

El Estado de derecho constitucional y su transición al Estado de derecho convencional

Rodolfo L. Vigo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS RASGOS DEL ESTADO DE DERECHO CONVENCIONAL-HUMANITARIO. III. PROYECCIONES DESCRIPTIVAS.

I. INTRODUCCIÓN

El tema enunciado, si bien está en términos positivos, en realidad es una pregunta la que nos formulamos. La inquietud nace cuando nos preguntamos, si en la actualidad estamos viviendo esa transición, del Estado de derecho constitucional al Estado de derecho convencional. De manera muy relevante el acontecimiento histórico que marca el inicio de esa transición, sin duda es a partir de la Segunda Guerra mundial o más simbólicamente a partir de los juicios de Núremberg, como bien lo ha referido Perelman⁸⁴³. Por otra parte, si en la actualidad aparecen rasgos de un nuevo modelo o paradigma de Estado de derecho, así como del perfil del jurista, que podríamos acordar en denominarlo como el Estado de derecho convencional-humanitario.

Por lo cual, vamos a formular tesis provisorias, si bien es cierto algunas son novedosas, pero muchas de ellas las podemos encuadrar en el marco del actual Estado de derecho constitucional y su camino de transición hacia la modificación o el abandono de muchas tesis del Estado de derecho legal⁸⁴⁴. En suma, la transición del Estado de derecho legal hacia el Estado de derecho constitucional no constituye una etapa concluida, por lo cual apreciamos con mesura la transición

⁸⁴³ PERELMAN, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. Luis Díez-Picazo, 1ª reimp., Civitas, Madrid, 1988, p. 93 y ss.

⁸⁴⁴ La proyección de la transición del Estado de derecho legal, al Estado de derecho constitucional ya había quedado contrastada en un trabajo anterior Véase VIGO, Rodolfo L., "Del Estado de Derecho legal al Estado de Derecho Constitucional", en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, Tirant lo Blanch, México, 2013, pp. 583-614.

hacia el Estado de derecho convencional-humanitario como también lo podemos denominar.

Sin embargo, lo que es cierto, es que se advierten dichos rasgos, de constituir diversas variables que representen cambios de carácter cuantitativos, pueden derivar en que dichos cambios de constituyan desde una variable cualitativa. Por lo cual conviene precisar que la pretensión del presente estudio, es más descriptiva que valorativa, sin pronunciarnos a favor o en contra de la misma, dado que lo primero que corresponde es reconocer los rasgos de dicha realidad y posteriormente valorarla. Considerando la posibilidad que en algún momento nos inclinemos respecto de determinada postura, formulando así juicios de valor por las inquietudes espontáneas que necesariamente acompañan a los juristas en sus apreciaciones en función de una filosofía del derecho a la que nos adscribimos.

En ese contexto, vamos a señalar quince características de este Estado de derecho convencional-humanitario, que como hemos referido, algunos de estos rasgos son novedosos y otros simplemente, son la acentuación del modelo de Estado constitucional, que en Europa se han ido configurando a lo largo de las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial. También corresponde agregar, que mucho de estos rasgos, en buena medida, resultan más visibles en nuestra realidad latinoamericana, con la intención de señalar de manera patente esa evolución en nuestras circunstancias específicas. Por ende, vale esta precisión que para el presente estudio y nuestros propósitos específicos, tendrá una gran relevancia.

II. LOS RASGOS DEL ESTADO DE DERECHO CONVENCIONAL-HUMANITARIO

1. *Ruptura de la identificación entre derecho y ley: Constitución y tratados internacionales de derechos humanos*

El Estado de derecho constitucional supuso la ruptura de la sinonimia entre derecho y ley; por ende el reconocimiento consiguiente a la Constitución como fuente del derecho, más aún, como el derecho más alto dentro de las fuentes del derecho. Para decirlo en terminología del derecho anglosajón norteamericano, se reconoce a la Constitución es el *higer law* de los distintos sistemas jurídicos⁸⁴⁵.

⁸⁴⁵ VIGO, Rodolfo L. *De la ley al derecho*, 3ª ed., Porrúa, México, 2012, pp. 9; VIGO, Rodolfo L., "Del Estado de Derecho legal al Estado de Derecho Constitucional", en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., pp. 587.

Sin embargo, lo que advertimos ahora, es que esta Constitución, aparece impugnada, contrastada, referenciada a los mismos tratados de derechos humanos. Más allá del avance que ha habido por vía jurisprudencial o por reforma constitucional, en muchas de las constituciones del continente americano se ha dado un trato diferenciado a la jerarquía de los tratados de derechos humanos. Por un lado, algunos países han hecho un reconocimiento "mínimo" de los tratados de derechos humanos, y por ende los reconocen en el mismo nivel de la Constitución; por otra parte existen países que han cuestionado fuertemente este lugar "topográfico" de la Constitución, y por el contrario, reconociendo a los tratados de derechos humanos, un nivel superior a la Constitución.

Como se ha dicho, de algún modo esto impacta en el reconocimiento de aquella primera norma o norma fundamental que es la Constitución, que a su vez regula a las demás normas, y en lo particular a todas las respectivas fuentes del derecho. Cuando decimos que los tratados de derechos humanos, por sobre la Constitución, por supuesto que allí va anexo también esa jurisprudencia que va acompañando —por parte de los órganos competentes— a los mismos tratados, aquella jurisprudencia constitucional.

Por lo anterior, lo que queremos resaltar en este aspecto, es ese rasgo en el que quedan posicionados los tratados de derechos humanos en la misma Constitución; sin soslayar que existen fuertes interrogantes y propuestas adversas, para reconocerle un lugar superior a la misma Constitución.

2. *Los tribunales constitucionales y las cortes supranacionales: la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

El nacimiento de los tribunales encargados de velar por la supremacía de la Constitución, resulta de gran relevancia para apreciar la evolución del Estado de derecho constitucional. Estos tribunales constitucionales nacionales, sin duda cumplían ese papel de los poderes constituidos, que tienen la última palabra en nombre del poder constituyente.

Sin embargo como podemos advertir fácilmente, ya no está encomendada a las respectivas supremas cortes nacionales; por el contrario, en nuestro continente las causas relevantes tienen la potencialidad de que sean resueltas, finalmente decididas, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De manera tal de que frente aquella experiencia del Estado de derecho constitucional, que puso en cabeza de las respectivas cortes nacionales el control de constitucionalidad, ahora aparecen estos tribunales internacionales de derechos humanos, supranacionales, con una integración muy peculiar. Sin duda sabemos que normalmente son juzgados casos nacionales, por jueces que no tiene la misma nacionalidad de las partes del caso que va a ser juzgado.

En definitiva, esos tribunales supranacionales, tienen la última palabra y juzgan a todo el derecho nacional, desde el derecho humanitario internacional, del *ius cogens* o del *ius gentium*. Estos tribunales son los poderes constituidos para que prevalezca este derecho internacional de los derechos humanos⁸⁴⁶.

3. *La Constitución operativa y la denuncia de antinomias y lagunas: la labor de los jueces y juristas en el sistema interamericano de derechos humanos*

En el Estado de derecho constitucional, fuimos anunciados, que toda la Constitución es operativa y eficaz; ya no es una norma meramente programática que necesitaba el desarrollo del legislador ordinario para volverse vinculante. Por el contrario aún los preámbulos, como en su momento de manera muy simbólica el Consejo Constitucional francés en 1971, determinara que dichas declaraciones tienen un efecto jurídico preciso y vinculante, y por ende operatividad. En consecuencia, esto fue una nota identificatoria del Estado de derecho constitucional.

Sin embargo, ahora nos encontramos esta situación que en definitiva lo que se ha convertido en normas operativas, tenemos en los tratados de derechos humanos, esta condición de operatividad y no meramente programática. Incluso nos vemos obligados a referirnos a una exitosa terminología de Ferrajoli⁸⁴⁷, cuando denuncia en relación a los derechos nacionales, la existencia de lagunas y antinomias. En primer lugar, encomienda a los científicos y técnicos jurídicos, identificar en relación con los derechos nacionales respectivos, dichas lagunas y antinomias. Es decir, determinar la presencia de una laguna, que omitió la eficacia de una norma constitucional, un derecho fundamental reconocido en la Constitución dentro de la normatividad infraconstitucional. Por otra parte, la posibilidad que les encomienda a los jueces y juristas, denunciar la existencias de antinomias entre las normas infraconstitucionales y la Constitución. Esto es la existencia de normas que se encuentran por debajo de la Constitución que la contradicen.

Esas exigencias que Ferrajoli pone en cabeza de jueces y juristas en el Estado de derecho constitucional, esta misma denuncia de antinomias y lagunas se torna vinculante en el actual Estado de derecho convencional. Pero ya no con remisión a la Constitución, sino respecto de los tratados internacionales de derechos hu-

⁸⁴⁶ VIGO, Rodolfo L., "Del Estado de Derecho legal al Estado de Derecho Constitucional", en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., p. 587.

⁸⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de derecho", en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, 2º ed., Trotta, Madrid, 2005, p. 18.

manos, así como sentencias, opiniones consultivas y dictámenes, en lo particular en nuestro sistema regional, de la Corte Interamericana de Derechos humanos.

Como vemos esta ampliación del trabajo de los jueces y juristas, se encuentra patente en el sistema interamericano de derechos humanos en concordancia con el Estado de derecho convencional.

4. *La moral de los principios constitucionales en los derechos humanos*

En el Estado de derecho constitucional, las constituciones importaron una sobrecarga de moral, sobre los respectivos derechos nacionales. Basta con observar los rótulos de derechos humanos, *moral rights*, principios, valores, etc. Recordemos que justamente los principios, al decir de uno de los grandes teóricos del Estado de derecho constitucional, Robert Alexy, son contenido moral y forma jurídica. Por ende, esta moral, queda incorporada a los respectivos derechos de carácter nacional⁸⁴⁸.

Sin embargo, es necesario considerar con las explicaciones en la doctrina de los neoconstitucionalistas, en un primer lugar las normas o reglas, funcionan, como razones excluyentes, para marginan cualquier consideración; por otra parte, los principios cumplen un papel auxiliar en el marco del Estado de derecho constitucional.

En el Estado de derecho convencional, la moral aparece con mucha mayor preponderancia y exigencia. Más aún, estos principios se convierten en razones excluyentes. Bajo esta perspectiva, lo que queda claro, es que todo el derecho se ha convertido en una proyección de la moral, queda una especie de remanente específicamente jurídico. Este rasgo, precisamente es el que acentúa lo que veíamos en el Estado de derecho constitucional, ahora en el Estado de derecho convencional.

5. *De la soberanía de la Constitución a la "soberanía" de la persona humana*

El papel de la soberanía en el Estado de derecho constitucional, queda suprimida la noción que habíamos heredado de Jean Bodin, como *soluta potestas* (potestad absoluta y perpetua) en manos del Estado. Algunos neoconstitucio-

⁸⁴⁸ VIGO, Rodolfo L., "Del Estado de Derecho legal al Estado de Derecho Constitucional", en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., p. 589-590; VIGO, Rodolfo L., *De la ley al derecho*, op. cit., pp. 4-5.

nalistas han hablado que la soberanía se traslada del Estado a la Constitución, concretamente Gustavo Zagrebelsky⁸⁴⁹.

Hoy pareciera que bajo el Estado de derecho convencional, pudiera postularse que la soberanía ya no está más en el Estado, ni en la Constitución, sino en el mismo *demos*, en el mismo pueblo. Cada miembro de este pueblo cuenta con una cuota aparte de ésta soberanía, la cual se atribuye con el solo título de pertenecer a la especie humana.

6. El formalismo jurídico

El papel del formalismo jurídico en el derecho resulta fundamental en el Estado de derecho legal. El derecho siempre ha recurrido a ficciones jurídicas y presunciones y tenían el aval de la realidad. Sin embargo eran recursos formales, para posibilitar el mejor funcionamiento del derecho y en lo particular resguardar la seguridad jurídica. El campo del derecho procesal fue muy prolífico en generar este tipo de “mentiras técnicas”, a las que recurría el derecho.

Sin embargo hoy, en el Estado de derecho convencional, hay una especie de hiperrealismo que no soporta escudar ninguna solución bajo el recurso de dichas ficciones o presunciones jurídicas, etc. Así lo fueron padeciendo distintas presunciones y realidades, entre las que resalta el conocimiento de la ley promulgada y publicada sin admitir su ignorancia, o bien en su aforismo conocido “la ignorancia de la ley no exime su cumplimiento”⁸⁵⁰. No cabe ninguna duda que en aras de la equidad y de la justicia del caso, quedan superadas una serie de exigencias, cuyo justificativo son las formas que siempre ha requerido el derecho y la seguridad jurídica. En lo particular el derecho procesal, padece esta especie de debacle de formalismo, puesto que dicha rama adjetiva siempre fue cobertura generosa a las formas y a los procedimientos.

7. Las fuentes del derecho

Comienza a perfilarse una nueva teoría de las fuentes del derecho, que sucedió al Estado de derecho legal; teníamos una concepción clara de lo que eran estas fuentes del derecho, contando con una cierta jerarquía apriorística. En el Estado de derecho constitucional esta jerarquía se mantiene, sin embargo en lugar de la

⁸⁴⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 8ª. ed., trad. Marina Gascón, Trotta, Madrid, 2008, pp. 12-14.

⁸⁵⁰ VIGO, Rodolfo L., “Del Estado de Derecho legal al Estado de Derecho Constitucional”, en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., p. 592.

ley, la Constitución funge un papel determinante. Por otro lado, esa teoría de las fuentes del derecho, es que era posible dar una nómina exhaustiva de las fuentes del derecho. En general no eran muchas pero la *completud*, seguía siendo su máxima⁸⁵¹.

La teoría de las fuentes del derecho se centraba en que teníamos la base, de repuestas jurídicas generales o universales. La presencia del Estado era muy importante, para la aprobación de la norma por parte de los órganos constituidos.

Finalmente se pensaba fuertemente, entre las fuentes y el texto o escritura. En lo particular su vinculación con el órgano que da a conocer dichos textos jurídicos; como en el caso de México en *Diario Oficial de la Federación*, o en el caso de la Argentina, el *Boletín Oficial*.

Esto de algún modo, esta visión compartida entre el Estado de derecho legal y el Estado de derecho constitucional, hoy aparece fuertemente conmovida y acentuada. No hay una jerarquía apriorística, pues el balanceo de los derechos humanos, estará supeditada, vinculada a cada caso. En ese sentido no hay una teoría de las fuentes del derecho de forma apriorística.

En segundo lugar, tampoco hay una nómina exhaustiva, los mismos tratados de derechos humanos, remiten a que sin perjuicio de la nómina reconocida en dichos tratados, hay otros derechos humanos implícitos que pudieran derivarse y se invoca la dignidad, la democracia, etc. Además queda impugnada y cuestionada, esa pretensión de ciencia jurídica desde el siglo XIX, ha perdido ese carácter general de las respuestas jurídicas.

Sin embargo, hoy en el Estado de derecho convencional, de una manera creciente, se intenta ir dando respuestas a la medida de los casos. Por ello el escaso valor de los precedentes y la enorme flexibilidad en su aplicación, se le termina reconociéndosele una deficiente generalidad, sobre todo si se les coteja con el mundo anglosajón.

Finalmente en términos de escritura de los textos legales, hoy aparecen fuertemente valorizadas, apelaciones no a textos, sino a exigencias valorativas, dígame como por ejemplo el derecho indígena.

8. La teoría de la interpretación de los derechos humanos

La teoría de la interpretación en el Estado de derecho legal, como sabemos, era una teoría silogística, subsuntiva, deductivista, etc. Luego en el Estado de derecho constitucional, al menos en propuestas muy influyentes como la de Robert Alexy, que si bien las reglas existentes se aplicarán con subsunción, nos propon-

⁸⁵¹ *Ibidem*, pp. 590-591.

drá una técnica *ad-hoc*, para aplicar principios o sea derechos humanos y esa técnica consiste precisamente en la ponderación⁸⁵².

Lo que en realidad ocurre ahora, en esta especie de insinuación de rasgos del Estado de derecho constitucional, pareciera que siempre estará presente el esquema de la ponderación. No hay caso que escape a esta técnica, cualquier caso puede ser reconstruido en términos de derechos humanos, lo cual conllevará que el jurista se plantee su necesidad cuando quiera resolver un caso.

Por lo anterior, se aparece esa especie de exigencia generalizada de la ponderación y un notable debilitamiento de la subsunción. Sin embargo cabe señalar, que en el mejor de los casos de la ponderación surgirá una regla y esta a su vez, se aplicará subsuntivamente para el caso. No obstante, lo principal se deduce es que en la interpretación de los derechos humanos, es lo que dice el derecho a través de la ponderación siempre o invariablemente.

9. Casos fáciles y casos difíciles

Esta especie de perfil del jurista en la era de la ponderación, se puede detectar, con la distinción que existe entre casos fáciles y caso difíciles. En el Estado de derecho legal, lo que se le enseñaba al jurista es que iba a enfrentarse con casos fáciles y que su tarea consistiría en identificar la norma, donde subsumiría el caso. Luego, en el Estado de derecho constitucional, quedaría ejemplificado que hay casos fáciles y casos difíciles.

Sin embargo, hoy, en el Estado de derecho convencional se plantea la posibilidad de que todos los casos pueden llegar a tornarse difíciles, en la medida en la cual el jurista este avocado a ese caso, apele al derecho concentrado, a las respuestas jurídicas implícitas; al derecho en potencia que aparece en esos derechos humanos o principios⁸⁵³.

Más aún aparece la necesidad de la verdad como condición de la justicia y se cuestiona de manera contundente la teoría de las dos verdades. La necesidad de la verdad fáctica, la decidida superación de la teoría de las dos verdades; la verdad legal y la verdad real. Para decirlo con Michel Tarufo la verdad es una condición

⁸⁵² ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, 3ª reimp., Fontamara, México, 2006; ALEXY, Robert, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, 1ª reimp., Fontamara, México, 2007; ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003; ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994, pp. 75-81, 141, 155, 159-177, 179, 184, 192-208.

⁸⁵³ VIGO, Rodolfo L., "¿Hay casos fáciles en el derecho? en *De la ley al derecho*, op. cit., pp. 259-260.

necesaria de la justicia⁸⁵⁴. De igual forma y esta verdad entendida como correspondencia, invocando a Tarsky o Aristóteles.

La preocupación por la verdad está presente en la interpretación del derecho por parte de los juristas, en apelación de verdades o implícitas, o de derecho concentrado, seguramente podrán terminar por reconocer las peculiaridades de estos casos. Es decir, el caso se tornará a esta mirada preocupada por los derechos humanos, hacia la verdad fáctica, como un caso difícil y por ende con las consecuencias que conlleva este carácter. En ese sentido, todos los casos son difíciles o pueden tornarse difíciles en el marco del Estado de derecho convencional.

Alguna de las notas anteriores, aportan lo necesario para posibilitar esta característica, en cuanto a la visión problemática de los casos en los cuales se encuentran implicados los derechos humanos.

10. El sistema de elección de jueces nacionales y constitucionales

En el Estado de derecho legal identificamos el perfil del jurista que podía ser designado juez y también la fuente del poder para ese juez. Esto ha cambiado en el marco del Estado de derecho constitucional, pero sin lugar a dudas en el marco del Estado de derecho convencional ha sido mucho mayor esa transformación.

Por decir un primer aspecto, los mecanismos nacionales de designación, no resultan procedentes, pues lejos de estar cubiertos o disimularse a través de formas jurídicas, muchas veces asumen un rol descarado de negociaciones políticas entre los Estados. De algún modo estas designaciones, al menos en los jueces nacionales —incluidos los jueces constitucionales—, guarda cierta preocupación de idoneidades científicas, prudenciales, etc., se tiñe claramente de politicidad en la elección⁸⁵⁵.

También las fuentes de legitimidad se tornan muy diferentes. Hoy en día sabemos que en buena medida, la legitimidad ni siquiera pasa por la argumentación, sino intenta legitimarse o deslegitimarse, a los jueces invocando el carácter de valor “axiológico” —valga la redundancia— de sus decisiones. Las competencias lejos de ser las tradicionales que normalmente iluminan las elecciones de los jueces nacionales, incluidos los jueces constitucionales, pasan a ser otras idoneidades

⁸⁵⁴ Taruffo, Michele, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2013, p. 9; TARUFFO, Michele, ¿Verdad negociada?, *Rev. derecho (Valdivia)* [online], 2008, vol. 21, n.1, pp. 129-151.

⁸⁵⁵ VIGO, Rodolfo L., “Del Estado de Derecho legal al Estado de Derecho Constitucional”, en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., p. 604.

científicas y por supuesto necesitaremos de especialistas en derecho comparado, derecho internacional, filosofía jurídica, etc. La legitimidad deja de ser formal, jurídica, procedimental y apela a estos otros aspectos de legitimación.

11. *La tutela judicial efectiva*

El impacto que ha tenido el Estado de derecho convencional con respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho al acceso a la justicia, etc. Este carácter que se le ha reconocido como un derecho humano fundamental, sin duda tiene un enorme impacto a la hora de las respuestas que van dando los jueces, en sintonía con las exigencias de este derecho a la tutela judicial efectiva.

Por supuesto, aquí el costo será para el respeto a la seguridad jurídica, al proceso, a la imparcialidad, la independencia y en su lugar, asumir un protagonismo judicial que queda reflejado de muchas maneras. Por mencionar alguno, en el ámbito argentino, existen resistencias en algunas jurisdicciones al *amicus curiae*, sin embargo, en estos tribunales es un lugar común, el hecho que los jueces buscan superar los prejuicios que puedan tener en los jueces nacionales, principalmente los constitucionales.

12. *Las ramas del derecho*

La relevancia de las ramas del sistema jurídico, incluso de nuestra curricula como juristas, académica o universitaria. Está claro que de algún en el ámbito del Estado de derecho legal y también en el Estado de derecho constitucional, se respetaba de algún modo esta curricula al momento de evaluar idoneidades, capacidades e inserciones de donde provenían los juristas. Sin embargo, hoy esta especie de tradición que teníamos para elegir a los grandes juristas, como acreditados en las ramas importantes de nuestra enciclopedia jurídica ha cambiado. Seguramente en esa nómina tradicional estarían los civilistas, los constitucionalistas, etc.

En el Estado de derecho convencional ya no pasa por los adjetivos de las grandes ramas jurídicas; lo civil del derecho, lo penal del derecho, lo constitucional del derecho, etc. Sino que hoy la preocupación para operar el derecho propio del Estado de derecho convencional-humanitario, pasa por el sustantivo del derecho, simplemente por el derecho, el derecho a secas. La experiencia académica corroborará lo que sucede en la actualidad, en el sentido de preguntarnos cuanta filosofía jurídica existe en los juristas, aún aquellos que odian o ignoran la filosofía del derecho. Cabe traer a colación al personaje de Molière que habla en prosa sin saberlo, todos los juristas hablan desde una concepción del derecho. Es relevante identificar esa concepción del derecho, porque finalmente desde esa concepción se generan las respuestas jurídicas.

Por ende, asistimos a un debilitamiento de las ramas tradicionales, y en ese sentido, a una especie de reconversión de importancia de las ramas y de su configuración. En lo particular cuando hablamos del derecho a secas, seguramente estamos hablando —si bien bajo el rótulo del derecho constitucional—, de filosofía jurídica o de antropología. No olvidemos que de algún modo todos estos autores que en los tribunales constitucionales y supranacionales, citan generosamente, son autores que vienen de la filosofía jurídica y que hacen filosofía jurídica con derechos humanos cuando también indirectamente con derecho constitucional.

13. La eficacia en el derecho

La técnica o la pedagogía a la que recurre el Estado de derecho constitucional, así como el Estado de derecho convencional, se inserta en el orden de lograr eficacia en el derecho. Sin duda en el Estado de derecho constitucional —en términos generales— se siguió apostando al hecho de que la técnica del derecho, es una técnica para dirigir conductas bajo la amenaza de coerción.

A la hora de analizar las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vemos con sorpresa una serie de recursos sancionatorios tales como homenajes, arrepentimientos o disculpas públicas, reconocimientos, monumentos, etc. Los cuales son propios de la moral y no de la tradición jurídica desde un aspecto más formal. En este aspecto se hace una fuerte apelación a la moral, para que el derecho se torne eficaz, los cuales se presentarían como absolutamente insólitos, inclusive en el Estado de derecho constitucional.

14. El insularismo jurídico

Cuanto importaría lo jurídico para lo no jurídico en nuestro análisis de la transición del Estado de derecho constitucional al convencional. Sin duda es un problema de acento de forma muy significativo. En el Estado de derecho legal se formuló desde un punto de vista muy *insular*, para operarlo o comprenderlo solo requería el derecho. *Insularismo jurídico* se llegó a llamar, para referir al derecho que discriminaba todo aquel conocimiento, que no se encontraba bajo las categorías específicas de la disciplina jurídica⁸⁵⁶.

En el Estado de derecho constitucional hay una apertura, sin duda, más allá del derecho. Sin embargo, cuando analizamos la *jurisprudencia convencional* lo que quizás fácilmente apreciamos, es un discurso proveniente de la antropología, de la sociología, de la cultura y referencias de otra índole que no son estrictamen-

⁸⁵⁶ *Ibidem*, p. 605.

te jurídicas u ortodoxamente jurídicas. De algún modo, en esta superación de la frontera de lo jurídico, o más aún, de la absorción de lo jurídico por parte de otras disciplinas, en lo particular la cultura, la religión, la moral, etc.

15. *El sistema jurídico*

Finalmente, se puede identificar una especie de impacto que ha tenido sobre el Estado de derecho constitucional y sobre el Estado de derecho convencional-humanitario, el concepto de sistema jurídico. En el Estado de derecho constitucional, todavía se postula el carácter de sistema jurídico unitario, pero que remite a la Constitución como una norma que unifica las fuentes del derecho y el sistema jurídico. Sin embargo, cuando remitimos a ese sistema que regula la Constitución, podemos encontrarnos también con la sorpresa que este sistema remite a una pluralidad de sistemas jurídicos, para derivar en una situación de conflicto, dentro del mismo sistema que delimita la propia Constitución. En ese sentido esa pluralidad de sistemas jurídicos, sin duda no deja de ser conflictiva.

Por señalar un caso del derecho indígena, cuando este disputa con el sistema del “derecho oficial”, cerramos con una jurisprudencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Se trata de aquel caso del pueblo de Oaxaca, Tanetze, que refiere a un problema de la violación a derechos político-electorales de dicha comunidad; toda vez que la legislatura local facultó al gobernador para designar a un encargado del gobierno municipal, por considerar que no había condiciones para convocar elecciones, sin respetar los usos y costumbres de la comunidad indígena⁸⁵⁷.

Sin embargo al cabo de un tiempo algunos integrantes de la comunidad, se apersonan para impugnar la legitimidad de referida designación del representante municipal. La admisión de ésta queja tenía dos obstáculos formales muy fuertes. Por un lado el tema de la personería, el apoderamiento, la legitimación activa de estas personas, pues no tenían documento legal alguno para acreditarla. Simplemente invocaban ser representantes por elección interna con base en la gerontocracia. Por otra parte, otro obstáculo aún peor, es que se había vencido el plazo para impugnar la designación del representante municipal.

⁸⁵⁷ Cfr. VIGO, Rodolfo L., “Argumentación constitucional”, en ATIENZA, Manuel y VIGO, Rodolfo L., *Argumentación constitucional, Teoría y práctica*, Porrúa-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-IMDPC, México, 2011; Atienza Rodríguez, Manuel, *Reflexiones sobre tres sentencias del Tribunal Electoral: casos Tanetze, García Flores y Yurécuaro*, notas introductorias a cargo de José Eduardo Vargas Aguilar, Fabricio Fabio Villegas Estudillo y Juan Manuel Sánchez Macías, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2009.

Sin embargo la Sala Superior del Tribunal Federal Electoral, no sólo admite la representación de los integrantes de la comunidad, sino que admite la queja invocando que en definitiva lo que se publica en el *Diario Oficial de la Federación*, no se publica en la lengua del pueblo oaxaqueño conlleva una violación a los derechos de los pueblos indígenas en cuanto a sus usos, costumbres y lengua específicos, y por ende sus derechos político-electorales.

En ese contexto, es claro que queda fracturada una de las piezas claves del sistema jurídico mexicano, en cuanto a que la publicidad del derecho y no aplicar la máxima "la ignorancia de la ley no exime su cumplimiento". Es decir, no se puede tener certeza de que lo publicado se haya hecho del conocimiento del pueblo indígena, que habla una lengua distinta al español en el que fue publicado el acto impugnado.

Esto controvierte fuertemente uno de los postulados del sistema jurídico, que venía conectado al Estado de derecho constitucional, por la inclusión de la diversidad de sistemas jurídicos, a través de una justificación muy específica como lo podría ser el derecho indígena.

III. PROYECCIONES DESCRIPTIVAS

En referencia a lo antes expuesto en cuanto a la pregunta que nos realizamos en relación a la posible transición del Estado de derecho constitucional, hacia el Estado de derecho convencional; dichos rasgos no dejan de ser descriptivos, como referimos al inicio del presente estudio, pues de aventurarnos a señalar conclusiones valorativas, tendríamos que adentrarnos a muchas cuestiones que en la actualidad no se aprecian claras o definitivas. Sin duda implicaría un estudio aparte, en cuanto a la posibilidad de vislumbrar, de manera un tanto más profunda, si en realidad estamos ante un nuevo modelo de Estado de derecho convencional-humanitario.

En lo particular señalamos tres conclusiones o proyecciones en cuanto a la descripción que realizamos para apreciar un panorama de la realidad que vivimos como transformación del derecho hacia el Estado de derecho convencional. Pero sin duda, si bien constituyen proyecciones descriptivas, no dejan de ser relevantes para guardar sintonía con esta realidad, se aprecia un fuerte impacto que con dicho modelo se ha originado en el derecho en general, así como en los juristas.

En primer lugar, los rasgos antes descritos, si queremos transitar efectivamente al Estado de derecho convencional, pareciera que no estamos formando juristas para ese derecho; sino que se aprecia que nos dirigimos al Estado de derecho legal o a lo sumo al Estado de derecho Constitucional.

En segundo un impacto muy fuerte en los mecanismos de creación y publicidad del derecho vigente. En este sentido, vemos ese fuerte impacto, y como ya lo referimos con el caso Tanetse, el sistema jurídico queda fracturado, con la existencia de sistemas que no obedecen en casos especiales a la publicidad del derecho y por ende ya no es absoluta la máxima de que "la ignorancia de la ley no exime su cumplimiento".

Finalmente, tiene una enorme trascendencia en la elección de jueces nacionales y supranacionales. Sin duda y si se confirman los postulados antes descritos, los jueces nacionales serán los que dicten la última palabra en nombre de los poderes constituidos, y además el *ius cogens*, *ius gentium* o derecho internacional humanitario, nos vemos en la imperiosa necesidad de establecer criterios de elección para tan encumbrada labor. Es decir estos criterios de elección, que de manera novedosa conforman a su vez la legitimidad en la designación de jueces y magistrados que tengan la función de aplicar el derecho internacional de los derechos humanos, tanto en el ámbito nacional como en el internacional.

Por lo anterior, se puede apreciar que dentro del esfuerzo descriptivo de los rasgos antes referidos, es claro que no se pueden dejar de poner acentos o perspectivas específicas de los cambios hacia los que se dirige el Estado de derecho convencional-humanitario. Sin embargo no dejan de ser significativos, pues como referimos el gran impacto que con dichos cambios se han gestado tanto para el derecho y los juristas.

Los rasgos a los que hicimos referencia, sin duda vale la pena cuestionarse, por la enorme influencia en el derecho continental americano y en lo particular con respecto a cada país que conforma nuestro sistema regional. En ese sentido, también cabe hacerse dicho cuestionamiento con respecto de las influencias directrices que desde Europa han fijado los tribunales nacionales e internacionales en materia de derechos humanos, a los que no debemos dejar de apreciar y valorar en la conformación del nuevo modelo del Estado de derecho convencional-humanitario.

Por todo lo anterior, resulta muy importante preguntarnos hacia qué modelo de Estado de derecho convencional-humanitario nos dirigimos, para lo cual la presente obra colectiva constituye un esfuerzo muy importante en ese sentido; que si lugar a dudas, se gesta una pluralidad de visiones y conformaciones muy provechosas para la descripción o prescripción de un futuro modelo, como al que nos hemos referido.