

UNA MIRADA REFLEXIVA A LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL CONTEXTO DEL RECONOCIMIENTO AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA NACIONALIDAD¹

*A REFLECTIVE LOOK AT THE CONSTITUTIONALIZATION OF INTERNATIONAL
LAW IN THE CONTEXT OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO NATIONALITY*

John Eric Rhenals Turriago²
Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN

Este artículo pretende efectuar un análisis reflexivo a la denominada constitucionalización del Derecho Internacional, respecto a la nacionalidad o ciudadanía como derecho fundamental establecido en la Unión Europea y América, desde la corriente de la Filosofía del Derecho Constitucional, desarrollando en primer lugar un ejercicio de elucidación conceptual y, en el segundo nivel, un ejercicio de filosofía moral y política aplicada al fenómeno jurídico constitucional. Dinámica, que permitirá proponer desde lo filosófico y dogmático, escenarios para la liberación de las tensiones entre los regímenes de control y seguridad de los Estados y el reconocimiento y protección del derecho fundamental a la nacionalidad progresivamente consolidado por los sistemas constitucionales.

PALABRAS CLAVE: Constitucionalización del Derecho Internacional, nacionalidad o ciudadanía, derecho fundamental .

ABSTRACT

This article intends to make a reflexive analysis of the so-called constitutionalization of International Law, with respect to nationality or citizenship as a fundamental right established in the European Union and America, from the current

¹ Artículo recibido el 10 de septiembre de 2018 y aprobado el 10 de enero de 2019.

² Doctorando del programa de Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Rey Juan Carlos de España. Magister en Derecho de la Universidad del Norte de Barranquilla- Colombia. Ex decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de San Buenaventura de Colombia seccional Cartagena de Indias.

Philosophy of Constitutional Law, developing an elucidation exercise in the first place conceptual and, in the second level, an exercise of moral and political philosophy applied to the constitutional legal phenomenon. Dynamics, which will allow proposing from the philosophical and dogmatic, scenarios for the release of tensions between the regimes of control and security of States and the recognition and protection of the fundamental right to nationality progressively consolidated by the constitutional systems.

KEYWORDS: Constitutionalization of International Law, nationality or citizenship, fundamental right.

SUMARIO: Introducción. I. Justificaciones de la Filosofía del Derecho Constitucional II. La Iusfundamentalidad de la Nacionalidad : principales problematizaciones actuales de la teoría del derecho fundamental de la nacionalidad III. Los riesgos a la seguridad nacional frente a las restricciones del derecho a la nacionalidad y el derecho de los extranjeros. 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 regimenes de control a la libertad y la seguridad y el derecho fundamental a la nacionalidad. Conclusiones. Bibliografía.

* * *

Introducción

Cualquiera que sea la intención o enfoque que pretenda darsele a un estudio actual de los conflictos y tensiones entre los derechos fundamentales o humanos y su efectivo reconocimiento y protección, en el marco de la legislación internacional, requerirá de un metodico razonamiento que necesariamente deberá penetrar los orígenes y razones de aquellos fundamentos teóricos y demás referentes empíricos, que permitieron legitimar la vigencia de ordenes supranacionales que gradualmente han surgido desde el propio marco de los regimenes constitucionalistas domésticos, permitiendo el surgimiento de organizaciones que han dado cabida a la posibilidad de esquemas globales, que dan un importante crédito a la teoría de Habermas en relación a la existencia de “sociedades globales”, sin gobiernos globales” beneficiando el

reconocimiento universal legítimo, válido y eficaz de los privilegios de la nacionalidad como Derecho Fundamental Constitucional y Supranacional. Por otra parte, pese a que existen muchas tendencias que alegan la débil eficacia política, social y legal de los derechos fundamentales, en especial la nacionalidad, más allá de las fronteras soberanas de los Estados, otras corrientes son más enfáticas y optimistas en proponer que *“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”*³

El tema central de este análisis, se enmarca en el abordaje de las problematizaciones de la nacionalidad como derecho fundamental, dado que hablar de la nacionalidad, en su naturaleza, alcances y nuevas nociones, es de cierta manera hacer referencia a todos los derechos humanos y fundamentales constitucionales, ya que en su totalidad lo tocan o llegan necesariamente a confluir en él. Sin embargo, se verificará como fue desde el *constitucionalismo democrático*, donde la nacionalidad, ahora más juiciosamente considerada desde una noción *universal de la ciudadanía*, ha venido logrando desde los procesos de integración regional y supranacional especialmente del modelo Europeo, decisivos precedentes de reconocimiento, protección y dignificación en favor del desarrollo legal del mundo en general.

I. Justificaciones de la Filosofía del Derecho Constitucional

Es prioritario desarrollar una reconstrucción argumentativa y articulada de orden filosófico, jurídico, político y social, frente al problema central propuesto en estas reflexiones -las tensiones entre el derecho fundamental a la nacionalidad y los regímenes de control y seguridad de los Estados y el reconocimiento y protección de las libertades individuales-, desde el origen, naturaleza, desarrollo y vigencia de una *teoría de los Derechos Fundamentales*, y para estas finalidades se hace necesario

³ Germán José Bidart Campos “El derecho de la Constitución y su fuerza normativa, Ediar, Buenos Aires, 1995, pp.458.

apoyarnos, en una corriente científica que vertiginosamente ha ido adquiriendo un importante protagonismo y consolidación, en relación a las problemáticas filosóficas que surgen de los temas fundamentales del Derecho Constitucional como son las problematizaciones en torno a la nacionalidad que motivan este estudio. Estos problemas o nociones básicas, claramente han sido identificados por Fabra⁴, partiendo de cuestionamientos fundamentales 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 hoy de un constitucionalismo transnacional o incluso global?”. Siendo precisamente, esta serie de interrogantes 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 naturaleza del derecho y el Estado, lo que ha conllevado a demarcar estos escenarios bajo la denominación de una filosofía del Derecho Constitucional, propuestas determinantes frente al análisis que se propone.

Los aportes que realizan los tratadistas que se vinculan a una filosofía del Derecho Constitucional, configuran en su esencia el objeto de estudio del presente artículo respecto de la nacionalidad y sus vicisitudes, pretendiendo identificar los argumentos que desde este enfoque del derecho constitucional, conllevan a su reconocimiento y protección como privilegio vital del ser humano, desde lo que juiciosamente consideramos una “*visión trilematica*” retomando las nociones analíticas expuestas por Mejía Quintana (el debate trilemático entre legitimidad, lo político, la validez el derecho y la eficacia de lo sociológico) que necesariamente, implica la formulación de la siguiente hipótesis de trabajo, que las tendencias de la filosofía del Derecho Constitucional, perfectamente pueden llegar a conciliar en nuestro criterio :

“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”⁵

⁴ Jorge Luis Fabra Zamora. 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

⁵ Mejía Quintana. “Teoría política, democracia radical y filosofía del Derecho, legitimada, validez y eficacia en el pensamiento del contemporáneo. Editorial Temis S.A. Bogotá- Colombia 2005

En palabras del citado autor⁶, la hipótesis propuesta debe permitirnos interpretar como la “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 poder ser *articulados horizontal y verticalmente, estructural y sistémicamente desde una sola reflexión epistemológica*. Y aunque la autonomía epistemológica de cada 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”⁷.

De esta manera, la filosofía del Derecho Constitucional pretende desde su perspectiva transdisciplinar incorporar estas reflexiones al reconocimiento de los derechos fundamentales, en nuestro caso para el derecho a la nacionalidad o los privilegios de una *ciudadanía universal*, reestructurando y recuperando sus pilares desde lo que Alexy ha desarrollado como una validez *tríadicamente*⁸: la validez tiene que ser concebida como validez jurídica, validez moral y validez social. Las tres dimensiones constituyen un concepto integral de derecho, sintetizando de tal forma una dimensión de justificación moral, de legitimidad y de eficacia que, aunque presentes en las reflexiones tempranas de la teoría jurídica, lentamente fueron desplazadas por el énfasis que se le diera al problema de la validez, concebido en términos meramente epistemológicos y no ontológico-sociales.

⁶ Mejía Quintana, en su estudio titulado “La tensión epistemológica entre la filosofía del derecho y la teoría jurídica. Hacia una teoría crítica del derecho Revista Filosofía UIS, Vol. 15, No. 1, *enero-junio de 2016* pp. 107-136. Sobre este análisis, amplia lo siguiente: “En efecto, Habermas relaciona y articula de manera complementaria e integral tres dimensiones que la filosofía práctica y el pensamiento social habían disgregado: el de la legitimidad política (incluido en ella el de la justificación moral), la validez jurídica y la eficacia social. El estado democrático de derecho como categoría iusfilosófica supone tres momentos que deben ser considerados en su autonomía, por supuesto, pero también en su interdependencia recíproca. Por su posición omnimediatra en la sociedad moderna, el derecho es el único instrumento y el ámbito social exclusivo desde el cual replantear la integración social y reconstruir los presupuestos de legitimidad que fundamenten de nuevo el lazo social desintegrado”.

⁷ Mejía Quintana. “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), 2006.

⁸ Robert Alexy: “La validez del derecho”, en *Concepto y Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994, pp. 87-122. “La validez del derecho implica, en primer lugar, una **validez jurídica** que supone que la norma es dictada por órgano competente y según un procedimiento previsto; en segundo lugar, una **validez moral**, que supone que la norma está moralmente justificada y el sistema posee una pretensión de corrección en caso de normas injustas, y, en tercer lugar, una **validez social**, que supone que la norma vale socialmente porque es obedecida, y en caso de desobediencia se aplica una sanción.”

Desde las acotaciones expresadas, entendemos que determinantemente el *derecho internacional viene asimilando un proceso de constitucionalización*, fenómeno factible de percibirse pedagógicamente, para poder construir desde los actuales escenarios de interacción del derecho global de las naciones, la inevitable exaltación de los derechos fundamentales constitucionales de los pueblos, mediante la verdadera validación del derecho, como acertadamente lo expuesta Alexy:

“La validez del derecho implica, en primer lugar, una validez jurídica que supone que la norma es dictada por órgano competente y según un procedimiento previsto; en segundo lugar, una validez moral, que supone que la norma está moralmente justificada y el sistema posee una pretensión de corrección en caso de normas injustas, y, en tercer lugar, una validez social que supone que la norma vale socialmente porque es obedecida y en caso de desobediencia se aplica una sanción”⁹

II. La Iusfundamentalidad de la Nacionalidad : Principales problematizaciones actuales de la teoría del derecho fundamental de la nacionalidad.

Determinada la identidad y pertinencia de una Filosofía del Derecho Constitucional como verdadera ciencia, cuyo objetivo es presentar las “*múltiples nociones iusfilosóficas que influirán en el modo de concebir y operar el derecho constitucional*”¹⁰ en lo concerniente al pragmatismo, legitimidad y moralidad que esta rama del derecho debe asumir, frente a las evidentes problemáticas que emergen entre el derecho nacional, internacional y los derechos fundamentales. Se hace apenas necesario, justificar a partir de este paradigma la vigencia y operatividad de una teoría de los derechos fundamentales dentro de su reconocimiento internacional o transnacional.

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. Por ejemplo, el llamado *soft positivism* –utilizando de forma genérica la terminología que

⁹ Robert Alexy, “La validez del derecho” en *Concepto y Validez del Derecho*, Barcelona: Gedisa, 1994, pp. 87-122.

¹⁰ Santiago Carlos Niño: “Fundamentos del derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politólogo de la práctica constitucional. Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Buenos Aires, 1992.

acuñara Hart— señala la presencia en el derecho de *preceptos morales* que a su vez introducirían en el derecho el razonamiento propiamente moral¹¹.

En el desarrollo de estas tendencias, 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.

Los estudios expuestos por Carbonell¹², 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 contenido. De esta visión, 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.

Solo desde la óptica expuesta, puede asegurarse que *los derechos fundamentales* son límites frente al poder de decisión que tiene una mayoría social, transitoriamente en 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

¹¹ 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 incorporacionista a que ha dado lugar la teoría filosófico-jurídica.

¹² Miguel Carbonell: “Derechos fundamentales y democracia”. Primera edición. Instituto Federal Electoral México, D. F. 2013.

para el desarrollo de los proyectos de vida de todas las personas que estén en el territorio de los Estados constitucionales contemporáneos.

Como consecuencia de todo lo dicho, es menester reconocer y abordar algunas de las *actuales problematizaciones* que enfrenta la teoría del derecho fundamental de la nacionalidad y las tensiones con los regímenes de control y seguridad de los Estado, de las cuales destacamos los siguientes núcleos temáticos:

- 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,¹³ nos informa en primea 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

¹³ Helena Torrajo Mateu. “El derecho del Estado a ejercer la protección diplomática” Bosch editor, SL. Barcelona. España, 2007.

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* ¹⁴”.

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 Estados¹⁵.

Este orden de acontecimientos históricos, permiten hoy entender que 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? A lo largo del estudio del informe dado 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 señala¹⁶, los antiguos juristas del Tribunal permanente de Justicia

¹⁴ 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 sistemática y grave de sus derechos fundamentales a la asistencia humanitaria por parte de la comunidad internacional.

¹⁵ Esta propuesta fue presentada en la Asamblea de la Sociedad de Naciones, el 13 de marzo al 12 de abril de 1930)

¹⁶ El mismo relator 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

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*¹⁷.”

No obstante, hoy día es menester reconocer la transformación de la soberanía del antiguo concepto absolutista, a la noción presente relativista construida por la necesidad de las relaciones interestatales, prueba de esta realidad es la jerarquía adquirida de los tratados internacionales, respecto del derecho interno de cada estado parte de las convenciones. Por eso, es factible concluir que cualquier concepto actual de soberanía, debe estar necesariamente determinado por el desarrollo del sistema constitucional que categoriza la importancia del derecho a la nacionalidad y a una eventual ciudadanía universal, atendiendo a la proyección que el mismo tiene en el panorama internacional.

La conclusión expuesta encuentra fundamentos en sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde en sentencia de 15 de febrero de 2017, donde el * caso Vázquez Durand y otros vs. Ecuador. Este Tribunal, declaró responsable internacionalmente al Estado del Ecuador por: i) la desaparición forzada de Jorge Vázquez Durand; ii) la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial de Jorge Vázquez Durand, María Esther Gomero Cuentas, Jorge Luis Vázquez Gomero y Claudia Esther Vázquez Gomero, y iii) la violación del derecho a la integridad personal de María Esther Gomero Cuentas, Jorge Luis Vázquez Gomero y

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 concedieran 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.

¹⁷ Cita que reiteramos, hemos tomado textualmente por su importancia, del Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, donde se informa que, en la Asamblea General de 7 de diciembre de 1953, de referencias bibliográficas y documentales hechas directamente por el Relator Especial. (en este punto especial cita a Arturo Ricci-Busatti, del Barón Des-amps y de Raúl Fernández, Procès-verbaux des séances du Comité des juristes (La Haya, 1920), págs. 208, 209 y 215, respectivamente).

Claudia Esther Vásquez Gomero. Es decir, por crímenes del Derecho Internacional, que tienen su reconocimiento interno en la respectiva constitución política¹⁸.

En aras, entonces de dar respuesta 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? Podemos afirmar, 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.

- 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 (la *desnacionalización y apátrida en República Dominicana*).

El Informe Ejecutivo sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Doc. 45/15 del 31 diciembre 2015¹⁹ reportó textualmente lo siguiente:

“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. (...) 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*. (...), el Tribunal

¹⁸ De acuerdo al contenido de la citada sentencia. Los registros migratorios indican que el señor Vásquez Durand salió de Ecuador el 30 de enero e ingresó al Perú ese mismo día, sin que se hubiera registrado un posterior reingreso al Ecuador. No obstante, de acuerdo a información recibida por su esposa, el mismo 30 de enero el señor Vásquez Durand cruzó nuevamente al Ecuador para trámites de migración e internación de su mercadería y, “en circunstancia de que se aprestaba a sellar su pasaporte en Migración [e]cuatoriana”, habría sido detenido por miembros del Servicio de Inteligencia ecuatoriana. Además de esta información, otro ciudadano peruano que también habría sido detenido durante el conflicto armado, declaró haber visto al señor Vásquez Durand “[b]astante decaído” en el cuartel militar Teniente Ortiz por lo menos hasta junio de 1995.

¹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana Doc. 45/15 del 31 diciembre 2015. Disponible en <http://www.oas.org>

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.”

El citado informe, da cuenta de los nocivos efectos contra los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales Fundamentales de una población de nacionales de esa República, que pese a contar con todos los documentos respectivos que acreditaban tal condición, por disposición supralegal pasaron a perder el estatus adquirido. La sentencia TC/0168/13 decreto sin más ambages, “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, despojando injustamente de su nacionalidad a un número muy significativo de personas que gozaban de la nacionalidad dominicana”²⁰, promoviendo esta decisión constitucional sin antecedentes, la situación de apátridas de esa población, al ser catalogados plenamente como extranjeros pese a ser oriundos de la nación dominicana y tener “legalmente” los documentos de identidad que así lo indicaban.

Este fenómeno también ha sido denominado por la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos como “*la desnacionalización y apátrida en República Dominicana*”. De otra parte, Amnistía Internacional en resumen ejecutivo de 2015²¹, catalogo este drama humanitario bajo la consigna “Sin papeles no soy nadie” personas apátridas en la república dominicana”, en este documento profundizando sobre los alcances de esta decisión expone el siguiente contexto:

“Aunque las autoridades dominicanas nunca hayan reconocido que la sentencia 168-13 ocasionó apatridia masiva, el presidente y otros cargos públicos han dado señales de cierto nivel de conocimiento de las graves repercusiones de la sentencia en la vida de los afectados. En mayo de 2014, el Congreso aprobó la Ley 169-14 en respuesta al aluvión de críticas que recibió dentro y fuera del país. Aunque fue un paso en la dirección correcta, no garantizaba la restitución automática de la nacionalidad dominicana a todas las personas que se habían visto

²⁰*Ibidem.*

²¹ “Sin papeles no soy nadie” personas apátridas en la república dominicana. Amnesty International Publications. Publicado originalmente en 2015 por Amnesty International Publications International Secretariat. Disponible en <https://tbinternet.ohchr.org>

privadas de ella arbitrariamente en aplicación de la sentencia 168-13.1 La Ley dividía a los afectados en dos grupos: las personas que en algún momento habían sido inscritas en el Registro Civil Dominicano (“Grupo A”) y aquellas cuyo nacimiento nunca había sido declarado (“Grupo B”). La Ley reconocía que las personas del Grupo A podían ser formalmente reconocidas como dominicanas, pero no sin antes someterse a un proceso administrativo que realiza la Junta Central Electoral, la misma institución que en años anteriores intentaba impedir su acceso a los documentos de identidad.”²²

El origen de este conflicto, tiene su punto de inicio con la expedición de la nueva Carta Política Dominicana, cuya vigencia empezó a regir desde el 26 de enero de 2010, la Carta Magna aumento las restricciones para obtener la nacionalidad dominicana. Verbigracia, a los infantes naturales de esta nación, de inmigrantes irregulares se les negaba el derecho automático a la nacionalidad dominicana.²³ Antecedentemente, las únicas personas nacidas en el país que no tenían derecho a la nacionalidad dominicana eran los hijos de representantes de misiones diplomáticas y los hijos de “extranjeros en tránsito”.

Tendencias hermenéuticas de orden jurídico en la República Dominicana, que tomaron como referentes constituciones anteriores, optaron por limitar la categoría de extranjeros en tránsito a las personas que llevaban menos de 10 días de estancia en el país, en consecuencia los infantes nacidos en dicho Estado, hijos de progenitores haitianos reconocidos legalmente como ciudadanos y quienes se les había expedido certificado de nacimiento, cédula de identidad y pasaporte dominicanos, independientemente de la situación migratoria de sus progenitores, al menos en la inmensa mayoría de los casos les fue despojado este derecho humano y fundamental.

Sin admitir debate alguno, los Estados tienen derecho a instituir postulados respecto de los condicionamientos para obtener la nacionalidad, pero esta potestad o libertad debe ejercerse dentro de los lineamientos del derecho internacional, de los derechos humanos y las prerrogativas constitucionalmente y democráticamente reconocidas. De forma puntual, las leyes y prácticas del respectivo país, no deben infringir el principio a no sufrir discriminación ni el compromiso de evitar la apatridia, precedente claramente fijado en el caso de las niñas Yean y Bosico vs. República

²² *Ibidem*.

²³ Artículo 18.3 de la Constitución de la República Dominicana de 2010.

Dominicana de la Corte interamericana de derechos humanos en la sentencia de 8 de septiembre de 2005²⁴.

Algunos seguramente, objetaran lo ilusorio de anterior ideal, no obstante, a pesar de la debilidad pragmática de la realidad universal de la protección internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, en numerosos casos - como los que recordamos- la comunidad internacional, conmovida ante la gravedad de las violaciones y ante su propia impotencia (fruto de su inmadura estructura), ha logrado superar las diferencias interestatales, reconociendo que ciertos derechos del hombre tienen validez universal²⁵. Ello se da, tal como lo señala Martínez Paz, en el marco de la permanente reformulación de las coincidencias fundamentales, reformulación que garantiza la unidad, la integración y la continuidad necesaria para la existencia de la sociedad internacional. La construcción del mundo jurídico, presupone actitudes para la conquista de la justicia, lo que implica una revisión constante²⁶, permanente de las instituciones, con visión pluralista, abierta, pero en el caso bajo revisión, con un núcleo de valor no discutible reconocido: el valor de la vida humana.

III. Los riesgos a la seguridad nacional frente a las restricciones del derecho a la nacionalidad 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 las competencias exclusivas del Estado consecuencia del principio de la *soberanía territorial*. La

²⁴ Sobre el particular, se hace necesario referirnos al caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana de la Corte interamericana de derechos humanos en la sentencia de 8 de septiembre de 2005, en dicha sentencia como importante precedente la Corte determino: "La Corte considera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos⁹⁵. Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente debe adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.

²⁵ -Ello lo podemos observar, no sólo en los ejemplos de Namibia, Paquistán, Bosnia, Kosovo, precedentemente referidos, sino también en la voluntad de juzgar a los criminales de la Primer Guerra Mundial (de conformidad a los art. 227 a 230 del Tratado de Versalles de 1919) y la constitución del Tribunal Internacional Militar de Nuremberg (de conformidad al Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945). Debemos tener presente que los "Principios de Nuremberg" (art. 6 a 8 del Estatuto del Acuerdo de Londres de 1945 y la sentencia de 1 de octubre de 1946) han sido reconocidos como normas consuetudinarias de alcance general.

²⁶ Martínez paz, f.- *El Mundo Jurídico Multidimensional*, Advocatus, Córdoba, 1996, p. 20 y sgtes.

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 ha de 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 internacionales²⁷. 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.

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

²⁷ Dentro de la literatura contemporánea sobre esta materia se destaca la obra de M. Tamburini, *Trattamento degli stranieri e buona fede nel diritto internazionale generale*, Pádua, Cedam, 1984.

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 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 subir 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 el 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”*²⁸ 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 prioridad a la

²⁸ COTLER; Irwin. Thinking Outside of the Box: Foundational Principles for a Counter-Terrorism Law and Policy. En: Daniels, Ronald; Macklem, Patrick; Roach, Kent (eds.). The Security of Freedom. Essays on Canada's Antiterrorism Bill. Toronto: University of Toronto Press Incorporated, 2001, p. 112.

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 fenómeno²⁹.

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.

²⁹ 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.

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.

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 constitucional³⁰. 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.

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 emana 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

³⁰ Recomendamos ver, Canosa Usera. Raúl, *Integración europea y fórmula política de la Constitución*, Madrid, Universidad Complutense, 2003.

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.

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 sustentar nuestros análisis, como lo hemos sustentado y desarrollado en todas estas reflexiones, consideramos más adecuado y propicio desde la línea de pensamiento desde el “cosmopolitismo” desarrollado por Habermas³¹ llamarlo la transnacionalización de los logros de Estado Constitucional en favor del reconocimiento de la ciudadanía *o nacionalidad*.

Ahora desde el contexto que hemos presentado, no cabe duda que una visión realista del derecho internacional frente al 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 Habermas³², “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 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*³³ que se está incrementando en

³¹ Ver, Jurgues Habermas 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. 2005, núm.4. Disponible en <http://www.filosofiadelderechocolombia.net> .

³² *Ibidem*.

³³ Este concepto significa, la falta de participación democrática de los nacionales directamente afectados con las decisiones, dado que quienes en su mayoría adoptan las mismas son en realidad burócratas o otros

todos estos sectores, encontraría un escenario de liberación de estas tensiones, mediante la construcción de un modelo donde para Habermas³⁴ : (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 ahora³⁵.

Volviendo al análisis esencial de este trabajo, 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 aspecto 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* planteado, desde el inicio de este artículo, para el razonamiento del tema (legitimidad, validez y eficacia).

actores que no reflejan el sentir y la funcionabilidad de los derechos fundamentales en el escenario internacional.

³⁴ Jorge Luis Fabra Zamora. Filosofía del Derecho Constitucional: Cuestiones fundamentales. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones jurídicas. Serie versiones de autor. 2005, núm.4 pp. 20-25.

³⁵ *Ibidem*.

La tesis Habermasiana, apoyándose y sintetizando en las bases teóricas de importante alcance y profundidad ,nos propone una solución, al tema central formulado, (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 que pueda contribuir en algo a clarificar lo que está en juego. Textualmente argumentado por dicho autor 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 (...)”³⁶.

- 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,

³⁶ *Ibidem.*

cantones, o “*Länder*”) aparecen sólo como los componentes *constituidos*, (constituidos, esto es, por una soberanía no dividida, la del pueblo) los estados miembro 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). (...)”³⁷.

- 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

³⁷ *Ibidem*

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. (...)”³⁸

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

³⁸ *Ibidem.*

modelo pluralista de negociación y compromiso a las funciones adscritas a los poderes transnacionales³⁹.

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 heterarquica 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.).

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.

Conclusiones.

La creciente dinámica de las crisis internas de los países tanto en Latinoamérica, como en el continente Europeo, centrada en distintos niveles que tienen como factor común los conflictos armados internos, los graves impactos de la economía, sumados inclusive al surgimiento de regímenes dictatoriales bajo la apariencia de estados constitucionales, junto a la propia globalización del terrorismo en sus diferentes manifestaciones, han conllevado al aumento del desplazamiento forzado transnacional representado en el éxodo masivo de nacionales que viven en carne propia la deshumanización de las políticas interestatales fronterizas, donde el derecho a la nacionalidad enfrenta su peor crisis y desafíos.

Las políticas de seguridad nacional y del derecho de los extranjeros frente a los propios derechos humanos y fundamentales exigen una urgente revisión en su interpretación y aplicación, dado que al parecer continúan sin solución de continuidad

³⁹ Cristina Lafont. Justicia global en una sociedad mundial pluralista. Universidad de Northwestern. ISONOMÍA No. 31 / Octubre 2009. Disponible en <http://www.isonomia.itam>.

prevaleciendo más los supuestos intereses de los estados, de razas o tendencias religiosas o políticas, como si el ser humano en su esencia pudiera categorizarse y excluirse a sí mismo por referentes étnicos, culturales o sociales, al final siempre transitorios y que históricamente jamás promovieron beneficio alguno; pero que no varían ni nunca modificaran, el aspecto más determinante de esta realidad analizada, “todos seguimos siendo seres humanos por naturaleza y esencia”.

Está claro entonces, que el derecho *per se*, no le es posible alcanzar ni desarrollar en favor de la evolución del Derecho Internacional los medios para despertar la conciencia universal que alerte la importancia de ejercitar los valores de la igualdad, fraternidad y solidaridad desde la esfera de la diplomacia y las integraciones supranacionales en sus distintas expresiones, pese a que los problemas básicos del ser humano son los mismos en todas las latitudes, como ya dijimos la preservación de “sí mismo” (*estado-nación*), olvidándose y limitando o contralando al “otro” (*extranjero o apátrida*) no lograra el objetivo trascendental de cualquier comunidad humana civilizada que en términos de la corriente Habermasiana optamos por denominar la constitución del “Estado solidario” con la aspiración de superar los intereses particularistas que van más allá del territorio, el grupo étnico o la religión. El Estado solidario, como lo expuesto Habermas, es posible desde una conciencia dialógica que, partiendo de individuos a los que se les reconoce como interlocutores válidos, se establece una mediación política que pasa necesariamente por establecer relaciones de justicia (componente moral de una democracia avanzada).

Considerado de esta manera, hemos verificado y comprobado no solo a lo largo de la reflexionas expuestas, no solo la constitucionalización del Derecho Internacional desde la Filosofía del Derecho Constitucional, si no la prioritaria necesidad de desarrollar desde los diferentes enfoques y esquemas planteados una “teoría universal de la justicia” entorno a la nacionalidad o ciudadanía como derecho fundamental, donde el discurso de la acción comunicativa vinculada al contexto, es ampliado al incluir a individuos con competencia comunicativa más allá de nuestras propias formas de vida particular.

Por lo tanto, la solidaridad de la ética del discurso de Habermas pasa a constituir la capacidad de identificarse con el “otro”, quien debe tener las mismas posibilidades de articular sus necesidades y argumentos, al igual que exigimos que se nos otorgue a cualquier individuo. Expresado de otra manera, la solidaridad como valor de una

legislación internacional que se nutre de evidente proceso de constitucionalización, desde una visión de la filosofía del fenómeno constitucional, puede se puede lograr al ir más allá de las costumbres de la propia comunidad, sin que eso significa que desconocer dicho vínculo. En otras palabras, la solidaridad se desprendería de su carácter etnocéntrico al pasar a ser parte de una *teoría universal de justicia*, donde el discurso de la acción comunicativa vinculada al contexto, es ampliado al incluir a individuos con competencia comunicativa más allá de nuestras propias formas de vida particular. Habida cuenta que, de esta forma, podemos superar el *nacionalismo* y alcanzar el *universalismo*, llegando a entender como siendo transcultural, lo que permite que la diferencia no se constituya en una dificultad, sino una potencialidad que mediante un *universalismo dialógico* se transforma en el sustento moral, el cual permite superar la diferencia y las situaciones de conflicto identificadas en el análisis abordado.

La propuesta esbozada entonces, formula un es antinacionalismo en el sentido positivo, es decir, cuando se asocia a la identidad con un patriotismo nacionalista, *versus* un universalismo en un contexto de una ciudadanía universal que supera una visión étnica de la nacionalidad, pero también el relativismo universal. Por lo mismo es que entiende que una verdadera mirada cosmopolita debe contemplar lo cultural, no eliminando las identidades culturales y teniendo como fondo el respeto a los derechos humanos y los derechos fundamentales como para el caso lo requiere la nacionalidad en toda su concepción y connotación.

Bibliografía.

- BIDART CAMPOS, G. “*El derecho de la Constitución y su fuerza normativa.*” Ediar, Buenos Aires, 1995.
- FABRA ZAMORA, J. “*Filosofía del Derecho Constitucional: Cuestiones fundamentales*”. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones jurídicas. Serie versiones de autor. 2005.
- NIÑO, SANTIAGO C. “*Fundamentos del derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politólogo de la práctica constitucional*”. Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Buenos Aires, 1992.
- CARBONELL, M. “*Derechos fundamentales y democracia*”. Primera edición. Instituto Federal Electoral México, D. F. 2013.
- MEJÍA QUINTANA, O. “*Teoría política, democracia radical y filosofía del Derecho, legitimidad, validez y eficacia en el pensamiento del contemporáneo*”. Editorial Temis S.A. Bogotá- Colombia, 2005.
- ALEXY, R.: “*La validez del derecho, en Concepto y Validez del Derecho*”. Barcelona: Gedisa, 1994.
- MEJÍA QUINTANA, O. “*La tensión epistemológica entre la filosofía del derecho y la teoría jurídica*”. *Hacia una teoría crítica del derecho* Revista Filosofía UIS, Vol. 15, No. 1, enero-junio de 2016.
- TORROJA MATEU, H. “*El derecho del Estado a ejercer la protección diplomática*” Bosch editor, SL. Barcelona. España, 2007.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana Doc. 45/15 del 31 diciembre 2015. Disponible en <http://www.oas.org>
- AMNESTY INTERNATIONAL PUBLICATIONS. “Sin papeles no soy nadie” personas apátridas en la República Dominicana. Informe Ejecutivo. Publicado originalmente en 2015 por Amnesty International Publications International Secretariat. Disponible en <https://tbinternet.ohchr.or>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del caso de las niñas YEAN Y BOSICO VS. REPÚBLICA DOMINICANA del 8 de septiembre de 2005. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS* CASO VÁSQUEZ DURAND Y OTROS VS. ECUADOR SENTENCIA de 15 de febrero de 2017 Disponible en <http://www.corteidh.or.cr>

.LINDE PANIAGUA, E. y MELLADO PRADO, P., *El sistema político de la Unión Europea*, Madrid, Editorial Pirámide, 1999. CANOSA USERA. R. “Integración europea y fórmula política de la Constitución”. Madrid, Universidad Complutense, 2003.

LAFONT. C. “Justicia global en una sociedad mundial pluralista.” Universidad de Northwestern. *ISONOMÍA* No. 31 / Octubre 2009. Disponible en <http://www.isonomia.itam>.