya que pone a la seguridad como uno de las causas del establecimiento del Estado moderno, buscando la protección del individuo y la satisfacción del bienestar general como justificación para su supervivencia. Bajo estas premisas el Estado se convierte en el gendarme de la seguridad y en el centro de las consideraciones para acometer medidas que protejan la seguridad del individuo. La tradición hobbesiana ha impregnado el ámbito de las ciencias sociales, ya que inspiró con sus principios a una

reconocido como el precursor de las ideas contractualistas, y de la corriente que afirma que la seguridad de los miembros de la sociedad es *la principal razón de existencia del Estado*. Emmanuel Kant, por su parte, se enfrenta a esta corriente estatocéntrica y anárquica del mundo hobbesiano, promoviendo un *giro copernicano* en la concepción de la seguridad.

Kant, como otra de las principales tendencias históricas de la teoría de la seguridad nacional, asume la “seguridad” como competencia central del Estado, que se constituye en el garante de los derechos inalienables de sus ciudadanos. Esta idea la comparte Kant con Hobbes; sin embargo, Kant va más allá que Hobbes cuando interpreta el problema de la seguridad desde la relación de los estados acorde a *normas morales* y a *imperativos categóricos* que superen el estado de anarquía. Kant identifica, que la única vía para lograr seguridad es crear un *ordenamiento jurídico internacional* parecido al que hay en el interior de los estados. Por ello, considera centrales a las instituciones internacionales para que legislen y puedan coactar o suprimir las acciones violentas de los estados, de tal forma que liberen a la humanidad del flagelo de la guerra. Conforme la perspectiva kantiana o *universalista de la moralidad internacional*⁴⁴³, a diferencia de la concepción hobbesiana, en el ámbito de las relaciones internacionales, *hay imperativos morales que limitan las acciones de los estados*. No obstante, estos imperativos no implican la coexistencia y cooperación entre los estados sino *el fin del sistema de estados y su sustitución por una sociedad cosmopolita*.

La comunidad de la humanidad, según la visión kantiana, no es sólo la realidad central de la política internacional en el sentido de que las fuerzas que pueden hacerla posible estén presentes, sino que también constituye el

de las escuelas de pensamiento mencionada más arriba: el realismo. En efecto, Hobbes interpreta el establecimiento del Estado moderno como una alternativa a la anarquía, pero considera que ésta sigue vigente en el plano internacional, puesto que es improbable que se establezca una autoridad supranacional que gobierne la agenda internacional.

⁴⁴³ En su artículo científico “El proyecto Kantiano en la teoría legal internacional moderna” CAPPS P. publicado en: Fernando R. Tesón, *A Philosophy of International Law*, Westview Press, Boulder CO, 1998, pp. 76-77, indica que “en la última mitad del siglo XX, la influencia de la filosofía kantiana, en términos morales, políticos y legales, aumentó. Este desarrollo puede ser atribuido al impresionante kantianismo expresado por John Rawls en su original trabajo sobre las bases políticas del Estado. 1. También deben prestárseles atención a las teorías kantianas desarrolladas por Habermas, Alexy y Gewirth. 2. Estos ejemplos ilustran la continua relevancia que el pensamiento kantiano tiene sobre la filosofía moderna. Estos ejemplos ilustran la continua relevancia que el pensamiento kantiano tiene sobre la filosofía moderna entre los cuales se destacan HABERMAS, *The Theory of Communicative Action*, vol. I, (1986); HABERMAS, *Between Facts and Norms* (1996); ALEXY, *A Theory of Legal Argumentation* (1989), y *Theorie der Grundrechte* (1996); y GEWIRTH, *Critical Essays on Rationality and Community* (1978). Sobre la relación entre Kant y Habermas, véase MacCarthy, *The Critical Theory of Jurgen Habermas* (1978) 325-327. Para analizar la relación entre Kant y Gewirth, véase la parte II de BOYLAND (edit.), Gewirth. *Critical Essays on Actions, Rationality, and Community* (1999).”

objetivo al que se debe consagrar el mayor *esfuerzo moral*. De esta manera, la tradición kantiana *implica una sujeción de la conducta de los estados a las normas morales*, que ordenan al sistema internacional convirtiéndolo en una verdadera comunidad de naciones.

En una tercera línea de pensamiento, se puede ubicar la *tradición grociana* como otra fuente de reflexión en torno a la seguridad. Grocio está más cerca de Kant al considerar una sociedad internacional de estados y en no prescribir el estado de anarquía como un hecho dado, pero acepta la idea según la cual *los estados son los mayores actores en la política internacional*. El pensamiento *grociano* de la política internacional⁴⁴⁴, interpreta que los estados se arreglan según una serie de normas y de conductas acordes con el tipo de sociedades que cada Estado forma. En este sentido, la política internacional, entendida por Grocio, no consiste solamente en el conflicto entre estados, ni se basa en una identidad absoluta de intereses sino que recuerda a un juego que es, en parte, distributivo y, en parte, también productivo. La actividad internacional que, según la visión grociana, mejor ejemplifica la actividad internacional en su conjunto no es ni la guerra entre estados, ni el conflicto horizontal que atraviesa las fronteras de los estados, sino el comercio o, de forma más general, el intercambio económico y social.

Conforme entienden los grocianos, el comportamiento en el ámbito internacional, todos los estados, en sus relaciones con el resto, tienen el deber de respetar las normas e instituciones de la sociedad de la que forman parte. A diferencia de la visión hobbesiana, para los grocianos los estados no sólo deben cumplir con las normas de prudencia o de conveniencia sino también con los imperativos de la moralidad y el derecho. De esta manera Grocio enmarca los parámetros de una posible interpretación de las relaciones internacionales basada en la constitución de zonas de estabilidad y respeto mutuo como motivación de las acciones de los estados, *pero no exime al sistema de la posibilidad de conflicto*, sino que lo inscribe en una serie de reglas que es necesario respetar para mantener un orden dentro de los actores del sistema⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴ GROCIO sitúa el fundamento del Derecho de gentes en las obligaciones y derechos de los Estados que se concretan en un sistema basado en el consentimiento mutuo. Por esta razón, el desafío del internacionalista moderno es “acomodar” la multiplicidad de intereses de los Estados, mediante la imposición universal de una serie de principios reguladores que permitan establecer un orden y cierta estabilidad entre los Estados y naciones. (RABKIN, JEREMY, “GROTIUS, VATTTEL AND LOCKE: an older view of liberalism and nationality”, “The Review of Politics”, Cambridge University Press for the University of Notre Dame du lac, Vol. 59, Núm. 2, Cambridge, Spring, 1997, pp. 77-79)

⁴⁴⁵ OROZCO G., “El concepto de la seguridad en la Teoría de las Relaciones Internacionales” Revista CIDOB d’Afers Internacionals. Núm. 72, pp. 161-180. Disponible <http://www.raco.cat/index.php>.

Igualmente, en la misma línea de análisis dentro del inevitable avance de las corrientes indicadas, se ha construido la institución de "Estado de Derecho". Paradigma, que permite incluir dentro de la estructura gubernamental los elementos propios de los postulados del imperio de la ley y la división de poderes y otros fines y acciones derivadas, pero propias del Estado, como la emisión de moneda propia⁴⁴⁶.

El Derecho Internacional cataloga a los Estados de conformidad a su capacidad de obrar en las relaciones internacionales, de la siguiente forma⁴⁴⁷:

1. *Estados con plena capacidad de obrar*, lo cual significa que pueden ejercer todas sus capacidades como Estado soberano e independiente. En esta hipótesis, se clasifican todos los Estados del Mundo.

2. *Estados con limitaciones en su capacidad de obrar por distintas cuestiones*. Para esta tipología, es posible deducir, una segunda categorización:

- *Estados neutrales*. Referidos a todos aquellos que se privan de vincularse a conflictos internacionales. Esta imparcialidad se ha ido acomodando en función de: o *Si posee neutralidad absoluta* por disposición constitucional. Es el caso de Suiza. También Suecia entre 1807 hasta 1993 mantuvo una neutralidad absoluta en asuntos internacionales. O *Si es un país neutralizado*. Son Estados neutrales respecto de un sujeto y de alguna circunstancia. Es un neutralismo determinado por un tratado internacional, una disposición constitucional o por sanción internacional. Fue el caso de Austria, que en 1956, tras la retirada de las fuerzas ocupantes de Francia, Reino Unido, Estados Unidos y la URSS, éstas redactaron una constitución donde se dispuso que Austria debía ser neutral respecto a las cuatro fuerzas firmantes.
- *Estado soberano*, que renuncia a ejercer sus competencias internacionales. Son Estados dependientes en materias de relaciones internacionales. Suele ser el caso de microestados que dejan o ceden las relaciones internacionales a un tercer Estado, bien circundante, bien con las que mantenga buenas relaciones. Es el caso de San Marino, que encomienda las relaciones internacionales a Italia; de Liechtenstein, que se la cede a Suiza, o Mónaco a Francia.
- *Estado libre asociado*. Es un Estado independiente pero en el que un tercer Estado asume una parte de sus competencias exteriores, así como otras materias tales como la defensa, la

⁴⁴⁶ CORCUERA CABEZUT S., "Seguridad pública y derechos humanos" en Bien Común y Gobierno, Publicación Mensual de la Fundación Rafael Preciado Hernández, México. Núm 65, 2002, pp. 34.

⁴⁴⁷ SANTOS VILLARREAL G.M. Y AVILA LOYA P., "Seguridad nacional: un concepto ampliado y complejo". Centro de Documentación, Información y Análisis Dirección de Servicios de Investigación y Análisis Subdirección de Política Exterior. México, D.F., julio 2009, pp. 45.

economía o la representación diplomática y consular. Es el caso de Puerto Rico respecto a Estados Unidos. • *Estados bajo administración fiduciaria*. Son una especie de Estado tutelado de una forma parecida a lo que fueron los Estados bajo mandato, no posibles actualmente, y bajo protectorado. La Sociedad Internacional protege o asume la tutela de ese Estado como medida cautelar o transitoria en tiempos de crisis. Fue el caso de Namibia hasta 1998. • *Estados soberanos no reconocidos internacionalmente*. Son Estados soberanos e independientes pero al no ser reconocidos por ningún otro tienen muy limitada su capacidad de obrar. Puede no ser reconocido bien por una sanción internacional, bien por presiones de un tercer país (caso de Taiwán, no reconocido por evitar enfrentamientos con la República Popular China, aunque mantiene una gran actividad internacional), bien por desinterés (caso de Somalilandia). Otro caso referente a esto fueron los bantustanes, únicamente reconocidos por Sudáfrica y rechazados por el resto de la Comunidad Internacional. El debate político contemporáneo se centra en la dificultad del Estado actual de conservar su característica soberanía, inviolabilidad, territorialidad y fuerza. Además la complejidad de la figura del estado-nación se complementa con la existencia del Estado Fallido, término con el que se califica a un Estado débil que tiene poco control sobre su territorio y, por ende, carece de un gobierno efectivo. Se considera, de esta manera, que un estado "tiene éxito" si mantiene un monopolio en el uso legítimo de la fuerza dentro de sus fronteras. Cuando este monopolio está quebrantado, por ejemplo, por la presencia dominante de señores de la guerra, de milicias, de crimen organizado o de terrorismo, la misma existencia del Estado llega a ser dudosa y se convierte en un Estado que ha fallado. Dicha vulnerabilidad lo convierte en Estado en riesgo y, por tanto, blanco fácil de intervenciones violentas.

Examinar e interpretar las estrechas relaciones entre *la teoría de la seguridad nacional*, las condiciones socio- económicas, los intereses políticos y la gubernamentalidad, en el contexto de las relaciones internacionales y el derecho interno de los países, es clave para determinar el sentido de determinadas políticas de seguridad y la función que ellas desempeñan en una sociedad. Una de las primordiales dificultades a la hora de establecer un consenso alrededor de los diferentes conceptos de seguridad es el de precisar el campo a partir del cual se inscribe la discusión. En este sentido, la seguridad puede entenderse como un fin social, una teoría, un programa de investigación o una disciplina⁴⁴⁸. Sin embargo, es muy importante tener en cuenta que la discusión sobre la seguridad (bien sea de carácter académico, técnico y, sobretodo, político) se encuentra

⁴⁴⁸ HAFTEENDORN H., "La construcción de la teoría del rompecabezas de seguridad y la construcción de disciplina en internacional". en: *International Studies Quarterly*. Núm. 35, 1991, pp. 3. Disponible en: <https://www.clubensayos.com> .

estrechamente relacionada con las transformaciones e intereses de carácter social, económico y político que animan permanentemente los debates e inciden significativamente en las directrices que sobre este particular asumen las diferentes instituciones y actores, especialmente en el contexto de las relaciones internacionales. En este sentido, como afirma Nina Graeger, se experimenta en los últimos años un mayor nivel en la comprensión del concepto de seguridad en las comunidades científicas, políticas y militares y, cada vez más, la seguridad está siendo definida como *la seguridad de los individuos y no solamente como la de los ciudadanos de un Estado particular*⁴⁴⁹.

Una exploración de algunos balances sobre las teorías y tratamientos del concepto de seguridad permite advertir una especie de “evolución” del paradigma a través de tres grandes momentos: 1) el establecimiento de la seguridad nacional como soporte fundamental de los nacientes estados modernos, 2) el paso a un sistema de seguridad internacional, y 3) la presentación de un nuevo paradigma de seguridad global. Cada uno de estos momentos se encuentra vigorosamente unido a los cambios sucedidos en el sistema internacional, así como en *el progreso intelectual de su interpretación y corresponden a una serie de valores y amenazas específicas*, al igual que a las capacidades para afrontar los desafíos propios de cada época. Indistintamente, estas transformaciones han sido alimentadas por los avances en el perfeccionamiento tecnológico de la guerra, las comunicaciones y el crecimiento de la industria y el comercio⁴⁵⁰.

Desde otras aristas de análisis sobre el tema, se presenta una tendencia muy importante en las nuevas discusiones sobre seguridad y es aquella relacionada con la necesidad de establecer definiciones de carácter *más comprehensivo*, aunque tal necesidad coexista con una importante corriente de científicos (y políticos) que persisten en la reducción del concepto de seguridad a la seguridad del Estado entendida desde un punto de vista estrictamente militar y fiel a la doctrina del realismo político⁴⁵¹. A partir de tal necesidad, una noción de seguridad más comprehensiva debe tener en cuenta el cosmos completo de los “asuntos humanos”, así como las nuevas amenazas: el crecimiento de la población, el deterioro ambiental, la escasez de recursos energéticos, el tráfico de drogas, el crimen transnacional y la destrucción de culturas indígenas y de pueblos. Como restado de estas concepciones, en las discusiones y conceptualizaciones sobre la cuestión se

⁴⁴⁹ GRAEGER N., “¿Seguridad ambiental?”, en: Journal of Peace Research vol. 33. Núm. 1, 1996. pp. 109.

⁴⁵⁰ *Óp. cit.*, pp. 5.

⁴⁵¹ KOLODZIEJ E.A., “Renacimiento en los estudios de seguridad”.Caveat Lector. En: International Studies Quarterly, vol.36. Núm.4, 1992, pp. 260.

observa una “securitización” en diferentes niveles, entre los cuales podemos destacar como los más significativos a la seguridad nacional, la seguridad ciudadana, la seguridad humana, la seguridad cooperativa y como una novedad propia del caso latinoamericano y muy especialmente del colombiano, encontramos la seguridad democrática.

De todas las anteriores dimensiones, sin duda alguna, la seguridad nacional es la más conocida, aplicada y relevante en la medida en que se ha constituido históricamente como uno de los fundamentos del nacimiento y consolidación de los *estados nacionales*. Pese a esto, esta noción padece igualmente de ambigüedad en la medida en que la visión del entorno geopolítico de cada país varía, al igual que sus intereses, y con ellos la manera de interpretar su idea de seguridad. La Doctrina de la Seguridad Nacional, surge en el contexto posterior a la Segunda Guerra Mundial y se constituyó como una expresión de la macroteoría militar del Estado, *desplazando en importancia al concepto de defensa nacional*.

La Doctrina de la seguridad nacional, se desarrolla en cuatro grandes etapas cronológicas que se refieren a sus antecedentes, gestación, desarrollo y declinación⁴⁵². Estas etapas comprenden la aparición del militarismo suramericano, la influencia político-militar de los Estados Unidos en América Latina, la Revolución cubana y su impacto en el surgimiento de movimientos insurgentes en la región de manera paralela con el desarrollo de un militarismo de nuevo cuño, hasta llegar a una etapa final que se inicia en el cambio de concepción estratégica estadounidense (desde el gobierno Carter), y se prolonga con el ascenso de los gobiernos civiles en la región hasta la finalización de la Guerra Fría⁴⁵³.

Si bien el origen de esta doctrina se ubica oficialmente en políticas destinadas a fortalecer *el rol de los Estados Unidos en la defensa del hemisferio occidental* (bajo los términos del Pacto de Río de 1947 y la Carta de la Organización de los Estados Americanos de 1948), autores como Buchanan sostienen que lo que emergió en términos de una *doctrina*

⁴⁵² Para GALLÓN GIRALDO G., “La República de las Armas”, Bogotá: CINEP, núms. 109-110, 1983, pp. 45 y 47 respectivamente. La Doctrina de la Seguridad Nacional se asentó en dos postulados básicos: la bipolaridad y la guerra generalizada. Tal bipolaridad se entendió como la división del mundo en dos grandes fuerzas opuestas: la del bien y la del mal. Su credo consistió en afirmar la existencia de una guerra permanente entre el occidente cristiano y el oriente comunista, cuya expresión en las naciones latinoamericanas, ante la imposibilidad de un enfrentamiento armado mundial, se dio a través de las revoluciones sociales de la época o potenciales dentro de cada país. Es importante tener en cuenta que a la DSN se le incorporó el componente mesiánico para darle un sentido trascendental y fundamentalista a cada una de sus acciones, ante la temeridad de considerar la posibilidad de otras formas de gobierno, de actuar y de pensar.

⁴⁵³ LEAL BUITRAGO F., “El oficio de la guerra”. Bogotá: Tercer Mundo – IEPRI, 1994, pp. 16-17.

estratégica para la región no fue exactamente lo que Estados Unidos había establecido en el Pacto de Río; por el contrario, esta política se constituyó como la más implacable piedra angular de la geopolítica en América Latina y el Caribe, dejando a su paso una serie de patologías y aberraciones como las continuas violaciones a los derechos humanos y la popularización de conceptos como “guerra sin reglas” o “guerra sucia”. La Doctrina de Seguridad Nacional se establece a partir de nociones “orgánicas” de la sociedad que consideran al Estado como a una guarnición lista para la defensa externa y el control y la pacificación internos (estrictamente fiel a la tradición del realismo político inaugurada por Hobbes), a través de una promoción de una perspectiva darwinista de las relaciones internacionales en la que las naciones luchan por sobrevivir de acuerdo con sus capacidades para defender su territorio y soberanía. Más adelante abordaremos esta situación desde el punto de vista de la filosofía del Derecho Internacional, para justificar las razones históricas y actuales de la vigencia de una teoría de la seguridad nacional.

3.2. Elementos de la teoría de la seguridad nacional

Alberto Methol Ferré⁴⁵⁴ comienza por establecer que para entender por íntegramente la noción de la Doctrina de la Seguridad Nacional, debemos revisar sus elementos fundamentales. Estos son *la Geopolítica, la Bipolaridad y la guerra total*. Como indica Methol, para la doctrina “su filosofía es la geopolítica, su ética la estrategia total, y su protagonista las Fuerzas Armadas”. Pasamos, entonces a desarrollar en el orden formulado cada uno de estas nociones:

- La geopolítica.

La geopolítica es anterior a la doctrina en estudio. Al punto, que es susceptible de ser analizada por sí misma, sin acudir al *marco teórico* que dispone la seguridad nacional. En consecuencia, puede servir a intereses de corte nacionalistas de izquierda o de derecha; a gobiernos totalitarios y autoritarios. Esto, bajo el entendido que el estudio del Estado y sus relaciones políticas y geográficas no distingue entre ideologías. De tal manera, que a geopolítica tomando como base para este análisis, el enfoque ofrecido por Luis dallanegra Pedraza⁴⁵⁵ denominado “*Teoría y metodología*

⁴⁵⁴ METHOL FERRÉ A., “Sobre la actual ideología de la seguridad nacional”, en: Revista Vicaría de la Solidaridad, “Estudios 6”. La doctrina de la Seguridad nacional, Santiago. Núm 22, 1979, pp. 207-213.

⁴⁵⁵ DALLANEGRA PEDRAZA L., “Teoría y metodología de la geopolítica. Hacia una geopolítica de la construcción de poder”. Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales,

de la geopolítica. Hacia una geopolítica de la “construcción de poder”” atiende un objeto de estudio dinámico e interdisciplinario que requiere del marco teórico que le ofrecen las ciencias políticas, las relaciones internacionales, la geografía, y otras ciencias como la economía y la historia. Las relaciones internacionales contribuyen con el concepto de poder, desempeño, interrelación y configuración sistémica. La geografía hace lo propio con la idea de espacio vital; la economía con la noción de riqueza y recursos y la historia con la concepción de evolución y dinámica.

Según Jorge Enrique Atencio⁴⁵⁶, “Geopolítica es la ciencia que estudia la influencia de los factores geográficos en la vida y evolución de los Estados, a fin de extraer conclusiones de carácter político. Guía al estadista en la conducción de la política interna y externa del Estado y orienta al militar en la preparación de la Defensa Nacional y en la conducción estratégica; al facilitar la previsión del futuro, mediante la consideración de la relativa permanencia de la realidad geográfica, les permite deducir la forma concordante con esta realidad en que se pueden alcanzar los objetivos y en consecuencia, las medidas de conducción política o estratégica convenientes guía al estadista en la conducción interna y externa del Estado.

El concepto de geopolítica tuvo mucha influencia en el Nazismo. En relación con estos alcances, se hace apenas necesario hacer especial mención las relaciones de las teorías políticas de Carl Schmitt y el movimiento liderado por Adolfo Hitler, bien como nos lo describe Herzog Márquez⁴⁵⁷, este análisis con la finalidad de ir analizando la vigencia de esta teorías y sus los alcances que actualmente desde el ámbito de la geopolítica aún persisten bajo otras figuras. Pocos días antes del éxito electoral de nacionalsocialismo, Carl Schmitt divulgaba un artículo en la prensa en el que pronosticaba el catástrofe: anotando” *quien colabore con los nazis está actuando tonta e irresponsablemente. El nacionalsocialismo, argumentaba, es un movimiento peligroso que puede cambiar la Constitución, establecer una iglesia de estado, disolver los sindicatos, etc.*”. Menos de un año después, y por invitación de Heidegger, Carl Schmitt se afiliaba al Partido Nacional Socialista. No era el recelo sino la codicia lo que provocaba el giro. Schmitt pretendía delinear una filosofía legal que rompiera el molde burgués y liberal del estado de derecho. Destacó, por ejemplo, que uno de los principios clave de aquella estructura tendría que ser demolido. Se refería a la máxima fundamental del derecho penal, que instituía que *no puede haber castigo si no hay una*

vol. LII. Núm. 210, septiembre-diciembre, 2010, pp. 15-42. Página de la revista en redalyc.org Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal, México.

⁴⁵⁶ ATENCIO, JORGE E., “Qué es la Geopolítica”. Ed. Pleamar. Buenos Aires, 1965, pp. 88.

⁴⁵⁷ SILVAHERZOG MÁRQUEZ J., en su estudio titulado “Carl Schmitt. jurisprudencia para la ilegalidad. Revista de Derecho Vol. 14 - Julio 2003 Páginas 9-24. *Rev. derecho (Valdivia)*.

ley previa que establezca el delito. Aquel que vez denunció el peligro negro fue más allá en su defensa del nuevo régimen. Celebró las purgas que terminaban en la ejecución de disidentes como bellas fórmulas de justicia revolucionaria y promovió una purificación de la teoría jurídica alemana. No pensaba en ninguna reforma del método, sino en la necesidad de eliminar la contaminación judía.

En razonamientos de Schmitt, la política aparece cuando el otro es identificado como la amenaza de mi propia sobrevivencia. La posibilidad de la eliminación física –la muerte, para decirlo claramente– subyace a todo trato político. La guerra no es el abismo en el que puede caer la política; la guerra es el pozo del que brota, el pozo en el que nada, el pozo de que nunca sale.

Para el año de 1927, el mundo conoció el más controvertible de los trabajos de Schmitt: *El concepto de lo político*. Inspirado en Maquiavelo, Schmitt intentaba ver la política en sus verdaderos alcances, *sin los rodeos del moralismo*. Pocas líneas han recogido la sustancia bélica que anima la política como la que abre el segundo apartado de este ensayo: “La específica distinción política, a la cual es posible referir las acciones y los motivos políticos es la distinción de *amigo* y *enemigo*.” Así como lo reitera Herzog Márquez, No le fue difícil conectar sus ideas con la propaganda del nuevo régimen. Apenas se vio obligado a esconder algunos de sus escritos periodísticos. Pero en realidad no tuvo que torcer sus escritos principales para colorearlos con la retórica hitleriana.

La concepción bélica de la política, la gravedad de la coacción ejecutiva, la suspicacia en la deliberación parlamentaria y la imparcialidad judicial provienen de sus escritos previos. *En la era nazi, proyectó todas estas ideas para bosquejar una nueva filosofía del derecho*. Esta progresiva intervención de Schmitt, reporta particularidades especiales, Schmitt era católico, y era un reconocido opositor público de los nazis. Pero había logrado una ascendencia social como un abogado de ideas nuevas que desafiaban el viejo molde liberal. Esta es la potísima razón por el cual fue llamado a discutir la ley que habría de legitimar la subordinación de todas las instituciones políticas y sociales a los dictados del partido. En el más abyecto de sus textos *ensalza a Hitler como el arquitecto de una nueva legalidad*, esto le da la fuerza y el derecho para fundar un nuevo orden, al punto de proponer que los actos del jefe no están sometidos a la justicia, porque son la más alta ecuanimidad.

Conocido para aquel entonces, como *el abogado de la corona* sus esfuerzos de mantener un protagonismo en el panorama político, no fueron suficientes para conservar su popularidad. Para el año de 1934 principiaba a recibir

críticas de los más duros defensores del régimen. Se le inculpaba de ignorar los *fundamentos biológicos de la política*, de postular una idea de nación incompatible con la comunidad racial defendida por Hitler, llevándolo a perder los privilegios conquistados en el partido. Realmente, el sustento ideológico en los acontecimientos históricos y políticos del nazismo, se concreta en nuestro criterio en haber logrado construir una *jurisprudencia para la ilegalidad*, El estado es gobernado por lo imprevisible, lo irregular. Por ello no se identifica en su obra ningún esfuerzo por construir principios de ingeniería constitucional.

En su obra, Schmitt anuncia una discusión teórico jurídico sobre la soberanía en contra, fundamentalmente, de Kelsen, dado que para este último la teoría jurídica debe encontrarse libre de cualquier referencia a elementos axiológicos y fácticos, convirtiéndose en una *ciencia estrictamente deóntica y neutral*. Caracterizando este prototipo epistemológico, Kelsen argumenta que el concepto jurídico-científico de Estado equivale al de ordenamiento jurídico y es ajeno a los conceptos tradicionales de "soberanía", referidos al poder que detenta una persona para generar un ordenamiento jurídico, del cual es independiente. En su presentación teórica, Kelsen determina despectivamente como impuras y *teológicas* a las tesis no normativistas y no inmanentistas del Estado, es decir, aquellas que no identifican a este con el orden jurídico y pretenden introducir una "persona jurídica" independiente y trascendente al mismo.

La respuesta de Schmitt a Kelsen tiene dos fases. Primero, en los primeros dos capítulos de *Teología política* ("una definición de la soberanía" y "El problema de la soberanía como problema de la forma jurídica y de la decisión"), hace una crítica a la teoría del Estado de Kelsen y a su explicación de la soberanía. Posteriormente, en el tercer capítulo de la obra ("Teología política"), Schmitt se desplaza a un nivel epistemológico, en el cual formula su tesis central de filosofía política a nivel metodológico. Por último, el cuarto capítulo ("La filosofía del Estado de la contrarrevolución - de Maistre, Bonald, donoso cortés") analiza la obra de tres filósofos reaccionarios, para ejemplificar y reforzar la tesis epistemológica del capítulo tercero.

Finalmente, a este recuento efectuado sobre la influencia de las tesis Schmittianas, resta advertir que desde una nefasta visión de la teoría constitucional, sus propuestas permitieron por así decirlo la *constitucionalización del exterminio de semita*. Sin embargo, el principal objeto de estudio sobre la tesis de este jurista se concreta respecto a la Doctrina nacional en sus propias palabras a lo siguiente:

“El concepto del Estado supone el de lo político. De acuerdo con el uso actual del término, el Estado es el status político de un pueblo organizado en el interior de unas fronteras territoriales. Esto es tan sólo una primera aproximación, que no intenta determinar conceptualmente el Estado, cosa que tampoco hace falta, pues lo que interesa aquí es la esencia de lo político. Por el momento podemos dejar en suspenso cuál es la esencia del Estado, si es una máquina o un organismo, una persona o una institución, una sociedad o una comunidad, una empresa, una colmena o incluso una «serie básica de procedimientos». Todas estas definiciones y símiles presuponen o anticipan demasiadas cosas en materia de interpretación, sentido, ilustración y construcción, y esto las hace poco adecuadas como punto de partida para una exposición sencilla y elemental. Por el sentido del término y por la índole del fenómeno histórico, el Estado representa un determinado modo de estar de un pueblo, esto es el modo que contiene en el caso decisivo la pauta concluyente y por esa razón, frente a los diversos status individuales y colectivos teóricamente posibles, él es el status por antonomasia. De momento no cabe decir más. Todos los rasgos de esta manera de representárselo -status y pueblo- adquieren su sentido en virtud del rasgo adicional de lo político y se vuelven incomprensibles si no se entiende adecuadamente la esencia de lo político.”

Carl Schmitt. El concepto de lo político

Retomando, nuestro estudio respecto de la Doctrina de la Seguridad Nacional, sucede que luego de la Segunda Guerra Mundial la hacen suya los Estados Unidos con el objeto de rehabilitarla y llevarla a cabo en sus acciones en Latinoamérica Podemos decir que *la geopolítica es susceptible a actos denigratorios por parte y entre Estados*, ya que al situarse en el *realismo político* desconoce valores como la solidaridad y unión entre los países. Asimismo, menosprecia el régimen de Derecho Internacional, pues no entiende que si el Estado es el soberano se encuentre al final del día con otro organismo que tenga facultades para incidir en decisiones que, a su juicio, son únicas y exclusivamente competencias de él. Así también, desconoce y prescinde del *rol de las personas conforme a su individualidad*, pues estima a la Nación como la única fuente de voluntad política⁴⁵⁸.

⁴⁵⁸ Sobre los alcances del realismo jurídico ARENAL C., en su obra. “Introducción a las Relaciones Internacionales”. Editorial Tecno. Madrid, España, 2007, pp. 56, indica que “en este sentido, los Estados se relacionan en la arena internacional unos con otros en defensa de sus propios intereses. Con ese objetivo establecen negociaciones, alianzas, amenazas, y, en último extremo, guerras. Todas estas maniobras se materializan desde la premisa de la naturaleza conflictiva de las relaciones internacionales. Este alumbramiento teórico de la perspectiva realista viene precedido de una concreta concepción sociológica acerca de la

- La bipolaridad.

La bipolaridad es la segmentación del mundo en dos bandos. Para la doctrina, por un lado está *Occidente*, donde están los ideales de libertad junto con los principios democráticos. En el otro extremo, el *comunismo*, donde se encuentra la opresión y el totalitarismo.

La visión de mundo fundada en la geopolítica es por definición de enemistad y antagonismo de dos patrias, ambas con fuerza de voluntad y con alta potencia de desarrollo y de poder. Por esta razón, el alineamiento a uno de estos dos grupos es vital para salvaguardar el Estado propio. Para América Latina, su lugar “natural” era junto a Estados Unidos, en occidente junto a la libertad y el anticomunismo.

A partir de la bipolaridad, encontramos otro concepto que lleva el asunto de conflicto entre bloques y Estados al plano de las personas y comunidades, esto es: la “bio-polarización”. La bio-polarización, se explica como la división que se hace del mundo y, en general, de la vida humana, en dos grandes grupos: los buenos y los malos, los amigos y los enemigos. “El antagonismo como constante universal e histórica, en la que siempre han existido dos grandes fuerzas opuestas, determinadores de las condiciones generales de todos los conglomerados⁴⁵⁹”. En otras palabras, en el mundo sólo existen los aliados y los enemigos, los cuales se encuentran en guerra permanentemente por su naturaleza adversaria. Este conflicto, se lleva ya no sólo a nivel macro sino que se posa en las relaciones individuales de las personas.

La Doctrina de la Seguridad Nacional parte del postulado de la bipolaridad y no trata de justificarla geopolíticamente: ella se plantea como un hecho sin mayor cuestionamiento, ni argumento o preocupación por el sustento, se establece como máxima el asunto de que las fuerzas son contrapuestas por naturaleza y cada una busca eliminar a la otra. Gustavo Gallón Giraldo, lo explica de la siguiente manera “Dentro de los lineamientos de la doctrina este postulado ni siquiera se argumenta: se afirma. Aparece pues, como un axioma que por su claridad evidente no precisa demostración. El occidente es democrático, el Oriente no lo es (puesto que es despótico). El Occidente integra una cultura (la occidental) y el Oriente otra (probablemente la oriental, o también comunista). El occidente es cristiano, el oriente no (dado que es comunista). Por más que se excave en el pensamiento de los teóricos

naturaleza humana. Un a priori antropológico en virtud del cual el egoísmo del hombre preside las relaciones humanas. Indicio que se traslada a las relaciones entre Estados y que condiciona las elaboraciones teóricas de estos autores.

⁴⁵⁹ Esta posición ha sido tomada de MARROQUÍN G., en “La doctrina de la seguridad nacional”. En: Revista de Derecho penal y criminología. Volumen 10. Núm 36. 1988, pp. 23-25.

de la Seguridad Nacional se encontrará siempre que detrás de este pretendido enfrentamiento apocalíptico no sólo no hay ninguna noción consistente acerca de lo que es democracia, el cristianismo, o la cultura, sino que incluso se advierte un manejo bastante arbitrario de los puntos cardinales, a pesar que el fuerte de los creadores de la doctrina es justamente la geografía. Lo que sí es claro, en todo caso, es la convicción fuertemente arraigada de que *el comunismo* representa un peligro fatal, contra el que es necesario de protegerse a como dé lugar. De hecho, la coherencia de la doctrina está cifrada en ese temor reverencial⁴⁶⁰.

Adicionalmente a todo lo dicho, la Doctrina de la Seguridad Nacional no sólo contempla *enemigos externos* (conforme a la noción de geopolítica) sino también de aquellos que *son internos*⁴⁶¹. El enemigo interno fue identificado con el *marxismo, socialismo y comunismo*, bajo una definición poco precisa y muy amplia. Estos grupos enemigos son para la Doctrina de la Seguridad Nacional, por definición, sediciosos, subversivos y delincuentes. Por lo tanto, y en base a la seguridad nacional, se debían buscar, rastrear y eliminar en toda Latinoamérica, como de hecho ocurrió a propósito de la denominada Operación Cóndor⁴⁶².

En ese orden de análisis, la existencia de frentes antagónicos bajo cualquiera que sea la perspectiva o ideal. Conllevara inevitablemente a la permanente hostilidad en todos los niveles del género humano.

- La guerra total.

La Guerra Total concierne a un estado belicoso constante que involucra todos los campos físicos y morales posibles. Es un guerra que incluye a todas las personas, todos los Estados, todos en comunión en contra el marxismo internacional. Esta guerra envuelve también a todos los ciudadanos y a todos los recursos materiales de la nación. Todas las actividades económicas, culturales, etc. son actos de guerra y herramientas de lucha. Para la Doctrina de la Seguridad Nacional, en palabras de Alberto

⁴⁶⁰ GALLON GIRALDO G., *óp cit.*, 51.

⁴⁶¹ Véase en NINA A., “La doctrina de seguridad nacional y la integración latinoamericana”, en: Nueva Sociedad. Núm. 27 Noviembre – Diciembre, San Salvador, 1979, pp. 66.

⁴⁶² La “Operación Cóndor” o “Plan Cóndor” fue el nombre asignado a un plan de inteligencia y coordinación entre los servicios de seguridad de los regimenes militares del Cono Sur: Argentina, Chile, Brasil, Paraguay, Uruguay y Bolivia, la contrarrevolución cubana y los servicios secretos de Francia en la década de los años 1970, para una operación militar que se constituiría en una organización clandestina internacional para la práctica del Terrorismo de Estado con la cooperación de los Estados Unidos, con el fin de eliminar a las voces opositoras los regimenes de facto, principalmente de izquierda.

Methol Ferré, significa que *no hay actos neutrales*⁴⁶³. Por definición, todo es parte del *comunismo internacional o de la democracia occidental*. En consecuencia, tampoco existen países neutrales. Todos están implicados en la guerra. Es una de carácter total tanto en sus adversarios como en los niveles en que se desarrolla la batalla.

Una de las categorías de confrontación bélica se refiere a la Guerra *revolucionaria o subversiva*. Para la corriente de la Seguridad Nacional, este tipo de ofensiva es la expresión por excelencia del marxismo internacional. Donde tenga vigencia una revolución, la mano oscura de Moscú se encuentra presente. Las batallas ideológicas y físicas en contra del capitalismo, implican una revolución que los Estados Unidos de Norteamérica están preparados a sosegar y dominar. No es admisible, el progreso de los enemigos de la libertad. Se hace imprescindible la restauración del orden y promover entonces el *bien común*. Siendo indiferente las expresiones en que llegue a expresarse tal vertiente: guerra de liberación, subversión, guerrillas, atentados, terrorismo, etc., todas trabajan bajo una misma forma de caracterización del sentimiento revolucionario. No hay diferencia alguna, como lo precisa José Comblin entre *la subversión, crítica, oposición política, guerrilla, terrorismo, guerra*; todo ello es manifestación de un solo fenómeno, la guerra revolucionaria⁴⁶⁴.

Finalmente, este nuevo concepto de la relación Estado – Individuo implica una nueva manera de *hacer política y ejercer el poder*. La doctrina en estudio presenta un ignorado tipo de Estado. La institucionalidad propia de los gobiernos democráticos no es servil a los intereses de la ideología. Es incompatible: genera muchas trabas para la obtención del “bien común” y no es del agrado para los militares.

3.3. Componentes básicos de la Doctrina de la Seguridad Nacional.

Para continuar vislumbrando el concepto de la Doctrina de Seguridad Nacional, revisaremos los componentes que ha desplegado su aplicación: los objetivos nacionales, la seguridad nacional, el poder nacional y la estrategia total o estrategia nacional.

- Los objetivos nacionales.

El Estado como *ente jurídico social* debe constituir los capitales para poder llevar a cabo la guerra recién descrita. Es muy importante dónde apuntar y hacia dónde quiere llegar. El rigor de la doctrina impone ese deber y el

⁴⁶³ METHOL FERRÉ A., “Sobre la actual ideología de la seguridad nacional”, en: Revista Vicaría de la Solidaridad, “Estudios 6”. La doctrina de la Seguridad nacional, Santiago, Núm 77, 1979, pp. 207-213.

⁴⁶⁴ COMBLIN J., “La doctrina de la seguridad nacional”, revista Vicaría de la Solidaridad “Estudios 6”, La doctrina de la Seguridad nacional. Núm 25, Santiago, pp. 9-189.

Estado tiene el cargo de instruir a la Nación para que ésta dirija su voluntad hacia el fin que se pretende obtener y, junto con ello, emplear los medios necesarios para conseguir los objetivos que se proponen.

Golbery y Schilling define a los Objetivos Nacionales como “las aspiraciones e intereses de todo el grupo nacional⁴⁶⁵”. De tal definición, el autor establece dos tipos de objetivos nacionales conforme al momento en que se verifican o se desean lograr. En la ruta de la obtención de la Seguridad Nacional, nos encontramos entonces con Objetivos Nacionales Permanentes⁴⁶⁶, referidos a una meta idealizada a lo que apuntará las aspiraciones del Estado; y los Objetivos Nacionales Actuales⁴⁶⁷, que son más inmediatos conforme a los medios que se tienen al momento.

- La seguridad nacional.

Esta noción coordina y penetra a todos los objetivos nacionales. Consiste en la fuerza que detenta el Estado capaz de destruir y avasallar a todas las demás que sean contrarias a las pretensiones de la Nación, para así robustecer y hacer triunfar los objetivos nacionales. Gurgel lo define como “la garantía dada por el Estado para la conquista o la defensa de los Objetivos Nacionales a pesar de los antagonismos y las presiones⁴⁶⁸”

Comblin estima que “la Seguridad Nacional es la capacidad dada a la nación por el Estado para imponer sus objetivos a todas las fuerzas que se opongan. Esta capacidad es naturalmente una fuerza. Se trata por lo tanto, de la fuerza del Estado capaz de destruir todas las fuerzas adversas y de hacer triunfar los objetivos nacionales⁴⁶⁹”. Por otro lado, la sacralización del concepto hace que su cuidado sea extremadamente alto e intangible, a tal punto de que cualquier amenaza potencial o real, es considerada como un atentado digno de ser repelido con la misma fuerza como si fuera un daño efectivo. Significando, que el *actuar preventivo de los gobiernos* se confunde con el *represivo*, ambos se despliegan de la misma manera. En efecto, el uso de la Fuerzas Armadas, de la policía oficial como la secreta, la tipificación

⁴⁶⁵ SCHILLING P., “Militares y militarismo en Brasil: mitos y realidades”. Revista Vispera. Núm.11, julio de 1969, pp. 45. (Montevideo).

⁴⁶⁶ Aclara el General GOLBERY: “Las aspiraciones e intereses que perduran en determinada etapa más o menos larga de la evolución del grupo nacional como núcleo constante y universal, y ahí figuran bajo formas más o menos agresivas o positivas, o más defensivas o negativas, las ideas motrices de integración nacional, autodeterminación o soberanía, bienestar y progreso”. Véase en: SILVA, G., SCHILLING P., *óp. cit.*, pp. 191.

⁴⁶⁷ Respeto a los Objetivos Actuales “representan la cristalización de estas aspiraciones e intereses a la luz de las limitaciones impuesta por las posibilidades y circunstancias del momento, en particular por los antagonismos internos y externos, tanto existentes como presumibles” Véase en: SILVA, Golbery, SCHILLING, Pablo, *óp. cit.*, pp. 192.

⁴⁶⁸ Véase en GURGEL J.A., *óp. cit.*, pp. 138, citado por COMBLIN, *óp. cit.*, pp. 46.

⁴⁶⁹ COMBLIN J., *óp. cit.*, pp. 46.

de delitos penales, la represión, tortura y maquinaciones para obtener información, etc., es una constante y la característica de *la relación Estado – individuo*.

Como resultado de lo previamente analizado, el término “seguridad” tiene diferentes enfoques. De otra parte, la extensión misma de la Seguridad Nacional, es aún más vasta. Esta afecta todos los ámbitos de la vida estatal como también ciudadana y en esa condición es susceptible de ser perturbada por el comunismo, pues éste actúa de las maneras más insospechadas y en todos los planos de la vida de las personas. En efecto, la extensión de la seguridad nacional debe ser total. Todo le incumbe y cada individuo debe contribuir a ella pues es un deber de Estado y de la Nación estar al tanto de que se encuentra en estado de guerra y es necesario eliminar al enemigo en razón a la supervivencia del Estado y de los Objetivos Nacionales⁴⁷⁰.

- El poder nacional.

Golbery y Schilling lo entienden como “la expresión integrada de los medios de todo orden (políticos, económicos, sicosociales y militares) de que dispone la nación, efectivamente, en el momento considerado, para promover en el ámbito interno, y en el campo internacional, la consecución y salvaguarda de los objetivos nacionales, a pesar de los antagonismos internos o externos, existentes o presumibles⁴⁷¹”.

Este componente, adquiere su viabilidad en los establecimientos estatales por medio del control de los *operadores jurídicos y las leyes*; y en los otros ámbitos sociales mediante *la represión, la tortura, el hostigamiento; en las mentes y conciencias colectivas*; al igual que por conducto la aprensión y la educación. En todos los sectores donde se puedan ejecutar los mecanismos de que dispone el Poder Nacional. No debe dejarse de lado, que para la doctrina, el mundo se encuentra en guerra (y esta se extrapola a las personas, familias, casas, villas, ciudades, regiones, el país entero: es total), y en ella los vencedores se valen de todas las opciones que disponga el *instinto de sobrevivencia*, verbigracia, el Estado y su aparato gubernamental.

En contexto anteriormente descrito, el Poder Nacional hace que todos los intereses de una nación sean examinados con el objeto de verificar, si los

⁴⁷⁰COMBLIN J., *óp. cit.*, pp. 48, en cuanto a la extensión de la seguridad nacional explica que “la seguridad afecta a todos los aspectos de la vida social. En todas partes hay amenazas que pueden desafiarlas: en todas partes la subversión, su enemigo calificado, puede manifestarse. Tanto la vida política como la vida económica o la vida cultural o ideológica son problemas de seguridad. La estrategia debe orientar, controlar, vigilar todos estos dominios”.

⁴⁷¹ COMBLIN J., *óp. cit.*, pp. 49.

mismos están acordes a la guerra contra las corrientes y movimientos adversos de los objetivos “soberanos”. Justificándose el seguimiento sistemático a lo político, económico, militar y psicosocial. El *primero* alusivo a los poderes gubernamentales (Ejecutivo, Legislativo, Judicial), la cultura política de las elites gobernantes, la estructura administrativa, los organismos generales de la república. El *segundo* a la institucionalidad económica, los factores de producción, los recursos estratégicos, lo bancario, el modelo económico y su desarrollo, la circulación de bienes, etc. El *tercero* se ejerce por las Fuerzas Armadas y se vincula con su organización y estructura, su logística, capacidad militar, contingente de acción, etc. Y el *cuarto* representa a la moralidad de las personas, su fuero interno y la ética que poseen; pasando a permear enfáticamente la religión, la educación, la politización, la política doméstica e internacional, los medios de comunicación, la dinámica social y todo aquél medio que apunte a dejar en claro que las fuerzas contrarias a la nación y todo lo que las llegue mínimamente a representar, es una potencial amenaza a la seguridad nacional y al país.

- La estrategia nacional.

Este componente encuentra su definición en la estrategia militar: “arte de preparar y aplicar el Poder Nacional para obtener o mantener los objetivos fijados por la Política Nacional⁴⁷²”. La integración de todas las demás áreas a la de tipo marcial debido a la situación en que se encuentra el Estado (guerra contra el comunismo internacional) y porque la beligerancia es total. Debe destacarse, que la Estrategia Nacional tiene directa relación con el Desarrollo, entendido como uno de carácter económico, de crecimiento y de optimización de Estado.

El duplo *Desarrollo y Seguridad Nacional* se adaptó de la doctrina. No es factible el progreso sin seguridad nacional, sin organización y crecimiento programado o planificado. Las tendencias de izquierda propagan el desorden; el comunismo por antonomasia es disperso. El desarrollo es un ingrediente de potencia y este no puede apartarse de la estrategia que tiene por objetivo la seguridad. Es inconcebible, un estado revestido de seguridad sin su correspondiente progreso; en consecuencia un país inseguro, es un núcleo generador del ciclos y generaciones de pobreza y desestructuración del organismo social.

Así las cosas, el abordaje de la Doctrina de la Seguridad Nacional, es impactante desde la óptica de su *prototipo y aplicación*. Es *prima facie*, sencilla, no exige de mucha exploración, sino de sólo la comprensión que existe un adversario político convertido en un enemigo interno declarado, y

⁴⁷² GURGEL J.A., *óp. cit.*, pp. 81. citado en COMBLIN J., *óp. cit.*, pp. 51.

que el Estado y el ciudadano debe aplacarlo mediante todas las herramientas que tenga a su alcance, por configurar una amenaza constante a los propios valores y unidad nacional de los estados.

3.4. La seguridad nacional y su conexión con el Derecho Internacional

Después de la Segunda Guerra Mundial –y como respuesta a las atrocidades cometidas en este conflicto– se firmó un conjunto de tratados internacionales, varios de ellos tienen una marcada influencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos y están orientados a proteger los derechos fundamentales de la persona. Es el caso, por ejemplo, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

No hay razón para desconocer, que los tratados internacionales son el gran apoyo del derecho internacional. Sin embargo, con la finalidad de evitar incompatibilidades entre *la realidad cambiante de un Estado y sus obligaciones con respecto a otro Estado u otros Estados* con los que haya firmado tratados bilaterales o multilaterales, se requiere generar mecanismos de flexibilidad *que les ayude a no incurrir en actos ilícitos por el incumplimiento de sus obligaciones establecidas por tratado a causa de circunstancias excepcionales* como conflicto bélico o emergencia medioambiental. Por lo antes señalado, los Estados suelen establecer cláusulas genéricas en los tratados a las que pueden recurrir frente a situaciones anómalas que les impidan cumplir con sus obligaciones.

En el siguiente cuadro comparativo (tabla No 1) pueden observarse las cláusulas genéricas incorporadas por los estados, que dan cuenta de circunstancias excepcionales, que justifiquen en eventual incumplimiento de estos acuerdos supranacionales.

TABLA No 1. CLAUSULAS GENERICAS DE EXCEPCION DE RESPONSABILIDAD EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE SEGURIDAD NACIONAL.

Tratado internacional	Clausulas genéricas de excepción de responsabilidad por guerra o de otro peligro público por seguridad nacional.
-----------------------	--

<p>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político⁴⁷³</p>	<p>Art. 4.1.- En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no extrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivo de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.</p>
<p>Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁴⁷⁴</p>	<p>Art. 15.1.- En caso de guerra o de otro peligro público que amenace a la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del derecho internacional.</p>
<p>Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁷⁵</p>	<p>Art. 27.1.- En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles</p>

⁴⁷³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. Disponible en <http://www.hchr.org.co>

⁴⁷⁴ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Disponible en <https://www.echr.coe.in>

⁴⁷⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos). Disponible en <http://www.hchr.org.co>

	con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
Carta de las Naciones Unidas ⁴⁷⁶	Artículo 51. - Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

Fuente: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Políticas y Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Del estudio comparado precedente, se concluye que tratados suelen utilizar términos como *guerra*, *peligro público*, *peligro que amenace la vida de la nación*, *peligro que amenace la seguridad del Estado* o *peligro que amenace la independencia del Estado*. Pese de existir claridad, sobre los eventos en los cuales estos presupuestos se harían realidad, en casos de extrema urgencia (como pueden ser las amenazas a la seguridad nacional) donde se halla en peligro la propia existencia del Estado o su funcionamiento como tal, debemos acotar que son *términos generales*, lo cual para un sector de la doctrina es correcto porque el uso de términos generales, vagos y ambiguos

⁴⁷⁶ Carta de las Naciones Unidas. La Carta se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es parte integrante de la Carta Disponible en <http://www.un.org/es> .

tiene la ventaja de permitir a los Estados adecuar los problemas latentes a estos términos, además de que corresponderá a los órganos jurisdiccionales ser las entidades que mediante la jurisprudencia verifiquen el uso adecuado de estas cláusulas.

Tampoco puede dejarse de advertir, que los Estados que recurran a estas cláusulas tienen que cumplir con un determinado procedimiento, como el establecer la restricción en la medida estricta, la medida adoptada no debe ser incompatible con las demás obligaciones del derecho internacional; por ejemplo, no debe existir discriminación (de raza, color, sexo, idioma, religión y origen social) y además se debe comunicar a la autoridad correspondiente (Secretario General de la ONU, Secretario General del Consejo de Europa y Secretario General de la OEA) del alcance de la medida, las medidas suspendidas y los motivos de las misma, así como cuando se levanta la suspensión de dicha medida.

No obstante, estos convenios han establecido un conjunto de derechos que bajo ninguna circunstancia los Estados pueden suspender (derechos duros). Al revisar estos derechos en los tratados antes mencionados se constata que hay un núcleo de *derechos duros* comunes en estos tratados: derecho a la vida, derecho a no ser sometido a tortura y tratos inhumanos, derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre⁴⁷⁷ y derecho a no ser condenado por una acción u omisión que al momento que se cometió no constituía delito según el derecho nacional o internacional.

Igualmente, indicamos que en los tratados señalados anteriormente existen derechos en los se ha establecido expresamente la seguridad nacional como límite de los mismos. La tabla N° 2 desarrolla este tema:

⁴⁷⁷ Se debe indicar que en el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se señala el derecho a la integridad física personal que tiene una composición más amplia, pues comprende el derecho a la integridad física, psíquica y moral, la prohibición de torturas y tratos crueles, la pena no puede trascender de la persona del delincuente, los procesados deben ser separados de los condenados, los menores de edad deben ser separados de los adultos y las penas privativas deben tener una finalidad de reforma y readaptación social.

TABLA No 2. DERECHOS FUNDAMENTALES REGLAMENTADOS EN ALGUNOS TRATADOS INTERNACIONALES QUE EXPRESAMENTE TIENEN COMO LIMITACIÓN LA SEGURIDAD NACIONAL

Tratado internacional	Derecho fundamental limitado por seguridad nacional
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Libertad de tránsito (art. 12), igualdad ante los tribunales de justicia (art. 14), libertad de expresión (art. 19), libertad de reunión (art. 21) y libertad de asociación (art. 22).
Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Políticas	Igualdad ante los tribunales de justicia (art. 6.1), derecho a la vida privada y familiar (art. 8), libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 9), libertad de expresión (art. 10), libertad de reunión y libertad de asociación (art. 11), libertad de tránsito (Protocolo N° 4) y garantías procedimentales referentes a la expulsión de extranjeros (Protocolo N° 7)
Convención Americana sobre Derechos Humanos	Libertad de conciencia y de religión (art. 12), libertad de pensamiento y de expresión (art. 13), derecho de reunión (art. 15), libertad de asociación (art. 16) y derecho de tránsito y de residencia (art. 22).

Fuente: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Políticas y Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La problemática jurídica que está por detrás de esta confrontación del derecho internacional y la seguridad nacional, como lo hemos venido planteando y desarrollando a lo largo de este estudio, se encuentra entre las nociones de libertad y seguridad, el cual hunde sus raíces en el tema de los límites de los derechos fundamentales y humanos.

Esta densidad del tema de los límites de los derechos provoca que haya posiciones doctrinales diversas. Las tipologías de límites que se usan son, por lo tanto, variadas. En alguna de ellas se habla de *límites internos o intrínsecos y límites externos o extrínsecos a los derechos fundamentales*. Los

primeros son los que tienen que ver con *los contornos conceptuales o, incluso, con cuestiones lingüísticas* (por ejemplo, límites internos del derecho a la intimidad son los propios contornos del concepto intimidad, límite del derecho de asociación es la propia idea de asociación – una persona no forma una asociación, son necesarias varias-). Serían criterios para delimitar el objeto del derecho fundamental, por lo que en puridad no serían verdaderos límites. En cambio, *los límites externos* a los derechos fundamentales son los límites propiamente dichos, *los que crea el poder público cuando la Constitución le habilita para ello*. Entre ellos están los que proceden del ejercicio de los derechos de los demás⁴⁷⁸, del interés general y del orden público. Aquí es donde se ubicarían los límites que vendrían de la categoría de seguridad.

En este sentido, el art. 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”. Así las cosas, ciertas exigencias de seguridad pueden configurar *límites legítimos* (o sea, justificados y, por ende, aceptados en Teoría de la Constitución) a los derechos fundamentales. Se puede afirmar, sin ánimo ahora de entrar en mayores profundidades, que *no hay derechos fundamentales absolutos*, todos tienen límites. *El problema está en precisar correctamente estos límites y hacer un traslado adecuado de los mismos a la realidad práctica*.

Cuando se ha producido una intromisión en un derecho habrá que proceder a analizar la legitimidad de la misma. Para ello se ha impuesto un método de análisis escalonado (“Stufentheorie”)⁴⁷⁹, procedente del mundo jurídico

⁴⁷⁸ Esta idea ya se encontraba recogida en el art. 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, en donde podía leerse que “la libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos”

⁴⁷⁹ Ya hemos realizado en este estudio análisis sobre la aplicabilidad del principio de proporcionalidad, sin embargo reiteramos su importancia y trascendencia histórica en el marco de los Estados Constitucionales. Ver, *El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Estudios Constitucionales, Año 10, No. 1, 2012, pp. 65 – 116), sus autores, RAINER A., MARTÍNEZ ESTAY J.I. y ZÚÑIGA URBINA F., (...) en Alemania el principio de proporcionalidad está indefectiblemente vinculado a la protección de los derechos fundamentales. En la sentencia *Apothekenurteil* el Tribunal Constitucional Federal alemán desarrolló por primera vez los fundamentos del principio de proporcionalidad como medio de atenuación o modulación de la intervención estatal en los derechos y libertades de las personas. En concreto, el Tribunal Constitucional Federal alemán elaboró en esta sentencia la “teoría de las fases” (Stufen-theorie), como expresión

alemán. Dicho método consiste en ir analizando los diversos escalones que lo integran, de manera tal que si el examen no pasa uno de ellos no se continúa el análisis. *Superar con éxito el último de los escalones supone que la intervención en el derecho de que se trate es legítima y, por ende, se encuentra justificada.* En el método hay tres fases: una, la determinación del ámbito normativo del derecho; dos, la fijación de la existencia real de una injerencia en el derecho; y tres, el estudio de la legitimidad de dicha injerencia. En esta última fase se distinguen, a su vez, cinco escalones: el principio de reserva de ley, la generalidad de la misma, la reserva jurisdiccional, el principio de proporcionalidad en sentido amplio (que contiene, a su vez, tres subprincipios: el de adecuación o idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto) y el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales. Hay que tener en cuenta que el principio de proporcionalidad opera (o debería operar), primero, en la propia actuación del legislador al aprobar la normativa, y, después, en la actividad judicial que examina el caso concreto controvertido. La finalidad es el elemento que funciona como presupuesto de los tres subprincipios que integran el principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad hay que entenderlo implícito al propio Estado de Derecho, aunque hay diversas previsiones normativas que lo recogen. Por ejemplo, el art. 52 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁸⁰, en donde se lee que “sólo se podrán introducir limitaciones (a los derechos fundamentales), respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.

La idea de proporcionalidad se halla cercana a la de justicia, que huye de los excesos en la actuación de los poderes públicos. Como lo expone González Beilfuss⁴⁸¹, que “el principio de proporcionalidad se articula necesariamente en torno a una relación medio-fin: la proporcionalidad no puede predicarse de un objeto de control aisladamente considerado, sino de la relación existente entre una medida y la finalidad perseguida con la misma” La medida, por lo tanto, debe ser congruente y proporcionada a la

específica de la proporcionalidad en el contexto de la libertad profesional del artículo 12 LF15. El Tribunal Constitucional Federal alemán subrayó la conexión de la libertad profesional con el desarrollo de la personalidad. La profesión de una persona no sólo tiene repercusiones sociales, sino que también sobre el propio individuo. Por eso el Tribunal Constitucional Federal alemán diferencia entre el ejercicio de la profesión y la admisión a la profesión. Disponible en <http://leyderecho.org>.

⁴⁸⁰ *Óp. cit.*, artículo 52.

⁴⁸¹ GONZÁLEZ BEILFUSS M., “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Thomson-Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003, pp. 67.

finalidad perseguida. La seguridad puede ser una de estas finalidades que permiten superar el test de proporcionalidad.

A fin de cuentas, como ya lo comentamos en el contexto del derecho internacional, la seguridad nacional y los límites que esta última impone, son múltiples las previsiones normativas que citan la seguridad como justificación de posibles *restricciones*. De allí alguno de los ejemplos invocados, los arts. 8, 10 y 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, donde se habla de la protección de la seguridad nacional, de la seguridad pública, de la defensa del orden y de la prevención del delito; el ya citado art. 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que alude a las exigencias del orden público en las limitaciones establecidas por ley para el ejercicio de los derechos; los arts. 12.3, 19.3, 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que se refiere a seguridad nacional y orden público; y el art. 18.3 de dicho Pacto, que menciona la seguridad y el orden. En principio, estas posiciones son totalmente lógicas porque sólo una comunidad que vive segura puede ser verdaderamente libre y ejercer con eficacia sus derechos.

Cuando se origina una emergencia de seguridad importante, que confronta o entra de lleno en lo bélico, los argumentos se endurecen. Llegándose a hablar de que *el conflicto entre seguridad y libertad disuelve a la democracia en la zona gris de la emergencia bélica*. Así se puede concentrar más el poder. Las situaciones de guerra no declarada, las reflexiones sobre el enemigo global, o la alusión a frentes externos e interno, fundidos en un enemigo común, ayudan a fundar el discurso.

Esto conlleva a que el ingreso en escena de la seguridad aparezca seguida generalmente de lo más diversos problemas. Una reacción desmedida o exagerada en aras de la seguridad puede romper el umbral o frontera legítima e incurrir en lo ilegítimo. A la sazón, entramos en una dificultad de diferente índole: estaremos ante un ordenamiento jurídico concreto que resulta censurable desde la *Teoría de la Constitución* o desde los principios teóricos de la democracia. Estaremos, por lo tanto, en un plano diferente, ya que será *una medida legal pero agresiva con los postulados materiales de la Teoría de la Constitución*, por lo que merecerá crítica y será aconsejable su modificación.

Entre estas complicaciones hallamos, primero, *la afección desproporcionada de ciertos derechos* (como la libertad de circulación, la intimidad o el secreto de las comunicaciones). Es decir, una intromisión en los mismos que no supera el *método escalonado* de análisis, porque vulnera alguno de los tres subprincipios que mencionamos antes y que integraban el principio de proporcionalidad.

Asimismo, y en segundo lugar, esta respuesta desmedida puede ubicarse en aquello que desean los propios terroristas. Estos, como apunta Sansó-Rupert⁴⁸², quieren conseguir que la sociedad se encuentre en un estado de agobio, producto del miedo, para que reaccione contra su propio gobierno. Ello puede originar un recorte exagerado de las libertades para tratar de mitigar ese miedo, con lo que nos topamos otra vez con el problema apuntado en el párrafo anterior.

En tercer lugar, es posible que se produzca *la expansión del Ejecutivo*. Este es un fenómeno que encontramos desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, pero ahora tal vez se intensifica en un escenario como el actual que privilegia la seguridad. Pensemos en la expansión de los poderes presidenciales frente a los del parlamento, o en la renovada relevancia que adquieren las fuentes jurídicas de rango secundario emanadas por los ejecutivos, *presionados por situaciones de emergencia ante los riesgos de seguridad*. Este proceso oscurece las relaciones entre poder constituyente, poder legislativo y poder ejecutivo.

En cuarto lugar y último lugar, el lenguaje de la seguridad puede favorecer de manera disfuncional a ciertos intereses políticos cuando no responde a una necesidad real. Ello perjudica la toma de decisiones por parte de la opinión pública, que se encuentra con mensajes situados lejos de la objetividad. En quinto lugar, las medidas excepcionales, adoptadas con una intención provisional, pueden adoptar un carácter permanente. Esto jurídicamente es censurable pues altera la naturaleza del instrumento provisional que se emplea (un decreto ley, por ejemplo).

En consecuencia corresponde a la *constitucionalización y humanización* del derecho internacional, como en adelante lo proponemos encontrar las alternativas o mecanismos que permitan encontrar el equilibrio y la justicia entre los límites de la seguridad nacional y los derechos fundamentales, y de manera enfática en *la nacionalidad*.

⁴⁸² Ver SANSÓ-RUBERT P.D., “¿Es la inteligencia la respuesta a los nuevos riesgos y amenazas?”, *óp. cit.*, pp. 97. En otro trabajo este autor insiste en dicha idea, que se enmarca en el modelo mental del terrorista: “bajo este planteamiento, el recorte de libertades a la población para protegerla de la acción terrorista, es precisamente uno de sus objetivos estratégicos” (ídem, “Seguridad vs. libertad: el papel de los servicios de inteligencia”, Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, Universidad de Valencia. Núm. 48, 2007, pp. 97.

3.5. La seguridad nacional frente a la constitucionalización de los Estados.

Para examinar el Estado Constitucional de Derecho revisaremos a los autores Luigi Ferrajoli y Gustavo Zagrebelsky. Tanto Gustavo Zagrebelsky como Luigi Ferrajoli reconocen la importancia del sometimiento a la ley en el Estado de Derecho. Ferrajoli señala en su análisis que si bien uno de los rasgos preeminentes del Estado de Derecho es el sometimiento a la ley, este puede ser en dos sentidos: en un sentido lato, formal en que cualquier poder debe ser conferido por la ley y ejercido en las formas y procedimientos establecidos, en este punto cualquier ordenamiento jurídico será Estado. En el sentido fuerte, cualquier poder debe ser limitado por la ley que condiciona las formas y los contenidos. En este punto solo será Estado de Derecho aquello que en sus niveles normativos superiores incorpore límites formales y sustantivos al ejercicio de cualquier poder. Por ello, Ferrajoli considera que un modelo de Estado se caracterizará en el plano formal por el principio de legalidad en el que todo poder público está subordinado a leyes generales, abstractas que disciplinan sus formas y están sometidas al control de legitimidad por parte de los jueces, y en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del Estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos⁴⁸³.

Gustavo Zagrebelsky parte de una crítica a la ley y señala que en el Estado de Derecho la ley pierde parte de sus características como norma general y abstracta, esto debido a diversas razones como diferentes actores que emiten normas y se empiezan a emitir normas a medida, él mismo refiere que se ha presentado la pulverización del derecho legislativo al haber normas sectoriales y temporales, normas de reducida generalidad o de bajo grado de abstracción, a la par, se presenta normas de contenidos heterogéneos, en este sentido, la ley se convierte en un instrumento de inestabilidad y los ordenamientos jurídicos terminan convirtiéndose en el resultado de una multiplicidad de fuentes⁴⁸⁴.

El autor anterior, prepondera la jerarquía de la Constitución en el Estado como una herramienta que puede poner orden en esta situación porque puede proveer un *derecho más alto*, investido de fuerza obligatoria para todos incluido el legislador, *el objetivo sería orientar el desarrollo contradictorio del derecho*. De esa manera, encuentra a la Constitución como un instrumento en el derecho que puede crear una *unidad mediante un*

⁴⁸³ Recomendamos ver, FERRAJOLI L., "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal". Trotta, Madrid, 1995, pp. 856-857.

⁴⁸⁴ ZAGREBELSKY G., "El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia". Trotta, Madrid, 1995, pp. 37-38.

*conjunto de derechos, principios*⁴⁸⁵ y valores constitucionales superiores sobre los que hay un consenso. El mismo tratadista, considera que se debe tomar como punto de partida natural y no controvertido y del que nadie pudiera separarse, este punto es *la constitucionalización de los derechos*⁴⁸⁶.

Firmemente, Zagrebelsky propone que dentro de una Constitución coexisten *principios y reglas*, diferenciando a estas, pues considera que si bien están en la Constitución, las reglas son solo simples leyes reforzadas, solo nos dice el modo en que debemos o no actuar en situaciones específicas. En contraste, los principios no nos dirían nada pero proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas, los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguardia en cada caso concreto, su significado solo adquiere significado ante un caso determinado⁴⁸⁷.

Esta misma tendencia o perspectiva del derecho, acepta que estos principios que *son constitucionalizados y por ello positivizados*, al final terminan en un intento de un tema que durante siglos se consideraban que era una prerrogativa del derecho natural, es decir, *la determinación de la justicia y de los derechos humanos*⁴⁸⁸. Este aspecto debe relacionarse con la posición de Luigi Ferrajoli, toda vez que este hace una *clasificación en legitimación interna y legitimación externa*. La primera, es una legitimación por referencia a principios normativos al derecho positivo, es decir, a *criterios de valoraciones morales o políticos* o de utilidad de tipo extra. La segunda, es una legitimación por referencia a *los principios normativos internos* al ordenamiento jurídico mismo.

Lo cierto es que *la constitucionalización de los derechos y principios* conlleva a cumplir un rol importante que es integrar y corregir las reglas jurídicas. Esta constitucionalización conlleva a perfeccionar el ordenamiento normativo, le da sentido común al derecho. Además, estos principios al tener un rol de dirección y sentido al derecho ayudan en la adecuada interpretación frente a normas ambiguas, en caso de lagunas normativas y normas contradictorias. Es más, Luigi Ferrajoli establecerá que la

⁴⁸⁵ ZAGREBELSKY G., en el texto “El Derecho dúctil. Ley, Derechos, Justicia”, considera que los principios constitutivos del ordenamiento dependen del contenido del que forma parte, pero señala algunos de estos principios como igualdad, la libertad, la justicia, la solidaridad, la persona, la dignidad humana, etc.

⁴⁸⁶ZAGREBELSKY G., *óp cit.*, pp. 85. A criterio de Gustavo Zagrebelsky, los derechos en relación con los valores van indiscutiblemente vinculados con la libertad y la justicia. A la par, este autor va a considerar a los derechos como pretensiones de voluntad y tienen naturaleza subjetiva en un doble sentido puesto que son instrumentos para la realización de intereses individuales y ante su violación los afectados solicitan tutela.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, pp. 110-111.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, pp. 114.

incorporación de los valores en los niveles superiores de un ordenamiento conllevará una mayor sujeción de los niveles inferiores de dicho ordenamiento y a la inversa en tanto exista ausencia de valores vinculantes en los niveles superiores, los niveles inferiores tendrá una mayor libertad y discrecionalidad⁴⁸⁹.

El Estado Constitucional de Derecho no solo tiene esta caracterización que conlleva a que los derechos y principios constitucionalizados se convierten en dirigir e integrar el ordenamiento jurídico sino que además, en el sentido opuesto, las normas jurídicas de este ordenamiento deben adecuarse a los criterios que establecen los derechos y principios constitucionalizados. En este sentido, *en la relación entre seguridad nacional y Estado Constitucional de Derecho* debemos indicar que *las diversas normas sobre seguridad nacional que emita el Estado deben adecuarse a los criterios de estos derechos y principios, caso contrario, no habrá una unidad y un solo sentido en el ordenamiento jurídico.*

Sin embargo, la realidad política, social y desde luego jurídica de los países nos muestra, que la seguridad nacional continuamente opera como *un límite a importantes derechos fundamentales*. En este punto se debe tener en cuenta que Luis Aguiar⁴⁹⁰ señala como concepción límite de los derechos fundamentales a la acción jurídica que haga posible una restricción de las facultades. Él considera que hay dos formas de establecer limitaciones a los derechos, *límites establecidos por la propia Constitución y límites establecidos mediante otros instrumentos normativos* (legislador orgánico, legislador particularmente habilitado para limitar los derechos y el legislador en cuanto dotado de una competencia general para limitar los derechos).

Si bien Luis Aguiar, refiere que los límites establecidos en la propia Constitución no suelen generar problemas de interpretación sino *los límites intrínsecos*⁴⁹¹, es importante constatar el modo en que la seguridad nacional aparece como límite de los derechos fundamentales en las constituciones en el escenario de Latinoamericano, situación que se puede verificar en el siguiente cuadro donde se constata lo antes mencionado:

⁴⁸⁹ FERRAJOLI L., “Derecho y razón. Teoría general del garantismo penal”, 1994, pp. 364.

⁴⁹⁰ AGUIAR DE LUQUE L., “Los límites de los derechos fundamentales. En: Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Núm. 14, enero-abril 1993, pp. 10.

⁴⁹¹ *Ibidem*, pp. 17.

TABLA No 3 DERECHOS FUNDAMENTALES RESTRINGIDOS POR LA SEGURIDAD NACIONAL EN LAS CONSTITUCIONES DE LATINOAMERICA.

NACIÓN	DERECHOS LIMITADOS POR LA SEGURIDAD NACIONAL
Constitución Política de la Nación Argentina	Estado de sitio (art. 23)
Constitución Política de Brasil	Derecho de acceso a la información pública (art. 5 inc. 32). Estado de excepción: Estado de defensa (art. 136) Estado de sitio (art. 137)
Constitución Política del Estado Pluricultural de Bolivia	Estado de excepción (art. 137), derecho a la propiedad (art. 262 inc. I)
Constitución Política de la República de Chile	Derecho a la propiedad (art. 19 inc. 24), Estado de excepción: Estado de asamblea (art. 40 inc. 1) Estado de sitio (art. 40 inc. 2) Estado de emergencia (art. 40 inc. 3) Estado de catástrofe (art. 40 inc. 4)
Constitución Política de Colombia	Estado de excepción : Estado de guerra exterior (art. 212) Estado de conmoción interior (art. 213) Estado de emergencia (art. 215)
Constitución Política del Perú	Derecho de acceso a la información pública (art. 2 inc. 5), derecho a la propiedad (art. 70), estado de excepción (art. 137)
Constitución de la República Bolivariana de Venezuela	Derecho a la propiedad (art. 115 y 327), estado de excepción (art. 337), estado de alarma (art. 338)
Constitución Política de la República Oriental de Uruguay	Constitución Política de la República Oriental de Uruguay
Constitución Política de la República de Ecuador	Estado de excepción (art. 164)

Fuente: Constituciones de Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Venezuela y Uruguay.

Bien como se evidencia, las distintas constituciones relacionadas establecen como mecanismo de control ante la implementación de los estados de excepción que el Poder Legislativo puede evaluar las razones de implementar esta medida y la vez el estado de excepción tiene un plazo perentorio, pero con excepción de los casos de Bolivia y Colombia, en los demás países la aplicación de los estados de excepción conlleva la suspensión de algunos derechos, entre los más comunes tenemos: libertad de reunión, libertad de tránsito, inviolabilidad del domicilio, inviolabilidad de correspondencia, secreto de las comunicaciones y libertad de opinión.

En este nivel del análisis, sin apartarnos y continuando el hilo conductor, del como las *normas sobre seguridad nacional que emitan los Estados deben procurar adecuarse a los criterios de estos derechos y principios constitucionales*; traemos a colación un importante precedente judicial establecido por la Corte Constitucional de Colombia, que configura un típico caso de establecimiento de los límites y el equilibrio que debe existir entre *la doctrina de seguridad nacional y los derechos fundamentales constitucionales*. Este caso, hace referencia a la sentencia C-913/10⁴⁹², donde el mencionado Tribunal nacional declaró la inconstitucionalidad de los artículos 1°, 8°, 10, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 25 y 31 (todos parciales) de la Ley 1288 de 2009, “Por medio del cual se expiden normas para fortalecer el marco legal que permite a los organismos, que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones”.

Para el adecuado análisis de este precedente, hemos considerado el desarrollo de los siguientes ejes temáticos, desde el contexto de *la demanda o acción de inconstitucionalidad* promovida por ciudadanos de la nación:

- La demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1288 de 2009.

Los actores planteaban en su escrito introductorio siete (7) distintos cargos de inconstitucionalidad, cada uno de los cuales cuestionaba uno o más segmentos normativos pertenecientes a diversos artículos de esta ley. *Los dos primeros cargos* de la demanda aluden a situaciones que los actores consideran *vicios de trámite*, mientras que los cinco restantes cuestionan directamente *el contenido de las normas acusadas*.

El primer cargo, que los demandantes denominaron “*desconocimiento de la reserva de ley formal*” se apoyaba en la consideración de que, en razón a su contenido, que según entienden hace parte del *derecho fundamental al hábeas data*, varios apartes de los artículos 1°, 8°, 16, 18 y 19 de la ley acusada deberían estar contenidos en una *ley estatutaria*, y al hacer parte de una ley ordinaria como es la Ley 1288 de 2009, *deberían ser declarados inexecutable*.

Seguidamente, reiteraron que los temas relacionados con la creación y el funcionamiento de bancos de datos son inherentes al derecho fundamental al hábeas data, pues frente a ellos se ejerce el derecho a la *autodeterminación informática*, *razón por la cual deben ser regulados por leyes estatutarias*. También en este punto citan sentencias de este tribunal, concretamente los

⁴⁹² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-913/10,16 de noviembre de 2010. Referencia: expediente D-8057. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria> .

fallos C-567 de 1997, T-729 de 2002, C-993 de 2004 y C-981 de 2005⁴⁹³, todos los cuales contendrían pronunciamientos sobre el concepto y alcance de este derecho fundamental. Alegaban que en cuanto el derecho a la autodeterminación informática o hábeas data consiste *en las facultades de conocer, actualizar y rectificar la información personal contenida en bases de datos, la forma como estas últimas sean configuradas y administradas delimita el ámbito de aplicación de las facultades que componen el objeto de ese derecho.*

Los demandantes consideran que los apartes transcritos y subrayados son violatorios de los artículos 152 y 153 de la Constitución Política⁴⁹⁴. Denunciaban, que los referidos textos legales establecen reglas sobre la recolección, administración, almacenamiento, producción y difusión de información personal recogida en bases de datos por las entidades encargadas de realizar labores de inteligencia y contrainteligencia, aspectos que por hacer parte del *derecho fundamental al hábeas data*, debieron haber sido aprobados mediante los trámites propios de las *leyes estatutarias*.

En relación con este asunto los actores comentaron que, según lo ha establecido la jurisprudencia constitucional, no todo tema que de alguna manera esté ligado con un derecho fundamental debe ser necesariamente desarrollado a través de ley estatutaria. Sin embargo, resaltan que todos aquellos que puedan considerarse aspectos inherentes al ejercicio de tales derechos, *entre ellos los que señalan límites, restricciones, excepciones y prohibiciones que afecten su núcleo esencial*, sí deberán ser desarrollados a través de este especial tipo normativo. A este respecto citaron las sentencias C-013 de 1993, C-981 de 2005 y C-319 de 2006 de ese Tribunal⁴⁹⁵, en las

⁴⁹³ Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, disponibles en <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

⁴⁹⁴ Constitución Política de Colombia. Artículo 152. Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; b) Administración de justicia; c) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales; d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana; e) Estados de excepción. f) Adicionado. A.L. 2/2004, art. 4°. La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley. Artículo 153. La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura. Dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla o impugnarla. Disponible en <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa>.

⁴⁹⁵ Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, disponibles en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria>. En esta línea jurisprudencia el Tribunal Constitucional Colombiano indico lo siguiente, en relación con las leyes estatutarias, para el análisis que nos ocupa, especialmente en la sentencia C-319/06: El artículo 152 constitucional introdujo en nuestro ordenamiento la tipología de las leyes estatutarias,

que se habría precisado *cuáles aspectos de los derechos fundamentales* deben necesariamente regularse mediante leyes estatutarias y cuales, contrario sensu, *pueden ser objeto de leyes ordinarias*.

En la misma acción de inconstitucionalidad, reiteran que los temas relacionados con la creación y el funcionamiento de bancos de datos son inherentes al derecho fundamental al *hábeas data*, pues frente a ellos se ejerce el derecho *a la autodeterminación informática*, razón por la cual deben ser regulados por leyes estatutarias. También en este punto citan sentencias de este tribunal, concretamente los fallos C-567 de 1997, T-729 de 2002, C-993 de 2004 y C-981 de 2005⁴⁹⁶, todos los cuales contendrían pronunciamientos sobre el concepto y alcance de este derecho fundamental. Alegaron que en cuanto el derecho a la autodeterminación informática o *hábeas data* *consiste en las facultades de conocer, actualizar y rectificar la información personal contenida en bases de datos*, la forma como estas últimas sean configuradas y administradas delimita el ámbito de aplicación de las facultades que componen el objeto de ese derecho.

En lo concerniente a como la ley 1288 de 2009, transgredía el derecho fundamental aludido en el marco del Estado Constitucional de Colombia, precisaron los accionantes los siguientes argumentos, para los cargos de inconstitucionalidad formulados y las materias fundamentales que los integran, para el objeto de este estudio procedemos a desarrollar los más importantes de este precedente jurisprudencial, y posteriormente como resultado, los alcances del fallo adoptado el mismo Tribunal suprallegal nacional:

Cargos formulados de inconstitucionalidad.

Primer cargo de inconstitucionalidad: *los derechos fundamentales solo pueden reglamentarse mediante normas estatutarias*.

como una categoría normativa por medio de la cual se regulan ciertas materias, sujetas adicionalmente a un procedimiento de formación más exigente que el ordinario. Así, de conformidad con dicho precepto constitucional mediante leyes estatutarias el Congreso de la República habrá de regular (1) los derechos y deberes fundamentales, así como los procedimientos y recursos para su protección; (2) la administración de justicia; (3) la organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, el estatuto de la oposición y las funciones electorales; (4) las instituciones y mecanismos de participación ciudadana; (5) los estados de excepción, y (6) la igualdad electoral entre candidatos a la Presidencia de la República. Las leyes estatutarias se caracterizan no sólo por su contenido material sino por el trámite en su formación. Este último resulta ser más riguroso que el establecido para la generalidad de las leyes. Así para su aprobación se exige mayoría absoluta y no simple, además, la ley referida requiere aprobarse dentro de una sola legislatura y debe ser objeto de revisión previa por parte de la Corte Constitucional.

⁴⁹⁶ Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia. Disponibles en <http://www.corteconstitucional.gov.co> .

- ✓ Respecto del contenido de las normas que a través de este cargo son acusadas, explican que el artículo 1° de la Ley 1288 de 2009⁴⁹⁷ contempla como uno de los temas objeto de la misma la regulación de las bases de datos personales pertenecientes a los organismos que desarrollan tareas de inteligencia y contrainteligencia, temática que por su naturaleza *debería hacer parte de una ley estatutaria*.
- ✓ En esta misma línea, como contenidos que corresponden a lo anunciado en el citado artículo 1°, cuestionan las funciones que las letras d), e) e i) del artículo 8° *ibídem*⁴⁹⁸ le atribuyen a la Junta de Inteligencia Conjunta, puesto que si bien no se refieren directamente a *la existencia de bancos de datos*, los actores consideran evidente que este es el mecanismo a partir del cual deberá recolectarse y administrarse la información a que tales funciones aluden.
- ✓ En lo atinente a los apartes acusados del artículo 16⁴⁹⁹, explican que éste asigna al Gobierno Nacional la competencia para reglamentar los procedimientos de acceso a esta información por parte de los miembros de la Comisión Legal Parlamentaria de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia, lo que tampoco sería constitucionalmente factible, al recordar que lo relativo al acceso a la

⁴⁹⁷ Ley 1288 de 2009. “Por medio del cual se expiden normas para fortalecer el marco legal que permite a los organismos, que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones”. Declarada inexecutable por la Corte Constitucional de Colombia mediante Sentencia C-913 de 2010. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co>. Artículo 1°. *Objeto y alcance*. La presente ley tiene por objeto fortalecer el marco legal que permite a los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia cumplir adecuadamente con su *misión constitucional y legal*, estableciendo los límites y fines de sus actividades, los principios que las rigen, los mecanismos de control y supervisión, la regulación de sus bases de datos, la protección de sus miembros, la coordinación y cooperación entre sus organismos y los deberes de colaboración de las entidades públicas y privadas entre otras disposiciones.

⁴⁹⁸ *Ibidem*. Artículo 8°. Funciones de la Junta de Inteligencia Conjunta. Funciones de la Junta de Inteligencia Conjunta. La Junta de Inteligencia Conjunta tiene las siguientes funciones: (...) d) Asegurar que existan procedimientos adecuados de protección de la información. e) Desarrollar los protocolos que definan los procedimientos y requerimientos para el intercambio de información entre organismos y de uso de los productos por parte de los usuarios. i) Establecer, dirigir y orientar un centro de fusión y análisis interagencial de la información el cual dependerá de la Junta y estará conformado por un analista de cada organismo. El gobierno reglamentará la materia. (...)

⁴⁹⁹ *Ibidem*. Artículo 16. *Seguridad de la información*. Los miembros de la Comisión Legal Parlamentaria de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia serán sometidos a estudios periódicos de seguridad y confiabilidad. El Gobierno Nacional reglamentará los procedimientos necesarios para que el acceso a la información se haga en condiciones que garanticen la seguridad de la misma. (...)

información contenida en bases de datos *es un tema que debe ser regulado únicamente por leyes estatutarias.*

Segundo cargo de inconstitucionalidad: *vulneración del principio de reserva legal en cabeza del poder legislativo en estado constitucional-democrático.*

- ✓ Descansa este cargo, sobre la consideración de que las normas que en él son glosadas (aparte de los artículos 10° y 19, especialmente la creación de los Centros de Protección Datos de Inteligencia y Contrainteligencia –CDP-)⁵⁰⁰ establecen competencias de regulación en cabeza de entidades y/o autoridades que hacen parte de la *rama ejecutiva*, respecto de materias que por su naturaleza e importancia *sólo pueden ser válidamente reguladas por el legislador*. Los demandantes afirman que esos preceptos son contrarios a los artículos 1°, 3°, 15, 114 y 150 del texto superior, y que transgreden también el artículo 30 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y los artículos 17 y 19 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*⁵⁰¹.

⁵⁰⁰ *Óp. cit.* Artículo 10. *Autorización y documentos soportes*. Las misiones y operaciones de inteligencia y contrainteligencia deberán estar plenamente soportadas y autorizadas por orden de operaciones o misión de trabajo emitida por el superior jerárquico, según la naturaleza de la operación. Toda actividad de inteligencia y contrainteligencia a través de la cual se desarrolle una misión u operación estará enmarcada dentro de estas y deberá ser reportada.

Cada organismo reglamentará quién es el superior jerárquico, según la naturaleza de la operación, para autorizar las actividades de inteligencia y contrainteligencia en cada caso, teniendo en cuenta la Constitución y la ley, sin perjuicio de las normas del Código de Procedimiento Penal en las materias reguladas por este.

La orden de operaciones o misión de trabajo deberá incluir un planeamiento detallado de la actividad de inteligencia o contrainteligencia definiendo claramente un cronograma de actividades. Cada organismo que lleve a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia reglamentará los procedimientos específicos para llevar a cabo las actividades de inteligencia y contrainteligencia.

Artículo 19. Objetivos de los CPD. Cada CPD tendrá los siguientes objetivos:

a) Controlar el ingreso y la salida de información a las bases de datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia, garantizando de manera prioritaria su reserva constitucional y legal.

b) Asegurar que aquellos datos de inteligencia y contrainteligencia que una vez almacenados no sirvan para los fines establecidos en el artículo 5° de la presente ley, sean actualizados y depurados.

c) Garantizar que la información no será almacenada en las bases de datos de inteligencia y contrainteligencia por razones de género, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, pertenencia a una organización sindical, social o de derechos humanos, o para promover los intereses de cualquier partido político.

⁵⁰¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos Artículo 30. Alcance de las Restricciones Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas

Argumentaron que las normas acusadas en este cargo contienen disposiciones relativas a distintos derechos fundamentales, entre ellos los derechos “*a la honra, reputación, vida privada*”, además del ya mencionado derecho a la autodeterminación informativa, o *hábeas data*, en las que se encomienda a distintas autoridades administrativas la regulación de importantes aspectos relativos a estos derechos, situación que desconoce la garantía prevista tanto en la Constitución como en el derecho internacional, de que la regulación de estos aspectos *se haga únicamente por conducto del poder legislativo*.

En relación con este aspecto refieren distintos pronunciamientos tanto de esta corporación⁵⁰² como de tribunales y organismos intérpretes y consultivos de derechos humanos a nivel internacional⁵⁰³, en todos los cuales se resalta la importancia de que, por su directa incidencia en el goce de varios derechos fundamentales, todo lo relativo al desarrollo de operaciones y/o actividades de inteligencia se determine a través de ley. Explican que una de las razones que sustentan esta regla es la consideración de que siendo la rama ejecutiva la encargada de llevar a cabo este tipo de acciones, *resulta riesgoso que sea ella misma la que a través de decisiones administrativas establezca las*

en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Artículo 17. 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques. Artículo 19. 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

⁵⁰² Ver entre otras las sentencias C-1262 de 2005 y C-894 de 2006 de la Corte Constitucional de Colombia. Sentencias disponibles en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria> .

⁵⁰³ Entre ellos la Corte Europea de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

reglas conforme a las cuales ellas deben cumplirse, situación que podría dar lugar a arbitrariedades.

- ✓ Como razones adicionales de esta salvaguarda resaltan la importancia de que las reglas conforme a las cuales se desarrollan las labores de inteligencia y contrainteligencia *sean producto de un debate público adecuado y de cara a la ciudadanía*, sean suficientemente conocidas por ésta, y se caractericen por su estabilidad y durabilidad, condiciones todas que se dificultan cuando su expedición depende de autoridades ejecutivas, cuyas regulaciones por el contrario, son esencialmente cambiantes, *pueden reflejar el solo parecer de los funcionarios de turno y suelen ser expedidas sin que la ciudadanía esté al tanto o se entere de manera oportuna.*

Tercer cargo de inconstitucionalidad: *el riesgo de que las amenazas contra la seguridad del Estado que estas acciones pretenden detectar y afrontar sean distorsionadas o manipuladas frente a la opinión pública y/o los demás poderes del Estado, en cabeza del poder ejecutivo.*

- ✓ Los demandantes formulan en este punto unas reflexiones de carácter general, en las que explican la necesidad e importancia de que *las actividades de inteligencia y contrainteligencia estén siempre sometidas a un estricto control* institucional por parte de organismos y/o autoridades que impidan los posibles abusos de las instituciones que las adelantan. Estos controles deberán reunir ciertas características, que los demandantes compendian y expresan a través de los adjetivos *independientes, efectivos y adecuados.*

Estas consideraciones tenían su sustento también en pronunciamientos del Tribunal Constitucional de Colombia y de diversos organismos internacionales de derechos humanos⁵⁰⁴, que se apoyaban en circunstancias tales como *el secreto y la reserva* que son connaturales a estas actividades y la amplitud de sus posibles implicaciones *frente al goce efectivo de los derechos humanos*. En esta misma línea se menciona también el riesgo de que las amenazas contra la seguridad del Estado que estas acciones pretenden detectar y afrontar *sean distorsionadas o manipuladas frente a la opinión pública y/o los demás poderes del Estado*, lo que podría conducir a que estas graves facultades sean

⁵⁰⁴ Entre ellos las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos.

utilizadas en contra de actores y/o situaciones que deben ser consideradas legítimos dentro de un Estado democrático, *tales como aquellos originadas en la oposición política.*

- ✓ Explican que el artículo 17⁵⁰⁵ de la ley parcialmente demandada establece para los miembros de la CLPSAIC el deber de reserva respecto de la información que conozcan durante o con ocasión del ejercicio de esta función. Y también que para garantizar el cumplimiento de este deber se establece, en el párrafo 2° del mismo artículo 17, y entre otras medidas, que tales congresistas incurrirán en causal de mala conducta (es decir en falta disciplinaria) siempre que hicieren “*uso indebido*” de esa información.

Consideraron los accionantes que, dado que ni en este artículo ni en ninguno otro de la misma ley se define con claridad qué se considerará *uso indebido* de esta información *para efectos de la configuración de la ya comentada falta disciplinaria*, esta regla vulnera varios preceptos constitucionales, en especial *el principio de legalidad* en la descripción de los hechos cuya ocurrencia configura una falta disciplinaria. Esa situación implica el desconocimiento por parte de esta norma, de los artículos 6°, 29, 122, 123 y 124 superiores, y de los ya citados artículos 1° y 2° de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y el 2° del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

⁵⁰⁵ *Óp. cit.* Artículo 17. Deber de Reserva de la Comisión. Los miembros de la Comisión Legal Parlamentaria de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia están obligados a guardar reserva sobre las informaciones y documentos a los que tengan acceso durante y después de su membresía, hasta el término máximo que establezca la ley. Párrafo 1°. Ningún documento público emanado de la Comisión podrá revelar datos que puedan perjudicar la actividad ni los funcionarios de los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, ni atentar contra la seguridad y defensa nacional.

Parágrafo 2°. Los miembros de la Comisión así como el personal permanente o eventual asignado a la misma que hicieren uso indebido de la información a la que tuvieran acceso en ocasión o ejercicio de sus funciones serán considerados incurso en causal de mala conducta sin perjuicio de la responsabilidad penal a que haya lugar, quedarán inhabilitados para ser miembros de la Comisión Legal Parlamentaria de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia.

Parágrafo 3°. Las Mesas Directivas del Senado y la Cámara de Representantes asignarán los recursos humanos y físicos necesarios para el funcionamiento de la Comisión Legal Parlamentaria de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia.

Fallo proferido por la Corte Constitucional de Colombia, frente a los cargos de inconstitucionalidad.

Para el desarrollo de este ítem adoptamos la misma metodología adoptada por el Tribunal, tal y como consta en la correspondiente sentencia:

✚ Problemas jurídicos identificados.

Fueron varios los problemas jurídicos que en este caso debió resolver la Corte Constitucional de Colombia, respecto de los preceptos demandados de la Ley 1288 de 2009. Dentro de ellos se identificaron: i) si algunas de sus disposiciones deberían hacer parte de una ley estatutaria; ii) si ciertas decisiones que esta ley defiere a autoridades administrativas debieron más bien ser resueltas por el mismo texto legal o por otro de igual jerarquía normativa; iii) la eventual existencia de varias comisiones legislativas relativas, especialmente frente a la ausencia de controles sobre las actividades de inteligencia y contrainteligencia que en concepto de los actores debieron implementarse; iv) la posible vulneración de los derechos a la información, y de los derechos de las víctimas de hechos punibles a la verdad, la justicia y la reparación frente a mandatos de esta ley que establecen la reserva de los datos de inteligencia y contrainteligencia, excepcionan el deber de denuncia frente a ciertas situaciones e incluso penalizan la revelación de esa información.

➤ Sobre el primer problema jurídico: *la reserva de ley estatutaria frente al contenido de la Ley 1288 de 2009*

Indicó textualmente el Tribunal fundamentándose en el artículo 152 de la Constitución Política de Colombia⁵⁰⁶, y desarrollando *la línea jurisprudencial* al respecto:

“(…) La existencia de leyes sujetas a un trámite especial, que no de distinta jerarquía normativa, es una de las más importantes innovaciones de la Constitución Política de 1991, en lo que concierne

⁵⁰⁶ Constitución Política de Colombia. Artículo 152. Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: a. Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; b. Administración de justicia; c. Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales; d. Instituciones y mecanismos de participación ciudadana; e. Estados de excepción. f. Acto Legislativo 02 de 2004, artículo 4. Adiciónense al artículo 152 de la Constitución un literal f) y un párrafo transitorio así: La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley. g. Acto Legislativo 02 de 2012, artículo 2. Adiciónense al artículo 152 de la Constitución Política un literal g) así: Las materias expresamente señaladas en los artículos 116 y 221 de la constitución, de conformidad con el presente acto legislativo (...). Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co> .

al ejercicio de la función legislativa. Particularmente, en lo que respecta a las leyes estatutarias, y en atención a la importancia de los temas listados en el artículo 152 superior, el constituyente buscó garantizar la existencia de un debate legislativo más completo, detallado y cuidadoso, así como una mayor estabilidad de la normatividad resultante, aspiraciones que deberían alcanzarse como producto de la necesidad de mayorías calificadas, trámite concentrado dentro de una sola legislatura, y control previo y automático de la exequibilidad del proyecto así aprobado, por parte de este tribunal.

En la misma línea, otra de las razones que explican la importancia de este especial tipo normativo y su acogida por la Constitución de 1991, es la posibilidad de evitar que entren en efecto preceptos de carácter legal en torno a temas de gran trascendencia social, cuya constitucionalidad pudiere *prima facie* generar dudas o inquietudes, o normas cuya sola vigencia, aún efímera, o su posterior desaparición, una vez que han comenzado a ser aplicadas, pudiere generar daños irreparables o al menos traumatismos graves al sistema democrático, a la sociedad, a la vigencia de un orden justo, o a alguno de los otros valores enunciados en el artículo 2º superior.

Ese tipo de preocupaciones son frecuentes en relación con diversos temas, entre ellos los que fueron listados en el citado artículo 152, frente a los cuales las leyes estatutarias constituyen una vía plausible, ya que las normas aprobadas mediante este trámite especial sólo comienzan a regir cuando esta corporación se ha cerciorado de su conformidad con el estatuto superior; por la misma razón, una vez han entrado en vigencia, se neutraliza la posibilidad de que ésta sea posteriormente truncada como consecuencia de una decisión frente a eventuales demandas de inconstitucionalidad.

En relación con ese tema, y dentro de la ya abundante línea jurisprudencial desarrollada por esta corporación, pueden destacarse estos antecedentes:

Mediante sentencia C-013 de 1993 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), uno de los primeros pronunciamientos de este tribunal en relación con el tema, se analizó la exequibilidad de la Ley 1ª de 1991 *“por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones”*, frente a cuestionamientos según los cuales, por regular materias relacionadas con el derecho al trabajo de las personas que laboraban en esa empresa, esa norma debió haberse expedido mediante el trámite de las leyes estatutarias.

En ese caso la Corte consideró: *“La Constitución se fundamenta en una democracia basada en el juego de las mayorías y sólo incorpora excepcionalmente el sistema de mayoría calificada”*, como también: *“Las leyes estatutarias están encargadas de desarrollar los textos*

constitucionales que reconocen y garantizan los derechos fundamentales. No fueron creadas dentro del ordenamiento con el fin de regular en forma exhaustiva y casuística todo evento ligado a los derechos fundamentales.” A partir de estas reflexiones, y teniendo en cuenta la relación apenas mediata existente entre la materia regulada y el derecho al trabajo de las personas que laboraban en esta empresa, se desechó el cargo.

Años después, en la sentencia C-567 de 1997 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz) esta corporación declaró inexecutable una norma de la Ley 190 de 1995, conocida como el “*Estatuto anticorrupción*”, que a propósito de la necesidad de diligenciar un formato único de hoja de vida por parte de quienes aspirasen a ocupar un cargo público, establecía la obligación de suministrar los demás datos que allí se solicitaran. En este caso la Corte consideró que esa disposición no pudo haberse incorporado al texto de esta ley por cuanto, en razón a su contenido, cercanamente ligado al derecho a la autodeterminación informática o *habeas data*, la creación de una obligación de este tipo debería necesariamente realizarse mediante ley estatutaria⁵⁰⁷. (...)

(...) En este caso, después de citar varios pronunciamientos anteriores⁵⁰⁸, esta corporación sintetizó su línea jurisprudencial al respecto señalando que “*las disposiciones que deben ser objeto de regulación por medio de ley estatutaria, concretamente, en lo que respecta a los derechos fundamentales y los recursos o procedimientos para su protección son aquellas que de alguna manera tocan su núcleo esencial o mediante las cuales se regula en forma ‘íntegra, estructural o completa’ el derecho correspondiente.*”. Respecto de las normas acusadas, consideró que el derecho fundamental al *habeas corpus* “*fue objeto de regulación exhaustiva, íntegra y completa por el legislador ordinario en las normas demandadas*”, regulación que en su criterio no resultaba posible por ser un tema sometido a la reserva de ley estatutaria. (...)

(...) Ahora bien, aun cuando esa sola circunstancia es ciertamente indicativa de la relación existente entre las disposiciones anunciadas por el artículo 1° de la Ley 1288 de 2009 al aludir a “*la regulación de sus bases de datos*” y el derecho fundamental al *habeas data*, que como es sabido es una de las principales facetas del derecho a la intimidad consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política, más allá de ese hecho es necesario reconocer que toda posible regulación de las

⁵⁰⁷ Frente a esta decisión el Magistrado ARANGO MEJÍA J., salvó parcialmente su voto al considerar que, como consecuencia del planteamiento que condujo a la inexecutable de esta norma, otros apartes del mismo artículo debieron también ser declarados inexecutables, pues igualmente regulaban temas atinentes a ese derecho fundamental, y por lo tanto también sujetas a la reserva de ley estatutaria.

⁵⁰⁸ Especialmente las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia C-251 de 1998 y C-1338 de 2000. Disponibles en: <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

actividades de inteligencia y contrainteligencia tendrá además innegable impacto sobre el derecho fundamental últimamente mencionado, esto es, el derecho a la intimidad. (...)

(...) De otra parte, de manera preliminar observa la Corte que todas las disposiciones de la Ley 1288 de 2009 tratan de manera directa, o cuando menos cercana, sobre la organización y desarrollo de actividades de inteligencia y contrainteligencia por parte de las autoridades del Estado, razón por la cual se entiende que todas ellas tendrían repercusiones sobre el derecho a la intimidad; incluso puede afirmarse que, sin perjuicio de un más extenso desarrollo legislativo que pudiera expedirse en el futuro, sus preceptos conforman un sistema normativo integral sobre la materia, siendo además notorio que ninguno de ellos versa sobre un tema diferente o no relacionado, o que carezca de implicaciones frente a los ya referidos derechos.

Así las cosas, aun cuando también sería factible considerar que no todos los artículos que integran la ley parcialmente acusada tendrían el mismo grado de vinculación con los derechos fundamentales de que se trata, o que no en todos los casos pareciera justificada su eventual inexequibilidad como consecuencia de esta consideración, sin perjuicio de ulteriores y adicionales precisiones, resulta a esta altura suficientemente claro que la mayoría de ellas sí tendrían esa connotación, al punto de poder visualizar que en caso de determinarse que este cargo debe prosperar, resultaría altamente difícil señalar apartes que por su presunta menor cercanía con esos temas pudieran continuar rigiendo.

Como directa consecuencia de lo hasta ahora expuesto, la Corte considera necesario que el análisis sobre la eventual vulneración de la reserva de ley estatutaria que sustenta el primer cargo de la demanda, se extienda a todo el texto de la ley parcialmente acusada, a lo cual procede a continuación

(...)

Derecho a la intimidad: elementos estructurales y definitorios (...)

(...) Respecto del contenido o elementos estructurales de ese derecho fundamental, dijo esta corporación en sentencia T-696 de 1996 (M. P. Fabio Morón Díaz)⁵⁰⁹:

“La intimidad, el espacio exclusivo de cada uno, es aquella órbita reservada para cada persona y de que toda persona debe gozar, que busca el aislamiento o inmunidad del individuo frente a la necesaria injerencia de los demás, dada la sociabilidad natural del ser humano.

⁵⁰⁹ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

Es el área restringida inherente a toda persona o familia, que solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediando orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la ley.” (...)

(...) De otra parte, y teniendo en cuenta que las actividades de inteligencia y contrainteligencia no habían sido objeto en el pasado de una regulación normativa integral de estas características, resulta válido considerar que la Ley 1288 de 2009 tiene por objeto configurar y definir, de manera original, el alcance de los derechos fundamentales a la intimidad y al *habeas data*, en cuanto ellos pueden resultar afectados por la realización de este tipo de tareas. También constituye, por lo tanto, lo que se consideraría una actualización sobre el contenido de estos derechos, que no obstante la reconocida y muchas veces comentada relación existente entre ellos y las labores ahora reguladas, es un tema que nunca antes había sido desarrollado de manera explícita por el órgano legislativo.

- Con fundamento en los anteriores razonamientos el Tribunal suprallegal, concluyo, “la inconstitucionalidad de todas las disposiciones que componen esta norma”:

“ (...) De todo lo anterior resulta que esta situación encuadra en varios de los criterios que de conformidad con la jurisprudencia de esta corporación hacen necesaria la regulación de un determinado tema mediante ley estatutaria: Efectivamente, cuando menos, se trata de normas que se refieren a contenidos muy cercanos a los elementos estructurales esenciales del derecho a la intimidad, puesto que autorizan operaciones que se traducen en límites, restricciones y excepciones, incluso prohibiciones, que afectan de manera directa dichos elementos, o según el reiterado entendimiento de esta Corte, el núcleo esencial de ese derecho⁵¹⁰, tanto en lo específicamente relacionado con el *habeas data* como con las otras manifestaciones de ese derecho. Así mismo, la Ley 1288 de 2009 representa una configuración claramente novedosa de los derechos fundamentales a la intimidad y al *habeas data*, frente a asuntos que no habían sido previamente regulados por el legislador.

Por todo lo anterior, y recordando las razones que páginas atrás justificaron que la Corte abordara el estudio de este cargo respecto de todo el texto de la Ley 1288 de 2009, encuentra esta corporación que el ya comentado defecto trae consigo la inconstitucionalidad de todas

⁵¹⁰ Entre otras, las ya citadas sentencias de la Corte Constitucional de Colombia C-251 de 1998; C-384 y C-729 ambas de 2000; C-620 de 2001, C-687 de 2002 y C-993 de 2004; C-877 y C-981 ambas de 2005; C-226, C-756 y C-1063 de 2008; y C-372 y C-850 de 2009. Disponibles en: <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

las disposiciones que componen esta norma, en la medida en que al hacer un desarrollo integral de la materia relacionada con las actividades de inteligencia y contrainteligencia, todas ellas resultan afectadas por el referido vicio, consistente en haber nacido a la vida jurídica mediante el trámite de una ley ordinaria y no de una ley estatutaria, como era imperativo que ocurriera en cumplimiento de los preceptos superiores aquí ampliamente comentados⁵¹¹.

Previamente al proferir formalmente la sentencia de inconstitucional, que dejo por fuera del sistema jurídico nacional de Colombia la ley en estudio, como un *triunfo de los derechos fundamentales constitucionales la doctrina de la seguridad nacional*, en el régimen interno, la Corte sentó las siguientes observaciones, que no pueden excluirse por que dan cuenta de la legitimidad eventual de los sistemas de restricciones a los regímenes de libertad a tale sistemas, siempre que desde la constitucional nacional o internacional de tale derechos, respeten los límites de la *iusfundamentalidad*:

“(…) La primera de ellas busca resaltar que las actividades de inteligencia y contrainteligencia son enteramente legítimas y tienen claro soporte constitucional, el cual puede encontrarse, entre otros, en el artículo 2° de la carta política, que señala como fines esenciales del Estado colombiano los de servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, así como en los

⁵¹¹ La Corte Constitucional de Colombia, ha adoptado este tipo de decisión en varios importantes casos anteriores, en los que pese a haberse demandado sólo algunas normas de la ley acusada, se encontró que el vicio de constitucionalidad alegado afectaba la totalidad de aquella, o que resultaba inviable y sin sentido la permanencia de las disposiciones que no fueron objeto de demanda. Como ejemplos de esta situación, ver entre otras: i) la Ley 51 de 1975, “*por la cual se reglamenta el ejercicio del periodismo y se dictan otras disposiciones*”, declarada inexecutable por la sentencia C-087 de 1998 (M. P. Carlos Gaviria Díaz); ii) la Ley 508 de 1999, “*por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo para los años 1999-2002*”, declarada inexecutable mediante sentencia C-557 de 2000 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa); iii) la Ley 1021 de 2006, “*por la cual se expide la Ley General Forestal*”, declarada inexecutable mediante sentencia C-030 de 2008 (M. P. Rodrigo Escobar Gil); iv) la Ley 1153 de 2007, “*por medio de la cual se establece el tratamiento de las pequeñas causas en materia penal*”, retirada del ordenamiento jurídico por sentencia C-879 de 2008 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa); v) la Ley 1152 de 2007 “*Por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones*”, declarada inexecutable mediante sentencia C-175 de 2009 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva). Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

artículos 217 y 218 de la misma obra, sobre las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, respectivamente. Sin embargo, y como quedó ampliamente explicado, no es menos cierto que todas esas actividades implican la averiguación y conocimiento de hechos y situaciones que pertenecen a la esfera privada de las personas, y en tal medida suponen afectaciones de diversa intensidad al derecho a la intimidad, reconocido por el artículo 15 de la misma carta política, que es la razón que justifica su regulación mediante ley estatutaria. (...)

(...) Sin embargo, atendido el propósito constitucional de las leyes estatutarias, y vista la trascendencia de las materias desarrolladas en esta ley, así como su cercana relación con el goce efectivo de varios derechos fundamentales, se justifica también la conclusión de esta corporación en el sentido de que en este caso ha debido seguirse ese trámite especial, durante el cual hubiera sido posible que la norma reguladora de tan importante tema fuera fruto de un más intenso debate y un más amplio consenso al interior de las cámaras legislativas, y que esta corporación se hubiera pronunciado de manera previa e integral sobre la constitucionalidad de todos los preceptos que la componen (...).”

CAPITULO IV. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: DESDE LA FILOSOFIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMO PROPUESTA PARA LIBERAR LAS TENSIONES Y MANTENER LOS LÍMITES JUSTOS ENTRE LOS REGIMENES DE CONTROL A LA LIBERTAD Y LA SEGURIDAD Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA NACIONALIDAD.

“Si consideramos al Estado constitucional desde una perspectiva histórica, lo que encontramos, es que su mayor logro es la forma en que como contuvo el despotismo (...)”

Jurgues Habemas. Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales. VII. Primera parte. Naturaleza, justificación e internacionalización de la Constitución. Un alegato a favor de la constitucionalización del derecho internacional

4.1. Consideraciones iniciales.

4.1.1. Globalización e integración regional.

La integración regional es un fenómeno que se presenta en todas las naciones modernas y que pone en jaque los sistemas jurídicos y constitucionales *tradicionales*. Es preciso, según lo propone De la Torre Torres⁵¹², romper con antiguos paradigmas tales como la *soberanía nacional* y la *supremacía constitucional* y reemplazarlos, dentro del mismo texto constitucional, por conceptos como *el Poder Integrador* y *la Apertura constitucional*. Solamente de esta manera, el tránsito hacia la integración podrá ser armónico y *las Constituciones nacionales podrán seguir guardando su vigencia y jerarquía normativa*.

La *globalización* no es un fenómeno nuevo en la historia de la humanidad. Desde el siglo XVI se ha intentado un funcionamiento comercial integrador, tratando de superar los límites de tiempo y espacio. Pero fue sólo a partir de la segunda mitad del siglo XX cuando este proceso pudo llevarse a cabo gracias a *la nueva infraestructura proporcionada por la tecnología* de la información y las comunicaciones⁵¹³, y si bien, de acuerdo a lo anterior, la globalización nace como un fenómeno económico, en su propio desarrollo

⁵¹² Ver, DE LA TORRE TORRES R.M., en “Los retos del constitucionalismo contemporáneo ante los procesos de integración” Revista jurídica Universidad Latinoamericana, 2003, pp. 76-78. Disponible en <http://www.unla.mx>.

⁵¹³ Véase, CASTELLS M. “La era de la Información: economía, sociedad y cultura”. Madrid, Alianza Universidad, Vol 3. 1998, pp. 51-55.

ha ganado una complejidad que amerita ser estudiada desde diversas aristas.

En el *ámbito económico* globalización implica la liberalización de las economías emergentes y el advenimiento de los mercados de capitales. En lo sociocultural, se refleja en el impacto en la vida diaria de los medios de comunicación masiva, la informática, el desarrollo tecnológico y el transporte en todas sus manifestaciones. Respecto a *lo político*, un consenso que se supone a la democracia y sus formas como modelo a seguir a nivel planetario. Y finalmente, en el *plano jurídico*, la globalización se entiende como el proceso de *unificación jurídica supranacional*.

Expuesto de otra manera, la globalización en estricto *sensu* implica el desarrollo de varias aristas, como bien lo reitera De la Torre Torres, enfoque que compartimos por ser decisivo para el abordaje de este capítulo, estas aristas son⁵¹⁴:

- Economía, globalización e integración regional.

La primera grado del proceso de globalización se centraliza en *la integración progresiva de las economías nacionales en la economía internacional*, forjando las bases de la exposición de las monedas, los capitales y los sistemas financieros a la volatilidad de los mercados globales, capaces de frenar en un solo instante, la estabilidad y la solidez de una o varias economías estatales. Sin embargo, no puede soslayarse que este proceso está acompañado de *la redistribución continua de las zonas de influencia económica y la concentración de riqueza* con la configuración de las condiciones para el flujo positivo de capitales hacia países periféricos vulnerables y geoeconómicamente estratégicos.

Ha surgido durante este proceso, un *patrón económico hegemónico* procedente del aclamado Consenso de Washington, una disciplina presupuestaria y una reforma fiscal encaminada a buscar bases impositivas amplias, cambios en las prioridades del gasto público hacia la sanidad, la educación y la infraestructura. En realidad el *Consenso de Washington*⁵¹⁵

⁵¹⁴ *Ibidem*.

⁵¹⁵ Según comentarios de MORANDÉ L.F. en "a casi tres décadas del Consenso de Washington ¿Cuál es su legado en América Latina? Estudios Internacionales 185 (2016). Instituto de Estudios Internacionales - Universidad de Chile. Corría 1989, a punto de expirar la "década perdida" de América Latina, cuando el economista británico John Williamson planteó los diez componentes básicos de un programa económico aplicable a economías en desarrollo, que enfrentaban situaciones de crisis de pagos internacionales. Dicho programa fue bautizado por el mismo Williamson como el "Consenso de Washington", en el sentido que, en su opinión, representaba lo que los organismos financieros multilaterales (OFM) con asiento en Washington DC (el Fondo Monetario Internacional

significa el rompimiento con el paradigma keynesiano *enfatisando el control presupuestario y de la política monetaria.*

En el plano económico, la globalización es controlada por el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio, que en conjunto constituyen los ejes fundamentales de la toma de decisiones en materia económica de las últimas dos décadas. La globalización en materia económica financiera se caracteriza por el predominio del capital y la especulación financiera⁵¹⁶.

En síntesis, el proceso monetario de globalización admite *la expansión del comercio internacional*, que se efectúa en empresas de gran fortaleza financiera y económica, en la internacionalización de la inversión, en la creación y consolidación de grupos y empresas transnacionales y en la apertura de los mercados y los patrones de consumo.

- Aspectos socioculturales de la globalización.

El nivel *sociocultural* de la globalización se calcula en relación con la masificación de los medios de comunicación, está en marcha así un proceso de *uniformidad cultural* resultado de la revolución mediática, de la integración de *los profesos informáticos e informativos.*

Esta uniformidad cultural se manifiesta en un desvanecimiento de las diferencias étnicas, sociológicas e ideológicas. Algunos autores, señalan que la globalización y la modernidad han llevado al proceso de desaparición de las ideologías. Como consecuencia de la globalización de los medios de comunicación es factible hablar de una actual *cybercultura*, donde la realidad se percibe a través del tamiz de la *World Wide Web*, entre otros. Así, se crean fenómenos internacionales que, en cuestión de segundos, cruzan el planeta y *transculturalizan a la humanidad.*

- Globalización política: la democracia como modelo universal.

En la esfera política, la globalización propone *la emergencia de un modelo que supone a la democracia y sus diversas manifestaciones como un modelo a seguir de manera universal.* La democracia es por lo tanto un ideal y un proyecto político a alcanzar para lograr uniformidad en los criterios políticos. Se vislumbra así la democracia como régimen de leyes, *donde las libertades y los derechos fundamentales tienen plena vigencia y donde se enmarcan las condiciones favorables al capitalismo transnacional.*

(FMI) y el Banco Mundial) más el Departamento del Tesoro de Estados Unidos, exigían a los países en desarrollo como condición para otorgarles créditos y ayuda financiera”.

⁵¹⁶ Véase KRUGMAN P., “De vuelta a la economía de la gran depresión”. México, Planeta, 1999, pp. 22.

Los *Estados-nación*, inmersos en procesos de globalización, buscan integrarse ventajosamente en la *internacionalización del capital, la inversión, la producción y en el comercio global*. En esa perspectiva, los sistemas democráticos contemporáneos deben enfrentar los perjuicios de la globalización: el desempleo, los salarios reales bajos, pero también recibirán beneficios tales como la oportunidad de ganar más dinero, la internacionalización de la producción y los mercados.

Una economía global separada de la política es una utopía. Por ello, las políticas de los Estados que guardan *intenciones de integración, deben fomentar la apertura hacia modelos y paradigmas supranacionales*. La figura del Estado-nación tal como se conoció hasta mediados del siglo XX tiende, también, a desaparecer. Esta aseveración que, *prima facie*, puede parecer contundente y lapidaria, *es una realidad que puede observarse con toda claridad en el ámbito europeo*, donde la integración regional ha dado como resultado que los Estados nacionales europeos desgarren con el modelo medieval de *la soberanía máxima del Estado*, cediendo parte importante de la misma para *la conformación de un Estado supranacional*, o en palabras de algunos comunitaristas, un súper Estado.

- Globalización jurídica y jurisdiccional.

Tal vez uno de los aspectos menos estudiados de la globalización es el jurídico. Desde el fin de la Segunda Guerra Mundial se ha venido fortaleciendo un sistema jurídico internacional en diversos ámbitos entre los que cabe destacar los siguientes:

- a) *Creación y consolidación de organizaciones internacionales*. A partir de la Organización de Naciones Unidas se agruparon y se renovaron las más importantes corporaciones para cubrir algunos aspectos específicos tales como la aviación civil, la ciencia y la cultura, la educación, el trabajo, las telecomunicaciones, la energía atómica, el desarrollo agroindustrial, entre otros. Existen, asimismo, organizaciones provenientes de solidaridades regionales o económicas entre países industrializados o en vías de desarrollo.

La Corte Internacional de Justicia se fundó, por ejemplo, como un órgano jurisdiccional para resolver los conflictos suscitados entre los Estados. La Unión Europea, ejemplo claro de *globalización e integración regional*, tiene órganos cuyas resoluciones son fuente de Derecho comunitario, es decir, *constituyen una fuente diversa a la nacional*, pero que se aplica con igual fuerza normativa en los 25 Estados componentes en las materias que se acordaron específicamente en los tratados de París, Roma, Maastricht, Ámsterdam y Niza.

- b) *Fuentes supranacionales de Derecho.* Retomando lo esbozado en el párrafo anterior, es importante señalar que los acuerdos, directivas y resoluciones de los órganos supranacionales creados como resultado de procesos de integración regional, contienen aspectos normativos que implican la restricción del derecho interno, creándose un orden jurídico más o menos amplio distinto del nacional.

En ese orden de sucesos, con la creación de la organización Internacional de Comercio se establece una jurisdicción para la resolución de conflictos, además de los procedimientos previstos en los tratados.

- c) *Regímenes.* Las materias de regulación internacional, a través de tratados bilaterales y multilaterales, han aumentado considerablemente sujetando los intereses de los particulares a una normatividad externa que se ensancha cada vez más.
- d) *El individuo como sujeto de la norma internacional.* Tradicionalmente se entendía que el derecho internacional solamente alcanzaba al individuo como tal si el Estado aceptaba tal norma en su derecho interno. Hoy el Derecho internacional incorpora como sujeto al individuo, sea como persona o como funcionario público, estableciendo la figura de la responsabilidad penal de personas físicas privadas y de los funcionarios públicos. Ejemplos de estos ejercicios de internacionalización y globalización jurídica y jurisdiccional encontramos desde los Tribunales de Núremberg y de Tokio, hasta los Tribunales establecidos por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas para conocer los crímenes cometidos en Ruanda-Burundi y la antigua Yugoslavia. En este sentido, el Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional, es el más notable avance. La relación entre el orden internacional y el individuo es ya directa en todos aquellos Estados que ratifiquen la convención.

La evolución hacia un *Derecho trasnacional*, global e integrador es un proceso ineludible y ejemplo de ello, de nuevo, es la Unión Europea, donde las Constituciones de los Estados componentes se han abierto a la norma internacional aceptándola como parte del derecho interno y prevaleciente sobre éste.

Como preámbulo y desarrollo de este capítulo; nos es posible entonces concluir que el Mundo ha dejado de ser ancho y ajeno, y en el resto de planeta se sigue el modelo europeo de apertura e integración regional lo que

representa grandes retos para los sistemas jurídicos contemporáneos, los modelos constitucionales, los derechos fundamentales y particularmente del derecho a una ciudadanía y nacionalidad.

Nos proponemos de esta forma, concluir este estudio mediante el análisis y presentación de las relevantes tendencias de la Filosofía del Derecho Constitucional como propuesta para superar las tensiones y si garantizar por lo menos desde la teoría mecanismos y perspectivas que avalen el equilibrio y los límites del regímenes de restricción a la seguridad y la libertad frente al derecho fundamental a la nacionalidad, estableciendo un horizonte de exploración desde las aristas esbozadas y otras posibles.

El enfoque de la forma en cómo serán presentados los fundamentos teóricos en torno a la *Filosofía del Derecho Constitucional, con el objeto de formular alternativas de solución desde lo hipotético al problema central de investigación de este trabajo*, estará determinada por los siguientes orientaciones que marcaron el *hilo conductor expuesto desde el primer capítulo de este documento*, que nos permitimos traer nuevamente a colación:

El intento dogmático y pragmático de abordar desde el origen, naturaleza, desarrollo y vigencia de una *teoría de los Derechos Fundamentales*, partiendo de una *corriente científica* que paulatinamente ha ido adquiriendo un importante respaldo y consolidación, en virtud de *las problemáticas filosóficas que surgen de los temas fundamentales del Derecho Constitucional*. En la perspectiva, identificada por la documentación efectuada por Fabra⁵¹⁷, en cuestionamientos tales como: “*¿Que es una Constitución? ¿Cuándo es legítima?, ¿Qué tipo de normas tiene una Constitución? ¿Es solo posible pensar en la existencia de unas constituciones o normas constitucionales dentro y fuera del Estado-nación? ¿O podemos hablar podemos hablar hoy de un constitucionalismo transnacional o incluso global?*”

Estas preguntas problemas, encontraron su resonancia en el hecho que precisamente como también señalamos en el capítulo inicial, el *derecho constitucional moderno* aparece en su conjunto, como una herramienta al servicio de un propósito, conseguir un *poder político eficaz para el logro de los objetivos comunitarios*, pero, a la vez, limitado, previsible y respetuoso de *los derechos de los ciudadanos y de los grupos sociales que integran el estado*. Es conveniente dentro de estas generalidades establecer que la filosofía del Derecho Constitucional es, “en primer sentido, un ejercicio de

⁵¹⁷ FABRA ZAMORA J.L., *óp cit.*, pp. 1-13.

elucidación conceptual y, en el segundo sentido, un *ejercicio de filosofía moral y política aplicada al fenómeno jurídico constitucional*, en este caso como lo pretendemos desde lo nacional o lo supranacional y viceversa.

En esa secuencia de los antecedentes mencionados, si se observa, el contenido temático de las posturas sobre las cuales hemos basado la argumentación de esta tesis, podrá inferirse de su metodología y enfoque que gradualmente fueron fijados los pilares para buscar respuestas desde los que denominamos en primer lugar como : a) “ *la problematización de las nociones de legitimidad, validez y eficacia*” donde valiéndonos de la tesis del profesor Mejía Quintana elucidábamos que ⁵¹⁸, “*la problematización de las relaciones entre legitimidad, validez y eficacia permitirían determinar democráticamente los medios de validez social e instrumental que finalmente propicien, en términos de integración social, la eficacia de los sistemas, esto es, del Estado democrático de derecho*”.

Significa la anterior visión de *legitimidad, validez y eficacia* desde planteamiento de Mejía Quintana varios aspectos fundamentales, para los argumentos que posteriormente expresaremos al finalizar esta investigación, según los comentarios autorizados de García Jaramillo⁵¹⁹ :

- ✚ En una primera fase la tesis de Mejía Quintana *que acogemos para articular la necesidad de un dialogo trilemático* “reconstruye la forma en la que se ha planteado la tricotomía entre tales dimensiones, denunciando la unidisciplinaridad de los intentos de diferenciación que se han defendido desde la sociología jurídica y la teoría política de Max Weber (legitimidad), la teoría jurídica de Hans Kelsen y Herbert L.A. Hart (validez), y el estructuralismo y la sociología funcional de Talcott Parsons, Michel Foucault y Jean Francoise Lyotard (eficacia), por cuanto no consiguen fijar con claridad los márgenes específicos de cada campo de estudio, lo cual asimismo impide, tanto lograr una precisión en cada esfera respectiva del su enfoque epistemológico, como abordar la relación estructural entre ellas”⁵²⁰.

- ✚ En segunda etapa, “sostiene que si bien las propuestas de John Rawls y Niklas Luhmann son los tratamientos más importantes en el abordaje de los planos de legitimidad y la validez (respectivamente),

⁵¹⁸ MEJÍA QUINTANA O., *óp. cit.*, pp. 17.

⁵¹⁹ Ver, GARCÍA JARAMILLO L., en "Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho: Legitimidad, validez y eficacia en el pensamiento contemporáneo" de MEJÍA QUINTANA O. Jurídicas, vol. 2 Núm. 2, julio-diciembre, 2005, pp. 191-196 Universidad de Caldas Manizales, Colombia. Disponible en <http://www.redalyc.org> .

⁵²⁰ GARCÍA JARAMILLO L., *óp. cit.*, pp. 194.

resultan insuficientes respecto a las relaciones de autonomía e interdependencia y no contribuyen en la superación de dicha aproximación unidisciplinaria: Rawls le da una excesiva relevancia a la legitimidad propiciando una confusión en la consideración estructural del problema, y Luhmann entiende el derecho como impermeable a principios políticos y morales”⁵²¹.

- ✚ Para superar la carencia teoría formula indica que “tal insuficiencia es superada por la elaborada categoría del Estado democrático de derecho de Jürgen Habermas, que balancea la relación entre las tres dimensiones, logrando mostrar su complementariedad e interdependencia recíproca, pero manteniendo la diferenciación entre cada una de ellas.”⁵²² ”

Entonces para nuestros objetivos primordiales de nuestro marco esencial de orden teórico de esta exploración⁵²³ “para Mejía, la filosofía del derecho prima en la modernidad temprana, pero con Kelsen la teoría jurídica logra su autonomía disciplinaria, desdibujándose el estatuto epistemológico de la filosofía del derecho, cuyo perfil se recompone en la obra de Rawls, donde muestra que la validez del derecho tiene que complementarse con las dimensiones de legitimidad y de eficacia social. Con la relación entre estas tres esferas, aborda el derecho en términos de validez jurídica, pero también de legitimidad política apoyada en la moral y de la eficacia social de la acción política”⁵²⁴.

⁵²¹ *Ibidem.*

⁵²² *Ibidem.*

⁵²³ *Ibidem.* Enfatiza GARCIA JARAMILLO L., “desde una perspectiva novedosa, Mejía contribuye interdisciplinaria y creativamente para que la controversia –no pocas veces mal detallada– en torno a la relación entre legitimidad, validez y eficacia, pueda darse en esquemas abiertos y constructivos. Además de ser sus análisis académicamente pertinentes, la reflexión que aborda desde los campos de la teoría política y la filosofía del derecho, ubica estas materias –así como las otras en las cuales se inscribe su investigación– en el centro de la comprensión de nuestra propia situación socio-política, que nos permite igualmente comprenderla mejor para diseñar posibilidades de solución a los antagonismos en los que se encuentra nuestro país, hundido cada día más en un abismo de injusticia e irracionalidad, anclado entre mares aparentemente sin salida de la sangre y el conteo de muertos y donde, en últimas, la discusión por la legitimidad casi siempre se opaca por la atención a los meros procedimientos (a la validez), razón por la que los acuerdos de mayorías –nunca consensos– en que se toman las decisiones más trascendentales para la vida nacional, carecen de legitimidad; denuncia que hace Mejía al poner en el escenario del derecho, junto con la validez jurídica, la legitimidad política y la eficacia social, relacionando así legitimidad, validez y eficacia para que coincida la perspectiva de validez jurídica intrasistémica, con la perspectiva de legitimidad política extrasistémica”.

⁵²⁴ *Ibidem.*

Continuando, con los fundamentos básicos e iniciales de la argumentación teórica de esta tesis, en segundo lugar indicamos como otro eje temático de enfoque a: b) *“las aproximaciones a una teoría de los derechos fundamentales en el escenario del constitucionalismo democrático”* es posible comprender como el *constitucionalismo contemporáneo*⁵²⁵. Reafirmando, como esta directriz se ha erigido abiertamente, como un mecanismo que pretende conciliar dos nociones básicas de nuestra gramática jurídico-política: *derechos fundamentales y democracia*. Los primeros tienden a satisfacer una función de límites frente al poder. Son indispensables para que los individuos gocen de cierto grado de autonomía. La segunda se refiere, básicamente, a un método de toma de decisiones basado en el principio de mayoría. Sin embargo, *no está clara la forma en que se articulan ambas exigencias* (tendencialmente divergentes).

En esa línea de propuesta para estructurar de reflexión y soluciones hipotéticas solución las experiencias históricas y contemporáneas políticas, jurídicas y sociales desde los inicios de la investigación, se propuso una tercer núcleo temático: c) *“la interpretación constitucional de los derechos fundamentales y los derechos humanos.”* Tomando como punto de apoyo las conclusiones de Robert Alexy, quien distingue entre “derechos fundamentales”, como derechos reconocidos en la Constitución, y “derechos humanos”, como atributos subjetivos reconocidos en los tratados⁵²⁶, y en la existencia de *instancias supranacionales* encargadas de la tutela de estos últimos, donde es usual diferenciar los criterios de interpretación de los derechos humanos de los que corresponden a los derechos fundamentales.

Finalmente, adelantándonos por categorizarlo de alguna manera, a la validación de nuestros marcos teóricos en adelante sustentaremos y apoyándonos en el ampliamente esbozado *debate trilematico* (legitimidad, validez y eficacia) abordamos: d) *“problematizaciones respecto al reconocimiento del derecho fundamental a la nacionalidad”* en el panorama constitucional y supranacional contemporáneo mediante los siguientes ejes: 1. *“La nacionalidad: ¿un estatus jurídico de la persona o un derecho inherente per se frente al instituto de la protección diplomática?”*; 2. *“La*

⁵²⁵ El Constitucionalismo contemporáneo surge de dos modelos constitucionales como es el norteamericano y el europeo ya que en el primero lo fundamental dentro de su constitución es que los individuos lleven a cabo sus vidas dentro del marco de un estado que es neutral mientras que en el segundo el fin de la constitución es netamente político y busca la transformación social y política con el objetivo de alegar valores como la libertad y la democracia.

⁵²⁶ Según ALEXY R., “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, en: Derechos y Libertades. Núm. 8, Madrid, 2000, pp. 37.20 Sobre las diferencias entre la expresión derechos humanos y derechos fundamentales.

nacionalidad y ciudadanía sus reconocimientos y alcances en la construcción del Estado de la Unión Europea"; 3. "El marco legal internacional del derecho a la nacionalidad frente a la situación de los apatridia".

Ahora, agotada la *reconstrucción teórica* de esta propuesta desde sus inicios, desarrollo y hacia donde tiende su conclusión, sin excluir de la misma los demás capítulos que continúan la misma estructura y contenidos incorporados a este documento, es determinante revalidar desde tales bases, nuestro *discurso* desde, la filosofía del derecho constitucional (como ciencia), el debate trilematico (como engranaje argumentativo) y la propuesta del Estado democrático de derecho y el constitucionalismo (como modelo político), para acceder luego, a niveles de estructuras y decisiones políticas legítimas, nacionales y por ende supranacionales, en favor de la protección y garantía de los derechos fundamentales, particularmente de la nacionalidad o ciudadanía; como resultado de aplicaciones e interpretaciones constitucionales, que puedan enfrentarse a circunstancias sociales, visiones morales y situaciones políticas cambiantes.

Nuestra pauta discursiva abogara en lo sucesivo, por adoptar un *marco teórico articulado* conllevando al reconocimiento de una *constitucionalización del derecho internacional*, desde la tesis de *Habermas* admitiendo la necesidad de superar los déficit de legitimidad de las estructural políticas supranacionales, pasando a identificar las reales funciones de las constituciones supranacionales sugerida por *Neil McCormick*, para terminar formulando importantes tendencias de la interpretación constitucional de los derechos fundamentales (contextualizados a la nacionalidad o ciudadanía), en estados donde deben tener vigencia modelos hermenéuticos de evolución aplicativa de la carta política beneficiando la moralidad constitucional, conforme los enunciados de *Waluchow*, y la vigencia de instituciones, con miras a la protección de los derechos y al establecimiento de garantías para su tutela, de acuerdo *Ferrajoli*.

4.1.2. Globalización, integración regional e implicaciones constitucionales.

Una de las principales inquietudes de las corrientes filosóficas y jurídicas, los tribunales en todos los órdenes y categorías, y de los individuos como sujetos de derecho de nuestros días, es cómo responden los sistemas jurídicos y las constituciones nacionales a los retos que imponen la globalización y la integración regional.

La primera respuesta, que surge frente a esta cuestión es *la apertura de las constituciones a nuevas fórmulas de regulación económica y administrativa*, extendiendo los derechos sociales e inscribiendo nuevas prerrogativas como los derechos llamados de “solidaridad” o de “tercera generación”. Uno de los aspectos más destacados de la globalización se ha dado en el campo de los derechos humanos. En este punto del estudio pasamos a destacar, las repercusiones se generalizan y reflejan directamente sobre los textos constitucionales nacionales en reformas al tenor de los siguientes principios, instituciones y caracterizaciones de este proceso que configuran su singularidad:

- Consenso Universal. Uno de los aspectos más destacables de la categoría jurídica conocida como derechos humanos es son un conjunto de prerrogativas básicas, con fundamentos racionales compartidos a escala mundial.
- Influencia internacional. La Carta de Naciones Unidas inició un movimiento internacional que ha alcanzado dimensiones universales que ha seguido con la Convención Europea de Derechos del Hombre y la Carta de la Organización de los Estados Americanos de 1948 y el Pacto de San José de Costa Rica de 1969.
- Extensión de los derechos. Los derechos se han extendido en las Constituciones, sea por incorporación o por reformas a los textos antiguos. Así, los tradicionales derechos del hombre, civiles y políticos, se han perfeccionado; los derechos sociales se generalizaron; han aparecido nuevos derechos de “solidaridad” o de “tercera generación”.
- Nuevas formas jurisdiccionales. Derivado de todos los antecedentes descritos, se han revelado nuevas formas de *protección supranacional a estas prerrogativas* y se han creado *organismos internacionales* para salvaguardar los derechos humanos que constituyen un rompimiento definitivo con el paradigma de la soberanía jurisdiccional al abrir, *mediante tratados y convenios, la capacidad de autodeterminación nacional en materia judicial al orden internacional*, esto aun cuando todavía, en la mayoría de los casos, *la jurisdicción internacional es subsidiaria de la nacional*.

Así las cosas, para el objeto tanto del presente trabajo, como el desarrollo que del presente capítulo, ha quedado manifiesto que *la globalización es un fenómeno integral* que afecta a todas las sociedades del planeta y que genera cambios en el orden jurídico de los Estados: los derechos humanos, los

derechos fundamentales se extienden, el derecho internacional penetra ineludiblemente en el derecho interno, los regímenes regulatorios universales aumentan, se avanza en materia de justicia internacional, la participación política se extiende e internacionaliza.

Los procesos de integración regional y la consecuente globalización jurídica y jurisdiccional, enfrentan al Derecho, especialmente el constitucional, a nuevos retos. La organización comunitaria es una forma nueva de organización política y distinta a las tradicionales categorías de Estado. Los tratados de integración conforman el Derecho superior –al modo de un Derecho “constitucional material”-de la comunidad⁵²⁷.

El *Derecho comunitario* nace de los Tratados que le dieron origen, que fundaron y que constituyeron *la organización de la integración regional*, existen, por lo tanto, grandes similitudes entre *las constituciones nacionales y los tratados constitutivos de la Unión Europea y del MERCOSUR*. Por esta razón, se trata de explicar el Derecho comunitario a partir de las categorías del *Derecho constitucional y del Derecho internacional y de los efectos que la integración regional, y el propio derecho comunitario generan en las constituciones y los derechos nacionales*.

- La Soberanía nacional y la integración regional.

El poder soberano, en *la doctrina clásica*, incumbe al pueblo que, en ejercicio de su *poder constituyente dicta la Constitución*. Es esta la que contiene los fundamentos de la organización general del Estado, partiendo del sometimiento limitado de los individuos al propio Estado. Y es a partir de la soberanía que la Constitución nace como norma suprema, *principio jurídico que rige la pirámide normativa en el Estado nacional*. La integración regional, con la consecuente creación de *normativa comunitaria, supranacional*, genera una nueva escala en la pirámide normativa⁵²⁸, quedando la Constitucional nacional en un segundo plano por debajo de ciertas normas comunitarias es, en este punto, en donde se rompe *el paradigma del constitucionalismo: la supremacía constitucional*.

Pese a lo anterior, deber asumirse que el *constitucionalismo comunitario* tiene ciertas peculiaridades y que se caracteriza por la imperiosa necesidad de

⁵²⁷ Debemos aclarar que no todos los constitucionalistas aceptan de forma unánime la existencia de un Derecho constitucional de la Comunidad. Para mayor profundización en este tema véase DROMI SAN MARTINO L., en “El derecho constitucional de la integración.”, Madrid, Marcial Pons, 2002, pp. 126-146.

⁵²⁸ El Derecho de la Unión Europea constituye un auténtico ordenamiento jurídico autónomo, superpuesto a los Derechos nacionales de los Estados miembros en que se integra. Para mayor profundización sobre este aspecto véase, LINDE PANIAGUA E. Y MELLADO PRADO P., en “El sistema político de la Unión Europea”, Madrid, Editorial Pirámide, 1999, pp. 41.

reformular los tratados constitucionales de manera constante a fin de responder a una realidad internacional cambiante y dinámica, siempre con respeto hacia sus objetivos primordiales⁵²⁹. Si bien es cierto, que las Constitucionales de los Estados *son generalmente rígidas*, los procesos de integración regional demandan que se efectúen ciertas reformas al texto constitucional para lograr una *incorporación armónica del texto del tratado al ordenamiento jurídico nacional*.

En el Estado constitucional tradicional es el pueblo el que establece la Constitución como ley superior a fin de hacer valer su suprema autoridad frente a la de los gobernantes, Por ello, y en virtud de su propia naturaleza, la titularidad del Poder constituyente corresponde al pueblo y *los poderes constituidos tienen su fundamento y legitimación en la Constitución*. Se manifiesta entonces que la soberanía pasó del pueblo al constituyente y de éste a la Constitución. No obstante, a partir de la segunda mitad del siglo XX esta concepción de gobierno se renueva, a través de *la redistribución del poder y de las competencias que, de los Estados, pasan a colectividades supraestatales comunitarias que reciben una parte de los poderes soberanos*.

La integración se encaja, pues, en la fórmula política y determina la identidad constitucional. Puede entonces hablarse de un *principio de integración que acompaña ahora a los principios fundacionales del Estado constitucional*. Por ello, la efectividad del principio de integración menoscaba gravemente otros principios como el de la soberanía nacional o el de la supremacía constitucional⁵³⁰. A partir de la aprobación de los tratados por los que los Estados se relacionan en Comunidades se supera el marco perimetral de lo nacional como espacio de desarrollo económico, social y cultural, lo que se percibe también en la política y en las nuevas fórmulas jurídicas por las cuales se ejecutan esos cambios. En este orden, los Estados le han otorgado a la Comunidad regional competencias de naturaleza explícitamente política, en cuestiones que pertenecían al dominio reservado de los Estados, por ser entendidos como atributos esenciales de la soberanía tales como la política económica y monetaria.

Así, puede hablarse de la existencia de un “Estado constitucional común europeo”, si bien está idea es novedosa y aún no ha sido desarrollada en otros territorios con tendencia integradora, como el MERCOSUR, es el

⁵²⁹ Puede citarse como ejemplo, la aprobación del Tratado de la Unión Europea, que reconoce expresamente el dinamismo del proceso de integración al destacar en su Preámbulo la progresividad “en el proceso creador de la Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa”

⁵³⁰ Recomendamos ver, CANOSA USERA R., en “Integración europea y fórmula política de la Constitución”. Madrid, Universidad Complutense, 2003, pp. 77.

camino por el que han de transitar todos los procesos de integración regional.

- Instituciones jurídicas supranacionales y soberanía nacional.

El ordenamiento jurídico comunitario es, como se ha señalado a lo largo del presente trabajo, un conjunto normativo que se conforma por sus propios mecanismos, posee instituciones legislativas, ejecutivas y judiciales propias y se interpreta a partir de sus propias normas y principios.

La integración implica la participación de los Estados nacionales en una estructura política superior que significa *la transferencia de competencias y facultades* y, por ende, una reducción de su soberanía y de esta transferencia emanan una serie de instituciones políticas, con su debido fundamento jurídico. Se reitera, la creación de un *Derecho comunitario* a partir de los tratados de integración ha provocado que paralelamente se dé la generación de *organizaciones supranacionales* que importan necesariamente una atribución de competencias por parte de los respectivos Estados. Ello condujo a la necesaria previsión constitucional de las categorías jurídicas supranacionales.

Ahora, cuando las Constituciones nacionales receptan la institución del “poder de integración supranacional”, otorgándole a las instituciones emanadas de esa organización competencia en aspectos sustantivos, posibilitan la creación de un nuevo sujeto que titulariza poder, afectando en forma directa el concepto mismo de su soberanía, por otorgar eficacia directa a las normas y actos del ente supranacional en las materias objeto de su atribución, que pueden afectar las competencias de los tres poderes tradicionales del Estado.

En este orden, el poder de la organización comunitaria de imponer su normativa a los Estados miembros deriva de las competencias que le han sido transferidas por los propios Estados que la conforman⁵³¹ y tales transferencias deben producirse de conformidad con las previsiones establecidas en los propios Derechos nacionales de los Estados miembros.

Es interesante que sean las propias Constituciones estatales las que posibiliten el despojo de las competencias de sus poderes constituidos, de modo que el “Poder de integración” resulta en sus efectos una especie de Poder de reforma que, *sin alterar el texto constitucional*, transmuta

⁵³¹ “La Norma Fundamental ha adoptado como elemento de configuración del Estado la necesidad de abrirse hacia el exterior, articulando, incluso, instrumentos que permitieran la integración supranacional... Los cambios en las formas de relación entre las distintas naciones... han encontrado el reflejo en los propios textos fundamentales europeos...” Véase PEREZ TREMPS P., en “Constitución española y comunidad europea”. Madrid, Civitas, 1994, pp. 24.

esencialmente el poder político, al traspasar una importante parte de él a la organización comunitaria. Así, el Estado que se integra a una Comunidad admite *la existencia de un poder político supranacional, que limita y condiciona sus poderes públicos internos.*

La figura de *la integración o globalización regional* presenta a nivel de Europa y Latinoamérica dos experiencias que marcan necesariamente nuestro referente de análisis en esta investigación, con respecto a *los derechos fundamentales con énfasis en la nacionalidad*, sin embargo es importante recalcar que ya hemos abordado este fenómeno en capítulos anteriores, durante el transcurso de esta indagación, mediante el detenido análisis del *activismo judicial* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estimamos necesario, en el marco de la *globalización, integración regional e implicaciones constitucionales* ampliar desde de la dinámica de este proceso en los niveles descritos, para luego llegar a definir las características y eventuales similitudes de este proceso, temáticas que seguidamente propondremos.

4.2.2.1. Supranacionalidad y constitucionalismo en Latinoamérica.

- Antecedentes y precedentes históricos de procesos de integración en Latinoamérica.

Para referirnos a los antecedentes de un proceso de integración en Latinoamérica, se hace necesario remontarnos históricamente a las reflexiones de Simón Bolívar reflejadas en la denominada “ Carta de Jamaica”⁵³²:

“(…) es una idea grandiosa pretender formar de todo el mundo nuevo una sola nación con un solo vínculo que ligue sus partes entre sí y con el todo. Ya que tiene un origen, una lengua, unas costumbres y una religión debería, por consiguiente, tener un solo gobierno que confederase los diferentes Estados que hayan de formarse; mas no es posible porque climas remotos, situaciones diversas, intereses opuestos, caracteres desemejantes dividen a la América. ¡Qué bello sería que el istmo de Panamá fuese para nosotros lo que el de Corinto para los griegos! Simón Bolívar, 1815.

⁵³² Carta de Jamaica. Simón Bolívar. Comisión Presidencial para la conmemoración del Bicentenario de la carta de Jamaica colección unidad nuestra americana. Primera edición, 2015. Disponible en <http://albaciudad.orr> .

Cada una de las dos principales áreas de influencia en la región latinoamericana, la española y la portuguesa, habían marcado una sobrerrepresentada diferencia desde la época colonial hasta fechas muy recientes, en la actualidad ambas zonas han empezado a converger tras reconocer que *es más lo que les une que lo que les diferencia*: idiomas español y portugués de fácil comprensión entre ambas, posición geoestratégica común en el actual mundo globalizado, homogeneidad en aspectos sociales y económicos, etc.

Comenta Rodríguez Guerra⁵³³, que “antes de que comenzasen las Guerras de Independencia, desde España –entendido como intereses españoles- se formularon una serie de proyectos a fin de otorgarle a este territorio un carácter más o menos independiente, reducido a una amplia autonomía en algunas propuestas, manteniendo vínculos con la Corona de España. Cabe destacar entre ellos el presentado el 24 de septiembre de 1781 por José de Ábalos con el que pretendía crear tres o cuatro Estados en los territorios de América del Sur -sin Nueva España- y Filipinas, con príncipes de la dinastía española como soberanos. El Conde de Aranda, también en 1781, planteaba emancipar todos los territorios americanos, excepto Cuba y Puerto Rico, creando tres reinos en México, Perú y resto, con infantes de la Corona de España como reyes, autoproclamándose el rey de España en Emperador. Otras iniciativas posteriores fueron en la misma línea, como la de Manuel Godoy en 1804, la del propio Rey Carlos IV en 1806 o la de José García de León y Pizarro en 1820 - ya con algunos territorios americanos declarados independientes.”

Precisa el mismo autor, que Una vez alcanzada la independencia latinoamericana, en cuanto a los procesos de integración latinoamericanos, es factible diferenciar varios períodos o etapas: la etapa latinoamericana (1826-1880), la etapa panamericana (1889-1930) y la etapa interamericana (1948-1982). Sin embargo, fue posteriormente, que coincidiendo con el decaimiento de la etapa interamericana, han proliferado en América Latina acuerdos de libre cambio que han desempeñado un papel determinante sobre el comercio, contribuyendo al crecimiento económico y al desarrollo de la región. Derivando en iniciativas de integración regional o subregional con distintas perspectivas en cuanto al alcance geográfico, el nivel de integración previsto o el papel a desempeñar en la región. Todo ello a partir de la convicción de que “la integración es una vía de solución para los problemas económicos por todo lo que contribuye a reforzar un poder único de negociación frente a los países más desarrollados en el marco del

⁵³³ Ver, RODRÍGUEZ GUERRA J.J., en “Supranacionalidad en el Constitucionalismo del Mercosur”. Cuadernos Universidad Nacional de Educación a Distancia UNED: 2016, pp. 158-172. Disponible en <https://www.revistas.usp.br>.

comercio internacional.”⁵³⁴ Dicha integración, se manifiesta como la única manera de mantener con viabilidad una posición común que sea eficaz, a través de la única voz y del potencial de mercado que representa el bloque, se erige como un actor fuerte y convincente en el comercio y la comunidad internacional, en un mundo globalizado.

Las condiciones de estabilidad política y económica existentes en los últimos años, unido a la implementación de modelos novedosos de regionalismo abierto, han permitido importantes progresos. Se ha pasado de una etapa intervencionista, de marcado cariz nacionalista, a un marco claramente neoliberal, con una reducción del papel del Estado y sus consiguientes secuelas de disminución del gasto público y privatización de los procesos productivos y de servicios, con algunos ensayos de vuelta atrás implementado en varios países de la región.

El proceso de integración regional llevado a cabo por las cuatro naciones sudamericanas situadas en la vertiente atlántica del subcontinente no se puede entender sin conocer las realidades históricas, políticas, sociales y económicas acontecidas en esta parte del mundo en los casi dos siglos transcurridos desde la independencia de las mismas respecto de las dos naciones ibéricas que las colonizaron durante más de tres siglos: España y Portugal.

Así, se hace necesario destacar los acontecimientos que sucedieron inmediatamente después de la independencia en el primer cuarto del siglo XIX, entre otros, rivalidades por los límites territoriales (con las consiguientes guerras por el territorio); importantes conflictos internos (conflictos de identidad nacional y de control de las nuevas instituciones); intentos de conseguir una unión panamericana (con el consiguiente rechazo de las oligarquías locales no dispuestas a perder su influencia adquirida); alto nivel de dependencia respecto de las potencias dominantes en esos momentos, prevaleciendo un sistema imperialista donde determinadas potencias, básicamente Inglaterra y Francia junto al incipiente protagonismo de los EEUU, trataban de mantener su supremacía sobre nuevo.

Precisamente, el papel de estas elites ha sido crucial en el devenir futuro de las repúblicas recién independizadas, ya que se ha creado un modelo político e institucional pensado para su propio beneficio, donde una buena parte de la población -especialmente la que no procedía de Europa-, quedaba al

⁵³⁴ FERNÁNDEZ ROSAS, J.C., “Los modelos de integración en América Latina y el Caribe y el Derecho Internacional Privado”. Iberoamérica ante los procesos de integración. Actas de las VIII jornadas de profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid 2000, pp. 151-192.

margen de derechos y beneficios consagrados en las nuevas constituciones, al menos en una primera etapa, conformándose la cultura política y la identidad o conciencia nacional al modo y manera de estas elites, así como la consolidación de estructuras constitucionales, en regímenes democráticos de carácter liberal - con influencia norteamericana, francesa y española.

El Tratado del ABC -Argentina, Brasil y Chile, de 25 de mayo de 1915, fue el primer intento serio en la región de establecer lazos vinculantes para la solución de conflictos entre tres de los países más importantes de América del Sur. Se fraguó un año antes de su firma, tras el éxito de la mediación conjunta de Argentina, Brasil y Chile en el conflicto que enfrentaba a México con EEUU. Básicamente, establecía un mecanismo permanente y automático para la solución de los problemas que pudieren acontecer entre los signatarios en casos no previstos por acuerdos previos.

No obstante, el Tratado no llegó a ratificarse, salvo por Brasil, debido a presiones internas que veían en el modelo previsto para la conformación de la comisión permanente, formada por un miembro de cada parte, una situación en la que ante un conflicto entre dos sería el tercero quien resolvería la controversia. Esta circunstancia representa un elemento que ha estado presente en el desarrollo de posteriores intentos integradores. Además, también existían presiones externas del resto de países americanos que veían en esta especie de alianza, que aunque no era tal podría llegar a serlo, una amenaza para la estabilidad en la zona, respecto a los países vecinos, así como una competencia a su hegemonía, en el caso de

EEUU. Ante la no ratificación del resto de signatarios, Brasil optó por una estrecha relación con Estados Unidos, suponiendo el final de dicho tratado.

Otro precedente de integración regional al MERCOSUR lo conforma la creación de la ALALC⁵³⁵, instituida a través del Tratado de Montevideo de 1960, reemplazada por el Tratado de Montevideo de 1980, originando la ALADI⁵³⁶. Esta Asociación Latinoamericana de Integración pretende ser el

⁵³⁵ La Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) fue un organismo regional latinoamericano existente entre 1960-1980. Creado el 18 de febrero de 1960 por el Tratado de Montevideo. Cambiado posteriormente por la ALADI.

⁵³⁶ Los países miembros de ALADI, mediante declaraciones y decisiones en sus foros regionales han renovado su concepción política de la integración, atribuyéndole funciones de apoyo en el enfrentamiento de los desafíos derivados de las circunstancias propias y mundiales. La ampliación de mercados externos mediante la liberación mutua del comercio pasó a constituir un elemento indispensable del entendimiento político de las funciones de la integración. A esto se ha unido la resolución de los Estados asociados de adquirir mayores niveles de desarrollo mediante la cooperación política, económica, científica y cultural, convergiendo en procesos integradores que fuesen compatibles con los compromisos adquiridos tanto en la Organización Mundial del Comercio - OMC - , como

punto de encuentro de una serie de países de América del sur: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, más México. Por tanto, forman parte de ella todos los países que posteriormente serán integrantes de la Comunidad Andina y del MERCOSUR, menos México. Chile fue miembro de la CAN hasta 1978. Está abierta a la adhesión de cualquier país de Latinoamérica. Esta Asociación ha permitido desde su nacimiento la celebración de casi un centenar de acuerdos bilaterales y subregionales en materia comercial y en otras áreas, como el turismo y el transporte; sin embargo fue a partir de 1990 cuando la integración adquirió un nuevo impulso mediante un proceso creciente de incorporación de acuerdos que han reforzado los espacios económico, político y cultural surgidos en la región, adquiriendo dicho proceso una nueva dinámica.

Enunciado el panorama, descrito se hace imperioso adentrarnos en cada uno de los modelos de integración alcanzados en Latinoamérica:

- El caso del Tratado del Mercado Común del Sur- MERCOSUR-.

Con dichos precedentes se constituye el Mercado Común del Sur, mediante el Tratado de Asunción, rubricado el 26 de marzo de 1991, justo en un momento en que los países signatarios, caso de Argentina, Brasil y Uruguay, acababan de finalizar sus transiciones de dictaduras militares a regímenes democráticos. En el caso de Paraguay, aún estaba en plena transición del régimen militar de Stroessner al democrático del general Andrés Rodríguez.

Bien como lo ha tratado de definir Gros Espiell⁵³⁷ “Los países miembros del MERCOSUR -que hoy son cuatro pero que puede además en el futuro integrarse por otros países latinoamericanos que lo soliciten, si cumplen con las exigencias del Tratado de Asunción- son asimismo partes del Sistema Interamericano. Consiguientemente esta Asociación ha de estar integrada por Estados que están obligados por el Derecho Internacional a organizarse políticamente de acuerdo con la forma democrática representativa y a garantizar y proteger los Derechos Humanos. Esto resulta de los artículos 2b, 3d, 3k y 6 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (2)

con el inconcluso proyecto del Área de Libre Comercio de las Américas – ALCA - y con las negociaciones realizadas con otros países y en foros internacionales. La integración pasa a convertirse así en una política de Estado de los países miembros, con los propósitos de buscar la diversificación de productos, destinos y orígenes en el comercio exterior, de reforzar el compromiso con la democracia y de aumentar su poder de negociación internacional.

⁵³⁷ GROS ESPIELL H., “La democracia: reaseguro para la vigencia del Mercosur”. Línea Revista Paraná Electoral. Núm. 37, 2000, pp. 32-43.

y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)”.

Desde sus inicios el MERCOSUR ha promovido como pilares fundamentales de la integración los principios de Democracia y de Desarrollo Económico, impulsando una integración con rostro humano. En línea con estos principios, se han sumado diferentes acuerdos en materia migratoria, laboral, cultural, social, entre tantos otros a destacar, los que resultan de suma importancia para sus habitantes. Estos acuerdos significaron la incorporación de las dimensiones Ciudadana, Social y de Integración Productiva, entre otras, para las cuales, por un lado, fue necesario adaptar y ampliar la institucionalidad del bloque en toda la región atendiendo nuevas demandas y profundizando la participación efectiva de la ciudadanía por diferentes medios; y por otro, debió dotarse de mecanismos de financiamiento solidarios propios, como es el Fondo para la Convergencia Estructural del MERCOSUR (FOCEM), entre otros fondos. El FOCEM, a través de un aporte anual de más de 100 millones de dólares, financia proyectos que buscan promover la competitividad, la cohesión social y la reducción de asimetrías entre los integrantes del proceso.

Recapitulando, MERCOSUR integrado inicialmente por Brasil, Argentina, Uruguay y Paraguay, se estableció, a partir de 1995, una unión aduanera mediante un programa de liberación comercial que incluye un proceso de desgravación progresiva y automática para el universo arancelario, aunque con listas de excepciones que deberán ser eliminadas progresivamente. Obviamente, incluye *la adopción de un arancel externo común*. Para facilitar y complementar este programa dirigido al intercambio se contempla una *armonización de las políticas macroeconómicas y sectoriales*. La participación de las dos economías más grandes de América del Sur -Brasil y Argentina-, unida a la creciente liberación que han venido experimentando las demás economías de la región, ha llevado a otros países a vincularse al acuerdo como es el caso de Chile y Bolivia. Con el tiempo, es probable que Mercosur atraiga nuevos miembros y se constituya en la unión económica más importante de América Latina.

Más allá de los beneficios económicos y sociales de MERCOSUR, dentro del objeto de la protección supranacional de los derechos, desde el 2016 los miembros de esta comunidad supranacional han venido asumiendo una posición crítica frente a la crisis de Venezuela. Esta nación, se adhirió al bloque el 4 de julio de 2006 y se incorporó como miembro de pleno derecho en 2012, para lo cual debía aceptar una serie de normativas que no ha cumplido, según los otros cuatro miembros. Estas normativas, aunque son básicamente económicas, están directamente relacionados con las rupturas del *“orden constitucional de los países adheridos”* situaciones puede llegar

a poner en riesgo los derechos fundamentales desde lo nacional a lo supranacional. Brasil, confirmó este objetivo cuando agregó en un comunicado de su canciller el asunto de los *derechos humanos* en medio del enfrentamiento diplomático que mantienen ambos países desde la destitución de Dilma Rousseff y la toma de posesión como presidente de Michel Temer, de esta manera los argumentos contra Venezuela de sus socios de MERCOSUR mezclan temas económicos, junto con cuestiones políticas y de derechos humanos.

Como consecuencia de las advertencias de incumplimiento de Venezuela, por el bloque de unidad regional Suramericana en estudio, el pasado 11 de junio de 2018, Los representantes de los cuatro países fundadores del MERCOSUR - Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay acordaron la medida contra Venezuela basados "*el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático*", cuya Cláusula Democrática determina las medidas de castigo y la suspensión permanente como un país miembro cuando como última instancia se considera que *ha roto el orden democrático*. Esta cláusula literalmente determina en el artículo 3 del protocolo de Ushuaia sobre compromiso democrático en el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile⁵³⁸ :

“(…) REITERANDO lo expresado en la Declaración Presidencial de las Leñas el 27 de junio de 1992 en el sentido de que la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición indispensable para la existencia y el desarrollo del MERCOSUR,

(…)

ACUERDAN LO SIGUIENTE

(…)

ARTICULO 3

Toda ruptura del orden democrático en uno de los Estados partes del presente Protocolo dará lugar a la aplicación de los procedimientos previstos en los artículos siguientes. (…)”

Los cancilleres del bloque *justificaron su decisión*, anunciada después de la reunión que mantuvieron en la ciudad brasileña de Sao Paulo, al entender que el Gobierno de Nicolás Maduro *violó las normas de respeto democrático* del MERCOSUR en todo el proceso de elección de la Asamblea Constituyente y debido a la situación de los opositores detenidos por el Gobierno. La

⁵³⁸ Protocolo de Ushuaia Sobre Compromiso Democrático en el Mercosur, la Republica de Bolivia y la Republica de Chile, 24 julio 1998. Artículo 3 del protocolo de Ushuaia sobre compromiso democrático en el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile. Disponible en <https://www.google.com.co>.

Cláusula Democrática del MERCOSUR, que con anterioridad hemos transcrito, es un mecanismo con el que cuenta el bloque regional para activar la suspensión de cualquiera de sus miembros en *caso de ruptura del orden constitucional*, como ocurrió en 2012 con Paraguay por el juicio político exprés al que fue sometido el entonces presidente Fernando Lugo, y como vuelve a ocurrir ante la crisis institucional en Venezuela.

Se observa entonces, como en el caso antes mencionado, que el MERCOSUR ha evolucionado de ser un acuerdo comercial a un proyecto de *naturaleza política*⁵³⁹. En sucesivos documentos adoptados con posterioridad a la firma del Tratado fundacional de Asunción de 1991, se avanzó decididamente hacia el reconocimiento de la plena vigencia democrática como *condición esencial para la cooperación* en el marco del MERCOSUR, tal como fue acordado en la “Declaración Presidencial de Las Leñas del 27 de junio de 1992 y en la “Declaración Presidencial sobre Compromiso democrático en el MERCOSUR”, firmada en Potrero de los Funes, San Luis, el 25 de junio de 1996.

Respecto a la relaciones entre la integraciones supranacionales y el constitucionalismo como tal caso del MERCOSUR, objeto del presente estudio, hay que destacar *las posibilidades constitucionales* ofrecidas por los Estados parte, proceso que también puede ser catalogado como “*las cláusulas de integración supranacional en Latinoamérica*⁵⁴⁰” las cuales han sido recogidas tanto de forma implícita como explícita, al preverse en sus respectivos textos la posibilidad de transferencia de soberanía a asociaciones supranacionales. Ha facilitado dicha posibilidad el hecho de que todas ellas han sido promulgadas o han sufrido modificaciones con posterioridad a la creación del MERCOSUR en 1991. La Constitución argentina, promulgada en 1853, sufrió una última reforma en 1994. Por su parte, la constitución uruguaya es de 1967, con reforma en 1997. Los textos constitucionales paraguayos y venezolanos son respectivamente de 1992 y

⁵³⁹ FLOREAL GONZÁLEZ F., SOTO A., “Manual de Derecho de la Integración”. Editorial La Ley, 1era. Edición, Buenos Aires, 2008, pp. 226.

⁵⁴⁰ Tal y como lo desarrolla CLAES M. en “Constitucionalizando Europa desde su fuente”. Las ‘cláusulas europeas’ en las constituciones nacionales: evolución y tipología”. En Constitución europea y constituciones nacionales, coordinado por BRUNO DE WITTE M.C., PÉREZ P., GÓMEZ I., Valencia: Tirant lo Blanch. 2005, pp. 123-190. “Las cláusulas de integración son las disposiciones normativas que contemplan la posibilidad de ceder parte de la soberanía de un Estado a una institución o ente, ya sea del orden regional o internacional. Se trata eminentemente de una disposición de rango constitucional de alta relevancia dentro del cuerpo normativo de las constituciones contemporáneas, ya que, en efecto, corresponde a las materias o zonas en las que la propia Carta Política cede o traspasa sus poderes a una nueva esfera en la que se comparte interdependientemente, con otros actores, la toma de decisiones. Así, los Estados comprometidos en un proceso de integración o de cesión de competencias delegan de forma voluntaria poderes soberanos, en algunas materias, con el objetivo de satisfacer necesidades comunes.”

1999. El texto brasileño de 1988, es la única constitución promulgada con anterioridad al Tratado de Asunción y que no ha sido sometido a reforma posterior.

En concreto, la Constitución de la República Argentina⁵⁴¹ establece expresamente en su artículo 75, numeral 24 que:

(...)

“Aprobar tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo. La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara,”

(...)

Equivalentemente, la Constitución de la República Oriental del Uruguay⁵⁴² prevé en su artículo 6:

“En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos. La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos”.

Por su parte, la Constitución de la República Federativa del Brasil⁵⁴³ en el párrafo único de su artículo 4 establece claramente la noción de “formación de una comunidad latinoamericana de naciones”, al indicar que:

“La República Federativa de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios:

⁵⁴¹ Constitución de la Nación Argentina. Disponible en <http://pdba.georgetown.edu>.

⁵⁴² Constitución de la República Oriental del Uruguay. Disponible en <http://www.rau.edu.uy>

⁵⁴³ Constitución de la República Federativa del Brasil. Disponible en <http://www.acnur.org>

(...)

Parágrafo único: La República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones”.

Respecto a la Constitución de la República del Paraguay⁵⁴⁴ ésta establece en su artículo 145, párrafo primero que incorpora con mayor precisión el concepto de “un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos” como al pie de la letra se evidencia :

“La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural.

Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso”.

Colombia, Ecuador y Venezuela formalizaron su “asociación” al Mercosur el 2004 mediante la suscripción del *Acuerdo de Complementación Económica Mercosur-Colombia, Ecuador y Venezuela* (CMC N° 59/04)⁵⁴⁵. En ese sentido, por ejemplo Colombia también ha registrado la constitucionalización de la integración supranacional en el artículo 9 de su Constitución Política⁵⁴⁶:

“Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia. De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe.”

Lo analizado, es suficiente para ratificar entorno a los procesos de integración supranacional y el constitucionalismo para el caso de Latinoamérica que todo proceso de integración regional, requiere la renuncia de cuota de soberanía por parte de los países que aspiran a integrarlo. Esto supone compartir el ejercicio de determinadas competencias soberanas con

⁵⁴⁴ Constitución de la República del Paraguay. Disponible en <http://aceproject.org>

⁵⁴⁵ Acuerdos de Alcance Parcial - Complementación Económica AAP.CE N° 59. Acuerdo de complementación económica suscrito entre los gobiernos de la república argentina, de la república federativa del Brasil, de la república del Paraguay y de la república oriental del Uruguay, estados partes del Mercosur y los gobiernos de la república de Colombia, de la república del Ecuador y de la república bolivariana de Venezuela, países miembros de la comunidad andina. Disponible en <http://www.aladi.org>

⁵⁴⁶ *Óp. cit.* Artículo 9.

las instituciones supranacionales propias del esquema de integración resultante.

- La Comunidad Andina de Naciones (CAN).

Integrada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Es el proceso de integración más antiguo de la región. La Comunidad Andina (CAN) es un mecanismo de integración subregional creado mediante el Acuerdo de Cartagena – Colombia- del 26 de mayo 1969, con el propósito de mejorar el nivel de vida y desarrollo equilibrado de los habitantes de los Países Miembros mediante la integración y la cooperación económica y social.

En sus orígenes, en la década del sesenta, el Grupo Andino, Pacto Andino, hoy Comunidad Andina, se proponía la integración por medio de un mercado ampliado, el fomento a la industrialización y la canalización de la inversión extranjera para el desarrollo. Sin embargo, la crisis de la deuda y la falta de proyectos nacionales determinaron que éste fuera un proceso fallido de sustitución de exportaciones. Ya en 1990 se intentó reanimarlo, pero con Fujimori, Febres Cordero y César Gaviria, presidiendo los gobiernos y sus teorías del regionalismo abierto, que buscaban adaptar los viejos postulados a las nuevas tendencias hacia la apertura económica y la globalización, surgió una especie de híbrido que nunca pudo concretar un Arancel Externo Común y ni hablar de la armonización de políticas macroeconómicas u otros objetivos que se habían planteado inicialmente.

Sin embargo, dentro de los esfuerzos de integración de la CAN, pueden destacarse los siguientes desde 1979 a 2005:

1979: Se termina de formar, casi en su totalidad, el tejido institucional de la integración andina con la creación en este año del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, el Tribunal Andino de Justicia y el Parlamento.

1983: El principio de aplicabilidad directa de las normas comunitarias así como su carácter supranacional es llevado a la práctica al entrar en vigencia el Tratado de Creación del Tribunal.

Los países andinos adoptan un modelo abierto de integración en donde rige la lógica del mercado. Énfasis del proceso es eminentemente comercial y los resultados tienen ese carácter: creación de la zona de libre comercio, adopción de un arancel externo común (1995).

1997: Se da a la integración una dirección política - hasta entonces era eminentemente técnica y comercial-al incorporar en la estructura institucional al Consejo Presidencial Andino y el Consejo Andino de

Ministros de RR.EE. y convertir a la Junta del Acuerdo en una Secretaría General con atribuciones no sólo técnicas sino políticas.

2003: Se incorpora la vertiente social al proceso de integración y se dispone por mandato presidencial el establecimiento de un Plan Integrado de Desarrollo Social.

2005: Se incorpora a la integración latinoamericana como un objetivo prioritario dentro de la Agenda Andina. El propósito es hacer de la Comunidad Andina un espacio que articule Sudamérica, Centroamérica y el Caribe.

El gran logro de la CAN ha sido la creación de una Zona de Libre Comercio que se completó en enero de 2006. En 2004, se firmó un Acuerdo de Libre Comercio CAN-Mercosur (Acuerdo de Complementación Económica). Colombia, Ecuador y Perú son asimismo miembros asociados de Mercosur. Por otra parte, Perú y Colombia han firmado un Acuerdo de Libre Comercio (Acuerdo Multipartes) -ya en aplicación provisional- con la UE; el Acuerdo Multipartes está abierto a los demás miembros de la CAN.

En 2013 se lanzó un proceso de refundación de la CAN, basado en la concentración de actividades en torno a determinadas prioridades (integración comercial, PYMES, interconexiones eléctricas, ciudadanía andina) y la simplificación institucional. La Presidencia pro-tempore es ejercida actualmente por Colombia. España tiene el estatuto de observador desde agosto de 2011.

En otro proceso aún más interesante, La Unión Europea (UE) viene implementando hace algunos años, un proyecto de cooperación en la Comunidad Andina (CAN), contribuyendo así al proceso de integración regional andino. El objetivo del proyecto, denominado Integración Regional Participativa (Inpandes), es el de fortalecer la participación de redes regionales de la sociedad civil y el desarrollo económico-social en zonas de integración fronteriza. Los fondos que aporta la UE alcanzan a \$ us 9 millones, mientras que los aportes de la Secretaría General de la CAN y de las entidades beneficiarias llegan a más de \$ us 1,1 millones. La cooperación europea busca consolidar la integración económica andina, apoyar las iniciativas para incrementar la cohesión económica y social. Además, apunta a promover acciones para la protección del medio ambiente.

El Convenio de Financiación suscrito entre la UE y la CAN entró en vigencia en diciembre de 2012, cuando el secretario general era el boliviano Adalid Contreras, y a partir de noviembre de 2013 se encaró el proceso de negociación con los gobiernos de los países miembros de la Comunidad Andina, tarea que lideró el también boliviano Pablo Guzmán, quien sucedió

en el cargo ejecutivo a Contreras. En febrero de 2015 se inició la efectiva ejecución del proyecto Inpandes.

Se identificaron inicialmente, seis proyectos de cooperación, de los cuales existen en los importantes avances y resultados⁵⁴⁷, estos proyectos fueron dispuestos en las siguientes zonas de integración fronteriza. Entre Ecuador y Perú se ejecuta un plan de desarrollo e integración urbana de localidades vecinales. Entre Perú y Colombia se desarrolla la integración, inclusión e innovación en el corredor productivo Napo-Amazonas. Mientras que entre Bolivia y Perú es la Autoridad Binacional del Lago Titicaca la que ejecuta tareas de aprovechamiento de las aguas de la cuenca lacustre compartida, así como innovaciones en cadenas productivas transfronterizas de café y camélidos andinos. Dentro de la cooperación europea están incluidos también el diseño e implementación de un modelo de desarrollo territorial para mejorar las condiciones ambientales en la cuenca hidrográfica del río Carchi (fronterizo entre Colombia y Ecuador) y las actividades para la innovación nutricional mejorando el cultivo de la papa nativa en la frontera peruano-boliviana.

Luego de realizar un análisis a los *modelos de integración expuestos*⁵⁴⁸, es patente que aún falta mucho por recorrer en el ideal de concebirse una organización política y jurídica que proclame una verdadera unión entre las naciones de Latinoamérica, como ya aconteció con la Unión Europea, pero tampoco se puede negar, que tales arquetipos en la medida que identifican sus *asimetrías y deficiencias*⁵⁴⁹, van imprimiendo los motivos

⁵⁴⁷ Ver, CAN y EU concluyen proyecto para reducir índices de anemia y desnutrición en la frontera Bolivia-Perú. Disponible en <https://reliefweb.int>

⁵⁴⁸ Pueden distinguirse cinco niveles de integración económica en orden de creciente profundidad, indica SAPIR A. en “European Integration at the Crossroads: A Review Essay on the 50th Anniversary of Bela Balassa’s Theory of Economic Integration”, *Journal of Economic Literature*. Núm. 17 diciembre de 2011, pp. 76-82. Que pueden distinguirse *cinco niveles de integración económica en orden de creciente profundidad* : a) Acuerdos de libre comercio: eliminación de los aranceles y restricciones cuantitativas a las importaciones entre los países miembros; b) Uniones aduaneras: además de lo anterior, los países miembros adoptan un arancel externo común (AEC), es decir, una misma estructura de aranceles aplicable a las importaciones de países no miembros¹⁰; c) Mercados comunes: además de la eliminación de las barreras al comercio entre los miembros, se eliminan las barreras a los movimientos de capitales y mano de obra; d) Uniones económicas: libertad completa para la circulación de bienes, servicios y factores de producción y algún grado de armonización de políticas económicas que pudiesen afectar dicha libre circulación (por ejemplo, política de competencia, reglamentos sanitarios para los alimentos y bebidas, normas técnicas para los bienes manufacturados). Además, se introducen medidas de coordinación macroeconómica para reducir el impacto de las fluctuaciones cambiarias en el comercio intrarregional; e) Integración económica completa: unificación de las políticas monetaria, fiscal y social, con delegación de autoridad a instituciones supranacionales.

⁵⁴⁹ Ver, BOUZAS R., “Mecanismos para compensar los efectos de las asimetrías de la integración regional y la globalización. Lecciones para América Latina”. Documento preparado para el seminario “Global y Local: El Desafío del desarrollo regional en América

suficientes para pensar y proponer una futura unión de países en esta región del mundo. Reflexiones, en la que los aciertos y equivocaciones del modelo europeo son y serán determinantes, porque al fin y al cabo más allá de los intereses económicos, religiosos, culturales y étnicos, somos esencialmente *ciudadanos de un mundo*.

- La Alianza del Pacífico.

El 28 de abril de 2011 los Presidentes de México, Colombia, Perú y Chile firmaron la Declaración de Lima por la que se constituyó la Alianza del Pacífico como “área de integración profunda en el marco del Arco del Pacífico latinoamericano”. Cuatro países con afinidades políticas y económicas, con estabilidad macroeconómica e infraestructuras orientadas a la exportación. Representando a más de 214 millones de personas, el 40% de la población de América Latina, el 38% de su PIB, el 50% de su comercio internacional y el 45% de la inversión extranjera. Si fuera un país, sería la octava economía mundial y la octava potencia exportadora. Crecieron en los últimos cuatro años en torno al 5%, varios puntos por encima de la media mundial.

La Alianza del Pacífico es una plataforma estratégica, como reza su sitio en internet. Su objetivo: avanzar progresivamente hacia la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas; impulsar el crecimiento, economía y competitividad entre sus integrantes que contribuya a superar las desigualdades socioeconómicas y favorecer la inclusión social; convertirse en plataforma de articulación política y proyección al mundo especialmente hacia la región Asia Pacífico. Es por tanto un mecanismo de integración económica que espera contribuir al crecimiento de la región con inclusión social. Un proyecto de integración comercial que pretende reducir las barreras a los intercambios entre los cuatro países de mayor crecimiento económico y con las economías más competitivas de la región. Puede considerarse un proceso de integración profunda cuya agenda es eminentemente pero no únicamente comercial. Incluye áreas de cooperación en materia migratoria, comercial y empresarial, promoción cultural, movilidad académica y estudiantil,

Latina y el Caribe” 22 de marzo de 2003, pp. 66. Milán, Italia. Disponible en <http://www.sela.org>. Este autor, sobre el tema aclara para el caso de Latinoamérica que “Las asimetrías entre países pueden ser clasificadas en estructurales — originadas en diferencias en los tamaños de las economías, posición geográfica, dotación de factores, infraestructura, calidad institucional o nivel de desarrollo— o políticas —originadas en la ausencia o escasez de convergencia política e institucional y de coordinación entre los países— En ese sentido, si bien el Mercosur presenta ambos tipos de asimetrías entre los países que lo conforman, las asimetrías estructurales son las más pronunciadas.

cooperación consular, sedes diplomáticas y comerciales compartidas y un Fondo de Cooperación.

Constituye la iniciativa de integración regional latinoamericana que más atención ha atraído dentro y fuera de la región en los últimos años. Gran parte de su éxito está en sus resultados. Resultados concretos obtenidos en los pocos años desde su creación. El primer logro de la Alianza ha sido en materia comercial. El desarme arancelario ha creado las condiciones para un incremento del comercio intrarregional. La Alianza no busca el establecimiento de una unión aduanera a corto plazo sino alcanzar unas economías de escala entre sus integrantes, buscando la complementariedad de sus cadenas de producción de bienes y servicios, consiguiendo un producto final más competitivo para el mercado. Para lograr este objetivo se ha suscrito el protocolo adicional al acuerdo marco (protocolo comercial). Ya han eliminado aranceles al 92% de los productos. Dado que el comercio entre los cuatro es sólo aproximadamente del 4% de su comercio total, el potencial de crecimiento es considerable. Otro beneficio práctico de la Alianza consiste en las medidas tomadas en materia de cooperación comercial y empresarial. Los cuatro países están llevando a cabo misiones comerciales y turísticas en mercados de interés común, como en Asia. Han decidido crear un Fondo de apoyo a las pequeñas y medianas empresas para favorecer su inclusión en cadenas de valor de la economía mundial. También se está apoyando la innovación y el emprendimiento, y se quiere adoptar nuevas disposiciones para avanzar en materia de mejora regulatoria y comercio electrónico.

El segundo logro de la Alianza sería en relación con el mercado de valores. Desde 2014 los cuatro países han integrado su mercado de renta variable mediante la conformación de un Mercado integrado latinoamericano (MILA). Con el MILA, que se ha convertido en el segundo mercado de valores más importante de América Latina tras la bolsa de Sao Paulo, se pretende hacer más atractiva la negociación de este tipo de activos en los cuatro países, ofreciendo mayor oferta a los inversionistas y mayores fuentes de financiación a los emisores. El tercer logro de la Alianza del Pacífico ha sido favorecer el intercambio de personas, eliminando la exigencia de visados para turismo y viajes de negocios, lo que ha favorecido el aumento de turistas y misiones comerciales entre los cuatro socios. Asimismo, han alcanzado un acuerdo de asistencia consular para atender a cualquier nacional de un estado miembro que se encuentre en otro donde no tenga representación consular de su país de origen. Asimismo se ha incrementado la movilidad de estudiantes mediante la creación de una Plataforma de Movilidad académica y estudiantil que

otorga becas y habría beneficiado ya a más de 800 estudiantes. Por otro lado, se está en un proceso de colaboración entre las cuatro Cancillerías buscando el establecimiento de Embajadas comunes fundamentalmente en los países africanos y asiáticos donde tradicionalmente los miembros de la Alianza han tenido una menor representación. De hecho, ya existen siete Embajadas de uso compartido, además de la Misión ante la OCDE y dos Oficinas Comerciales. Todo ello ha llevado a que haya un creciente interés sobre este nuevo modelo de integración regional, que se produce entre países que no tienen necesariamente frontera, que insisten en que su Alianza es perfectamente compatible con la pertenencia de sus miembros a otras iniciativas de integración y que, además, está abierta a países que tengan firmados acuerdos de libre comercio con todos ellos. Países como Costa Rica, Panamá y Guatemala, han manifestado su deseo de adherirse, si bien, sería sólo Guatemala el único que por el momento cumpliría ese requisito. El interés que despierta esta iniciativa se materializa también en el número de países que han solicitado el estatus de observador y que ya supera la treintena. España fue el primer país europeo en lograr el estatuto de observador. La Alianza está en proceso de definir líneas de cooperación con los observadores en materia de ciencia y tecnología, comercio, educación, infraestructura, medio ambiente o PYMES, que se traduzcan en proyectos concretos. Ha habido también un acercamiento a otros bloques como MERCOSUR, planteado por Chile y que por el momento sólo habría conseguido la identificación de unos temas de interés común como la facilitación del comercio, la certificación electrónica o el libre tránsito de ciudadanos por los países de los dos grupos. No obstante queda mucho para acercar posiciones entre los dos principales bloques comerciales que en su conjunto representan el 85% de la población, más del 80% del comercio exterior de América Latina y algo más del 90% del PIB regional. La Alianza del Pacífico, al contrario que MERCOSUR, ha apostado por un modelo de fuerte apertura comercial y financiera hacia el mercado mundial. Tradicionalmente América Latina ha mirado siempre hacia Europa pero el inicio de la crisis económica en el viejo continente hizo que los cuatro países integrantes de la Alianza en un alarde de pragmatismo antepusieran los objetivos económicos a las cuestiones políticas y buscaran una integración de sus economías y una apertura comercial hacia otros mercados como los países asiáticos. Pretenden complementar cadenas de producción para exportar bienes a Asia, especialmente a Japón, China y Corea del Sur. Sienta las bases de la negociación del Acuerdo Transpacífico.

Desde un punto de vista político, con la Alianza del Pacífico se ha creado un mecanismo de integración dinámico, generador de confianza

recíproca, que ha dejado de lado las diferencias políticas e ideológicas propias del continente. Se ha demostrado que los cambios de gobierno en sus países miembros no amenazan el proceso. Actualmente, tanto Chile como Perú tienen gobiernos de centro-izquierda, que impulsan el proceso con tanto énfasis como sus homólogos mexicanos o colombianos, con gobiernos de centro-derecha.

Dentro de los principales resultados de la Alianza del Pacífico pueden destacarse, en primer lugar a partir de cifras oficiales que pueden apreciarse de manera conjunta o agregada en los datos de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) y en Bloomberg, se puede identificar que para diciembre de 2017 existía cierta recuperación del precio de las exportaciones de los países que conforman la Alianza del Pacífico: Chile, Colombia, México y Perú. En el campo financiero, se logró remover los obstáculos para que los fondos de pensiones puedan invertir en los mercados de capitales de los cuatro países, y esperamos que a futuro estas inversiones sean consideradas con locales.

En Chile, por ejemplo, los fondos de pensiones solo podían invertir en activos de países que tuvieran al menos la misma calificación de riesgo de inversión. Eso excluía a los tres socios de la AP. Esto ya fue solucionado y hoy Chile puede invertir en los demás países miembros y viceversa. Así se han ido eliminando barreras para que haya un verdadero mercado de capitales en la subregión.

Un tercer punto, del que se ha hablado mucho y no ha tenido los resultados esperados pero va a tenerlos sin lugar a dudas, es el MILA (Mercado Integrado Latinoamericano), que tiene limitaciones prácticas que se irán superando, por ejemplo, en cuanto a riesgos cambiarios.

Confrontados entonces, las principales experiencias de integración regional que hemos considerados relevantes, en perspectivas de posibles escenarios de mancomunidades en Latinoamérica, en el escenario de un constitucionalismo supranacional, podemos afirmar que a partir de la experiencia de la Unión Europea, de la CAN y el MERCOSUR en la región, las cláusulas de transferencia o habilitación constitucional a la integración han permitido generar obligaciones y deberes vinculantes que sobrepasan *la simple cooperación* de los tratados internacionales. Esto ha dado lugar a una nueva etapa, de *corregulación, por medio de organismos supranacionales* que, como una “bisagra”⁵⁵⁰ ejercen competencias que tradicionalmente correspondían al Estado.

⁵⁵⁰ En efecto, es el término usado por el Tribunal Constitucional de España para explicar el concepto. Declaración 1/2004, y sentencias 100/2012 y 14/2004.

Aparte de Europa, es América Latina la región que con más seriedad se está preguntando por un *proceso de integración en distintos niveles*. Como es bien sabido, en el caso europeo, después de dos guerras mundiales y más de dos mil años de conflicto, la integración se inició como una reacción a ese pasado, y el motor de ese cambio —aparte del miedo— fueron la economía y el sector productivo⁵⁵¹. América Latina, en términos generales, es una región *sin conflictos armados interestatales*. Sin embargo, en el plano interno existe un evidente problema común de inequidad y exclusión que es equiparable a los efectos de la guerra. Por ello, el proceso no debe ni tiene que ser similar en sus etapas y bases al de Europa. ¿Podrían contribuir las cláusulas de integración?

Por regla general, cada uno de los mecanismos de integración iniciados en la segunda mitad del siglo XX en la región se ha frenado o acelerado bajo distintas gamas de izquierdas y derechas⁵⁵². En consecuencia, esos intentos han variado dependiendo de los proyectos político-ideológicos a nivel nacional e internacional de los distintos gobiernos, y de la forma en que se ha pretendido escribir la integración. Por ello, si bien *lo económico y los derechos fundamentales son ejes claves*, vale la pena preguntarse: ¿se ha dejado de lado el eje social y político desconociendo lo que en principio podría considerarse como un mandato constitucional *pro integratione*?

Teniendo en cuenta lo expuesto, con el fin de establecer diferencias y de proponer una tipología de comprensión, partiendo del concepto de *estatalidad abierta*⁵⁵³, las cláusulas de apertura son las que permiten conectar el derecho interno de un Estado con el derecho internacional. Ello aplica para el *derecho de los tratados en general*, así como para materias claves de la supranacionalidad como los derechos fundamentales o la integración regional.

⁵⁵¹ Tomado de HAAS E., "La Unión de Europa; Fuerzas políticas, sociales y económicas". 1950-1957. Stanford: Stanford University Press, 1958, pp. 58.

⁵⁵² Un ejemplo de esta afirmación corresponde a los movimientos de Venezuela en los últimos años, que han dado lugar a su salida de la CAN, su ingreso al MERCOSUR, el impulso de las organizaciones ALBA, CELAC y UNASUR, a la vez con una actitud de choque con el Sistema Interamericano de la OEA. Por otra parte, la pertenencia de Chile, Colombia y Perú a organismos distintos de los mencionados, aunque por otro lado adelantan un proceso disímil como el de la Alianza del Pacífico.

⁵⁵³ Término aportado por VOGEL K., "La decisión constitucional de la Ley Fundamental de cooperación internacional." Tubinga: Mohr Siebeck, 1964, pp. 222.

Sobre el particular y ampliando el alcance y efectos de estas cláusulas de apertura Juan Camilo Herrera⁵⁵⁴ ha propuesto los siguientes niveles de clasificación de las mismas:

“(…) i). Mayor apertura. Corresponde a aquellas cláusulas que contemplan un imperativo constitucional en relación con una región específica. Así mismo, en uno o varios apartes del texto constitucional, expone la necesidad o voluntad del constituyente de expandir los preceptos constitucionales en esferas transnacionales, con el fin de compartir o ceder soberanía. En algunos casos, desde el punto de vista axiológico, las cláusulas se encuentran en el preámbulo, en apartes relativos a las relaciones internacionales o, de manera especial, bajo un capítulo exclusivo del texto constitucional. No existe ni debería existir un arquetipo, ya que el matiz no radica únicamente en la cantidad o repetición del contenido, sino en la vocación de la norma respecto de la integración regional como prioridad y/o mandato constitucional. ii). Apertura intermedia. Es el tipo de normativa que, si bien no hace referencia a un órgano regional concreto, autoriza sesión de soberanía —de manera directa o indirecta— a un ente supranacional abstracto. En otras palabras, la intención del poder constituyente no radica en limitar o auspiciar algún tipo de modelo específico. La abstracción en la redacción es la característica clave de esta categoría, puesto que no se especifica una región o un ente de integración supranacional. En suma, sin que exista referencia expresa frente a la integración supranacional, es posible extraer el nivel de vocación integradora por medio de la generalidad de la redacción. iii). Menor apertura. Se refiere a disposiciones constitucionales que guardan silencio en relación con la integración regional o la posibilidad de pertenecer a un órgano supranacional. Así mismo, contempla escuetamente algún tipo de competencia en abstracto de los órganos (Ejecutivo, Legislativo y/o Judicial) respecto de tratados internacionales, negociación, aprobación y ratificación, pero con la clara ausencia respecto de la integración frente a un ente o región en concreto. Es necesario aclarar que las categorías descritas se limitan al análisis normativo de la cláusula en sí misma y que, si bien en el caso de las de mayor apertura pueden ser entendidas como de textura abierta en los términos planteados por Vogel, lo mismo no acontece en las de menor apertura, ya que la falta de previsión constitucional no debe asemejarse a la de una estructura cerrada. De allí que prefiera la analogía sistémica en categorías de mayor a menor, en lugar de abierta o cerrada. (...)”

En ese orden de análisis, un texto constitucional puede establecer una vocación a la integración, pero a la vez una fuerte restricción en relación con

⁵⁵⁴ Ver, HERRERA J.C. en “Las cláusulas de integración en las constituciones de Suramérica: 200 años después de la Carta de Jamaica.” 2015, pp. 115. Disponible en <http://www.scielo.org.co>.

la jerarquía de los tratados comunitarios y las normas internas. Lo anterior, según se trate del tradicional enfoque monista, que concibe el derecho internacional y el interno como un todo, o uno de corte dualista, en el que existen dos sistemas independientes⁵⁵⁵. A nivel contemporáneo, lo que se propone es entender o, si se prefiere, “deconstruir” el problema bajo el prisma del pluralismo jurídico. Siguiendo las ideas de MacCormick⁵⁵⁶ y Torres⁵⁵⁷, este último puede ser entendido como el conjunto de ordenamientos constitucionales que, sin estar ordenados jerárquicamente, interactúan bajo distintos ejes. *Las cláusulas ponen de presente la relevancia que, en un contexto determinado, el poder constituyente ha dado al tema de la integración supranacional.* A su vez, otorga elementos de exigibilidad a todos los órganos del Estado y a la ciudadanía, los cuales se materializan en tratados, acuerdos, legislación, jurisprudencia, entre otras herramientas claves para el cumplimiento de imperativos constitucionales.

Realizadas estas elucubraciones introductorias de este capítulo, pasaremos entonces en las siguientes líneas a sustentar desde la teoría de la filosofía del derecho constitucional, los aportes de los principales gestores de esta tendencia como formular reflexiva para “*liberar las tensiones y mantener los límites justos entre los regímenes de control a la libertad y la seguridad ,y el derecho fundamental a la nacionalidad, en el marco de estados nacionales a mancomunidades supranacionales .*”

4.2. La transnacionalización de los logros del Estado Constitucional: criterios para superar la tendencia de sociedades globales, sin gobiernos globales.

Para Marció Cruz⁵⁵⁸, la concepción de Soberanía estuvo históricamente vinculado a la *racionalización jurídica del Poder*, en el sentido de transformación de la capacidad de coerción en Poder legítimo. O sea, en la transformación del Poder de Hecho en Poder de Derecho, configurando uno de los pilares teóricos del Estado Constitucional Moderno.

De ese modo, la proclamación de la Soberanía como independencia ante cualquier poder externo se convirtió en una manifestación característica y esencial del *Estado Constitucional Moderno* desde su comienzo. La

⁵⁵⁵ HERRERA J.C., *óp. cit.*, pp. 171-172.

⁵⁵⁶ Ver, MACCORMICK N., “Cuestionando la soberanía: ley, estado y nación en la Comunidad Europea”. Oxford: Oxford University Press. 1999, pp. 125-147.

⁵⁵⁷ Ver, TORRES A., “En defensa del pluralismo constitucional”. En *Derecho Constitucional Europeo*, editado por Juan Ignacio Ugartemendía y Gurutz Jáuregui, 1-26. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 76-90.

⁵⁵⁸ ver, MARCIÓ CRUZ P., en “Soberanía y transnacionalidad: antagonismos y consecuencias”. *jurid. Manizales* (Colombia). Núm. 7, enero-junio 2010, pp. 13-26. Disponible en <http://juridicas.ucaldas.edu.co> .

consolidación del principio democrático supuso la reafirmación de la Soberanía en relación al exterior, *pasando a ser prohibida cualquier interferencia en las decisiones internas de la comunidad*, adoptadas libremente por ésta. En muchos casos, como en los movimientos por la independencia colonial, estaban unidas aspiraciones por el establecimiento del sistema democrático y la consecución de la independencia nacional.

La Soberanía Nacional, a partir de fines de la Segunda Guerra Mundial, pasó a debatirse para conciliarse con un hecho innegable: que las comunidades políticas –los Estados– pasaron a ser parte de una sociedad internacional, regida por normas propias. *El Estado Constitucional Moderno Soberano se encontró forzosamente vinculado a obligaciones externas*; obligaciones estas que tuvieron orígenes muy diversos. Pueden haber sido resultado de *tratados bilaterales, de convenciones multilaterales* o pueden haber sido resultado de la existencia, reconocida y consolidada, de una práctica habitual en el ámbito internacional.

Actualmente, el no cumplimiento de obligaciones internacionales puede acarrear sanciones importantes por parte de los otros Estados, normalmente representados por un organismo específico. Progresivamente, el ordenamiento internacional pasó a disponer de más armas jurídicas y económicas destinadas a asegurar el cumplimiento de esas sanciones, siempre en una perspectiva de conflicto. La existencia de una Sociedad internacional y, consecuentemente, de obligaciones vinculantes para el Estado Constitucional Moderno, no es incompatible en principio con la Soberanía de éste. Tal compatibilidad es resultado del principio de que los compromisos internacionales del Estado derivan del consentimiento de este mismo Estado.

Como evidente visionario del estatutos o categorización que en el futuro iría adquirir el derecho internacional, respecto de los sistema jurídicos internos Hans Kelsen, refiriéndose a la vinculación del Estado Constitucional Moderno por medio de tratados, señaló :

“En regla general, se puede decir que el tratado no perjudica a la Soberanía, ya que, definitivamente, esta limitación se basa en la propia voluntad del Estado limitado; más aún: en virtud de esta limitación, queda asegurada la Soberanía estatal”⁵⁵⁹.

Según esa cimentación histórica, el Estado Constitucional Moderno toma espontáneamente sus obligaciones internacionales; quedando de ese modo, sometido al Derecho Internacional por su propia voluntad soberana. Como reflejo de esta concepción, las Constituciones comenzaron a prever que el

⁵⁵⁹ Recomendamos ver, KELSEN H., “Teoría general del derecho y del estado”. 3 ed. Ciudad de México: UNAM, 1969, pp. 76-80.

Estado Constitucional Moderno “soberano” podría asumir voluntariamente obligaciones internacionales. De esa forma, quedaría resguardada la doctrina de la Soberanía. Adici6nense, que esas obligaciones dependerían, por lo menos las más importantes, de la aprobaci6n de los respectivos parlamentos representantes del pueblo. Igual que fuese el Poder Ejecutivo el encargado de dirigir las relaciones internacionales, comenzó a ser exigido que *los tratados fuesen aprobados por los parlamentos*.

Los ordenamientos jurídicos estatales, de esa forma, comenzaron a reconocer con mayor o menor intensidad la *intensa influencia del medio externo, por lo menos en lo que respecta a sus reglas más universales*. Es de destacar también que el principio de la “voluntariedad” de la obediencia de los Estados a las normas internacionales se ve también considerablemente marcado por el de la incorporaci6n de los Estados por *organizaciones comunitarias transnacionales*⁵⁶⁰, que suponen una limitaci6n de la Soberanía, ya que una vez efectuada la mencionada incorporaci6n, ella es prácticamente irreversible.

Esa situaci6n afectó la característica más evidente del Estado Constitucional Moderno, como forma de organizaci6n política, que es *el tipo de poder que quiso ejercer territorialmente*, independientemente de las características personales o sociales de los miembros de su poblaci6n. La evoluci6n histórica definió al poder del Estado Constitucional Moderno con un adjetivo que pretendió resumir sus capacidades esenciales: el poder del Estado sería un poder Soberano. El concepto de Soberanía aparece definitivamente concebido por Jean Bodin ⁵⁶¹ en su obra “Los seis libros de la república”, de 1575. Fue un concepto elaborado en un determinado momento histórico, cuando se originaba la afirmaci6n de la monarquía absoluta como régimen de gobierno capaz de asegurar la paz social, tanto frente a *las guerras religiosas* como delante de potenciales invasores o poderes externos, como el Papado de Roma. Por eso la Soberanía aparecía como una prerrogativa –o un poder supremo–, tanto frente a instancias

⁵⁶⁰ En concepto de MARCIÓ CRUZ P., *óp. cit.*, pp. 18, el término “transnacionales” significa que los Estados nacionales empiezan a relacionarse en el ámbito externo, a partir de presupuestos de solidaridad, con la preservaci6n de la capacidad de decisi6n interna, superando el sentido conflictivo y de disputa de los términos “internacional” y “supranacional”.

⁵⁶¹ JEAN BODIN, economista y jurista francés, nació en Angers, en 1529 y murió en Laon, en 1596. Profesor de Derecho en Toulouse, después abogado en Paris, publica en 1568 su *Réponse au paradoxe de Monsieur Malestroit: l'enrichissement de toutes choses et le moyem d'y remédier*, una de las primeras obras de economía política, en la cual puso en relieve el papel de la moneda. Consejero del Duque de Aleçon (1517), defiende la libertad de conciencia durante las Guerras de Religión. Procurador del Rey en Laon, su principal obra es *La République*, de 1578, una especie de “anti Maquiavelo”, habiendo tenido éxito mundial y fundando los principios del pensamiento político moderno.

interiores como exteriores. Este carácter supremo, predicado que en un primer momento fue del “soberano”, se mantuvo como prerrogativa estatal y tuvo aceptación en *los textos constitucionales desde 1789 hasta nuestros días*, normalmente con la indicación de que la Soberanía pertenece a la Nación.

La relativización del concepto de Soberanía y hasta el del poder supremo del Estado se volvieron cada vez más evidentes, principalmente por causa del fenómeno llamado de *integración en comunidades supraestatales –o supranacionales–* que afecta decisivamente a muchos países, principalmente a los europeos occidentales. Como escribe Dobrowolski⁵⁶², también debe ser objeto de consideración la real pérdida del poder soberano del Estado, *con la ascensión de nuevas fuentes de producción jurídica*. En el nivel externo, el fenómeno de las integraciones regionales excluye de la capacidad decisoria de la organización estatal diversos tópicos, que pasan a ser regidos por medio de acuerdos internacionales. Es la segunda hipótesis levantada para la discusión.

La interdependencia entre los diferentes Estados hace que todos ellos deban tener en cuenta *la reacción de la comunidad transnacional* en el momento de adoptar las más diversas decisiones. Más precisamente, el desarrollo de organizaciones transnacionales –o comunitarias, como prefieren algunos autores– llevó a muchos Estados a renunciar –implícita o explícitamente– a su independencia de acción en muchas áreas a favor de otros países –en el caso de alianzas militares con países más fuertes– o a favor de organizaciones de Estados, cuyo ejemplo más paradigmático es el de la Unión Europea. Como resultado de ese proceso de transnacionalización del Estado Constitucional Moderno, poderes que antes eran atribuidos al Rey, a la Nación, al Pueblo o al Estado, están ahora, inclusive jurídicamente, transferidos para otras esferas. Así, la Soberanía actual no se caracteriza como una calidad inalterable que puede definirse como un contenido permanente e indisoluble. Muy por el contrario, muchos de los poderes del Estado Constitucional Moderno, como el de legislar, tributar o juzgar, se encuentran hoy transferidos a otras instancias.

Hasta este nivel del análisis formulado, es evidente *la influencia recíproca entre el derecho internacional*, y las prácticas que de este se derivan, *y el derecho constitucional de las naciones*. Este fenómeno, que va desde el marco interno o doméstico de los *Estados-nación al marco jurídico internacional*, algunas tendencias jurídicas han optado por denominarlo de la “*constitucionalización*” a la “*convencionalización*”. Sin embargo, en aras a

⁵⁶² Recomendamos ver, DOBROWOLSKI S., “La constitución en el mundo globalizado. Florianópolis.” Diploma Legal, 2000, pp. 136-150.

sustentar nuestros análisis, como lo hemos sustentado y desarrollo en todo este trabajo, consideramos más adecuado y propicio desde la línea de pensamiento desde el “cosmopolitismo” desarrollado por Habermas ⁵⁶³ llamarlo la transnacionalización de los logros de Estado Constitucional en favor del reconocimiento de la ciudadanía o *nacionalidad*.

A juicio de Habermas, en su propuesta del cosmopolitismo el equivalente contemporáneo de la idea Kantiana del *derecho de la humanidad* son los derechos humanos dado que estos “representan el único fundamento reconocido para la legitimidad política de la comunidad internacional.”⁵⁶⁴ La perspectiva habermasiana se encuentra indefectiblemente influida por los progresos sucedidos en los últimos decenios por los países europeos en materia de integración regional. En esa dinámica heurística, de acuerdo a lo planteado por Matías Ilivitsky⁵⁶⁵, el autor entiende que, al igual que el procedimiento kantiano de formación de confederaciones que poseen cada vez más integrantes, *en el resto del planeta podría implementarse un mecanismo de agregación de intereses idéntico al que progresivamente convirtió a la Comunidad Económica Europea de seis miembros en 1957 en la actual Unión Europea de 27 Estados, que progresivamente tiende a incorporar nuevos miembros.*

Esta constelación posnacional, tal como Habermas la catalogara en el libro al cual hicimos específica referencia anterior⁵⁶⁶, deberá poseer *un carácter intermedio* entre la única entidad internacional que posee la misión de pacificar las relaciones interestatales, la Organización de las Naciones Unidas y cada uno de los Estados que la compongan. En consecuencia sus atribuciones deberán asemejarse a la de aquellas instituciones que, si bien se componen de una gran cantidad de conglomerados nacionales, no poseen una tarea tan específica y universal como la de las Naciones Unidas.

Agrega Matías Ilivitsky⁵⁶⁷, que valiéndose críticamente de algunos lineamientos y perspectivas de las *teorías sociológicas* de Talcott Parsons y de Niklas Luhmann, Habermas aclara que a medida que cada *área de cada subsistema del mundo de la vida [Lebenswelt] sea sistematizada y regulada*

⁵⁶³ Ver, HABERMAS J., en “Un alegato en favor de la constitucionalización del derecho internacional”. Capítulo VII del libro “Filosofía del Derecho Constitucional. cuestiones fundamentales.” Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones jurídicas. Serie versiones de autor. Núm. 4, 2005, pp. 45-156, Disponible en <http://www.filosofiadelderechocolombia.net>

⁵⁶⁴ Ver, HABERMAS J., “La Constelación Postnacional”. Barcelona. Paidós, 2000, pp. 76-150.

⁵⁶⁵ Ver, ILIVITSKY M. E., “Habermas y la constelación posnacional”. Estudios internacionales: Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, Núm. 170, 2011, pp. 31-53. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es>.

⁵⁶⁶ *Óp. cit.*, pp. 62.

⁵⁶⁷ *Óp. cit.*, pp. 41.

por una institución internacional específica (como lo hace por ejemplo la Organización Mundial del Comercio (OMC) al reglamentar planetariamente el intercambio de bienes y servicios) será más fácil alcanzar una integración y articulación total entre todos los Estados, debido a que todas las interacciones que pueden registrarse entre ellos estarán ya pautadas por las diversas estructuras administrativas que contribuyeron a crear y que, por consiguiente, poseen una legitimidad estatal directa (y a su vez una indirecta validación de toda la humanidad mediada por sus respectivas autoridades gubernamentales).

Ahora, adecuando como ya lo advertimos, el cosmopolitismo en el contexto anteriormente expuesto, y su inevitable interacción tanto con el derecho internacional, como con el derecho constitucional, Habermas, en función del reconocimiento y afianzamiento de la nacionalidad como un derecho fundamental encaminado a un verdadero derecho internacional y universal, a partir de las conquistas del *constitucionalismo democrático*, acoto lo siguiente para los intereses y basamentos de esta investigación:

“nuestra sección se anuncia bajo el venerable título “cosmopolitismo”. Soy la última persona que se sentiría incómoda con este tema. No obstante, déjenme explicar por qué prefiero enfocarme en la perspectiva más específica y exigente de la constitucionalización del derecho internacional. El concepto de “cosmopolitismo” nos conduce a continuar una línea de pensamiento que evita el problema mayor de cómo domesticar, canalizar y civilizar el poder político en términos jurídicos, aún más allá de las fronteras del estado-nación. El cosmopolitismo continuará siendo una concepción de alguna forma imprecisa, a menos que se enfrente al tema de la transnacionalización de los logros del estado constitucional. Para el proceso de expandir la democracia y el estado de derecho más allá de los límites nacionales, los juristas alemanes de derecho público han desarrollado el concepto de una “constitucionalización del derecho internacional (...). ⁵⁶⁸”

Para el desarrollo de los primeros fundamentos de la teoría habermasiana acudiremos a una metodología similar implementada por este jurista dando explicación gradual a las nociones de (I) constitucionalización del derecho internacional (II) la existencia de una constitución política de una sociedad global, sin un gobierno global desde las crisis de la comunidad europea (III) la articulación de un orden mundial controlado por una opinión pública global y edificado sobre nuevos procedimientos discursivos que permitan la formulación de nuevos acuerdos entre los Estados para el aseguramiento de la paz y la protección universal de los derechos humanos.

⁵⁶⁸ HABERMAS J., *óp. cit.*, pp. 137.

4.2.1.1. La constitucionalización del Derecho Internacional: un logro de los Estados Constitucionales.

Sobre esta primera noción Habermas comenta:

“Si consideramos al estado constitucional desde una perspectiva histórica, lo que encontramos es que su *mayor logro es la forma cómo contuvo al despotismo*. Se pueden distinguir dos aspectos de ese proceso de domesticación de la violencia del poder político bruto—el logro en *la civilización de la institucionalización jurídica de iguales libertades para cada ciudadano*, por un lado, *y el incremento de la efectividad de la administración moderna del estado*, por el otro. Propongo concebir ambos—el avance en la civilización producido por el derecho y la racionalización organizacional del aparato estatal—en términos de una *transformación de la substancia del poder estatal, i.e. el modo de ejercitar la autoridad política*. Desde este punto de vista, *la juridificación de las relaciones internacionales*, la cual empezó luego del final de la segunda Guerra mundial con *la transición de un derecho internacional coordinativo a uno cooperativo*, entonces también resultó ser una especie de continuación de este proceso. (...)”⁵⁶⁹

Afrontar como lo indica el mismo filósofo “el quid de la cuestión es una segunda y nueva encerrona conceptual: la obligación de pensar siempre en una constitución como la constitución de un Estado. Según el contrato social de Rousseau, ambos —Estado y constitución—, surgen uno *actu de la voluntad del pueblo*. En la tradición liberal, la constitución no tiene la función de constituir una autoridad política de la nada, sino únicamente delimitar los poderes existentes”⁵⁷⁰. En términos de esta filosofía política, las constituciones de esta naturaleza solo han conllevado al establecimiento del imperio de la ley, conllevando al uso *del poder político por canales jurídicamente vinculantes, incluso sin orígenes democráticos*⁵⁷¹.

El *modelo liberal* filosóficamente significa para Habermas, la falta de unificación conceptual del Estado y la constitución conllevando a que estos dos elementos empíricamente conectados, conceptualmente se mantengan independientes uno del otro. Finalmente sobre este sistema constitucional afirma el mismo tratadista “el tipo de *constitución liberal* ofrece un marco conceptual para una sociedad mundial y políticamente constituida *sin un gobierno mundial y democráticamente constituida de abajo arriba*. Sin embargo, como veremos al final, cualquier combinación de los

⁵⁶⁹ J. HABERMAS J., *óp. cit.*, pp. 138.

⁵⁷⁰ Recomendamos ver HABERMAS J., en “¿Es posible una constitución política para la sociedad mundial pluralista? Universidad de Fráncfort (Alemania). ACFS, 2005. Núm 39: IVR 2005, pp. 65-80. Derecho y justicia en una sociedad global. Disponible en <http://revistaseug.ugr.es/index>.

⁵⁷¹ *Ibidem*.

dos tipos de constitución que han aparecido hasta la fecha en las diferentes tradiciones jurídicas, plantea el problema de cómo la comunicación de las diferentes políticas que se establecen más allá de los Estados-nación puede revertirse hacia los canales nacionales para una adecuada *legitimación democrática*.

Para dar respuesta al planteamiento precedentes, desde los planteamientos de Habermas, esto es, ¿cómo la comunicación de las diferentes políticas que se establecen más allá de los Estados-nación puede revertirse hacia los canales nacionales para una adecuada legitimación democrática en favor de los derechos fundamentales, y en particular de la nacionalidad o ciudadanía? Este filósofo del derecho ha establecido los siguientes núcleos temáticos, (en palabras del propio autor): 1) el cambio de la Constelación del Derecho y del poder político, con el cambio de la substancia del poder estatal: 2) el cambio del medio del Derecho se refleja en un desplazamiento en los pesos relativos de dos componentes que constituyen al derecho moderno.

Para Mejía Quintana⁵⁷², en efecto, la importancia de la teoría del derecho de Habermas proviene de la convergencia de *tres problemáticas diferentes*:

“En primer lugar, por cuanto ella representa un giro radical frente a la valoración que la teoría marxista clásica había hecho del derecho, considerándolo como una derivación superestructural de una formación económico-social dada, cuya única función era la de garantizar el dominio de clase y la supervivencia de una estructura económica como la capitalista.

En segundo lugar, porque ella institucionaliza, por decirlo de alguna forma, una discusión filosófica que Habermas se había esforzado por abrir desde los inicios de su obra con la tradición anglosajona y americana, relegada siempre por la discusión continental europea, polarizada entre la "filosofía" alemana y el "pensamiento" francés. Habermas ha roto el cada vez más estrecho círculo de la reflexión filosófica germana para entablar un fructífero diálogo con *la teoría jurídico-constitucional*, tanto alemana como anglosajona, así como con el pensamiento filosófico angloamericano, en cabeza de varios de sus principales protagonistas entre los que se cuentan Rawls, Dworkin, Perry, Sandel, Walzer, Taylor entre tantos otros.

En tercer lugar, su teoría del derecho resuelve el conflicto mismo que el desarrollo teórico de Habermas no había podido superar entre sistema y mundo de la vida por considerar que la sola acción

⁵⁷² Ver, MEJÍA QUINTANA O., en “La teoría del derecho y la democracia en Jürgen Habermas: En torno a Faktizität und Geltung”. Ideas y valores. Núm. 103 abril, 1997, pp. 34-66. Bogotá, Colombia. Disponible en <http://bdigital.unal.edu.co>.

comunicativa bastaba para resolver las mediaciones dilemáticas entre ambas esferas, sin acudir al derecho como instrumento de reconciliación social. El giro que representa su propuesta de un paradigma discursivo del derecho constituye el reconocimiento de que los procedimientos jurídicos, en tanto sus contenidos garanticen la multiplicidad de perspectivas del mundo de la vida, puede ser el elemento más eficaz para rehacer el lazo social desintegrado desde una posición dialogal que supere los límites del paradigma monológico de la modernidad.”

Lo transcrito *in extenso*, facilita para comprender las intenciones de Habermas al hacer referencia temática de las nociones de “el cambio de la Constelación del Derecho y del poder político” y el “ cambio del medio del Derecho” para mostrar *el papel de mediador e integrador social que el derecho asume en las sociedades postliberales* (1), la reconstrucción discursiva que ello supone del derecho (2) y la democracia (3), donde la opinión pública se constituye en el actor principal de la acción política y la interpretación jurídica, y, finalmente, el paradigma discursivo-procedimental sobre el que todo ello se fundamenta (4)⁵⁷³.

En términos puntuales habermasianos “Para percibir este desplazamiento que ha ocurrido en el derecho internacional, debemos recordar el concepto tradicional de derecho estatal. El estado constitucional que posee un monopolio en el uso legítimo de la fuerza dota a las normas jurídicas válidas, al mismo tiempo de un carácter legítimo y coercitivo; por ello, Kant habla en términos de “leyes coercitivas de libertad.” el derecho, al tiempo legítimo y coercitivo, les presenta a los ciudadanos la elección entre seguir normas válidas, bien sea por interés propio en la expectativa de sanciones, o por respecto al derecho, *la luz del proceso democrático de elaboración de normas*”⁵⁷⁴.

Por lo tanto, la concepción tradicional Habermas sostiene que el derecho internacional *sólo basa su autoridad* en los usos, los tratados internacionales, y los principios jurídicos reconocidos universalmente; esto es, *en el consenso no forzado entre los estados*. Hemos validado en el desarrollo de esta investigación, como el derecho europeo existente provee el más avanzado ejemplo de desplazamiento en el balance entre los dos componentes de *la exigibilidad del derecho* por un lado, *y el reconocimiento de su legitimidad y cumplimiento promedio* con el derecho, por el otro. En la unión europea, el derecho supranacional, en la medida en que no sea rechazado por las cortes nacionales constitucionales en casos elegibles excepcionales, *tiene prioridad sobre los derechos nacionales* de los estados

⁵⁷³ MEJÍA QUINTANA O., *óp. cit.*, pp. 33.

⁵⁷⁴ FABRA ZAMORA J.L., *óp. cit.*, pp. 139.

miembros, aun cuando los últimos continúen ejerciendo el monopolio sobre los medios legítimos del uso de la fuerza.

Los argumentos Habermasianos, para soportar lo anterior tesis encuentran su fortaleza en la visión del “Derecho como mediador social” dado que se tiende a problematizar en esta corriente, *la relación entre el derecho y la moral en la perspectiva de fundamentación del estado constitucional*. Ambos proveen una solución para superar la tensión interna y externa entre hechos y normas, entre la dimensión coercitiva y la dimensión legitimatoria de la ley, entre la dimensión comunicativa y la dimensión sistémica de la integración social. Asevera Habermas en su proposición⁵⁷⁵ que:

“(…) Desde la fundación de las naciones unidas, hemos observado el incremento en el número de las cortes internacionales, el fortalecimiento del derecho penal internacional y, sobre todo, la rápida proliferación de organizaciones internacionales en casi todos los campos posibles de la política. También, estamos observando al menos débiles indicadores de un desplazamiento similar entre componentes sancionatorios y legitimadores en el derecho internacional. Como resultado, la brecha entre el modelo respaldado por-sanciones de validez del derecho estatal y el modelo suave de validez del derecho internacional está empezando a cerrarse. La realidad parece que se está acercando a la “concepción unitaria del derecho internacional” de Kelsen, aunque a pasos de caracol. Esta tendencia se manifiesta, obviamente, sólo cuando reconocemos que no sólo los contenidos de los derechos jurídicos, sino también el medio del derecho mismo, está cambiando (...)”.

No cabe duda, frente a visión realista del derecho internacional el progresivo aumento de organizaciones privadas veda al derecho internacional clásico de uno de sus supuestos de poder, cual es *la autonomía operativa en importantes campos políticos*, situación que también se replica para las propias superpotencias. Por esto, en vista del creciente número de problemas que pueden ser resueltos sólo a través de la acción política conjunta, todos los estados se encuentran cada vez más forzados a cooperar. Por tanto, en concepto de Habermas⁵⁷⁶, “el centro decisionista del poder político se está quebrando en el crisol de los caudales de comunicación de las negociaciones y discursos transnacionales. Los estados no pueden más considerarse exclusivamente a sí mismos como sujetos contratantes

⁵⁷⁵ HABEMAS J., *Óp. cit.*, pp. 140. VII. Primera parte. Naturaleza, justificación e internacionalización de la Constitución. Un alegato a favor de la constitucionalización del derecho internacional.

⁵⁷⁶ *Ibidem*.

soberanos, hoy, ellos ya incluso operan en ocasiones como miembros de la comunidad internacional”.

El punto esencial de todo este entramado de necesidades, realidades y deficiencias, sumado a *un creciente déficit democrático* que se está incrementando en todos estos sectores, encontraría un escenario de liberación de estas tensiones, mediante la construcción de un modelo donde para Habermas; (1) los cambios en la composición del medio jurídico y del ejercicio del poder político pueden ser explicados en términos de *la intrusión de elementos deliberativos en las relaciones internacionales* manejadas por el poder de una sociedad mundial que está sufriendo una globalización económica y una integración sistémica en general; (2) cuando *la inclusión de los ciudadanos en el proceso de decisión supranacional*, vaya al ritmo de la domesticación jurídica de la intensificada cooperación entre los estados; (3) que pese a reconocerse una mejora en las funciones organizacionales que está empezando a lograrse en el ámbito supranacional a través de la cooperación entre los estados puede ser descrita como una tendencia hacia *la racionalización del ejercicio del poder político en el campo internacional*, no es factible cualificar, esta tendencia como un *proceso civilizatorio* mientras las organizaciones internacionales solo ejerzan sus mandatos sobre la base de tratados internacionales, por tanto *en forma* de derecho, pero no todavía *en conformidad con un derecho democráticamente generado* —es decir, de forma legítima; (4) *La gobernanza global* es un término eufemístico para *el carácter no democrático* de la institucionalización de las relaciones internacionales de la que hemos sido testigos hasta ahora⁵⁷⁷.

4.2.1.2. Los aportes de la teoría Habermasiana para avalar la constitucionalización tanto del Derecho Internacional, como del Derecho Fundamental a la nacional o ciudadanía en el marco de una constitución mundial.

Para la comprensión y justificación desde la filosofía del derecho constitucional, de las deducciones anteriores ofrecidas por Habermas, es necesario remontarnos a su identificación con el *proyecto kantiano* en términos abstractos (también reconociendo sus límites o falencias), cuyas bases le permitieron dar respuesta a la pregunta: ¿es posible una constitución política para la sociedad mundial pluralista?⁵⁷⁸, frente a la que manifestó:

⁵⁷⁷ *Ibidem*.

⁵⁷⁸ Ver, HABERMAS J., en “¿Es posible una constitución política para la sociedad mundial pluralista? ACFS, Núm. 39 2005, pp. 76-112. Derecho y justicia en una sociedad global. Disponible <http://revistaseug.ugr.es>.

“Kant llega a su idea de un orden cosmopolita ampliando el concepto de “constitución” (el tipo de constitución que, en su día, surgió tras las revoluciones estadounidense y francesa) desde un nivel nacional a un nivel mundial. De esta manera, anticipa la idea, tan presente en la actualidad, de la constitucionalización de las relaciones internacionales. Su innovación consiste en la transformación del derecho “internacional”, como un derecho de los Estados, en un derecho “cosmopolita”, como un derecho de los individuos. Éstos ya no gozan del estatus de sujetos jurídicos simplemente por ser ciudadanos de un Estado-nación sino, además, por tratarse de miembros de una sociedad mundial políticamente constituida. (...)

(...) La gran idea de una república mundial parecía exigir el paso intermedio de una asociación voluntaria de estados pacíficos que seguirían siendo soberanos. Gracias a la inestimable experiencia de generaciones posteriores, podemos descubrir las limitaciones conceptuales que llevaron a Kant a un callejón sin salida en el que había de elegir entre una república mundial en toda regla o una débil Sociedad de Naciones. (...)

Para superar las limitaciones conceptuales de la propuesta de Kant, que lo que llevaron a *un callejón sin salida en el que había de elegir entre una república mundial en toda regla o una débil Sociedad de Naciones*⁵⁷⁹. Finalmente, en este análisis el filósofo del derecho que hace de “constitución política para la sociedad mundial pluralista”, presenta lo que él mismo denomina un esbozo de un futuro sistema con múltiples niveles, de un modelo de sociedad mundial, confirmando las serias posibilidades de la construcción de este arquetipo frente al avasallador realismo de las relaciones internacionales en el campo de los derechos morales y constitucionales :

“Una sociedad mundial políticamente constituida podría elaborar, incluso a falta de un gobierno mundial, el tipo de políticas mundiales que hasta ahora se ha echado en falta, especialmente en los ámbitos

⁵⁷⁹ Según HABERMAS J., *óp. cit.*, pp. 305. Tres razones podrían haberle inclinado a aferrarse al modelo desalentador de una república mundial. (...) La centralista república francesa, que era el modelo que Kant tenía en mente, (...) plantea que la soberanía del pueblo es indivisible. Sin embargo, en un sistema con múltiples niveles y una estructura federalista, la voluntad democrática del pueblo se diversifica en canales paralelos desde el primer momento. (...) En la tradición liberal, la constitución no tiene la función de constituir una autoridad política de la nada, sino únicamente delimitar los poderes *existentes*. Una constitución de este tipo establece un “imperio de la ley” que, incluso sin un origen democrático, puede conformar normativamente las relaciones de poder existentes y conducir el uso del poder político por canales jurídicamente vinculantes. Al renunciar a la supuesta identidad de los gobernantes con los gobernados, la tradición liberal evita la unificación conceptual de Estado y constitución, permitiendo así mantener estos dos elementos, que de forma empírica están tan estrechamente conectados en el Estado-nación, conceptualmente independientes el uno del otro.

de las políticas mundiales económicas y ambientales. Mientras que el sistema del derecho internacional basado en las naciones no reconocía más que un tipo de actor, es decir, los Estados-nación, y dos terrenos de juego —la política exterior y la política interior o, dicho de otro modo, las relaciones internacionales y los asuntos internos—, la nueva estructura se caracteriza por *tres escenarios y tres tipos de actores colectivos*. Este modelo tripartito evita mezclar problemas de índoles muy diversas bajo la etiqueta unificadora del gobierno mundial”.

Esta estructura es presentada así:

- A nivel Supranacional

Habermas describe que:

“La *escena supranacional* está copada por un único actor. La comunidad internacional toma la forma institucional de una organización mundial que tiene la capacidad de actuar en campos bien definidos sin tener por qué adoptar el carácter de un Estado. Se desarrolla en una entidad que no es simplemente un foro, pero que tampoco llega a tener las características de un Estado. Dicha organización mundial habría sido capacitada —y, al mismo tiempo, limitada— para cumplir de forma efectiva y, sobre todo, no selectiva dos funciones: asegurar la paz y los derechos humanos a escala mundial (...) Junto a los individuos, los Estados *siguen siendo* sujetos de un derecho internacional, que se convierte de este modo en un régimen cosmopolita de derechos humanos capaz de proteger a los ciudadanos incluso frente a sus propios gobiernos, si así fuese necesario. (...)”

- Los actores mundiales

Respecto a los actores, precisa:

“(...) En la actualidad, podemos observar que, en la escena transnacional, hay organizaciones y redes que hacen frente a la creciente demanda de coordinación exigida por una sociedad mundial cada vez más compleja. Sin embargo, la “coordinación” de los gobiernos, así como de los gobiernos con los actores no gubernamentales, representa una forma de regulación que sólo es adecuada para problemas transfronterizos específicos (...) Estos problemas de coordinación no son esencialmente “políticos”, como sí lo son los temas de la energía mundial, las políticas ambientales, financieras y económicas, que tocan de lleno la cuestión de la distribución equitativa. (...) Tales *actores mundiales* deben ser lo bastante sólidos como para formar coaliciones versátiles, plantear ventajas y desventajas flexibles, y acordar compromisos vinculantes. De este modo, las relaciones internacionales tal y como las conocemos hoy continuarían existiendo en el nivel transnacional, pero modificadas

en cuanto a su calidad. Bajo un régimen de seguridad efectivo de la ONU, incluso al más poderoso de los *actores mundiales* se le impediría recurrir a la guerra como medio legítimo para la solución de conflictos (...)"

- El nivel inferior de Estado-nación

En relación a los alcances de este nivel determina:

“Los Estados-nación son, desde una perspectiva histórica, una institución política relativamente joven, aunque en la escena internacional siguen siendo los actores más poderosos. Sin embargo, la interdependencia cada vez mayor de la economía mundial y los riesgos transfronterizos de una sociedad mundial sobrepasan el ámbito de acción de los Estados-nación y son una carga demasiado grande para las cadenas nacionales de legitimación (...) Los Estados-nación deben crecer por encima de las formas intergubernamentales de cooperación si quieren asumir, en el nivel transnacional, el papel de vehículos de las políticas mundiales y dotar de legitimidad democrática a sus acuerdos transnacionales. La Unión Europea ha logrado, al menos, poder reivindicarse como actor mundial. Sin embargo, la unificación europea sólo podrá mantenerse como modelo para la construcción de capacidades de acción política de nivel superior si consigue un grado de integración política que le permita llevar a cabo políticas legitimadas democráticamente tanto dentro de sus fronteras, como hacia el exterior. (...)

El aporte central de Habermas para encontrar un punto de equilibrio entre los regímenes de control a la seguridad y libertad y los derechos fundamentales, preponderantemente la nacionalidad o ciudadanía, tiene su punto más relevante en la conquista efectiva de *la legitimación democrática que pueda extenderse a través de las fronteras nacionales*, a la comunidad política, más allá del *Estado-nación*. ¿Cómo lograrlo?, configura el otro nivel de análisis, para entonces si poder aseverar que la constitucionalización tanto del Derecho Internacional, como del Derecho Fundamental a la nacional sean una realidad a la luz del debate trilematico antes planteado (legitimidad, validez y eficacia).

La tesis habermasiana, apoyándose y sintetizando en las bases teóricas que ampliamente desplegamos, desde el estudio de los *referentes empíricos* destacados en este trabajo, nos propone una solución, (I) mediante la combinación de una forma diferente de los tres bloques que son constitutivos de cada sistema democrático dentro de un sistema supranacional de múltiples niveles, (II) La constitución de una democracia supranacional que haría el papel de un poder constituyente conllevando a competencias más fuertes en la comunidad política constituida, (III) el

análisis filosófico del concepto de solidaridad pueda contribuir en algo a clarificar lo que está en juego. Textualmente argumentado así :

- Los tres bloques que son constitutivos de cada sistema democrático dentro de un sistema supranacional de múltiples niveles.

“(…) El proceso de legitimación democrática será capaz de extenderse a través de las fronteras nacionales a la comunidad política, más allá del estado nación (tal como la unión europea, por ejemplo), sólo cuando se vuelva posible combinar de una forma diferente los tres bloques que son constitutivos de cada sistema democrático dentro de un sistema supranacional de múltiples niveles. Los tres bloques constitutivos en cuestión son la “pueblo” como titular de la formación de la voluntad política, el “estado” como la organización que permite a los ciudadanos actuar colectivamente, y la “comunidad jurídicamente constituida de ciudadanos” como una asociación voluntaria de individuos libres e iguales. Sólo dentro del estado nación están estos tres bloques constitutivos alineados en el espacio social (...).

- La constitución de una democracia supranacional que haría el papel de un poder constituyente conllevando a competencias más fuertes en la comunidad política constituida.

“En otros sitios, he desarrollado la idea de que estos dos sujetos constitutivos-en construcción podrían participar en igualdad para constituir una democracia supranacional, esto es, los ciudadanos en su papel de miembros de una futura unión y esos mismos ciudadanos en su papel de miembros de estados ya constituidos, de los cuales la unión estaría compuesta. Esta idea provee el ímpetu para reflexionar sobre una variable geometría de los ya mencionados bloques constitutivos. Mientras entre la estructura de los estados federales, las unidades subnacionales (tales como estados, cantones, o “*Länder*”) aparecen sólo como los componentes *constituidos*, (constituidos, esto es, por una soberanía no dividida, la del pueblo) los estado miembros de una democracia supranacional harían el papel de un poder *constituyente* desde el principio (y como resultado retendrían comparativamente competencias más fuertes dentro de la comunidad política constituida). (...)”

- Un árido análisis filosófico del concepto de solidaridad pueda contribuir en algo a clarificar lo que está en juego.

“En lugar de difundir la idea de una constitución política para una sociedad global sin un gobierno mundial, quisiera usar el ejemplo de la crisis de la unión europea para mostrar que tan difícil es el camino que conduce a dicha constitución. Estoy interesado en el escollo puesto por

la falta de solidaridad política, por tanto, el horizonte estrecho dentro del cual, por el presente, también se puede requerir a los ciudadanos tomar también en consideración las perspectivas de sus conciudadanos. (...) la crisis nos ha enseñado que la unión monetaria europea no puede ser estabilizada en el plazo medio sin una política fiscal y económica conjunta que se extienda a otros campos de la política como la tributación y la política social. (...) no obstante, una profundización de la cooperación institucionalizada demandaría mayor democracia en Europa y un correspondiente cambio en los tratados. De hecho, estamos siendo testigos de un desarrollo que está alimentando los conflictos entre los pueblos. Europa está siendo succionada por una forma de tecnocracia que está atando a los estados miembros, sin la participación de su población, al formato de democracias “consolidadas”; esto es, de democracias ajustadas a los mercados no controlados. (...)

(...) cambiar esto requiere romper con la política de la auto-interpretación de los estados nacionales, según la cual cada estado miembro es formalmente soberano y toma decisiones en cuestiones de presupuesto, política social y economía, sin prestar atención a los efectos colaterales de otros estados miembros, por tanto, exclusivamente desde una perspectiva nacional. Con esta ficción de la soberanía nacional, los gobiernos de los así llamados países donantes están, sobre todo, evitando exigir a sus electorados que exhiban el grado requerido de solidaridad política. (...)

(...) tal vez incluso un árido análisis filosófico del concepto de solidaridad pueda contribuir en algo a clarificar lo que está en juego. Para exonerar a los llamados a la solidaridad de acusaciones de obstinación moral o buenas intenciones equivocadas, y de ser apolíticos—acusaciones que los “realistas” no desean que se hagan en contra de ellos—quisiera primero distinguir las obligaciones de mostrar solidaridad de los deberes morales y jurídicos. Mostrar solidaridad es un acto político que de ninguna forma reclama un tipo de altruismo moral que sería erróneo en los contextos políticos (...) “solidaridad” no es sinónimo de “justicia” ni en el sentido jurídico, ni en el moral del término. Llamamos a las normas jurídicas o morales “justas” cuando ellas regulan prácticas que son de igual interés para todos los afectados. Las normas justas aseguran iguales libertades para todos y un respeto igual para cada uno. (...)

(...) repito: lo que diferencia tanto a expectativas políticas y llamados a la solidaridad del derecho y la moral es la referencia especial a una participación conjunta en una red de relaciones sociales. Esa participación fundamenta tanto las expectativas demandantes de otra persona que pueden ir más allá de lo que el derecho y la moral ordenan, y la propia confianza en la conducta recíproca del otro, en caso de necesitarlo en el futuro. Mientras la moralidad y el derecho se refieren

a libertades iguales de individuos autónomos, las expectativas éticas y los llamados a la solidaridad se refieren a un interés en la integridad de una forma compartida de vida que incluye el bienestar propio. (...)

La fundamentación política, ética, jurídica y social formulada de in extenso, de manera textual a efectos de deslindarnos de su esencia ideológica y pragmática, en el curso de nuestros intereses de investigación, nos lleva a pensar dentro del diseño institucional que Habermas propone para un nuevo orden internacional, *la determinación de los principios de justicia transnacional o justicia global*, para el efectivo y equilibrado reconocimiento de los derechos fundamentales, relevantemente para el caso de la nacionalidad.

Este rasgo cosmopolita del modelo de Habermas sugiere que el respeto al pluralismo no tiene por qué conducir a una reducción drástica de las aspiraciones de justicia. De hecho, el modelo habermasiano, la necesidad de reducir el extremo diferencial de riqueza en la sociedad mundial mediante la adopción de medidas redistributivas. Ahora bien, así como el caso doméstico dicha meta esta internamente conectada a las exigencias de justicia ancladas en los derechos constitucionales reconocidos a los ciudadanos, esta conexión desaparece en el caso internacional. Según Habermas las cuestiones económicas deben desconectarse de las obligaciones de justicia de la comunidad internacional e interpretarse como aspiraciones políticas que en cuanto tales, reflejan diferentes valoraciones y por tanto su realización debe depender de los compromisos negociados entre los valores e intereses encontrados de los diferentes poderes transnacionales. De este modo, las ambiciones de justicia generadas al aplicar el modelo deliberativo a las funciones adscritas a la comunidad internacional en una organización mundial reformada quedan contrarrestadas drásticamente al aplicar el modelo pluralista de negociación y compromiso a las funciones adscritas a los poderes transnacionales⁵⁸⁰.

Estamos entonces, totalmente de acuerdo, en que la constitucionalización del derecho internacional tenga un interés normativo sobre todo logro de mayor justicia global, a la resolución de problemas ecológicos globales, etc. En el mismo sentido, también compartimos la necesidad de implementar desde el orden mundial, una estructura política heterárquica es preferible a un gobierno mundial, dado que minimiza los riesgos de una concentración excesiva de se minimizan mediante los habituales mecanismos de división de poderes, sistema de contrapesos, estructuras federales, etc.).

⁵⁸⁰ LAFONT C., "Justicia global en una sociedad mundial pluralista." Isonomía. Núm. 31. Universidad de Northwestern, 2009, pp. 45-60. Disponible en <http://www.isonomia.itam>.

En consecuencia, y no siendo menos obvio, nos unimos a la necesidad del diseño específico de un sistema multinivel con diferentes unidades políticas en el plano supranacional, transnacional y nacional. Todo esto dentro de la visión y criterios político, ético y filosófico del ideal y pragmatismo de una participación conjunta en una red de relaciones sociales, fundada tanto en las expectativas demandantes de otra persona que pueden ir más allá de lo que el derecho y la moral ordenan, y la propia confianza en la conducta recíproca del otro, en caso de necesitarlo en el futuro.

4.3. Constitucionales supranacionales: un proceso de constituciones formales a constituciones funcionales.

Si hemos optado en esta propuesta por el modelo político, jurídico y social de aceptar la constitucionalización del derecho internacional, como medio para garantizar los estándares de una justicia global marcada por la legitimidad de un constitucionalismo supranacional, transnacional y nacional, bajo principios de solidaridad partiendo de las experiencias actuales y hacia el futuro de la integración de los bloques regionales. Es imprescindible identificar el prototipo de marco constitucional supranacional que puede permitir la realización de este proceso.

Empecemos por decir, Todo orden constitucional y todo régimen democrático son producto de una decisión. Esta decisión puede descomponerse en cuatro aspectos o decisiones más específicas: a) Someter el ejercicio del poder público al ordenamiento jurídico, definiendo como criterio último de validez jurídica el sistema de fuentes establecido en la Constitución. b) Establecer como criterio último de legitimidad del ordenamiento jurídico el principio de la mayoría. c) Formular un catálogo de derechos fundamentales, oponible a las distintas instancias de ejercicio del poder público en los casos (a) y (b), y (d) establecer los arreglos institucionales necesarios y suficientes para hacer vinculantes las decisiones anteriores. Éstas son en síntesis, las condiciones del “juego” de la democracia constitucional. La decisión de organizar el poder público en términos de estas decisiones puede sustentarse en razones morales — dependientes, por ejemplo, de valores últimos como la autonomía individual o la dignidad humana— o en razones prudenciales —dependientes, por ejemplo, de intereses como la seguridad y la maximización del bienestar social— pero, en todo caso, no son ni razones constitucionales, ni razones democráticas, *sino razones para el constitucionalismo democrático*.

Dado un orden constitucional que es generalmente eficaz (*by-and-large efficacious*), tiene sentido tratar a la Constitución como si tuviera que ser respetada. Esto es, tiene sentido actuar sobre la base de que la coerción del

Estado sólo debe ser ejercitada de acuerdo con las provisiones establecidas por el constituyente originario, y que toda otra forma de coerción debe ser tratada como jurídicamente inaceptable. Así, desde la perspectiva del teórico, toda Constitución está respaldada por una “norma básica” o *Grundnorm*, en todos aquellos estados en los que existe un orden normativo efectivo basado en una Constitución [...] su existencia no es cuestión, primariamente, de la adopción mediante el procedimiento que sea, de un documento formal que pretenda distribuir los poderes de gobierno en la forma antes discutida. Es de nuevo una cuestión de funcionalidad que tiene que ver con la respuesta de los actores políticos a lo largo del tiempo, sobre las normas formuladas en la Constitución. Estas pueden ser o no ser tomadas en serio como normas para el gobierno de la conducta. En grados variables, pero al menos en la mayoría de las situaciones relevantes, la conducta de los actores debe ser orientada por las normas, y entendida en referencia a las propias normas respecto de las que se actúa. Sólo aquellas que son tomadas en serio en este sentido existen como una constitución operativa (*working constitution*)⁵⁸¹.

En el estudio que nos viene ocupando, respecto a la viabilidad tanto de un constitucionalismo supranacional, como de una constitución supranacional, han surgido como es apenas normas grandes interrogantes públicos en torno al proceso Constitucional Europeo, la primera era que una Unión con una Constitución debe inevitablemente convertirse en un súper-estado que cancele la independencia e integridad de los Estados miembros como entidades soberanas⁵⁸².

Lo planteado, nos orienta a formular la siguiente cuestión ¿cómo puede transferirse esa lealtad a un ente supranacional vasto e impersonal? Para responder a esta pregunta nos valdremos de la postura analítica desarrollada por MacCormick⁵⁸³, quien de entrada aclara que para entender en qué sentido la Unión tiene una Constitución, se debe comprender la distinción entre una Constitución en sentido funcional y una Constitución en sentido formal.

Señala el autor, sobre las constituciones funcionales⁵⁸⁴:

⁵⁸¹ Termino basado en la propuesta de MACCORMICK N. *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 45 y ss.

⁵⁸² Ver, MACCORMICK N., “Filosofía del Derecho Constitucional. cuestiones fundamentales.” Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones jurídicas. Serie versiones de autor. núm.4, 2015, pp. 60-113. Capítulo V. Constitución supranacional: distinción entre constitución formal y constitución material. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam>.

⁵⁸³ *Ibidem*.

⁵⁸⁴ Para hacer énfasis de esta explicación, MACCORMICK N., *óp. cit.*, pp. 110, presenta el siguiente ejemplo “tomemos la pregunta de si el tribunal de Justicia de la unión europea

“(…) una constitución existe en el sentido funcional en cualquier lugar que un orden jurídico auto-referencial exista. La idea es prestada con una disculpa y una adaptación del trabajo de dos brillantes académicos alemanes, Niklas Luhmann y Günther Teubne (…) un orden se convierte en auto-referencial a través de la práctica de sus instituciones y de aquellas personas que ven a las instituciones como las creadoras de reglas y decisiones que guían su conducta. Esta práctica puede alcanzar un punto tal donde las preguntas sobre la existencia de reglas válidas que guían la conducta de las personas vienen a ser consideradas como preguntas totalmente internas a un orden jurídico determinado. (...)”

(...) el hoy tribunal de Justicia de la unión europea decide sobre lo que cuenta como derecho de la unión, y cómo se aplica sobre la cabeza de las normas nacionales de los estados miembros. El tribunal puede hacer esto porque él mismo ha interpretado los tratados como la autorización para hacerlo. (...) en el orden jurídico que se ha formado en unión europea, los poderes del tribunal de Justicia de la unión europea no se basan únicamente en la auto-afirmación judicial. Las otras entidades e instituciones relevantes han aceptado esas decisiones y han actuado bajo el espíritu de ellas. Ellas no han las han denunciado o revocado en ninguna las reformas a las que el tratado ha sido sometido. El carácter del orden jurídico de la unión ha venido a ser establecido a través de la costumbre y el uso de aquellos que se encargan de sus asuntos, y a través de al menos la aquiescencia y afirmación activas (como en el tratado de Lisboa), de la mayor parte de los ciudadanos la mayoría del tiempo” (...).

Encarándolo de otra forma, por constitucionales funcionales, son entendidas como el conjunto de reglas que, tomadas todas juntas como una unidad dinámica, establecen y regulan el auto-gobierno de una unidad política. Esto aplica ya sea que se tenga en mente una entidad como un estado-nación, un estado-unión, una federación, una confederación o cualquier otra clase de mancomunidad humana. Las normas en cuestión establecen quién ejerce cuáles poderes, mediante cuáles actos formales e informales, y sujetos a qué límites. Es característico del proceso de implementación e interpretación de una constitución en este sentido que,

actualmente tiene poder para decir sobre el carácter vinculante del derecho comunitario frente a la respuesta oficial actual es “sí” la alternativa sería que el tribunal sólo pudiera ver los tratados como la regulación de los derechos y obligaciones entre los diferentes estados de Europa. Esto dejaría a los tribunales y a los legisladores de cada estado con capacidad para determinar si los derechos y obligaciones de sus ciudadanos están conforme con lo que es requerido bajo el derecho comunitario”.

en el tiempo, ellas evolucionen en un cuerpo cada vez más denso de derecho constitucional⁵⁸⁵.

Retomando la experiencia de la Unión Europea para sustentar su análisis en favor de la existencia y vigencia de constituciones funcionales en el concierto de una supranacionalidad constitucional, advierte que el tribunal de Justicia de Europa en más de una vez se ha referido a los tratados Fundacionales como una “carta constitucional” de la unión europea. Los académicos han escrito que esas decisiones del tribunal como si ellas hubieran alcanzado la “constitucionalización de los tratados”. Es principalmente debido a estas decisiones que las disposiciones centrales de los tratados que tratan de la distribución y limitaciones de las competencias se han convertido en una clase de constitución funcional informal. Esto explica el punto que quiero señalar cuando hablo de una constitución en el “sentido funcional”. La idea clave es observar que la constitución en este sentido funcional es una *Constitución en práctica*.

Sin embargo, en atención a todo lo comentado, al momento de hacer alusión y definir nociones de constituciones formales, Neil MacCormick es enfático en concluir que en Europa *no existe una constitución en el sentido formal*. En tal enfoque enuncia:

“(…) Como en el sentido funcional, una constitución se ocupa del gobierno y regulación de un grupo, asociación o comunidad política. Como una constitución, tiene que establecer las instituciones apropiadas de gobierno, y establecer los poderes, las “competencias”, que se les confieren a ellas. Tiene que declarar los límites de esos poderes, y establecer alguna forma de solucionar las disputas fronterizas sobre esos límites de los poderes y su ejercicio legítimo. Esta constitución se logra “formalmente” cuando un documento *jurídico y político* apropiado se promulga después de una deliberación para tal fin. Tal texto debe entonces ser solemnemente adoptado mediante un acto formal de tal clase que sea ideológicamente apropiado para la clase de comunidad o asociación política que se intenta. Una constitución formal tiene que ser adoptada mediante un hecho apropiado, por ejemplo, mediante un referendo en una comunidad democrática, o mediante ratificación del tratado constitucional por los actos constitucionales de los estados, los cuales a su vez puede incluir recurso a un referendo. Esta es la culminación de un proceso que busca asegurar reconocimiento del texto adoptado como ley fundamental, o carta fundacional, de la comunidad política de la cual pretende ser una constitución” (...).

⁵⁸⁵ Ver, MACCORMICK, N., *óp. cit.*, pp. 113.

Guardando la armonía, coherencia y contexto de nuestro examen, que nos permite igualmente presentar una apuesta con suficientes fundamentación teórica y dogmática para los fines del presente Capítulo de este trabajo, asumimos y adoptamos la postura de MacCormick, articulándose a la de Habermas, entendiendo la línea de pensamiento del primero de estos autores, que solo la institucionalización de un orden jurídico en un estado o unidad política depende de la evolución o adopción de una constitución que establezca las instituciones esenciales del gobierno y les asigne sus poderes. Todas las constituciones tienen que ser entendidas *funcionalmente*, pero usualmente también tienen un texto formal y definitivo adoptado mediante un acto constitutivo. La constitución formal también tiene que ser una constitucional funcional –y estar funcionando– para que el estado adquiera o sostenga el carácter de estado de derecho. *Una norma fundamental consuetudinaria o convencional es necesariamente el fundamento normativo de toda la estructura*⁵⁸⁶.

4.4. La constitución un árbol desde el contexto nacional y supranacional: gobiernos dotados de moral constitucional.

Habiéndose desenvuelto, nuestra fundamentación teórica y dogmática para dar solución hipotética y pragmática al problema central propuesta en esta investigación, hemos ido como lo anunciamos al inicio de este documento y a la presentación de este Capítulo, avanzado y asumiendo las posturas desde una Constitucionalización del Derecho Internacional y por ende favor de un Constitucionalismo Supranacional, y en consecuencia de Constituciones Supranacionales, procesos e instituciones matizadas por Habermas y MacCormick, como ya lo explicamos. Pese a tales evidencias, estimamos que los discursos invocados, pueden correr el riesgo de estancarse en el mero idealismo, sin perjuicio de las experiencias y el realismo de las relaciones jurídicas internacionales también comentadas, si las constituciones no llegan a ser consideradas como “Entidades Vivas”.

Gratamente nos encontramos, para la dinámica de validaciones que desde un marco teórico articulado venimos presentando, que la visión de concebirse a los textos constitucionales como “*más que textos escritos, de que es innecesario y erróneo restringir a los intérpretes constitucionales a las intenciones y entendimientos originales a los autores de la constitución*”. Constituye histórica y contemporáneamente, una verdadera tendencia con experiencias exitosas, que han y pueden aportar mucho al desarrollo del constitucionalismo y de las constituciones, en las creaciones y transformaciones desde los Estados Constitucionales, que habiéndose

⁵⁸⁶ MACCORMICK N., *óp. cit.*, pp. 117.

legitimado democráticamente, hagan trascender estos logros transnacional y supranacionalmente, para globalizar la justicia de los derechos fundamentales frente al despotismo de los Estados.

Añadimos de esta manera, a la articulación teórica pretendida la posición Democrática y Constitucionalista del Árbol Vivo de Wilfrid J. Waluchow. Queremos con esto decir, que un tema recurrente en la teoría jurídica y Filosofía del Derecho Constitucional, es la discusión sobre los distintos *métodos de interpretación constitucional*. Las preguntas que generalmente se formulan giran en torno a qué tipo de interpretación debe utilizarse al momento de desarrollar, por ejemplo, el contenido de un derecho fundamental: ¿el juzgador tiene que limitarse al texto y/o a la intención del Poder Constituyente o, por el contrario, debe otorgar sentido y contenido a las normas constitucionales a partir de parámetros sociales, jurídicos, culturales y económicos?

La obra *The Living Constitution*⁵⁸⁷, del profesor David A. Strauss, fuente teórica y argumentativa de Waluchow, se enmarca de lleno en este debate y tiene principalmente dos objetivos: a) demostrar que el denominado “originalismo” es una técnica interpretativa insostenible en el marco constitucional y b) sustentar que existen razones válidas y suficientes para que una Constitución pueda ser interpretada sustantivamente, como un documento vivo que se desarrolla y adapta de acuerdo a las necesidades de la sociedad y, que en última instancia, tiene al *common law* como límite interpretativo.

En aras de regresar a los componentes teóricos a los que haremos especial referencia, contenidos en la obra anteriormente mencionada Para David Strauss, *el originalismo* puede clasificarse en dos tipos de corrientes: *la rigurosa y la moderada*. La postura rigurosa consiste en que toda disposición constitucional debe entenderse de conformidad con los criterios y pautas establecidas por *los creadores de la Constitución* o de las enmiendas correspondientes. Toda expresión, frase o palabra de la Constitución tiene un *significado original* y, por ende, *existe una respuesta dada o pretendida* por los padres fundadores a cualquier conflicto constitucional.

⁵⁸⁷ Conforme lo aclara, DRIVER, J. en “esta vivo, ¿puede Elena Keagan salvar la izquierda legal?”, “La Nueva República”, julio 8, 2010, pp. 10-12. El concepto de “*living constitution*” no es acuñado por el autor. Como primer antecedente bibliográfico se encuentra el libro *The Living Constitution* de Howard Lee McBain, publicado en 1948. Asimismo, se tienen constancias que desde principios del siglo pasado, esta forma de aproximarse y entender a la Constitución ha estado presente en el ámbito académico y judicial, principalmente a través de las ideas de Dean Roscoe Pound y de algunos Jueces de la Suprema Corte de los Estados Unidos como Oliver Wendell Holmes Jr. y Benjamin Cardozo. El primero, en 1920, describió en una decisión de la Corte a las normas constitucionales como expresiones “orgánicas y vivas”.

Respecto a esta postura, el citado autor menciona *tres problemas fundamentales*: a) es prácticamente imposible descubrir, si es que existe, el significado original; b) aun cuando se pudiera descubrir tal significado, surge el inconveniente de cómo tal entendimiento constitucional se traslada o aplica a los conflictos actuales y c) el originalismo carece de una respuesta al denominado “*argumento de las generaciones*” de Thomas Jefferson (el mundo pertenece a los vivos y ninguna generación puede o debe atar a otra ideológicamente). Esta situación, también ha sido advertida por estudiosos como Ackerman⁵⁸⁸, así, si un intérprete estaría dispuesto a renunciar en algún momento al originalismo, alega este autor, surgen dos nuevos cuestionamientos: bajo cuáles circunstancias estaría justificado hacerlo y en qué categoría debería de clasificarse a tal intérprete “ya no originalista”.

Para Strauss, en suma, dado que una Constitución contiene *principios u otro tipo de normas abstractas* que deben ser interpretadas por el juzgador progresivamente y de conformidad *con las necesidades sociales*, el mejor modelo de interpretación constitucional es aquél que asigna un contenido teniendo en cuenta en todo momento el sistema de precedentes y el orden público. El juzgador tendrá una libertad interpretativa pero, se insiste, limitada por el *common law*.

También Strauss, menciona en su obra que si se toma en serio la idea de una “Constitución viviente” debe aceptarse que existe más que el texto constitucional y que *hay más formas de cambio constitucional que las enmiendas realizadas a partir del procedimiento establecido en el Artículo V de la Constitución Norteamericana*. A su juicio, este procedimiento no debe ser el primordial para la solución de los problemas constitucionales, sino el efectuado a través de la evolución de los precedentes y las tradiciones. En la mayoría de los casos, dice David Strauss, las enmiendas constitucionales no hacen más que ratificar los cambios logrados por la “Constitución viviente”.

A partir de todo lo anterior, se puede afirmar que el libro *The Living Constitution* es una obra perfectamente lograda, con argumentos concretos y muy bien ejemplificados. La trascendencia de este texto radica en conocer los razonamientos del profesor David Strauss en contra de la postura originalista y valorar su novedoso modelo de interpretación constitucional basado en el *common law*. *Siendo precisamente, este legado el que pasa a*

⁵⁸⁸ ACKERMAN, B., “The living Constitution”, Harvard Law Review, vol. 120:1737, 2007, pp. 1738-1811.

contextualizar Wilfrid J. Waluchow, quien comparte enteramente las tesis de Strauss, tal y como se concluye del siguiente párrafo⁵⁸⁹:

“Comparto con Strauss la tesis de que las constituciones son, o al menos pueden ser, entidades vivas; de que existe un sentido muy importante en el cual una constitución es mucho más que un texto escrito; de que es innecesario y erróneo restringir a los intérpretes constitucionales a las intenciones y entendimientos originales de los autores de la constitución; de que incluso aquellos quienes profesan o defienden la práctica del originalismo (como el juez Antonin Scalia) no pueden cumplir sus postulados; de que las constituciones pueden crecer y se les debe permitir hacerlo para acomodarse a las circunstancias cambiantes, y de que la mejor forma de ver este proceso de crecimiento y adaptación es pensar que este proceso encarna, o al menos emula, las formas familiares del razonamiento del *common law*. En otras palabras, la interpretación y el desarrollo de las disposiciones abstractas y moralmente cargadas de las constituciones en una gran medida reflejan las formas en las cuales el *common law* ha exitosamente desarrollado nociones como “negligente”, “razonable” e “inherentemente peligroso” en otras áreas del derecho. Además, también creo que, aunque el proceso de determinar de esta forma los contornos de constitución viva puede ser desarrollado por actores no judiciales, los jugadores primordiales son inevitablemente los jueces, quienes son los llamados a proporcionar respuestas autoritativas a las preguntas constitucionales y los casos altamente controversiales. Y, finalmente, también creo que el uso del razonamiento del *common law* en los casos constitucionales no resulta en una aplicación libre e indisciplinada del derecho, como los críticos del árbol vivo algunas veces acusan sus defensores. Por el contrario, cuando el constitucionalismo basado en el *common law* es realizado con la humildad que propone Burke, y el debido respeto por las necesidades rivales de seguridad y flexibilidad, ejemplifica una búsqueda ilustrada del estado de derecho. (...)”

Encontramos, plena afinidad y concordancia con el planteamiento de Waluchow, continuador de manera general del pensamiento de Strauss, en la medida que evidentemente el estatuto supranacional que mediante la constitucionalización del derecho internacional debe adquirir el justo reconocimiento de la nacionalidad o la ciudadanía implica una urgente una búsqueda dignificada e ilustrada de un derecho vivo. Respetando, el método de este constitucionalista desarrollamos sus aportes más determinantes

⁵⁸⁹ Texto tomado de WALUCHOW W.J., “Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones fundamentales.” Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones jurídicas. Serie versiones de autor. Núm. 4, 2005, pp. 167-225. Capítulo X. Strauss, democracia y constitucionalismo del Árbol Vivo. “Disponible en <https://archivos.juridicas.unam>.”

para la confirmación de nuestros objetivos, mediante el desarrollo de los siguientes ejes temáticos:

- ✓ Canadá referente empírico de una Constitución viviente.

Las Cortes Canadienses, casi sin excepción, han explícitamente rechazado el originalismo y abrazado la idea, introducida por primera vez en el derecho canadiense en 1929, que la constitución es “un árbol vivo”. Parte de ese recorrido encuentran resonancia en hechos históricos como:

- ✚ El caso *Eduards*: un precedente judicial del derecho fundamental a la igualdad.

Uno de los casos más famosos e influyentes de la historia jurídica canadiense es indudablemente *Edwards v. Attorney-General of Canada*, decidido por el comité Judicial del Privy Council del reino unido en 1929, y el cual es conocido hoy como “el caso de las personas”. Cuando Emily Murphy, una activista social de Alberta, fue nombrada en 1916 como la primera funcionaria pública en la provincia, el nombramiento fue demandando bajo el fundamento de que las mujeres no eran consideradas “personas”. En 1917, la corte suprema de Alberta dispuso que las mujeres eran en realidad “personas”, pero este fallo sólo tenía aplicación en esa provincia. Muchos años después, la señora Murphy postuló su nombre como candidata al senado canadiense, pero el primer ministro Broden rechazó su candidatura sobre fundamentos similares, citando el hecho de que ella no era, para los propósitos del *BNA Act*, una “persona” y por esta razón no calificaba para el nombramiento.

Para 1927, la señora Murphy, conjuntamente con otras cuatro prominentes defensoras de los derechos de las mujeres, hoy inmortalizadas en Canadá como “las cinco famosas”, demandaron la decisión del primer ministro ante la corte suprema de Canadá, la corte falló en contra de ellas. el Presidente de la corte, conjuntamente con otros tres miembros, defendieron la incapacidad de la mujer para ejercer cargos públicos basándose en el *common law* y en varios casos que habían sido resueltos bajo normas legislativas diferentes sobre el derecho de las mujeres derecho a votar en las elecciones parlamentarias. Sin ser convencidas por este resultado, las cinco Famosas apelaron al comité Judicial del *Privy Council* del reino unido, la corte más alta de apelaciones bajo el derecho canadiense del momento. En octubre 18 de 1929, lord Sankey, *Lord Chancellor* del *Council*, anunció que la decisión del órgano era que la palabra “personas” en la sección 24 sí incluía a las mujeres, y por tanto las mujeres eran elegibles y podían convertirse en miembros del senado de Canadá.

Es a partir de esta novedosa interpretación constitucional histórica, la forma en como Canadá introduce formalmente la metáfora del árbol vivo, una idea de la cual las cortes de ese país se han adherido sistemáticamente.

- ✚ La histórica distinción entre Normas Constitucionales y Convenciones Constitucionales: la consulta de Patriación en Canada.

Canadá evolucionó en un país completamente independiente en las décadas que siguieron a su creación, en sentido estricto, el país debía su existencia jurídica continuada a los buenos oficios del Parlamento y las cortes del reino unido. En 1931, se convocó una conferencia del imperio y se invitaron a los líderes de todos los países del imperio Británico de entonces. Entre los resultados notables de esta conferencia fue un acuerdo general sobre contenido del *Statute of Westminster* (1931), el cual fue adoptado formalmente por el Parlamento del reino unido más tarde el mismo año.

El anterior estatuto, sujeto a ratificación por los poderes legislativos nacionales relevantes de los estados miembros del imperio, concedió completa independencia a todos los dominios existentes, reemplazó el imperio Británico por la mancomunidad de nacionales e intentaba escindir al *BNA Act* de sus raíces británicas. El Parlamento canadiense estaba entre los dominios que inmediatamente ratificaron el estatuto de Westminster, pero solicitó un aplazamiento para su implementación porque no podía asegurar el acuerdo de todos los gobiernos provinciales sobre la adición de una fórmula de reforma al *Act*. Se necesitarían otros cincuenta años antes de que se pudiera alcanzar un acuerdo (casi unánime) sobre una nueva constitución –antes de que, en otras palabras, el *BNA Act* con una fórmula de reforma y una carta de derechos pudiera ser “patriada” a su nuevo hogar canadiense como el *Constitution Act* de 1982.

El proceso que condujo a la patriación distó de ser fácil. El gobierno federal del momento, conducido por el Primer ministro Pierre Trudeau, experimentó una resistencia considerable, no sólo por la nueva fórmula de enmienda sino porque, y principalmente, por la propuesta del gobierno de incluir una carta de derechos recientemente acuñada. Esta adición habría de transformar radicalmente el sistema canadiense de uno basado principalmente en modelo de Westminster de soberanía parlamentaria ilimitada (dentro de las esferas de la jurisdicción federal y provincial, apropiadamente definidas por la constitución), a uno que incorporaba límites morales substantivos a los poderes del parlamento y los legislativos provinciales. Las objeciones eran predecibles. Tal transformación otorgaría mucho poder político a los jueces, con ello afectando el estado de derecho y socavando los principios de la democracia.

El resultado final fue una decisión hoy conocida como *La consulta de la Patriación*, en el cual varias provincias solicitaron a la corte suprema canadiense declarar que el gobierno de Trudeau intentó un movimiento unilateral inconstitucional. La corte decidió, de forma algo paradójica, que tal petición, aunque no era violatoria el derecho constitucional, era no obstante inconstitucional. Para llegar a esta decisión un tanto paradójica – la corte se basó en una distinción de Albert Dicey⁵⁹⁰ entre *normas constitucionales* y *convenciones constitucionales*, quien literalmente las define en su obra así:

“El primer conjunto de reglas son “leyes” en sentido más estricto, dado que ellas son las reglas (sean escritas o no, promulgadas por la legislación o derivadas de una mezcla entre convención, tradición o máximas de elaboración judicial conocidas como *common law*) aplicadas por las cortes; estas normas constituyen el “derecho constitucional” en el sentido apropiado del término, y pueden en gracia de la distinción ser denominadas colectivamente “el derecho de la constitución.”

“El otro conjunto de reglas consiste en convenciones, interpretaciones, hábitos o prácticas las cuales, aunque regulan la conducta de los varios miembros del poder soberano, del ministro, de los demás funcionarios, no son en realidad leyes en absoluto dado que no son aplicadas por las cortes. Esta porción del derecho constitucional puede, en aras de la distinción, ser denominada como “convenciones de la constitución” o moralidad constitucional”.

Por ello es perfectamente apropiado, para las razones que fundamentaron el histórico fallo canadiense, decir que *violar una convención es hacer algo que es inconstitucional aunque ello no implique ninguna consecuencia jurídica directa*. Pero las palabras “constitucional” e “inconstitucional” pueden también ser usadas en un sentido jurídico estricto, por ejemplo, con respecto a una ley que es encontrada *ultra vires* o inconstitucional. Lo anterior tal vez pueda ser resumido en una ecuación, en palabras de Walucho: “convenciones constitucionales más Derecho constitucional igual al total de la Constitución del país”⁵⁹¹.

✚ La evolución aplicativa de la carta política canadiense, después de su adhesión continúa al constitucionalismo del árbol viviente: el caso

⁵⁹⁰ DICEY A., “The Law of the Constitution, 10a Edición. London: McMillan and Company, 1959, pp. 71-92, citado por Waluchow, *óp. cit.*

⁵⁹¹ *In Re: Resolution to amend the Constitution, óp. cit.*, pp. 854-5, citando a Albert Dicey, *The Law of the Constitution*, 10a Edición. London: McMillan and Company, 1959, pp. 23-24, 27, 30. 1. Nota del autor: Compárese con, *Edwards* donde el *Privy Council* anotó que el documento constitucional estaba “sujeto al desarrollo mediante uso y convención” (*Edwards, óp. cit.*, pp. 136).

Shapinker (“*La Carta no deriva de los niveles legislativos del gobierno, sino de la Constitución misma.*”).

El primer caso decidido bajo el nuevo régimen constitucional fue Shapinker. Joel Shapinker era un ciudadano de Sudáfrica residente en Canadá cuya solicitud a la barra de abogados de Ontario para practicar Derecho fue negada bajo el fundamento de que el *Law Society Act de Ontario* requería ciudadanía canadiense. Shapinker buscó que la disposición relevante del *Act* fuera declarada inoperativa bajo el fundamento de que violaba la sección 6(2) (b) de la Carta Canadiense, la cual estipula que “Todos los ciudadanos de Canadá y todas las personas quienes tienen el estatus de residente permanente de Canadá tienen el derecho (...) a ganarse la vida en cualquier provincia”. En el juicio de primera instancia, la demanda de Shapinker fue negada. Después de una apelación exitosa en la Corte de Apelaciones de Ontario, el caso llegó a la Corte Suprema, la cual manifestó que efectivamente los derechos de Shapinker habían sido violados. Para llegar a su decisión, la Corte citó las siguientes razones –razones que revelan la adhesión continua de la Corte al constitucionalismo del árbol vivo:

“Existen algunas consideraciones simples pero importantes que guían a la Corte en la interpretación de la Carta... La Carta no deriva de los niveles legislativos del gobierno, sino de la Constitución misma. Es parte de la estructura fundamental del Derecho canadiense. En realidad, “es el derecho supremo de Canadá”: Constitution Act, 1982, s. 52. No puede ser fácilmente enmendada. El fino y constante proceso de ajuste de estas disposiciones constitucionales ha sido dejado por una tradición de necesidad a la rama judicial. La flexibilidad debe ser balanceada con la certeza. El futuro debe, en la mayor medida previsible, ser acomodado en el presente. La Carta ha sido diseñada y adoptada para guiar y servir a la comunidad canadiense por un largo tiempo. La interpretación estrecha y técnica, sino es modulada por un sentido de lo desconocido del futuro, puede entorpecer el crecimiento del Derecho y por lo tanto el de la comunidad a cual ese Derecho sirve. Todo esto ha estado con nosotros en el proceso de desarrollo de las instituciones del gobierno bajo el B. N. A. Act, 1867 (hoy, Constitution Act, 1867). Con el Constitution Act, 1982, viene a una nueva dimensión, una nueva medida de reconciliación entre el individuo y la comunidad y sus respectivos derechos, una dimensión que, como el balance de la Constitución, aún debe ser interpretada y aplicada por la Corte.”

De forma interesante, la Corte vino a invocar la experiencia estadounidense con especial referencia a los casos *Marbury* y *M’Culloch*. Particularmente relevante para nuestros propósitos, he aquí una cita de la última⁵⁹²:

“Una Constitución, si contuviera el detalle exacto de todas las subdivisiones que sus grandes poderes admiten, y de todos los mecanismos a través de los cuales pueden ser llevados a ejecución, participaría de la prolijidad del código jurídico, y escasamente podría ser abarcada por la mente humana. Probablemente nunca podría ser entendida por el público. Su naturaleza, por tanto, requiere que solamente sus grandes contornos deban ser marcados, sus objetos importantes designados, y los ingredientes menores que componen esos objetos sean deducidos de la naturaleza misma de aquellos... Al considerar esta pregunta, entonces, no debemos nunca olvidar, que es una Constitución a lo que nos estamos exponiendo.

- ✚ B.C. Motor Vehicle Act: “la decisión histórica de atrincherar la Carta en nuestra Constitución no fue tomada por las cortes sino por los representantes elegidos por el pueblo de Canadá. Fueron esos representantes quienes extendieron el alcance de la adjudicación constitucional y confiaron a las cortes esa nueva y onerosa responsabilidad.”

El siguiente caso fue el *Re: B.C. Motor Vehicle Act*⁵⁹³, un caso que una vez más generó preguntas fundamentales de teoría constitucional, incluyendo la naturaleza y la misma legitimidad del control judicial de constitucionalidad. Además, planteó cuestiones fundamentales concernientes a la validez de varias técnicas de interpretación constitucional. Lo que se discutía en *B.C. Motor Vehicle* era la constitucionalidad de una norma que creaba un delito de responsabilidad objetiva en la conducción de automóviles (...). Las infracciones de tráfico de responsabilidad absoluta, sostuvo la Corte, no eran compatibles con los principios de justicia fundamental. No contento con este resultado, el Procurador General [*Attorney-General*] de la Columbia Británica apeló para que la consulta fuera enviada a la Corte Suprema de Canadá, que confirmó el primer fallo. Sin embargo, una vez más, de particular importancia para nuestros propósitos no es el resultado final, sino cómo la Corte vio su tarea y la forma en la que justificó su decisión.

Escribiendo a nombre de la Corte, el Juez Presidente Lamer empezó advirtiendo que el caso traía al foro “preguntas fundamentales de teoría constitucional, incluyendo la naturaleza y la legitimidad misma del proceso

⁵⁹² Párr. 13, citando a *M’Culloch v. State of Maryland*, 17 U.S. (4 Wheaton’s) 316 (1819), pp. 407.

⁵⁹³ Section 94(2) of the Motor Vehicle Act, [1985] 2 S.C.R. 486. *N. de. T.* Este caso, como el caso de la Patriación, es una consulta.

de adjudicación constitucional bajo la *Carta*, al igual que la corrección de varias técnicas de interpretación constitucional.”⁵⁹⁴ Además, observó que “la característica novedosa de la *Constitución* de 1982... no es que de repente le haya dado poder a las cortes para determinar el contenido de la legislación. Esto se ha hecho durante un buen número de años cuando se analiza los *vires** de la legislación⁵⁹⁵. “Los valores sujetos a la adjudicación constitucional ahora se refieren también a los derechos individuales, y no sólo a la distribución de los poderes gubernamentales⁵⁹⁶, y en particular, de la interpretación de los ‘principios de justicia fundamental’, ha prevalecido en algunos sectores el supuesto de cualquier cosa diferente a una interpretación estricta de la sección 7 inexorablemente llevará a las Cortes a ‘cuestionar la sabiduría de los actos del legislador’, y se podrán a juzgar sobre los méritos de las políticas públicas.”⁵⁹⁷ El Procurador General de Ontario, en su argumento escrito, afirmó que... ‘La judicatura no es representante del electorado, ni es responsable frente al él, bajo cuya autoridad se seleccionan las políticas y se le da efecto jurídico a las leyes del territorio.’⁵⁹⁸ En la respuesta de esta popular objeción, Lamer presentó la línea no satisfactoria de defensa sobre la cual llamé la atención anteriormente:

Éste era un argumento que se ha escuchado incontables veces antes del atrincheramiento de la *Carta* pero cuya verdad, para bien o para mal, fue resuelto por la misma entrada en vigencia del *Constitution Act, 1982*. No debe olvidarse que la decisión histórica de atrincherar la *Carta* en nuestra Constitución no fue tomada por las cortes sino por los representantes elegidos por el pueblo de Canadá. Fueron esos representantes quienes extendieron el alcance de la adjudicación constitucional y confiaron a las cortes esa nueva y onerosa responsabilidad. Se debe aproximar a la adjudicación bajo la *Carta* libre de toda duda persistente sobre su legitimidad⁵⁹⁹.

Todo este proceso social, político e histórico documentado por Walucho representa de alguna manera desde nuestro punto de vista, *un triunfo frente al debate trilematico, por estar inmersos los elementos de legitimación de democrática, validez jurídica y eficacia sociológica de los derechos*. Desde el caso Edwards hasta hoy, el sistema jurídico canadiense ha repudiado cualquier *visión teórica* que intente atar el significado y efecto de la Constitución a las intenciones originales. Para estar seguros, la Corte Suprema de ese país, en algunas ocasiones habla de las *intenciones de los constituyentes*, y con frecuencia advierte que una interpretación de algunas

⁵⁹⁴ Section 94(2) of the Motor Vehicle Act, *óp. cit.*, párr. 10.

⁵⁹⁵ Section 94(2) of the Motor Vehicle Act, *óp. cit.*, párr. 12.

⁵⁹⁶ *Ídem*, párr. 13.

⁵⁹⁷ *Ibidem*.

⁵⁹⁸ *Ídem*, párr. 16.

⁵⁹⁹ *Ibidem*.

disposiciones de la Carta Constitucional de Canadá deben ser “puestas en sus contextos lingüísticos, filosóficos e históricos correctos.” Pero las intenciones históricas que son tenidas por válidas son casi sin excepción son los *propósitos* generales de la Carta y de muchas disposiciones normativas. Y se asume, que estos propósitos son los *diferentes derechos y libertades morales* que la Carta pretende garantizar, convirtiendo así la posición defendida en una forma de constitucionalismo del árbol vivo, o, al menos, en un “originalismo pusilánime”⁶⁰⁰.

En definitiva para mayor claridad de las razones por la cual decididamente vinculamos la tesis de Walucho al marco teórico articulado formulado, como eje central de una interpretación constitucional de una carta política viviente para el derecho fundamental de la nacionalidad o ciudadanía, se sintetizan en lo siguiente⁶⁰¹:

“El significado de un derecho o una libertad garantizada por la Carta”, dijo la Corte en *Big M Drug Mart*, “debe ser determinado por un análisis del propósito de tal garantía; debe ser entendido... la luz de los intereses que pretenden proteger.” Pero esos derechos, la Corte ha aclarado repetidamente, no son los derechos *como fueron originalmente* entendidos por aquellos cuya intención fue proveerles de protección constitucional. Verlos de esta forma tendría serios efectos adversos. Como sostuvo la Corte en *Shapinker*, su primer caso en vigencia de la Carta, “El fino y constante proceso de ajuste de estas disposiciones constitucionales ha sido dejado por una tradición de necesidad a la rama judicial. *La flexibilidad debe ser balanceada con la certeza. El futuro debe, en la mayor medida previsible, ser acomodado en el presente.* La Carta ha sido diseñada y adoptada para guiar y servir a la comunidad canadiense por un largo tiempo. La interpretación estrecha y técnica, sino es modulada por un sentido de lo desconocido del futuro, puede entorpecer el crecimiento del Derecho y por lo tanto el de la comunidad a cual ese Derecho sirve.”

⁶⁰⁰ Véase, *The Living Constitution*, *óp cit.*, pp. 17, donde Strauss nota que el Juez Scalia se caracteriza como un “originalista pusilánime” quién está “dispuesto a abandonar el originalismo cuando conduce a resultados implausibles”. Al explicar esta pusilanidad, Scalia provocativa, pero instructivamente dice: “Soy un originalista –no soy un chiflado” [I am an originalist, I am not a nut] (citado en *ibíd.*). A esto Strauss observa correctamente: “Esta forma de poner las cosas es cautivadora, esta parece ser una respuesta válida: si seguir una teoría consistentemente hace un chiflado, ¿no es eso un problema con la teoría? (*ibíd.*).

⁶⁰¹ Texto tomado de WALUCHOW W.J., *óp. cit.*, pp. 245.

4.5. La fundamentación de los Derechos Fundamentales en el modelo propuesto por Luigi Ferrajoli: en contra de la ineficacia de los Derechos

4.5.1. Características del modelo garantista ferrajoliano.

La transformación del *Estado liberal* hacia el *Estado constitucional* supone una progresiva evolución de las generaciones de derechos humanos. En primer lugar surgieron los derechos civiles y políticos, es decir, los derechos reconocidos en las revoluciones liberales. En segundo lugar, corresponde al *Estado social* la conquista histórica de los derechos de segunda generación, como los derechos económicos, sociales y culturales, acaecidos fundamentalmente durante la Revolución Industrial del siglo XIX. El Estado constitucional, en cuanto Estado de derecho de tercera generación, expresa la última fase de conquista de derechos más novedosos y plurales de nuestra sociedad actual, tales como el derecho a un medio ambiente saludable, el derecho a la libertad informática (que tuvo su origen durante la última revolución tecnológica o digital) y los derechos colectivos, entre otros más.⁶⁰² En este contexto histórico o de descubrimiento de los derechos fundamentales es donde se sitúa de forma general el origen de la teoría garantista ferrajoliana.

Ferrajoli, en su obra *Derechos y garantías: la ley del más débil*,⁶⁰³ postula la función del derecho como un sistema artificial de garantías constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales. En ese direccionamiento, elabora el *modelo garantista de derechos* mediante el cual postula un *cambio estructural en la aplicación del derecho y la concepción de la democracia*, que se traduce en el imperativo jurídico de la sujeción de toda forma de poder al derecho, tanto en el plano de procedimiento como —he aquí la trascendencia de su argumento— en el contenido de sus decisiones. Luigi Ferrajoli inicia su argumentación en esta obra, reconociendo una fuerte crisis, la cual se ve reflejada en una crisis de legalidad, crisis del Estado social y crisis del Estado-nación. Este complejo fenómeno ha desencadenado en una grave crisis de la democracia. Ante esta situación postula el sistema garantista, el cual surge para remediar el caos normativo, la proliferación de fuentes, la violación sistemática de las reglas por parte de los titulares del poder público, la ineficacia de los derechos y la incertidumbre e incoherencia del ordenamiento jurídico actual. De esta forma, el garantismo se presenta en tres niveles:

⁶⁰² Véase PEREZ LUÑO A. E, “Los derechos fundamentales”. Madrid, Tecnos, 2005, pp. 76.

⁶⁰³ FERRAJOLI L., “derechos y garantías. La Ley del más débil.” Madrid, Trotta, 1999, pp. 45-57.

1) *Nuevo modelo normativo del derecho*. Se caracteriza como un sistema de poder mínimo que concibe los derechos fundamentales como límites, a través de los cuales se maximiza la libertad y se minimiza la arbitrariedad e impunidad por parte de los gobernantes. Con ello propone una reestructuración de la democracia, desglosada en dos dimensiones claras y distintas: democracia formal (relacionada con el procedimiento de toma de decisiones) y democracia sustancial (relativa a los derechos fundamentales).

2) *Teoría del derecho y crítica del derecho*. El proceso histórico de positivización de los derechos responde al paradigma o modelo tradicional de positivismo jurídico. No hay duda que, éste ha sido un referente claro de influencia y continuidad en su visión del garantismo jurídico. *La politización de los derechos fundamentales* ha tenido continuadas etapas históricas, una de ellas ha sido la creación del Estado liberal de derecho que brindó en su momento seguridad jurídica a los ciudadanos. En este sentido, Ferrajoli parte inicialmente de la concepción clásica de *validez, vigencia y eficacia* de las normas jurídicas y propone una modalidad de iuspositivismo crítico frente al iuspositivismo dogmático tradicional⁶⁰⁴.

Por una parte, el iuspositivismo dogmático sigue el esquema rígido de vigencia de la norma, ya que se privilegia la forma de producción de la misma, en lugar de su contenido. En el marco de esta corriente, el juez se convierte en un *autómata de la ley* a través de una aplicación lógico deductiva, pero carente de razonamiento jurídico amplio y sustancial. En sentido contrario, el iuspositivismo crítico invita al juez no solamente a emitir juicios de validez de las normas jurídicas sino, aún más, a dotar y ampliar el contenido sustancial de las mismas leyes ante la existencia de lagunas, dilemas y antinomias jurídicas, evitando la arbitrariedad y procurando la discrecionalidad en los juicios de validez que emita.

3) *Filosofía político-jurídica*. El garantismo como doctrina filosófica-política permite la crítica de las instituciones jurídicas positivas, persiguiendo el criterio de la clásica y rígida separación (propia del positivismo) entre derecho y moral o entre validez y justicia⁶⁰⁵. Además, retoma los conceptos sobre las doctrinas autopoyéticas y heteropoyéticas de Niklas Luhman sobre

⁶⁰⁴ Como es de suponer, el maestro de FERRAJOLI, NORBERTO BOBBIO, influirá de manera decisiva en esta muy conocida concepción de la teoría del derecho como método, como teoría y como valor. El primer aspecto se relaciona con el método para alcanzar determinado fin; el segundo derivará de un juicio de veracidad o falsedad, en cuanto pretende verificar la correspondencia entre la teoría y la realidad; por último, de la concepción valorativa se deduce si una norma es buena o mala (justa o injusta). Cfr. BOBBIO N., "El positivismo jurídico", Madrid, Debate, 1998, pp. 239. De esta visión surge el triple orden de problemas de la norma jurídica: la justicia, la validez y la eficacia. Véase BOBBIO, N., "Teoría general del derecho". Madrid, Debate, 1998, pp. 33.

⁶⁰⁵ FERRAJOLI L., *óp. cit.*, pp. 880.

el carácter autorreferencial de los sistemas políticos. Para las doctrinas autopoéticas, el Estado es un fin y encarna valores ético-políticos de carácter suprasocial y supraindividual a cuya conservación y reforzamiento han de instrumentalizarse los derechos. Por otra parte, según las doctrinas heteropoéticas, el Estado es considerado *un medio legitimado únicamente con el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos*, y políticamente ilegítimo si no los garantiza. El garantismo entonces, desde un plano filosófico-político, consiste esencialmente en la fundamentación heteropoética del derecho, separado de la moral en los diversos significados. De esta manera, la deslegitimación externa de las instituciones jurídicas positivas dependerá directamente de la eficacia con la que esos derechos sean cumplidos.⁶⁰⁶

4.5.2. El garantismo de Ferrajoli en la protección de los derechos fundamentales, frente al desarrollo del constitucionalismo y la construcción de constituciones supranacionales.

Es importante resaltar, hasta este punto del examen a la teoría ferrajoliana, que para este pensador, el estado de derecho garantista, se ofrece como la mejor alternativa para *la limitación de esos poderes*. Estado de derecho garantista que exige dos cosas: una concepción propia de *la teoría del derecho y una filosofía política*. Requiere de una exclusiva visión de la teoría del derecho debido a que el Estado garantista cambia el paradigma clásico del derecho por una alternativa distinta y crucial para las exigencias de las sociedades actuales. Por otra parte, necesita de la re-elaboración de una filosofía política particular que atienda *la demanda de la nueva relación entre política y derecho*. En otras palabras, —y de ahí se desprenden sus tres acepciones de garantismo— Ferrajoli pretende elaborar una teoría general del garantismo con visiones propias del Estado de derecho, teoría del derecho y filosofía política.

Nos corresponde entonces la labor de justificar, bajo los mismos parámetros adoptados a lo largo de esta investigación identificar la conexión de las tesis de Ferrajoli, frente al desarrollo del constitucionalismo y la construcción de constituciones supranacionales, donde los derechos fundamentales, para el caso de la nacionalidad, estén claramente asegurados para los ciudadanos en todos los niveles.

El Estado de derecho, para Ferrajoli no funcionó y por ello, hay necesidad de crear un modelo específico y ese modelo lo encuentra en el Estado constitucional garantista. Un Estado constitucional caracterizado por una doble sujeción: *formal y sustancial*. Ferrajoli, siguiendo a Bobbio, dedica una parte para explicar sobre la diferencia entre gobierno *sub lege* o gobierno *per*

⁶⁰⁶ FERRAJOLI L., *óp. cit.*, pp. 880-892.

lege. Es decir, entre un gobierno bajo la tutela de leyes (*sub lege*) y un gobierno a través de leyes (*per leges*). A su vez, *el primero* se divide en un gobierno con poderes otorgados por leyes (sentido débil o formal) y en un gobierno de poder limitado por leyes (en un sentido fuerte o sustancial). Con estas observaciones, Ferrajoli afirma que “el término ‘Estado de derecho’ se usa aquí en la segunda de ambas acepciones; y en este sentido es sinónimo de ‘garantismo’”.

Por eso designa no simplemente un ‘estado legal’ o ‘regulado por la ley’ sino un modelo de Estado nacido con las modernas Constituciones...”⁶⁰⁷ y cuyas características principales son la *legitimación formal* y *legitimación sustancial* (que se materializa en la garantía de los derechos fundamentales). Interpretamos a Ferrajoli de la siguiente forma: el Estado de derecho fue entendido como un Estado que sólo demanda la legitimación formal; es decir una legitimación que proviniera de un poder otorgado por leyes y que sólo conmina al cumplimiento de una forma legal. Precisamente, es en este aspecto donde se vislumbra el peligro, pues hasta los gobiernos totalitarios pueden *revestir una forma legal*. Por el contrario, los estados constitucionales exigen una legitimación sustancial; legitimación que pende de un contenido estricto en la limitación de poderes.

Lo anterior, es perfectamente aplicable de los niveles nacionales, transnacionales y supranacionales (también advertido por Habermas y los demás teóricos mencionados) de poderes y facultades otorgados por el derecho de tratados, legitimados formalmente, pero que carecen en su mayoría de la legitimación sustancial, cuya fuente esencial es la democracia, la participación de todos los afectados, política, jurídica y socialmente por las decisiones internacionales, que permitan limitar el abuso del concierto de naciones a los derechos morales y constitucionales originalmente reconocidos.

Lo dicho cobra especial importancia, si tenemos en cuenta que la teoría del derecho garantista general, es una estructura sostenida por tres pilares: *La ciencia jurídica, la filosofía política y la teoría del derecho*. Cabe destacar que la filosofía política, es rotulada por este filósofo, como una de las *terceras concepciones del garantismo*. Dicha ciencia tiene como función de analizar la “experiencia empírica” y esta experiencia empírica está integrada, para la ciencia jurídica, por dos tipos de “hechos observados” u observables: *las normas jurídicas y los fenómenos jurídicos*⁶⁰⁸. La distinción es clave para la importancia de la teoría del derecho: la teoría se convierte en valorativa — en contra de lo sostenido por Kelsen— es decir tiene una función de criticar

⁶⁰⁷ FERRAJOLI, L., “Derecho y razón”. Trotta. Madrid, 1995, pp. 856.

⁶⁰⁸ FERRAJOLI, L., “Epistemología jurídica y garantismo”. Fontamara, Madrid, 2004, pp. 20-23, 44.

tanto interna como externamente la función, estructura y composición del derecho. Esto es posible gracias a la separación entre derecho y su ciencia.

Dadas así las cosas, la teoría garantista cambia el papel de la teoría del derecho, de la función del juez y del jurista. Cambian tres cosas: La teoría del derecho, antes avalorativa, se vuelve valorativa; la obligación del juez, antes de aplicar la ley, se transforma en la facultad de aplicarla o no hacerlo; el jurista de un observador del derecho se transforma en un dictaminador de la validez o invalidez de las normas. La valoración, obligación y dictámenes están en función de las irregularidades que se encuentren en las normas por virtud de su validez-invalidez o vigencia-no vigencia⁶⁰⁹.

Finalmente, el último elemento de la construcción ferrajoliana, es su filosofía política. La filosofía política cumple una función necesaria y complementaria. Si ya dijo, Ferrajoli, que su ciencia se preocupa por el análisis empírico (de normas y de fenómenos jurídicos), y que su teoría del derecho constituye una disciplina de definiciones para permitir criticar al derecho desde los conceptos de validez y vigencia, cierra el círculo con su filosofía política, al erigirse ésta como el área que permite la crítica y la legitimación-deslegitimación del ordenamiento jurídico positivo desde el punto de vista de los *valores éticos y políticos*.

Para justificar y explicar su filosofía política, el profesor, elabora una tipología de doctrinas de legitimación. Su tipología está formada por dos tipos de doctrinas: las auto-poyéticas y las hétero-poyéticas⁶¹⁰. Las primeras son doctrinas de legitimación que consideran al derecho como un valor en sí y asumen el principio de legalidad tanto como principio interno (validez y vigencia) y como principio externo (axiológico); derivan su fortaleza de la forma o de la fuente. Confundir los dos planos —interno-externo, moral-derecho, ser y deber ser— obliga, al autor en estudio, a un rechazo de esta doctrina. Por otro lado, las hetero-poyéticas asumen al derecho como una herramienta, como un instrumento para proteger los derechos “innatos o naturales.”⁶¹¹ Estas corrientes distinguen entre el plano ontológico y el

⁶⁰⁹ Se complementan y se satisfacen estas valoraciones con la detección de antinomias y lagunas al sistema jurídico y en donde la función crítica consiste en resolver las primeras y satisfacer las segundas.

⁶¹⁰ Reconoce el autor que estas denominaciones las ha extraído del área de las ciencias sociales y especialmente de los estudios de Niklas Luhmann —quien a su vez se basó en los biólogos chilenos Maturana y Valera—. Cfr. FERRAJOLI, L., “Derecho y Razón”. *Óp. cit.*, pp. 881.

⁶¹¹ FERRAJOLI hace una aclaración respecto al uso de la expresión derechos innatos o naturales: “Derechos innatos o naturales, más allá de las metafísicas iusnaturalistas en cuyo marco fueron concebidos, significan precisamente derechos ‘pre-estatales’ o ‘pre-políticos’, en el sentido de no haber sido fundados por esa criatura que es el estado, sino que son ‘fundamentales’ o ‘fundantes’ de su razón de ser, como parámetros externos y objetivos de su organización, delimitación y disciplina funcional. El vicio ideológico, y no

plano axiológico; proviene su baluarte *no de las formas o de las fuentes sino de sus contenidos* concretos. Es dentro de éstas últimas donde, nuestro autor, sitúa a su filosofía política.

Bajo la concepción de la filosofía política de Ferrajoli, el derecho a la nacionalidad y la ciudadanía estarían catalogados como derechos innatos o naturales, como consecuencia del carácter concreto de su contenido. Por esta razón, su filosofía-política, de carácter hetero-poyética, tiene dos postulados básicos: en primer término lograr una fundamentación del derecho teniendo presente la estricta separación entre derecho y moral. Y en segundo término, visualizar al derecho como instrumento (técnica) para alcanzar la protección de los derechos fundamentales como derechos “innatos o naturales”. Ferrajoli nos incita a entender el primer postulado en el sentido de que al separar derecho de moral se logran dos objetivos. El primero es negar el valor del derecho intrínseco solo por el hecho de estar vigente; el segundo, la necesidad de la prioridad axiológica desde el punto de vista ético-político cuyo papel es la crítica y transformación del derecho. Razonemos además, que en el segundo postulado reafirma *la importancia de los derechos fundamentales en una justificación externa y el derecho como instrumento para su obtención*.

Es aquí donde ofrece una *alternativa* a la conflictiva relación entre derecho y democracia, considerando que es posible retomar la idea iusnaturalista del contrato social como una “gran metáfora” de la democracia y en donde la lucha por una democracia “sustancial” será elemento primordial de una filosofía política para un Estado constitucional de derecho. Reconoce que estas declaraciones parecen paradójicas pues ¿cómo armonizar el pensamiento democrático de Rousseau con el modelo liberal lockeano? La respuesta descansa, en él, en una nueva perspectiva de los planos democráticos: una de legitimación formal (democracia formal) y otra de legitimación sustancial (democracia sustancial).

Igualmente, identificamos que la teoría del derecho garantista general, organizada por Ferrajoli, como antes se dijo, en tres pilares: La ciencia jurídica, la filosofía política y la teoría del derecho, adquiere para nuestro interés su mayor coherencia, desde el momento en que este filósofo toma una postura frente los derechos fundamentales propiamente dichos. Ferrajoli deja fuera de la discusión el *definiendum*⁶¹² y decide denominarlos

sólo metafísico, del iusnaturalismo estuvo en la idea de un derecho natural como entidad ontológica.

⁶¹² En realidad, aparta el concepto de derechos humanos para una función más específica. Así establece que Derechos humanos son los derechos primarios de las personas y conciernen indistintamente a todos los seres humanos, como, por ejemplo (conforme a la constitución italiana), el derecho a la vida y a la integridad de la persona, la libertad

“*Diritti fondamentali*” es decir, derechos fundamentales. Esto se debe a que las expresiones libertades fundamentales, derechos del hombre, derechos o derechos humanos tienen un sentido más restrictivo en su propia teoría. Esto es, si utiliza dichas expresiones pero su uso está reservado para designar cosas específicas del género derechos fundamentales. Una vez salvado este punto entra de lleno a la definición de derechos fundamentales y los identifica de la siguiente manera:

“Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘status’ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”⁶¹³.

La titularidad normativamente reconocida juega un papel primordial en la teoría de los derechos de Ferrajoli. En los ordenamientos jurídicos, los seres humanos, dice, no han sido catalogados en todos los casos con el status jurídico de titularidad de derechos. Muchos han sido los criterios para separar a los seres humanos de ese status jurídico que les permite ser titulares de una normatividad reconocida pero hoy solo subsisten únicamente dos diferencias: la ciudadanía y la capacidad de obrar. La primera puede aún ser superada y la segunda, al menos por el momento, insuperable. Esta distinción, le lleva a elaborar una tipología especial según se trate de todos o solos los ciudadanos (derechos de la personalidad y derechos de ciudadanía) o bien, entre capaces y no capaces de obrar (derechos primarios o sustanciales y derechos secundarios o instrumentales o de autonomía). A la primera le denomina clasificación subjetiva porque atiende a los sujetos que se le atribuye y reciben expectativas de derecho; a la segunda, la identifica como clasificación objetiva porque es relativa a los comportamientos de los sujetos que integran la clase seleccionada, es decir a la posibilidad de ejercer o no ejercer un poder. De esta forma, es subjetiva en virtud de que se es o no ciudadano o se cuenta o no con personalidad. Mientras tanto, la clasificación objetiva precisa la posibilidad o imposibilidad de la capacidad de obrar. Recurriendo a una división más, establece que los derechos de la clasificación objetiva y específicamente los primarios los divide, a su vez, en derechos libertades —expectativas

personal, la libertad de conciencia y de manifestación del pensamiento, el derecho a la salud y a la educación y las garantías penales y procesales. FERRAJOLI, L., “Los fundamentos de los derechos fundamentales, Trotta, Madrid, 2005, pp. 22.

⁶¹³ *Ídem*, pp. 158.

negativas— y derechos sociales —expectativas positivas—. Los derechos libertades son de carácter negativo —inmunidad o de no interferencia— y pueden ser “libertades de” (vida, libertad personal) y “libertades para” (libertad de prensa, de asociación y de reunión). En tanto que los derechos sociales son de carácter positivo —prestaciones—. Finalmente, también, dentro de los derechos de la clasificación objetiva y de carácter secundario, se dividen en derechos de autonomía privada —poderes privados— y en derechos de autonomía pública —poderes políticos—⁶¹⁴.

Expongámoslo de otra forma, Ferrajoli, diría: tenemos dos posibilidades de clasificar a los derechos fundamentales en atención a los status que aún permanecen en las legislaciones. Estas distinciones tienen como base la ciudadanía y la capacidad (de obrar). Primera división: ciudadanos y no ciudadanos (por eso el habla de todos o solo los ciudadanos). Ese “todos” tienen los derechos de la personalidad y el “solo” es el conjunto —de ciudadanos— que tienen los derechos de ciudadanía. Si no eres ciudadano formas parte del “todos” y consecuentemente tienes un derecho de la personalidad⁶¹⁵. En cambio, si eres ciudadano, posees derechos de la personalidad y además dispones de los derechos de la ciudadanía. Segunda división: no eres capaz de obrar o eres capaz de hacerlo. Si no eres capaz entonces acogerás los derechos primarios. Pero si cuentas con capacidad de obrar entonces te corresponden los derechos secundarios. Los derechos primarios solo están integrados por expectativas y los derechos secundarios están formados por expectativas y poderes; es decir, los primarios te permiten disfrutar de la libertad y los derechos del ciudadano (expectativas

⁶¹⁴ FERRAJOLI, L., *óp. cit.*, pp. 291-296, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”.

⁶¹⁵ Interesante sería el tema de hacer la distinción entre el derecho “*de la personalidad*”, es decir el derecho que tienes en virtud de que ya eres persona o el derecho “*a la personalidad*”, es decir el derecho que tienes a ser persona (jurídicamente reconocida). Recordemos que en la historia del derecho y específicamente en el derecho civil, el derecho “a la personalidad” era lo que excluía de los beneficios y no propiamente el “derecho de la personalidad”. Históricamente, tenemos el caso de las mujeres, los esclavos y los extranjeros y aun recientemente de los niños(as) cuya personalidad solo se le reconocía cuando tuvieran “viabilidad jurídica” es decir vivir un número de horas determinado y bajo ciertas circunstancias. Hoy el tema del derecho “a la personalidad” abre nuevos escenarios de debate en torno a los avances científicos: los clones ¿tienen derecho a la personalidad? En este sentido se dirige una crítica de Vitale cuando objeta la capacidad de obrar como elemento de la definición de derechos fundamentales y escribe: “ Pero el requisito de la capacidad de obrar como necesario para la adscripción de ciertos derechos fundamentales viene determinado por una opción valorativa no compartida, por ejemplo, por el pensamiento de matriz católica, que posee una concepción de la persona que incluye también al embrión (pienso en las cuestiones de bioética que implican problemas de derechos fundamentales). Y ¿qué puede decirse de todas las filosofías ‘verdes’ o ‘animalistas’ que convierten en sujetos de derecho a otros seres vivos, a las generaciones futuras o al entorno *tour cour*?” VITALE, E. “¿Teoría general del derecho o fundación de una república óptima?” En A. DE CABO, G. PISARRELLO. (eds), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trotta, Madrid, 2005, pp. 69

negativas y expectativas positivas). Por el contrario, los derechos secundarios, además de las expectativas te permiten ejercer por ti mismo tus derechos (poderes privados y poderes políticos)⁶¹⁶. Por otro lado, la reunión de todos ellos arroja como resultado cuatro tipos de derechos: los derechos humanos, los derechos públicos, los derechos civiles y, finalmente, los derechos políticos.

4.5.3. La internacionalización del derecho a la ciudadanía en las tesis de Ferrajoli.

Advierte, este pensador que con el nacimiento de las Naciones Unidas la antinomia entre los conceptos tradicionales de soberanía y ciudadanía, y el derecho constitucional interno de los estados, ha logrado impactar gravemente en la órbita del derecho internacional. Sumado a esto, considera que el principio de soberanía externa como la idea de ciudadanía como presupuesto de los derechos humanos, riñen con la Carta de las Naciones Unidas de 1945 y con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948. Considera, que por lo menos la idea de ciudadanía como presupuesto de los derechos se derrumbó, al ser claramente contradictoria tanto con el derecho interno como internacional, esta contradicción tiene un sentido, asumida desde la “ subjetividad legal” que implica que solo se puede ejercer y ser reconocidos derechos, a través de la pertenencia a determinada comunidad política, en tanto que el nuevo paradigma propuesto para aquella época , implica que todo ser humano es de por sí sujeto del derecho internacional y por consiguiente es ciudadano no solo de un estado determinado sino también de las comunidades internacionales, sean estas regionales, como la Unión Europea, de naturaleza global como las Naciones Unidas.

Respecto a la crisis de la nacionalidad o ciudadanía, las siguientes reflexiones de Ferrajoli, resumen el núcleo problemático desarrollado en esta investigación, y sus intentos por identificar escenarios para liberar las

⁶¹⁶FERRAJOLI, L., *óp. cit.*, pp. 300, nota de pie de página No. 13. Aquí vale la pena aclarar un punto más: en ambas divisiones juega un papel importante los conceptos de expectativas y el de poder. Con respecto al primero Ferrajoli establece que “El criterio de distinción entre estas dos clases de derechos basado en el contenido negativo o positivo de las expectativas en qué consisten, conserva, sin embargo, validez al menos en lo relativo al resultado de su tutela, así como en lo que se refiere a la prevalencia que, en la composición de una y otra, tienen las expectativas negativas satisfechas mediante un *non facere* y las expectativas positivas satisfechas con un *facere*.” FERRAJOLI, L., *El fundamento de los derechos fundamentales*.

tensiones y transgresiones a este derecho universal y constitucional, so pretexto de mantener la vigencia de libertades y seguridades soberanas:

“(…) En lo que respecta a la ciudadanía, se ha convertido en el último privilegio personal, el último factor de discriminación y la última reliquia premoderna de las diferencias por status; como tal se opone a la aclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales.

Este cambio de paradigma nos permite ver un complejo de antinomias y lagunas en las nociones de soberanía y ciudadanía: antinomias entre los principios normativos de paz y justicia y su inobservancia debida a la resistente soberanía de los estados y entre el universalismo de los derechos y la persistente naturaleza excluyente de la ciudadanía; lagunas en la ausencia de instrumentos efectivos capaces de garantizar y asegurar la eficacia practica del nuevo paradigma y remediar su continua violación y negación.”⁶¹⁷

Respecto del cómo lograr la progresiva garantía, efectividad y eficacia de los derechos universales y constitucionales, especialmente de la nacionalidad o ciudadanía, concluimos de las tesis de este autor y de las antinomias o lagunas por él señaladas, los siguientes contribuciones desde la teoría del garantismo de Ferrajoli, como complemento último y definitivo al marco teórico articulado que presentamos en aras a ofrecer respuestas o mecanismos de posibles soluciones al problema de investigación:

- ❖ La principal laguna en el paradigma constitucional global del derecho internacional, es la ausencia de garantía judiciales en apoyo de la paz y los derechos humanos. Frente a esta nueva situación, las instituciones legales internacionales existentes son de valor limitado, en contraposición la actual Corte Internacional de Justicia, cuya jurisdicción se encuentra limitada a controversias entre los estados y solo procede si los propios estados la reconocen, un tribunal que garantice la paz y los derechos humanos debería ampliar sus competencias para decidir tanto de la constitucionalidad de las deliberaciones de las Naciones Unidas como de la responsabilidad en materia de guerra y violaciones a los derechos humanos. El alcance de estas decisiones no deberían tener la connotación de arbitrajes, sino de verdaderos juicios vinculantes.

- ❖ La segunda propuesta, está directamente relacionada con la dificultad de establecer jerarquías en las fuentes del derecho. Esta problemática se encuentra presente en cualquier prototipo constitucional. Surge, especialmente en los procesos avanzados de integración

⁶¹⁷ *Ibidem.*

internacional, el desplazamiento en la toma de decisiones fuera de los estados nacionales en materias que hasta entonces solo se reservaban al poder soberano, alteran el sistema jurídico y amenazan con debilitar, en el proceso, la autoridad de las constituciones nacionales. Esta situación, exige repensar el constitucionalismo, pasar a diseñar no solo a nivel nacional, sino también supranacional garantías constitucionales de paz y los derechos humanos, capaces de controlar a los propios estados estableciendo controles constitucionales de todo tipo, al igual que el claro reconocimiento de las responsabilidades de las naciones.

- ❖ La siguiente cuestión consiste en la presión migratoria que interminables masas están ejerciendo sobre las naciones occidentales. Debido a que no cumplen con los requisitos de ciudadanía a estos inmigrantes le son denegados los derechos vitales condenándolos a una forma de *apartheid*. Esta antinomia, entre la universalidad de los derechos y la ciudadanía solo se resolverá según Ferrajoli, mediante la superación de la ciudadanía y la desnacionalización de los derechos humanos.

Más allá de todos los aportes tan vigentes y tan importantes efectuados por Ferrajoli, es claro que no bastan solo las formulaciones teóricas, que apoyadas en el realismo social, político y jurídico, con extraordinarios basamentos filosóficos y legales, traten de buscar soluciones a las injusticias e inequidades. Se requieren también, la formación y educación en profundos valores éticos y morales, que despierten la conciencia colectiva e individual de los individuos, como seres provenientes de una misma especie donde la solidaridad, la fraternidad y la igualdad ante los hechos y patrones de la vida, constituyan la inspiración para pensar más en términos de humanidad y menos en función de naciones o razas, al fin y al cabo transitorias y aparentes.

CONCLUSIONES GENERALES

Luego de revisar los hallazgos en las secciones anteriores el autor concluye que:

Primero, cualquier problema jurídico entorno al género humano y su evolución, relacionada con los derechos fundamentales, en especial el de la nacionalidad o ciudadanía, y su efectivo reconocimiento debe ser necesariamente enfrentada y resuelta, mediante la adopción de un *debate trilematico* como tal, orientado a fomentar metodológicamente un dialogo desde lo político (legitimidad), la teoría jurídica (validez) y lo sociológico (eficacia).

Segundo, la vigencia y consolidación de la ciencia denominada Filosofía del Derecho Constitucional, cuyo objeto es propiciar científicamente un ejercicio de filosofía moral y política aplicada al fenómeno jurídico constitucional. Esta ciencia permite integrar la Filosofía del Derecho con las múltiples nociones *iusfilosóficas* que influyeron, y que actualmente influyen, en el modo de concebir y operar el Derecho Constitucional respecto del derecho humano y fundamental a la nacionalidad o ciudadanía en el contexto de la Unión Europea y Latinoamérica.

Tercero, los modelos constitucionales liberales no favorecen la unificación de los conceptos *estado-constitución*, para la construcción y desarrollo de una sociedad mundial con *legitimidad democrática* que promueva el reconocimiento y protección del derecho fundamental a la nacionalidad, desde una autentica *constitucionalización del Derecho Internacional*. El modelo liberal filosóficamente simboliza la falta de unificación conceptual del estado y la constitución conllevando a que estos dos elementos empíricamente conectados, conceptualmente se mantengan independientes *uno del otro*.

Cuarto, la existencia material y efectiva de una *sociedad mundial* (organismos e instancias supranacionales, tanto en la Unión Europea como en Latinoamérica, regulados por tratados, acuerdos y convenios de las naciones) *que carecen de un gobierno mundial legítimamente construido* por la falta de participación política y democrática de los ciudadanos nacionales de los estados, en la construcción de las normas internacionales que los afectan, es factible de ser legitimada, bajo la implementación del *papel mediador e integrador social que el Derecho asume en las sociedades postliberales*, la reconstrucción discursiva que ello supone del derecho y la

democracia, donde la opinión pública se constituye en el actor principal de la acción política y la interpretación jurídica.

La visión anterior encuentra su fortaleza dentro de la óptica del Derecho como mediador social, dado que se tiende a problematizar en esta corriente *la relación entre el derecho y la moral en la perspectiva de fundamentación del estado constitucional*. Ambos proveen una solución para superar la tensión interna y externa entre hechos y normas, entre la dimensión coercitiva y la dimensión legitimatoria de la ley, entre la dimensión comunicativa y la dimensión sistémica de la integración social.

Este enfoque de razonamientos, ofrece la manera de cómo desde *el Estado, la Constitución, organismos supranacionales y el Derecho Internacional* es posible, implementar y desarrollar un esquema donde estos sistemas adquieran, estratégica y estructuralmente, una debida *organización e interacción*, para la funcionalidad y garantía global del derecho fundamental a la nacionalidad o ciudadanía.

Quinto, se hace también imprescindible identificar el prototipo del *marco constitucional supranacional* que puede permitir la realización del proceso anterior. Concluyendo la viabilidad del mismo mediante la implementación de *constituciones funcionales*, entendidas como el conjunto de reglas que, tomadas todas juntas como una unidad dinámica, establecen y regulan el auto-gobierno de una unidad política.

Finalmente, es conveniente plantear para todo el escenario propuesto, un *sistema hermenéutico* donde las Constituciones no sean únicamente concebidas como *textos escritos*, a efectos que no sea restringiendo la labor a los intérpretes constitucionales, si no que las interpretaciones de la cartas políticas en favor de esta categoría de derechos, se extiendan siempre a las intenciones y entendimientos originales a los autores de la constitución, es decir, un *método de elucidación* donde la constitución pueda ser interpretada sustantivamente, como un *documento vivo* que se desarrolla y adapta de acuerdo a las necesidades de la sociedad. Favoreciéndose, de manera sistemática y uniformemente, la estructura supranacional política y constitucionalmente admitida en este estudio, para garantizar el efectivo reconocimiento y protección de la nacionalidad y la ciudadanía como derecho fundamental.

FUENTES NORMATIVAS, DOCUMENTALES, JURISPRUDENCIALES Y BIBLIOGRAFICAS

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

1. Carta de las Naciones Unidas del 26 de junio de 1945. Disponible en <http://www.un.org/es>.
2. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950. Disponible en <https://www.echr.coe.in>.
3. Convención Sobre el Estatuto de los Apátridas y la Convención del 28 de septiembre de 1954. ACNUR. Disponible en <http://www.acnur.orr>.
4. Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del 25 de marzo de 1957. Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 325/33. Disponible en <https://www.boe.es>.
5. Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada del 29 de enero de 1957. Disponible en <https://www.humanium.org>.
6. Convención para Reducir los Casos de Apatridia del 30 de agosto de 1961. ACNUR. Disponible en <http://www.acnur.orr>.
7. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial del 21 de diciembre de 1965. Disponible en: <https://www.humanium.org>.
8. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político del 16 de diciembre de 1966. Disponible en <http://www.hchr.org.co>.
9. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Del 16 de diciembre de 1966 Disponible en: <https://www.ohchr.org>.
10. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) del 22 de noviembre de 1969. Disponible en <http://nwww.oas.org> .

11. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969. Disponible en <http://www.wipo.int>.
12. Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del niño. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José.) del 20 de julio de 1979. Disponible en: <https://www.ohchr.org>.
13. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer del 18 de diciembre de 1979. Disponible en: <https://www.humanium.org>.
14. Ley N° 18.596 de 18 de setiembre de 2009. Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay. Actuación ilegítima del estado entre el 13 de junio de 1968 y el 28 de febrero de 1985. Disponible en: <https://tbinternet.ohchr.org>.
15. Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña del 20 de noviembre de 1989. Disponible en: <https://www.humanium.org>.
16. La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares del 18 de diciembre de 1990. Disponible en: <https://www.ohchr.org>.
17. Protocolo de Ushuaia sobre compromiso democrático en el MERCOSUR del 24 de julio de 1998. Disponible en <https://www.google.com.co>.
18. Pacto sobre los Derechos del Niño en el Islam del 9 de julio de 1990. Disponible en: <https://www.ohchr.org>. Convenio Europeo sobre la Nacionalidad del 6 de noviembre de 1997. Disponible en: <https://www.ohchr.org>.
19. Protocolo de Ushuaia Sobre Compromiso Democrático en el Mercosur, la Republica de Bolivia y la Republica de Chile, 24 julio 1998. Disponible en <https://www.google.com.co>.
20. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad del 13 de diciembre de 2006. Disponible en: <https://www.ohchr.org>. Gobierno de la República de Colombia. Ley 1186 de 2008 Por medio de la cual se aprueba el “Memorando de Entendimiento entre los Gobiernos de los Estados del Grupo de Acción Financiera de Sudamérica contra el Lavado de Activos (Gafisud)”, firmado en Cartagena de Indias el 8 de diciembre de 2000. Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co>.

21. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 12 de diciembre de 2007. Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Disponible en <http://www.europarl.europa> .
22. Acuerdos de Alcance Parcial - Complementación Económica AAP.CE N° 59 del 18 de octubre de 2004. Acuerdo de complementación económica suscrito entre los gobiernos de la república argentina, de la república federativa del Brasil, de la república del Paraguay y de la república oriental del Uruguay, estados partes del MERCOSUR y los gobiernos de la república de Colombia, de la república del Ecuador y de la república bolivariana de Venezuela, países miembros de la comunidad andina. Disponible en <http://www.aladi.org>.
23. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009. Disponible en [http://www.corteidh.or](http://www.corteidh.or.cr). Constitución de la República Oriente del Uruguay del 18 de julio de 1830. Disponible en <http://www.rau.edu>.
24. Constitución Nacional de la República Argentina del primero (01) de mayo 1853. Disponible <http://pdba.georgetown.edu>.
25. Constitución de la República Federativa del Brasil del 5 de octubre de 1988. Disponible en <http://www.acnur.org>.
26. Constitución Política de Colombia del 4 de julio de 1991. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co>.
27. Constitución de la República Federativa del Brasil del 5 de octubre de 1988. Disponible en <http://www.acnur.org>.
28. Constitución de la República del Paraguay del 20 de junio de 1992. Disponible en <http://aceproject.org>.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

1. Corte Permanente de Justicia Internacional. "The Panevezys-Saldutiskis Railway Case" (Estonia c. Lituania), Sentencia del 28 de febrero de 1939, Serie A/B, N° 76, I.P.C.J Reports. Disponible en <https://www.dipublico.org>.
2. Sentencia N° 11/1983 de Tribunal Constitucional de España, Sala 2ª, 21 de febrero de 1983. Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es>.
3. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr>.
4. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85, "La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)", del 13 de noviembre de 1985, Serie A, n° 5. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr>.
5. Corte Interamericana de Derecho Humanos, 1994/12/09, - Opinión Consultiva 14/1994. , La Ley, 1999-C, 272. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr>.
6. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Fondo. Sentencia de 26 de enero de 2000. Serie C No. 64, párr. 42; Caso Rosendo Cantú y otra. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr>.
7. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr>.
8. Corte Interamericana de Derecho Humanos, caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela, de 5 de agosto de 2008, para. 78. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr>.
9. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de la Dos Erres Vs. Guatemala, sentencia de 24 de noviembre de 2009. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr>.

10. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Gelman vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr>.
11. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-474 del 30 de enero de 1992. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co.
12. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-276 del 22 de julio de 1993. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co.
13. Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-327 del 27 de julio de 1995. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co.
14. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-881 del 17 de octubre de 2002. Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es>.
15. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-251 del 11 de abril de 2002. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co.
16. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 de 2006. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co.
17. Sentencia del Tribunal Constitucional de España del 30 de marzo de 200 (BOE núm. 107, de 04 de maiatza de 2000). Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es>.
18. Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional, Expediente N° 08-1572 del 9 de diciembre de 2008. Disponible en <http://www.tsj.gov.ve>.
19. Tribunal de Justicia Europeo. Sentencia (Gran Sala) de 2 de marzo de 2010. Janko Rottman contra Freistaat Bayern. Número de asunto C-135/08. Disponible en <http://curia.europa.eu>.
20. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-913 de noviembre de 2010. Referencia: expediente D-8057. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co>.
21. Tribunal Constitucional de España. Sentencia 26/2014 del 13 de febrero de 2014. Tribunal Constitucional de España. Recurso de

amparo 6922-2008. Promovido por don Stefano Melloni Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.es>.

22. Tribunal de Justicia Europeo. Sentencia. (Gran Sala) de 14 de noviembre de 2017. Toufik Lounesy Secretary of State for the Home Department. En el asunto C 165/16. Disponible en <http://curia.europa.eu>.

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS, NORMATIVAS, DOCUMENTALES, JURISPRUDENCIALES Y OTROS

1. ARISMENDI ALFREDO. “Derecho Constitucional”. Tomo II. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Público, 2006.
2. ADRIÁN ARNAIZ ANTONIO JAVIER. “Nacionalidad versus ciudadanía en la unión europea”. Boletín de la facultad de derecho, núms. 10-11, 1996. Disponible en e-spacio.uned.e.
3. ALEXY ROBERT. “Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático”, trad. de A. García Figueroa, en Carbonell, Miguel (comp.), Neoconstitucionalismo(s), Trotta, Madrid, 2003.
4. ALEXY ROBERT. “Teoría de los derechos fundamentales”. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, 2ª edición, centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, España, 2007.
5. ALEXY ROBERT. “Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios”. Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No. 28, Colombia, 2003.
6. ALEX ROBERT. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”. Ciudad de México. Centro de estudios políticos y constitucionales. Editorial Fontamara, 2005.
7. ARLETTAZ FERNANDO. “La nacionalidad en el derecho internacional americano.” Artículo. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XV, 2015.

8. ALEXY ROBERT. “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, en: Derechos y Libertades, No 8, Madrid, 2000.
9. AMEZÚA AMEZÚA LUIS CARLOS “Los derechos fundamentales en la unión europea”. Revista de Derecho, Vol. XVI, julio 2004. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl>.
10. ATENCIO JORGE E. “Qué es la Geopolítica”. Ed. Pleamar. Buenos Aires, 1965.
11. AUBY JEAN-BERNARD (éd.). Le droit administratif européen, Bruxelles, Bruylant, 2009, segunda edición, « Collection Droit Administratif.
12. ALEXY, ROBERT. “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, en Revista Española de Derecho Constitucional, Núm. 91, enero-abril de 2011.
13. AGUIAR DE LUQUE, LUIS. “Los límites de los derechos fundamentales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Núm 14, enero-abril 1993.
14. ANSUÁTEGUI ROIG FRANCISCO JAVIER. “La relación entre los derechos fundamentales y el Estado de Derecho: dimensiones y consecuencias”. Anuario de filosofía del derecho. Núm 25, 2006. Disponible en <https://www.boe.es>.
15. ANDRÉ WEISS ESTANISLAO SEVERO ZEBALLOS. “Manual de derecho internacional privado”. Volumen 1 Paris: L. Larose & L. Tenin, 1911-1912.
16. ASOREY VIDARTE VERÓNICA. “El referente empírico Universo, Muestreo y unidades de observación.” Facultad de Periodismo y Comunicación Social de la Universidad Nacional de La Plata, 2011. Disponible en: <https://tallerdetif.files.wordpress.com>.
17. AUBY JEAN-BERNARD (éd.) Le droit administratif européen, Bruxelles, Bruylant, 2009, segunda edición, « Collection Droit Administratif.

18. BARRERO-BERARDINELLI JUAN ANTONIO. “El efecto de irradiación de los derechos fundamentales”, en el Lüth de 1958, 20 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 2012.
19. BAQUERO HERRERA, MAURICIO. “Globalización y Derecho Financiero: La Nueva Propuesta del Comité de Basilea relacionada con Estándares de Supervisión Bancaria”. Abril 2006. Disponible en: www.eumed.net.
- 20.
21. BILBAO UBILLOS JUAN MARÍA. “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. 1997. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – Boletín Oficial del Estado. Madrid.
22. BALADO RUIZ GALLEGOS, MANUEL. “En torno al concepto de Derecho Fundamental en la Constitución de 1978. AA.VV.” Obra Colectiva Introducción a los Derechos Fundamentales. Ministerio de Justicia. Madrid. 1988. Vol. 1.
23. BAUMAN, ZYGMUNT.” Modernity and Ambivalence, Cambridge: Polity Press, 1991.
24. BAUMAN, ZYGMUNT.” Life in Fragments. Essays in Postmodern Morality, Oxford: Blackwell, 1995.
25. BAUMAN, ZYGMUNT. “Thinking Sociologically” Cambridge: Blackwell, 1990.
26. BARBERIS JULIO. “Los sujetos del derecho internacional actual”. Ed. Tecnos, Madrid, 1984; ARMAS PFIRTER, Frida, BARBERIS, Julio, QUEROL, María; Sujetos del derecho de gentes (Cuadernos de Derecho Internacional I), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998.
27. BANDEIRA GALINDO GEORGE RODRIGO. Capítulo de libro “El valor de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos”. Manual de Protección Multinivel de los Derechos Humanos, 2014. Disponible en <https://www.upf.edu/dhes>.

28. BARRIOS GONZÁLEZ, BORIS. “Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, de la justicia de reglas a la justicia de principios” Universidad Autónoma DE Tlaxcala, México 2016.
29. BERNAL PULIDO, CARLOS. “La racionalidad de la ponderación”, en Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 77, mayo-agosto de 2006.
30. BERNAL PULIDO, CARLOS. “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
31. BRUBAKER, ROBERT “Ciudadanía y Nación en Francia y Alemania.” Cambridge MA. Harvard University Press, 1999.
32. BAUMAN ZYGMUNT y TESTER KEITH, “La ambivalencia de la modernidad”. Cambridge: Pensamiento y cultura, núm 7, 1991. Universidad de la Sabana, Cundimarca- Colombia, 2004. Disponible en: <https://www.redalyc.org>.
33. BENDIX REINHARD. “Estado nacional y ciudadanía”. Buenos Aires, Amorrortu, 1974.
34. BERÉNYI KATALIN “La apatridia y la crisis de refugiados en Europa.” Revista de migraciones forzadas. Núm. 53, octubre 2016. Disponible en <http://www.fmreview.org/es>.
35. BOUZAS ROBERTO. “Mecanismos para compensar los efectos de las asimetrías de la integración regional y la globalización. Lecciones para América Latina”. Documento preparado para el seminario “Global y Local: El Desafío del desarrollo regional en América Latina y el Caribe” 22 de marzo de 2003 Milán, Italia. Disponible en <http://www.sela.org>.
36. BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG. “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, Escritos sobre derechos fundamentales, trad. de J. Requejo e I. Villaverde, Nomos, Baden-Baden, 1993.

37. CARBONEL MIGUEL “” Derechos fundamentales y democracia”. Primera edición. Instituto Federal Electoral México, D. F. 2013.
38. CHÁVEZ GAMALIEL DEL REAL. “El inconsciente colectivo del mexicano y la política”. Revista perfiles. Disponible en revistaperfiles.org.
39. CARMONA INOCO JORGE. “La aplicación judicial de los tratados sobre derechos humanos” en: AA. VV., Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, México, 2002.
40. CAMPOS BIDART GERMAN “Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio prohomine” en: Germán Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez (Coordinadores), El Derecho Constitucional del Siglo XXI: Diagnostico y perspectivas.: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Argentina, 2000.
41. CAMPOS BIDART GERMAN. “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”. Tomo III Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995.
42. CHARRO BAENA, P y BENLLOCH SANZ, P: “Algunas consideraciones jurídicas sobre el Estado Social y el fenómeno migratorio” en AA.VV. *Políticas sociales y estado de bienestar en España: las migraciones. Informe 2002*. Fundación Hogar del Empleado, Madrid, ISBN: 84-95801-03-5, páginas 93-119, 2002
43. CHARRO BAENA, P., BENLLOCH SANZ, P. y RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS J.M.: “La cláusula del Estado social y los derechos sociales de los inmigrantes” en *Regulación legal de la extranjería e inmigración en España*. Francis Lefebvre, Madrid, ISBN: 84-8468-194-7, páginas 247-287. 2006
44. CHARRO BAENA, P., SILVA DE ROA A.L. y ESPINOZA ESCOBAR, J (Dirección): *Apuntes sobre el trabajo como derecho humano. Un estudio desde las dos orillas*. Dykinson, Madrid, ISBN: 978-84-9085-577-5, 274 páginas. 2015
45. CORAO CARLOS AYALA. “El derecho de los derechos humanos” en: *Lecturas constitucionales andinas*, N° 3, CAJ, Lima, 1994.
46. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana. Organización de los Estados Americanos.

OEA/Ser.L/V/II. Doc. 45/15 31 diciembre 2015 Original: español.
2015 disponible en : www.cidh.org.

47. CRUZ VILLALÓN PEDRO. “La identidad constitucional de los estados miembros: dos relatos europeos.” Boletín Oficial del Estado; Universidad Autónoma de Madrid, 2013.
48. COTLER IRWIN. Thinking Outside of the Box: Fundacional Principles for a Counter-Terrorism Law and Policy, 2001.
49. CORCUERA CABEZUT SANTIAGO. “Seguridad Pública y Derechos Humanos” en Bien Común y Gobierno, Publicación Mensual de la Fundación Rafael Preciado Hernández, México, Año 6, Número 65.
50. CELESTINO ARENAL. “Introducción a las Relaciones Internacionales”, Madrid, Editorial Tecnos, 1990.
51. CIENFUEGOS MATEO MANUEL. “La cuestión prejudicial comunitaria (artículo 267 del tratado de funcionamiento de la Unión Europea).” Vol. 14 No. 1 February 2014. Published with the support of the European Commission. Disponible en: aei.pitt.edu.
52. COMBLIN JOSÉ. “La doctrina de la seguridad nacional” REVISTA Vicaría de la Solidaridad “estudios 6”, La doctrina de la Seguridad nacional, Santiago, 1979.
53. CORASANITI, V. “Implementación de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un debate necesario”. Revista IIDH, vol. 49, 2009.
54. CANOSA USERA RAÚL “Integración europea y fórmula política de la Constitución”. Madrid, Universidad Complutense, 2003.
55. CARTA DE JAMAICA SIMÓN BOLÍVAR. Comisión Presidencial para la conmemoración del Bicentenario de la carta de Jamaica colección unidad nuestra americana. Primera edición, 2015. Disponible en albaciudad.org.
56. CLAES MÓNICA. “Constitucionalizando Europa desde su fuente. Las ‘cláusulas europeas’ en las constituciones nacionales: evolución y tipología”. En Constitución europea y constituciones nacionales, coordinado por Martha Cartabia, Bruno de Witte, Pablo Pérez e Itziar Gómez, 123-190. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

57. CASTELLS MANUEL.” La era de la Información: economía, sociedad y cultura”. Madrid, Alianza Universidad, 1998.
58. CAPPS PATRICK “El proyecto Kantiano en la teoría legal internacional moderna” publicado en: Fernando R. Tesón, A Philosophy of International Law, Westview Press, Boulder CO, 1998.
59. DÍAZ ELÍAS. “Curso de Filosofía del Derecho.” Barcelona - Madrid: Marcial. Pons, 1998.
60. DWORKIN RONALD. “Ética privada e igualitarismo político” (Traducción de Antoni Domènech). 1993. Ediciones Paidós – I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona.
61. DROMI SAN MARTINO, Laura, El derecho constitucional de la integración, Madrid, Marcial Pons, 2002.
62. DOBROWOLSKI SILVIO. “A constituição no mundo globalizado. Florianópolis”: Diploma Legal, 2000.
63. DRIVER, J. “It’s Alive. Can Elena Keagan save the legal left”, The New Republic, julio 8, 2010.
64. DALLANEGRA PEDRAZA LUIS “Teoría y metodología de la geopolítica. Hacia una geopolítica de la "construcción de poder" Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales, vol. LII, núm. 210, septiembre-diciembre, 2010, Universidad Nacional Autónoma de México. Distrito Federal, México.
65. DE LA TORRE TORRES ROSA MARÍA. “los retos del constitucionalismo contemporáneo ante los procesos de integración” Revista jurídica Universidad Latinoamericana, 2012. Disponible en <http://www.unla.mx> .
66. DURAN RIBERA WILLMAN RUPERTO. “La protección de los derechos fundamentales en la doctrina y la jurisprudencia constitucional” en Ius et Praxis v.8 n.2 Talca, 2002. Disponible en scielo.conicyt.cl.

67. DE VERGOTTINI, GIUSEPPE: “Diritto costituzionale comparato”. Padua: cedam, 2004.
68. DONNELLY JACK. “La relativa universalidad de los derechos humanos ”, trimestral de derechos humanos, vol. 29, núm. 2, 2007.
69. DEL CID JUAN MIGUEL “Blanqueo internacional de Capitales”. Deusto S.A. Ediciones. Barcelona – España, 2007.
70. ESSE KONRAD. “Derecho Constitucional y Derecho Privado”. 1995. Editorial Civiltas – Madrid.
71. E. HERRENDORF DANIEL, BIDART CAMPOS. GERMÁN Y JOSÉ “Principios de derechos humanos y garantías” Ediar, 1991.
72. EDWARD A. KOLODZIEJ, “Renaissance in Security Studies? Caveat Lector!”. En: International Studies Quarterly, vol.36, No.4, 1992.
73. ESCOBAR ROCA GUILLERMO. “Elementos de teoría de los derechos fundamentales de la unión europea”. Revista catalana de dret públic, núm. 37, 2008. Disponible en revistes.eapc.gencat.cat.
74. FABRA ZAMORA JORGE LUIS. “Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones fundamentales.” Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones jurídicas. Serie versiones de autor. 2015, núm.4. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam>.
75. FABRA ZAMORA JORGE LUIS y SPECTOR EZEQUIEL “Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho”. Universidad Nacional Autónoma de México Volumen 3, 2015. disponible en: biblio.juridicas.unam.
76. FLAUSS J.F. (dir.). La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales: actes de la journée d'études du 30 mars 2001 organisée à la mémoire de Georges Perrin, Brussels, Nemesis-Bruylant, 2003.
77. FERRAJOLI LUIGI. “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”. Editorial Trotta, Madrid, 1995.

78. FERRAJOLI LUIGI. "El pasado y futuro del Estado de Derecho" Revista Internacional de Filosofía Política. Núm. 17: 31-45. Universidad Autónoma Metropolitana: Departamento de Filosofía. España 2001.
79. FERRAJOLI LUIGI "Derechos y garantías. La ley del más débil". Madrid, Trotta, 1999 -2004.
80. FERRAJOLI LUIGI. "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista". DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 34. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2014. Disponible en: www.cervantesvirtual.com.
81. FERRAJOLI LUIGI. "Más allá de la soberanía y de la ciudadanía: Un constitucionalismo global". En Isonomía, 9, México, 1998.
82. FLOREAL GONZÁLEZ FLAVIO SOTO ALFREDO. "Manual de Derecho de la Integración". Editorial La Ley, 1era. Edición, Buenos Aires, 2008.
83. FERNÁNDEZ ROSAS, J.C. "Los modelos de integración en América Latina y el Caribe y el Derecho Internacional Privado". Iberoamérica ante los procesos de integración. Actas de las VIII jornadas de profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid 2000.
84. GARCÍA ALONSO R. "Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea". Ceura, Madrid, 1994.
85. GARCÍA TORRES JESÚS y JIMÉNEZ-BLANCO ANTONIO. "Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional". 1986. Editorial Civitas. Madrid.
86. GALLÓN GIRALDO GUSTAVO." La República de las Armas", Bogotá: CINEP, núms. 109-110, 1983.
87. GARCÍA-PELAYO MANUEL. "Derecho constitucional comparado". Madrid: Alianza, 2000.

88. GAVIRIA LIÉVANO ENRIQUE. "Derecho internacional público". 6ª ed., Temis, Bogotá- Colombia, 2005.
89. GIRALDO ÁNGEL JAIME. "Obras completas Jaime Giraldo Ángel". Ibagué: Universidad de Ibagué- Colombia, 2012.
90. GALETTA DIANA URANIA, « Le principe de proportionnalité », en Traité de droit administratif européen, segunda edición, bajo la dirección de Jean-Bernard AUBY y otros. Colección « Droit Administratif », Bruylant, 2014.
91. GRAEGER NINA. "Environmental Security?" en: Journal of Peace Research, vol. 33. Núm. 1, 1996. Disponible en <https://journals.sagepub.com>.
92. GONZÁLEZ RIVAS JUAN JOSÉ. "Extradición y euroorden como formas de cooperación internacional. doctrina constitucional". Reunión trilateral de Tribunales Constitucionales. Lisboa 2012. Ponencia española. Disponible en www.tribunalconstitucional.es.
93. GÓMEZ ROBLEDO ALONSO. "Derecho Internacional y Nueva Ley de Nacionalidad Mexicana". Boletín Mexicano de Derecho Comparado, UNAM, Núm. 80, México, 1994.
94. GONZÁLEZ BEILFUSS MARKUS. "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional." Thomson-Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003.
95. GARCÍA GARCÍA LUISA MARÍA. "La Comunidad Andina y el Mercado Común del Sur: Hacia el Mercado Regional sudamericano". INCIPE, 2005.
96. GIL ARAUJO SANDRA. "Las argucias de la integración: Construcción nacional y gobierno de lo social a través de las políticas de integración de inmigrantes. Los casos de Cataluña y Madrid". Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid, 2006.
97. GARCÍA JARAMILLO LEONARDO. "Reseña de "Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho: Legitimidad, validez y eficacia en el pensamiento contemporáneo." de OSCAR MEJÍA QUINTANA Jurídicas, vol. 2, núm. 2, julio-diciembre, 2005.

Universidad de Caldas Manizales, Colombia. Disponible en www.redalyc.org.

98. HERNÁNDEZ MIGUEL ÁNGEL “La modernización social y el mundo moderno”, en: Gutiérrez, Carlos (ed.), La investigación en Colombia, en las artes, las humanidades y las ciencias sociales, Misión de Ciencia y Tecnología. Uniandes Bogotá- Colombia, 1991.
99. HABERMAS JÜRGEN. “Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso”. [1992], 5a. ed., trad. M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 2008.
100. HABERMAS JÜRGEN. “¿Es posible una constitución política para la sociedad mundial pluralista?”. Universidad de Fráncfort (Alemania). Núm. 39, 2005. Derecho y justicia en una sociedad global. Disponible en: revistaseug.ugr.es/index.
101. HESSE KONRAD, “Significado de los derechos fundamentales”, Benda, Ernst et al., Manual de derecho constitucional, trad. de A. López Pina, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2001.
102. HOYOS DE LOS RÍOS OLGA LUCÍA, “La identidad nacional: algunas consideraciones de los aspectos implicados en su construcción psicológica”. Psicología desde el Caribe, Núm. 5, enero-julio. Universidad del Norte Barranquilla- Colombia, 2000.
103. HÄBERLE PETER. “El Estado Constitucional”. Universidad Autónoma de México, 2001.
104. HÄBERLE PETER. “Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania”, trad. de L. Parejo, en Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Núm. 1, 1993.
105. HÄBERLE PETER. “Verdad y Estado constitucional, trad. de Guillermo Mañón Garibay”. México, UNAM, 2006.
106. HÄBERLE PETER. “La libertad fundamental en el Estado Constitucional”. Comares. España. Granada y Andalucía, 2016.

107. HÁBERLE PETER. "Métodos y principios de interpretación constitucional. un catálogo de problemas." la Revue européen de droit public, Vol. 12, núm. 3, 2000.
108. HESSE KONRAD. "Escritos de Derecho Constitucional". Traducción de Pedro Cruz Villalón. 2da. Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
109. HAAS ERNST. The Uniting of Europe; Political, Social, and Economic Forces, 1950-1957. Stanford: Stanford University Press 1958.
110. HAFTENDORN HELGA "The Security Puzzle Theory-Building and Discipline Building in International Security", en: International Studies Quartely, No. 35, 1991.
111. HALL, S. "The European Convention on Nationality and the Right to Have Rights". E.L.R., vol. 24, 1999.
112. HERRERA JUAN CAMILO. "Las cláusulas de integración en las constituciones de Suramérica: 200 años después de la Carta de Jamaica." Universitat Pompeu Fabra Barcelona (España) 2015. Disponible en <http://www.scielo.org.co>.
113. IGNATIEFF MICHAEL. "Los derechos humanos como política e idolatría, Barcelona, Paidós, 2003.
114. ILIVITSKY MATÍAS ESTEBAN. "Habermas y la constelación posnacional". Estudios internacionales: Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, Núm. 170, 2011. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es>
115. JELLINEK, GEORG. "Sistema dei dirriti publici subbietivi". Soc. Editrice Libreria. Milan, 1919.
116. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA. "El Derecho internacional contemporáneo". Ed. Tecnos, Madrid, 1980.
117. JIMÉNEZ CANO ROBERTO M. "La interpretación de las cláusulas morales del derecho". AA VV, interpretación jurídica. Modelos históricos y realidades. UNAM, México 2011.

118. JANA LINETZKY ANDRÉS, en “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, en Derechos Fundamentales, SELA 2001.
119. KELSEN HANS. “Teoría pura del derecho”. Editorial EUDEBA. 1960.
120. KELSEN HANS. “Teoría general del derecho y del estado”. 3 ed. Ciudad de México: UNAM, 1969.
121. KRUGMAN PAUL. “De vuelta a la economía de la gran depresión.” Planeta. México, 1999.
122. LÓPEZ GARRIDO DIEGO. “El Estado de la Unión Europea. Europa ante la globalización”. Fundación Alternativas y Friedrich-Ebert-Stiftung. Traducción: Elena Martín y Servilingua 88 S. L. Madrid, 2017.
123. LINDE PANIAGUA ENRIQUE Y MELLADO PRADO, PILAR. “El sistema político de la Unión Europea.” Madrid, Editorial Pirámide, 1999.
124. LAFON CRISTINA. “Justicia global en una sociedad mundial pluralista.” Isonimia. Núm. 31, 2009. Disponible en <http://www.isonomia.itam>.
125. LAFONT CRISTINA. “¿es coherente el ideal de la democracia deliberativa?” La democracia deliberativa a debate. Cuadernos de Investigación. Colección bibliográfica. Universidad EAFIT, Medellín-Colombia, 2011. Disponible en docplayer.es.
126. LEVÍN SILVIA “Los desafíos de la ciudadanía en las sociedades contemporánea”. Revista Sociedad Argentina de Análisis Político SAAP Vol. 2. Núm. 1, diciembre. Argentina, 2004. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es>.
127. LOPEZ SALAS ANA MARÍA. “Inmigrantes y Estados: la respuesta política ante la cuestión migratoria”. Universidad Complutense de Madrid. Anthropos. Barcelona, 2005. Disponible en <http://www.scielo.org.mx>.
128. LATORRE SEGURA, ÁNGEL. “Introducción al Derecho”. I.G. Seix y Barral Hnos., S.A. Séptima edición. España, 1976.

129. LÓPEZ MEDINA DIEGO EDUARDO. "El derecho de los jueces." 3a. reimp., Bogotá, Legis-Uniandes, Facultad de Derecho, 2002.
130. LOPEZ SANCHEZ ROSARIO. "El Principio De Nacionalidad En John Stuart Mill: Propuestas Para Un Estudio Desde La Historia Contextual" Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas. Vol 18, Núm. 1-2. Santiago de Compostela, 2011. Disponible en <http://www.usc.es>.
131. MARAVALL JOSE ANTONIO. "Estado moderno y mentalidad social". 2ª ed. Madrid. Alianza, 1986.
132. MEJÍA QUINTANA OSCAR. "Teoría política, democracia radical y filosofía del Derecho, legitimada, validez y eficacia en el pensamiento del contemporáneo". Editorial Temis S.A. Bogotá- Colombia 2005.
133. MEJÍA QUINTANA OSCAR "Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho." Humanitas. Núm.33. Nuevo León: Centro de Estudios Humanísticos (Universidad Autónoma de Nuevo León). México, 2006.
134. MEJÍA QUINTANA OSCAR. "en La Teoría del Derecho y la Democracia en Jürgen Habermas: En torno a Faktizität und Geltung". Ideas y valores Núm. 103. Bogotá- Colombia, 1997. Disponible en <http://bdigital.unal.edu.co>.
135. MARTINEZ DALMAU RUBEN. "Problemas actuales sobre la interpretación constitucional de los derechos". Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla .México. Núm. 37, año X, enero-junio de 2016.
136. MORA SIFUENTES FRANCISCO M. "Ideas de libertad y modelos de derechos fundamentales. una aproximación." Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional Núm. 28, enero-junio 2013.
137. MONROY CABRA GERARDO. "El Derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional". Anuario Colombiano de Derecho Internacional. Núm.1. Bogotá, 2008. Disponible en <https://docplayer.es>.

138. MARROQUIN GRILLO GERMAN. “La Doctrina de la Seguridad Nacional”, en Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminología, Vol. X. Núm.36, Septiembre-Diciembre Bogotá. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Colombia, 1998.
139. METHOL FERRÉ ALBERTO.+ “Sobre la actual ideología de la seguridad nacional”, En: Revista Vicaría de la Solidaridad, “estudios 6” La doctrina de la Seguridad nacional, Santiago, 1979.
140. MORESO JOSE JUAN. “Antígona como defeater. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli”. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Departamento de filosofía del derecho universidad de alicante. Núm.34.Madrid, 2011. Disponible en <https://rua.ua.es>.
141. MORANDÉ FELIPE LAVÍN. “A casi tres décadas del Consenso de Washington ¿Cuál es su legado en América Latina? Estudios Internacionales. Vol 48. Septiembre-diciembre. Núm.185. Instituto de Estudios Internacionales. Universidad de Chile. Chile, 2016. Disponible en <https://revistaei.uchile>.
142. MARCIÓ CRUZ PAULO. “Soberanía y transnacionalidad: antagonismos y consecuencias”. Jurid. Manizales -Colombia, 7(1): 13 - 36, enero-junio 2010.Disponible en <http://juridicas.ucaldas.edu.co>.
143. MACCORMICK NEIL. “Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth. Oxford: Oxford University Press. 1999.
144. MACCORMICK NEIL.” Institutions of Law. An Essay in Legal Theory”. Oxford, Oxford University Press, 2007.
145. NIÑO SANTIAGO CARLOS “Fundamentos del derecho constitucional”. Análisis filosófico, jurídico y politólogo de la práctica constitucional. Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Buenos Aires, 1992.
146. NOGUEIRA ALCALA HUMBERTO “Teoría y dogmática de los derechos fundamentales” Universidad Nacional Autónoma de México, primera edición, 2003.

147. NOGUEIRA ALCALÁ HUMBERTO. “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”. *Ius et Praxis* (on line), vol. 9. Núm.1, México, 2003.
148. NASH ROJAS CLAUDIO. “La protección internacional de los derechos humanos”. Seminario internacional sobre el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y su repercusión en los órdenes jurídicos nacionales, México DF, Suprema Corte de Justicia, 2006.
149. OSSORIO MANUEL. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Buenos Aires: Editorial Heliasta. 2006.
150. ORDÓÑEZ SOLÍS DAVID. “Comentario de Jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. Cuadernos Europeos de Deusto Núm. 46/ Bilbao, 2012.
151. ORREGO VICUÑA FRANCISCO. “La protección de los derechos del individuo en el derecho internacional: ¿Es la selectividad compatible con la universalidad? “. ACIDI. Vol 2. Bogotá, 2009.
152. OTERO PARGA MILAGRO. “La nacionalidad como derecho fundamental”. Ministerio de Justicia. Boletín Oficial del Estado, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, 2002.
153. OROZCO GABRIEL “El concepto de la seguridad en la Teoría de las Relaciones Internacionales” Revista CIDOB d’Afers Internacionals, núm. 72, 2004. Disponible <http://www.raco.cat/index.php>.
154. ORDÓÑEZ SOLÍS DAVID. “Comentario de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. Revista Europea de Derechos Fundamentales. Cuadernos Europeos de Deusto. Segundo semestre. Núm.49. Bilbao- España, 2013. Disponible en <http://www.deusto-publicaciones.es>.
155. ORTEGA VELÁZQUEZ ELISA “Naturaleza jurídica de la protección diplomática a la luz del desarrollo progresivo del derecho internacional: ¿derecho del Estado o de la persona humana?”. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas. Anuario Mexicano de Derecho Internacional Volumen 16. México, 2016. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com>.

156. ORTEGA FRANCISCO MEISEL ROCA ADOLFO,- IBÁÑEZ NÁJAR, JORGE ENRIQUE LÓPEZ, ALEJANDRO, GÓMEZ RESTREPO, HERNANDO JOSÉ LOMBO VANEGAS. “El Banco de la República: antecedentes, evolución y estructura”. Compilado por Adolfo Meciel Roca. Editorial del Banco de la Republica en Colombia en 1990. Disponible digitalmente en <http://www.banrepcultural.org>
157. ORELLANA RAMÍREZ LORENA. “Internacionalización de la banca”. Analista III, Sección de Economía Aplicada, Departamento de Investigaciones Económicas, Banco de Guatemala, 2000. Disponible en: <http://www.banguat.gob.gt>.
158. PRIETO SANCHIS LUIS. “Neo constitucionalismo y Ponderación Judicial”. Edición Miguel Carbonell, Madrid, 2005.
159. PRIETO SANCHIS LUIS. “Consecuencias de la constitucionalización de los derechos”, Estudios sobre derechos fundamentales, Madrid, Debate, 1990.
160. PRIETO SANCHÍS LUIS. “Estudios Sobre Derechos Fundamentales.” Editorial Debate. Madrid, 1990.
161. PÉREZ ROYO JAVIER., "En la muerte de Diana de Gales: una reflexión constitucional", artículo publicado en diario El País, el 11 de septiembre de 1997. Disponible en <https://elpais.com>.
162. PECES BARBA GREGORIO. “Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General”. Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1995.
163. PINTO MÓNICA. “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos” en: Martín Abregú y Christian Curtis (Compiladores), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
164. PARDO RODRIGO Y TOKATLIAN JUAN GABRIEL. “Política exterior colombiana. ¿De la subordinación a la autonomía?” Bogotá: Tercer Mundo Editores-Ediciones Uniandes, 1989.

165. PERÉZ VEJO TOMAS. “Nación, identidad nacional y otros mitos nacionalistas”. Ediciones Nobel, 1999. Disponible en <https://es.scribd.com>.
166. PEREZ TREMPAS PABLO. “Constitución Española y Comunidad Europea”. Revista Española de Derecho Constitucional Año 24. Núm. 71. Mayo-Agosto. Madrid, 2004.
167. PEREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. “Los derechos fundamentales”. Los derechos fundamentales, Madrid, Tecnos, 2004.
168. PÉREZ VILLALOBOS MARÍA CONCEPCIÓN. “Derechos Humanos, Igualdad y Sistemas de Protección”. Granada, Editorial Técnica AVICAM, 2014.
169. RUIZ MIGUEL CARLOS. “Estudios sobre la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.” Universidad de Santiago de Compostela, 2004.
170. RUBIO LLORENTE FRANCISCO. “La forma del Poder.” Revista Española de Derecho Constitucional. Año 14. Núm. 41. Mayo-Agosto. Madrid, 1994.
171. RAZ JOSEPH. “Autonomía, tolerancia y el principio del daño”. Revista Estudios Públicos. Núm. 76. Chile, 1999. Disponible en <https://www.cepchile>.
172. RIPOLL ALEJANDRA. “La cooperación internacional: alternativa interestatal en el siglo XXI” Revista de relaciones internacionales. Vol. 2. Núm. 1. Universidad Militar Nueva Granada. Colombia, 2007. Disponible en <https://revistas.unimilitar.edu.co>.
173. REMIRO, ANTONIO. “Derecho Internacional”, Ed McGraw-Hill. España. 1997.
174. ROSSI & FILIPPINI. “El derecho Internacional en la justificabilidad de los Derechos Sociales en Latinoamérica.” 2008, disponible en <http://www.palermo.edu/derecho>.
175. RABKIN, JEREMY, “Grotius, Vattel and Locke: an older view of liberalism and nationality”, “The Review of Politics”, Cambridge

University Press for the University of Notre Dame du lac, Vol. 59, No. 2, Cambridge, Spring, 1997.

176. RODRÍGUEZ PINEAU ELENA. "Identidad y nacionalidad". Universidad Autónoma de México. Departamento de Derecho Privado, Social y Económico. Núm.17. Editor: Boletín Oficial del Estado. México, 2013.
177. RAINER ARNOLD JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ ESTAY FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA. "El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional". Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Año 10. Núm.1. Chile, 2012. Disponible en <https://scielo.conicyt.c>.
178. RODRÍGUEZ GUERRA JUAN JOSÉ." Supranacionalidad en el Constitucionalismo del Mercosur". Cuadernos Universidad Nacional de Educación a Distancia UNED. Vol 15. Núm. 28. Brasil, 2016. Disponible en <http://www.revistas.usp>.
179. RUBIO LLORENTE FRANCISCO. "El constitucionalismo contemporáneo". Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 105, septiembre-diciembre. Madrid, 2015. Disponible en <https://recyt.fecyt.es>.
180. ROUSSEAU CHARLES. "Derecho Internacional Público". 3ra ed. Barcelona: Ariel, 1966. Edición aumentada y corregida por Fernando Giménez A.
181. RHENALS TURRIAGO JOHN ERIC "La autonomía contractual de las entidades financieras como medio para justificar el estado de indefensión del sistema económico colombiano frente a la injerencia de políticas extranjeras". Revista Cultural. Universidad Libre año 9 julio de 2010. – sede Cartagena- Colombia. Disponible en <https://revistas.unilibre.edu.co>.
182. RHENALS TURRIAGO, JOHN ERIC "El Estado Social de Derecho en Colombia frente a los derechos fundamentales de los usuarios financieros" Advocatus Núm. 18. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Libre Seccional Barranquilla, 2012. Disponible en : <http://www.unilibrebaq.edu.co>.
183. RHENALS TURRIAGO, JOHN ERIC. "Armonización del derecho financiero Latinoamericano, en virtud de los Controles internacionales vinculantes." Capítulo del libro "La unificación del

- derecho privado en Europa y América Latina: un estudio conjunto de problemas, desafíos y proyecciones”. UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA Studi Tematici di Diritto e Processo a cura di Antonio. a cura di John Alberto Tito-Añamuro. Palazzo. Roma- Perugia- México, julio de 2017. Disponible en <https://www.researchgate.net>.
184. RIBEIRO LEÃO RENATO ZERBINI. "Los rumores del derecho internacional de los derechos humanos". Ensayos en Homenaje al Profesor Antônio Augusto Cançado Trindade, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre. Brasil, 2005.
185. SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO "La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional" Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Anticipo de anales. Segunda época. Núm. 16. Buenos Aires, 1998.
186. SMITH ANTHONY D. "Tres conceptos de nación" en Revista de Occidente. Núm. 161, 1994. disponible en <https://dialnet.unirioja.es>.
187. SMITH ANTHONY D. National Identity. Traducción, al español de A. Despujol Ruiz-Jiménez. La identidad nacional. Madrid, Trama, 1997
188. SURATTEAU JEAN-RENÉ. "La idea nacional. De la opresión a la liberación de los pueblos". Traducción al español de Roberto Mesa. Madrid, Edicusa, 1975.
189. SPIRO PETER. J. At Home in Two Countries: The Past and Future of Dual Citizenship (Citizenship and Migration in the Americas). New York University Press. New York, 2016.
190. SANTOS VILLARREAL GABRIEL MARIO Y AVILA LOYA PATRICIA. Seguridad nacional: un concepto ampliado y complejo. Centro de Documentación, Información y Análisis Dirección de Servicios de Investigación y Análisis Subdirección de Política Exterior. México, D.F., julio 2009.
191. SANTIAGO ALFONSO. "Relaciones entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho." La Gaceta Jurídica. Capítulo uno del libro "En las fronteras entre el Derecho constitucional y la filosofía del Derecho." Consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales. 2013.

192. SILVA-HERZOG MÁRQUEZ JESÚS. “Carl Schmitt. jurisprudencia para la ilegalidad”. Revista de Derecho Vol. 14, julio 2003. Universidad Austral de Chile. Vol.14. Revista de Derecho. Chile, 2003.
193. SCHILLINGS PAULO, “Militares y militarismo en Brasil: mitos y realidades”. Revista Víspera. Núm.11, julio de 1969.Montevideo, 1969.
194. SANSÓ-RUBERT PASCUAL, DANIEL, “¿Es la inteligencia la respuesta a los nuevos riesgos y amenazas?”. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, Universidad de Valencia, 2007.
195. SCHMITT CARL. “Teoría de la Constitución.” trad. de F. Ayala, Alianza Editorial., Madrid, 1983.
196. SAPIR ANDRÉ. en “European Integration at the Crossroads: A Review Essay on the 50th Anniversary of Bela Balassa’s Theory of Economic Integration”. Vol. 49. Núm. 4. Journal of Economic Literature, diciembre de 2011. Disponible <https://www.iberlibro.com>.
197. SCHNEIDER HANS PETER, "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado democrático", Revista de Derecho Político, Madrid, CEC. Núm. 7, 1979. Disponible <https://dialnet.unirioja.es>.
198. TAYLOR, S. J. Y R. BOGDAN “. Introducción a los métodos cualitativos de investigación. La búsqueda de significados”. 3 edi. Barcelona, Paidós, 1998. Disponible en <https://asodea.files.wordpress.com>.
199. TRINIDAD NÚÑEZ, P.: “HACIA LA EXIGIBILIDAD INTERNACIONAL DE LAS OBLIGACIONES CONTRAÍDAS POR LOS ESTADOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES: EL CASO DE COLOMBIA”, Revista Electrónica de Estudios Iberoamericanos, Volumen 6 - Número 1 (Enero-Junio 2012) (ISSN 19880618)

200. TRINIDAD NÚÑEZ, P.: "EL PROCESO DE LAS RELACIONES EN EL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL ENTRE COLOMBIA Y ESPAÑA COMO DOS ESTADOS SOBERANOS: UNA MIRADA DESDE ESPAÑA, Revista Electrónica Iberoamericana, Vol. 4, núm. 1, enero-junio 2010, pp. 116-143. (ISSN 19880618)
201. ULRICH BECK. ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización, Paidós, 2001.
202. VARELA QUIRÓS, LUIS ALBERTO. "La protección diplomática y la nacionalidad de las personas". Revista Costarricense de Derecho Internacional. I Edición, enero 2014. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr>.
203. VAN KLAVEREN ALBERTO "Democratización y Política Exterior: el acercamiento entre Argentina y Brasil". Revista CIDOB d'Afers Internacionals. Núm. 18. Barcelona, 1990. Disponible <https://www.raco.cat>.
204. VOGEL KLAUS "Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit". Tubinga: Mohr Siebeck, 1964.
205. VILAJOSANA JOSEP M. "La construcción social de la realidad jurídica". Prisma social. N° 4 revista de ciencias sociales, 2010. Disponible en <http://www.isdfundacion.org>.
206. WEBER MAX. "Economía y Sociedad Colombia." Esbozo de una sociología comprensiva. Edición preparada por J OHANNES WINCKELMANN. Fondo de Cultura Económica. México- Brasil- Chile- Colombia, 2002. Disponible <https://zoonpolitikonmx>.
207. WITKER VELASQUEZ JORGE A. "La investigación jurídica". Revista de Derecho Privado. Edición especial. Universidad Autonoma de México 2009. Disponible en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx>.
208. YACUZZI ENRIQUE. "Estudio de caso como metodología de investigación". Universidad del CEMA, junio de 2005. Disponible en : <https://ucema.edu.ar>.

209. ZAGREBELSKY GUSTAVO. “El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia”. Trotta, Madrid, 1995.
210. ZÚÑIGA AÑAZCO YANIRA. “ciudadanía y género. representaciones y conceptualizaciones en el pensamiento moderno y contemporáneo.” Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios. Año 17. Núm. 2. Medellín- Colombia, 2010. Disponible en:<https://scielo.conicyt.cl>.