

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE
EN
DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA

*IUS CONSTITUTIONALE
COMMUNE EN DERECHOS
HUMANOS EN AMÉRICA
LATINA*

Armin von Bogdandy
Mariela Morales Antoniazzi
Eduardo Ferrer Mac-Gregor
COORDINADORES



MAX PLANCK INSTITUTE
FOR COMPARATIVE PUBLIC
LAW AND INTERNATIONAL LAW



EDITORIAL
P O R R Ú A
AV. REPÚBLICA
ARGENTINA, 15
MÉXICO, 2013



Derechos reservados, © 2013 por
Armin VON BOGDANDY
Mariela MORALES ANTONIAZZI
Eduardo FERRER MAC-GREGOR

CONTENIDO

Las características de esta edición son propiedad de
EDITORIAL PORRÚA, S.A. de C.V. — *3
Av. República Argentina, 15, 06020 México, D.F.

Queda hecho el depósito que marca la ley

BIBLIOTECA CONJUNTA CORTEIDH - IIDH	
Fecha de Ingreso:	Octubre 2013
Origen:	Donación Juez Ferrer
Nº Inscripción:	LDH 28402
Precio:	

IMPRESO EN MÉXICO
PRINTED IN MEXICO

PRESENTACIÓN

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR	XI
NOTA PRELIMINAR.	XIII

Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual

ARMIN VON BOGDANDY.	1
--------------------------	---

El concepto del *Ius Constitutionale Commune* Latinoamericano en Derechos Humanos: elementos para una agenda de investigación

JOSÉ MA. SERNA DE LA GARZA	25
----------------------------------	----

Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional

RODOLFO ARANGO	49
----------------------	----

El Estado abierto y el cambio de paradigma de la soberanía: Objetivo y desafío del *Ius Constitutionale Commune*

MARIELA MORALES ANTONIAZZI.	65
----------------------------------	----

La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA	145
-----------------------------------	-----

Ius Constitutionale Commune latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos

FLÁVIA PIOVESAN	181
-----------------------	-----

Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un *Ius Constitutionale Commune Americanum*. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (Sobre el cumplimiento del *Caso Gelman Vs. Uruguay*)

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

207 ✓

PRESENTACIÓN

La expansión que ha experimentado el Derecho Procesal Constitucional en los últimos años resulta innegable. En la hora presente los estudios especializados sobre la materia se incrementan en cantidad y calidad, especialmente en la comunidad latinoamericana.

Esta evolución que se vislumbra con vigor en los países de nuestra región, se debe, por una parte, a la proliferación de reformas legales de los distintos instrumentos procesales que otorgan efectividad a la normativa constitucional y a la dimensión que están alcanzando los diversos tipos de magistratura constitucional, sean como tribunales constitucionales autónomos, salas constitucionales o a través de las nuevas atribuciones conferidas a las cortes supremas, motivando una interpretación dinámica de las cartas fundamentales; y por otra, a la dedicación y esfuerzo realizado por procesalistas y constitucionalistas en establecer los cimientos científicos de la disciplina para su consolidación como reciente parcela del saber jurídico.

Muestra de lo anterior es la creación desde la década de los ochenta del siglo pasado, del *Centro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional* en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Rosario, Argentina, refundado en agosto de 2003 en el *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*. Este Instituto ha celebrado hasta la fecha VIII Encuentros: *I Encuentro* (Rosario, Argentina, 2003); *II Encuentro* (San José, Costa Rica, 2004); *III Encuentro* (La Antigua, Guatemala, 2005); *IV Encuentro* (Santiago de Chile, 2006); *V Encuentro* (Cancún, México, 2008); *VI Encuentro* (San Juan, Argentina, 2009); *VII Encuentro* (Santo Domingo, República Dominicana, 2011) y *VIII Encuentro* (Cádiz, España, 2012).

Nuestro país no podía mantenerse al margen de este movimiento. A más de tres lustros de la reforma constitucional de 31 de diciembre de 1994, que creara un sistema integral de mecanismos de defensa de la normativa suprema; y en la actualidad con el inicio de la Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación*, producto de las trascendentales reformas constitucionales en materia de derechos humanos y de amparo de junio de 2011, se advierte la preocupación y necesidad de seguir profundizando en el estudio sistemático de las garantías constitucionales (a nivel local, federal e internacional), que iniciara Héctor Fix-Zamudio hace más de cincuenta años.

En este contexto, la *Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional* pretende introducir a la comunidad jurídica mexicana de la mejor doctrina sobre la materia, ahora que de manera progresiva la disciplina adquiere carta de naturalización en los programas de las principales facultades, escuelas y departamentos de derecho a nivel licenciatura y posgrado.

Eduardo FERRER MAC-GREGOR

*Director de la Biblioteca Porrúa de
Derecho Procesal Constitucional*

NOTA PRELIMINAR

Esta obra tiene por objeto presentar una aproximación conceptual del *ius constitutionale commune* en derechos humanos en América Latina. Este derecho común se ha configurado como una estrategia para dar respuesta al interrogante sobre cómo entender las estructuras fundamentales del derecho público a la luz de los procesos de apertura y globalización, teniendo en cuenta su caracterización producto del entrelazamiento de los órdenes normativos internacional, supranacional y nacional de protección de los derechos humanos propios del siglo XXI.

Conforme a la construcción emergente del intercambio académico entre el Instituto Max Planck de derecho público comparado y derecho internacional público y expertos latinoamericanos, buscando perfilar los rasgos, tendencias, tensiones y potencialidades del *ius constitutionale commune* en derechos humanos en la región latinoamericana, el proyecto se basa en la tríada integrada por sus objetivos, conceptos clave y desafíos. Entre los objetivos centrales se examina la promoción y observancia de los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho, el desarrollo de la estatalidad abierta y la conformación de instituciones internacionales eficaces y legítimas. La sistematización de los conceptos clave gira en la órbita del diálogo, la inclusión y el pluralismo normativo. Como tercera dimensión se pretende identificar los desafíos esenciales del *ius constitutionale commune* a partir de una concepción integral del derecho público, la argumentación fundamentada en principios y la mayor relevancia que se asigna al derecho comparado.

La conceptualización del *ius constitutionale commune* exige definir y debatir acerca de posturas doctrinarias que combinando las tradiciones jurídicas con el potencial inno-

dor de las corrientes contemporáneas, especialmente implica analizar la fuerza transformadora del derecho de los derechos humanos bajo un enfoque de protección multinivel, estudiando el impacto que tiene la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus órganos guardianes, como son la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Principalmente interesa poner de relieve para el lector el papel del diálogo jurisdiccional en la construcción de este derecho común, entendido desde su vertiente no sólo institucional, como diálogo entre Cortes, apalancado con el mecanismo del “control de convencionalidad”, sino también derivado del diálogo con la sociedad civil. Este último empodera al sistema interamericano de una creciente legitimación social y lo diferencia de otros sistemas de protección de derechos humanos.

En un mundo cada vez más interrelacionado, los Estados latinoamericanos enfrentan retos importantes para articular respuestas jurídicas acordes con los fenómenos de la humanización del derecho, en el sentido de la incorporación progresiva de los tratados de derechos humanos con rango constitucional, proceso además inspirado en principios y valores compartidos en la región. En el marco del contexto global de la internacionalización del derecho, somos testigos que América Latina muestra una permeabilidad constitucional singular así como una expansiva interacción normativa y jurisdiccional. Ello genera, en el plano teórico y práctico, una dinámica de convergencias que no está exenta, sin embargo, de divergencias. Por tanto, surge la necesidad de repensar definiciones jurídicas clásicas, utilizando como herramientas básicas la interdisciplinariedad y el derecho comparado, tomando en cuenta la visión de los diversos actores y protagonistas de los cambios de paradigma, en un escenario de pluralismo normativo. Nuestro propósito, con la presente publicación, es ofrecer los contornos dogmáticos del proyecto del *ius constitutionale commune* en derechos humanos, con vocación para guiar la *praxis*.

Agradecemos la contribución brindada por los autores del libro, que con generoso entusiasmo aportan sus reflexiones y comparten su convicción de que la academia de

las ciencias jurídicas, como parte de una ciudadanía civil interesada en la *res publica*, debe ser crítica para evitar los riesgos de una construcción acrítica, que fácilmente se convierte en apologética y el derecho en un mero instrumento de poder. A la Editorial Porrúa nuestra gratitud por hacer posible la divulgación del proyecto y dar una excelente plataforma para su difusión. A usted lectora o lector, le motivamos a encontrar en estas páginas un abanico de posturas para valorar el contenido del *ius constitutionale commune*, que representa sólo un punto de partida de un cuerpo normativo, jurisprudencial y de doctrina, enfocado a propiciar una cultura jurídica común en el espacio latinoamericano. La propuesta de sistematización del *ius constitutionale commune* aspira impulsar el debate y avanzar en el respeto de los principios democráticos, el Estado de derecho y la garantía de los derechos humanos en América Latina.

Los Coordinadores

Heidelberg y Ciudad de México,
Verano de 2013.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE LATINOAMERICANUM

Una aclaración conceptual¹

Armin VON BOGDANDY

Desde hace varios años se ha gestado un fructífero intercambio en torno al *ius commune* entre el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público y prestigiosos colegas latinoamericanos.² La idea de un *ius constitutionale commune latinoamericanum* tiene larga historia, pero ha adquirido un renovado perfil en este siglo XXI, después de casi cuatro décadas desde que se fundó el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional en 1974, procurando construir canales de comunicación para intercambiar experiencias sobre las distintas normativas y realidades constitucionales, en aquella época difícil de las dictaduras, a fin de colaborar con “los medios académi-

¹ Ponencia presentada en el Encuentro *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum* celebrado el 20.09.2012 y en el Seminario homenaje a Jorge CARPIZO el 05.02.2013 ambos en la UNAM, México.

² Entre las citas al *ius commune*, véase *Voto razonado del juez ad hoc* EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT en relación con la sentencia de la corte interamericana de derechos humanos en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 26 de noviembre de 2010; NÉSTOR SAGÜÉS, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 1, Chile, 2010, pp. 117-136; SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, “El control judicial interno de convencionalidad”, *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, Año V, N° 28, julio-diciembre de 2011, pp. 123-159; MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA, *Inter-American judicial constitutionalism: on the constitutional rank of human rights treaties in Latin America through national and inter-American adjudication*, San José, 2011; FLÁVIA PIOVESAN, “Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano”, *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Vol. 77, N° 4, octubre-diciembre, São Paulo, 2011; *idem*, “Direitos humanos e diálogo entre jurisdições”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional* —RBDC n. 19— jan./jun. 2012.

cos" en el restablecimiento de la democracia.³ El respeto de los derechos humanos, el principio democrático y el Estado de derecho son los ejes centrales de un derecho constitucional latinoamericano y pilares del nuevo *ius constitutionale commune*.

En este marco, expongo mi interpretación de este proyecto jurídico, político y cultural de un derecho común o *ius constitutionale commune* latinoamericano (se usan como sinónimos). Primeramente me refiero a la contribución de la academia en su configuración, para luego sistematizar los tres objetivos, los tres conceptos claves y los tres rasgos esenciales de este *ius constitutionale commune*.

I. DERECHO COMÚN LATINOAMERICANO COMO PROYECTO JURÍDICO, POLÍTICO Y CULTURAL

1. *Constatar el cambio*

El concepto de un derecho común latinoamericano forma parte de un proyecto de evolución, incluso de transformación, hacia un nuevo derecho público en esta región. A mi parecer, está basado en la convicción de que solamente bajo una mirada transformadora, el derecho público y su ciencia pueden enfrentarse exitosamente a los desafíos contemporáneos. Con este propósito, me permito definir mi comprensión de este concepto de un derecho común latinoamericano.

¿Por qué evolución y hasta transformación? Hasta hace poco tiempo, el ámbito principal del poder público, tanto en los países europeos como en los latinoamericanos, se limitaba al Estado. Hoy en día la situación es claramente distinta. Las instituciones supranacionales e internacionales influyen de manera significativa en la convivencia social y en el ejercicio del poder público por los Estados, no solamente en Europa, sino también en Latinoamérica.⁴ El

³ JORGE CARPIZO†, "Treinta años del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional", *Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Estatuto*, México, 2005, p. 18.

⁴ Así el resultado de una serie de estudios comunes ARMIN VON BOGDANDY/FLÁVIA PIOVESAN/MARIELA MORALES ANTONIAZZI (eds.), *Estudios Avanzados de Dere-*

principio de soberanía nos provee de un marco más preciso para ilustrar esta transformación en la estructura básica del derecho público. La noción tradicional del derecho del Estado y del derecho internacional ha sido desarrollada a partir del principio de soberanía, tanto desde el punto de vista de la dogmática jurídica como de la teoría de la legitimación. Según Georg Jellinek todo "puede ser explicado por medio de la soberanía y a partir de la soberanía".⁵ Una de las aportaciones más trascendentes de Latinoamérica a la doctrina del derecho internacional es la doctrina Calvo de 1868, basada precisamente en el principio de soberanía nacional, la igualdad entre ciudadanos nacionales y extranjeros, y la jurisdicción territorial.⁶

La soberanía permite una construcción conceptual que se destaca por su transparencia y coherencia. A pesar de todos los problemas que los conceptos abstractos traen siempre consigo, el principio clásico de soberanía está pro-

tos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público, Elsevier Editora Ltda., Rio de Janeiro, 2013; *idem* (eds.), Igualdad y Orientación Sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su Potencial, Editorial Porrúa, S.A., México, 2012; *idem* (eds.), Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica. Avançando no diálogo constitucional e regional, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011; *idem* (eds.), Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010; ARMIN VON BOGDANDY/HÉCTOR FIX-FIERRO/MARIELA MORALES ANTONIAZZI/EDUARDO FERRER MAC-GREGOR (eds.), *Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011; ARMIN VON BOGDANDY/EDUARDO FERRER MAC-GREGOR/MARIELA MORALES ANTONIAZZI (eds.), *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, 2 vols, 2010; ARMIN VON BOGDANDY/CÉSAR LANDA ARROYO/MARIELA MORALES ANTONIAZZI (eds.), *Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, 2009.

⁵ GEORG JELLINEK, *Die Lehre von den Staatenverbindungen* (1882), editado e introducido por Walter Pauy, 1996, p. 16 y ss., p. 36. Para conceptos paralelos en Latinoamérica JOSÉ MARÍA SERNA, Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano, México, 2012, p. 9-15.

⁶ Según sus postulados, los Estados soberanos gozan del derecho de estar libres de cualquier forma de interferencia (*ingérence d'aucune sorte*) por parte de otros Estados y, los extranjeros gozan de los mismos derechos que los nacionales, de modo que en caso de alguna demanda o reclamación, están obligados a agotar los recursos legales ante los tribunales locales sin pedir la protección e intervención diplomática de su país de origen. Cf: FRANCESCO TAMBURINI, "Historia y destino de la "doctrina calvo": ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 24, Valparaíso, Chile, 2012, pp. 81-101.

visto de una enorme fuerza analítica y normativa. La soberanía, entendida como soberanía *estatal*, es el fundamento del poder del Estado para crear normas jurídicas y hacerlas respetar por todos. La soberanía, entendida como soberanía *popular*, justifica ese poder ya que se basa en el principio democrático. La soberanía, entendida como soberanía *internacional* protege lo antes descrito como un “escudo”⁷ y fundamenta la validez del derecho internacional público de la misma manera en la cual fundamenta la validez del derecho del Estado: a partir de la voluntad del Estado. En resumen: gracias al principio de soberanía, el Estado crea un universo normativo por medio de su ordenamiento jurídico.

Sin lugar a dudas, el principio de soberanía, tanto en el derecho del Estado como en el derecho internacional y en la teoría de la legitimidad, sigue teniendo una gran importancia.⁸ No obstante, a raíz de una serie de cambios contemporáneos, la estructura fundamental del poder público ya no se puede basar solamente en este principio. La apertura y globalización socavan la famosa premisa del principio clásico de soberanía según la cual los Estados son “comunidades independientes”.⁹ Con una imagen, Eyal Benvenisti describe claramente este cambio de paradigma: la vieja soberanía se asemeja a la propiedad sobre una villa situada sola en un gran terreno, mientras que la nueva soberanía se asemeja a la propiedad sobre un apartamento en un inmueble con doscientas unidades.

2. El papel de la academia

La apertura y globalización hacen surgir la pregunta de cómo entender las estructuras fundamentales del dere-

⁷ Muy influyente Carlos Calvo 1863, Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, RÜDIGER WOLFRUM (ed.).

⁸ Compárese con el fallo de la Corte Internacional de Justicia, de 3 de febrero de 2012, *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy: Greece intervening), N.º 57 por el derecho internacional.

⁹ Clásicamente en el Caso Lotus de la Corte Permanente de Justicia Internacional, CPJI, de 7 de noviembre de 1927, *The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey*, Series A, N.º 10 (1927), p. 18.

cho público. Entiendo el concepto de un derecho común latinoamericano como una estrategia para dar respuesta a tal interrogante.¹⁰ Se trata de una noción parecida al concepto de un derecho común europeo.¹¹ Similares son también las estrategias que sustentan otros conceptos como los de un supuesto derecho de la humanidad,¹² un derecho cosmopolita,¹³ un derecho global,¹⁴ un derecho mundial,¹⁵ un derecho mundial interno (*Weltinnenrecht*),¹⁶ o un derecho transnacional.¹⁷ Corresponde a la academia la tarea de profundizar a nivel teórico sobre dichos conceptos e investigar cómo se puede desarrollar sobre tal base un nuevo derecho público.

Con su labor intelectual, los académicos son no solamente testigos, sino también actores en este proceso de transformación; asumen varios papeles.¹⁸ Un rol relevante es precisamente conceptualizar para entender el alcance de las realidades jurídicas a las cuales nos enfrentamos, como son normas, fallos, opiniones, consultas. En el mural del Auditorio Antonio Martínez Baez de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM se lee que no hay revolución sin teoría revolucionaria. Aunque, siendo reformistas, no compartimos la vocación

¹⁰ Véase nota a pie de pág. núm. 1.

¹¹ Algunos impulsos lo ofrecen la Asociación Europea de Derecho (Societas Iuris Publici Europaei/SIPE), la European Public Law Association o el proyecto *Ius Publicum Europaeum*.

¹² ANTÓNIO A. CAÑADO TRINDADE, “International Law for Humankind. Towards a New *Jus Gentium* (I)”, *Recueil des cours* 316 (2005), pp. 9-439; “International Law for Humankind. Towards a New *Jus Gentium* (II)”, *Recueil des cours* 317 (2005), pp. 9-312; CLARENCE WILFRED JENKS, *The Common Law of Mankind*, London, 1958.

¹³ SEYLA BENHABIB, *The Philosophical Foundations of Cosmopolitan Norms*, SEYLA BENHABIB/ROBERT POST (ed.), *Another Cosmopolitanism*. Berkeley Tanner Lectures 2004, Oxford, 2006, p. 13.

¹⁴ RAFAEL DOMINGO, *The New Global Law*, Cambridge, 2010.

¹⁵ MIREILLE DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris 1998.

¹⁶ JÜRGEN HABERMAS, *Der gespaltene Westen: Kleine politische Schriften*, 2004, p. 143, 159 y s.

¹⁷ PHILIP C. JESSUP, *Transnational Law*, New Haven, 1956.

¹⁸ En más detalle ARMIN VON BOGDANDY, *Hacia un nuevo derecho público*, 2010, p. 18-23, 132-144; muy parecida la idea de dogmática teológica protestante, KARL BARTH, *Die kirchliche Dogmatik*, vol. 1,1 (1932) 10. Ed. 1981, p. 1-3.

revolucionaria, este mural expresa bien el papel fundador de la labor conceptual para una praxis exitosa.

El concepto de *derecho común latinoamericano* es una propuesta de orientación en la compleja situación actual. No estamos seguros de que se logre la victoria en el sentido de que se convierta en un fundamento generalmente aceptado por las construcciones jurídicas. Pero ya sería un logro si es útil para nutrir el debate sobre cómo conceptualizar más adecuadamente la realidad normativa en la región.

Otro papel de la academia es sistematizar el material jurídico de conformidad con las estructuras y principios fundamentales que se derivan de la conceptualización, lo que significa relacionar los diversos elementos desde el punto de vista de su aplicación.

Asimismo, la academia tiene una función esencial de criticar o cuestionar, tanto las políticas y actos legislativos, como las decisiones jurisdiccionales. El nuevo derecho público da un papel primordial al juez, el cual necesita un foro de expertos, de carácter público e independiente, que ejerza la crítica de los órganos jurisdiccionales. La academia de las ciencias jurídicas tiene un papel central como parte de una ciudadanía civil que se interesa de la *res publica*. Considero que los autores de un derecho común latinoamericano transitan un camino que no es apologético ni utópico. A los académicos les corresponde ser críticos porque una construcción acrítica fácilmente se convierte en apologética y el derecho en un mero instrumento de poder. Al mismo tiempo, tiene poco sentido ser utópico y reclamar desarrollos o actuaciones irrealizables. El derecho común latinoamericano apuesta por ser progresivo y positivo.

Este texto hace una reconstrucción del derecho común o *ius constitutionale commune* latinoamericano con base en tres objetivos, tres conceptos clave y tres rasgos esenciales. Los tres objetivos son: avanzar en el respeto de los principios de los derechos humanos, del Estado de derecho, y de la democracia, desarrollar el Estado abierto y construir instituciones internacionales eficaces y legítimas. Los tres conceptos claves son diálogo, inclusión y pluralismo normati-

vo. Por último, los tres rasgos esenciales se dirigen a presentar una ciencia del derecho público que abarca el derecho nacional e internacional, la argumentación se realiza con base en los principios y se le asigna una mayor importancia al derecho comparado.

II. OBJETIVOS Y DESAFÍOS DEL *IUS COMMUNE LATINOAMERICANO*

1. *Avanzar en el respeto de tres principios: derechos humanos, Estado de derecho, democracia*

El nuevo derecho público promovido por el *ius commune* latinoamericano se inspira en tres principios fundamentales: el respeto de los derechos humanos, el Estado de derecho y la democracia. En este sentido, el derecho no es concebido solamente como un instrumento de poder, sino que tiene una capacidad emancipadora. No niega que el derecho puede ser corrompido por el poder político,¹⁹ pero tiene una potencialidad emancipadora.

Para dar cumplimiento a dichos principios de la protección de los derechos humanos, del Estado de derecho y la democracia, el *ius commune* parte de la premisa de la insuficiencia del espacio estatal y ello constituye una diferencia respecto de otras concepciones progresistas más antiguas centradas en el Estado. Se admite que el Estado permanece como una institución primordial del derecho público. Ningún autor que promueve un derecho común latinoamericano propaga un derecho público sin reconocerle un papel central a las instituciones estatales. Pero también afirman que las mismas no son suficientes: la garantía y desarrollo de los mencionados principios requieren un Estado abierto e instituciones internacionales fuertes.

2. *Estado abierto*

El segundo objetivo relevante es concretizar el Estado abierto, abierto a las normas e instituciones internaciona-

¹⁹ MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, 2009.

les. Ello no significa que la apertura sea la panacea o remedio a todos los problemas. Seguramente numerosos asuntos necesitan ser resueltos a nivel nacional, y las instituciones nacionales son en primer lugar las responsables para una determinada actuación. Al mismo tiempo, el concepto de un derecho común latinoamericano tiene la convicción de que tener un Estado abierto al derecho internacional, a las instituciones internacionales así como a la comparación jurídica es una herramienta decisiva para el progreso. Con la democratización y el fin de las dictaduras muchos Estados latinoamericanos han optado por abrirse al derecho internacional de los derechos humanos para salvaguardar los principios fundamentales de sus Constituciones.

Las cláusulas de apertura, como las denominó Héctor Fix Zamudio,²⁰ han otorgado rango constitucional a los tratados de derechos humanos y primacía sobre la ley. Para citar sólo algunos ejemplos, el Art. 75 N. 22 de la *Constitución de Argentina* de 1994 enumera una serie de instrumentos a los que asigna rango constitucional.²¹ La *Constitución boliviana* de 2009 dispone que los tratados de derechos humanos prevalecen en el orden interno, agrega que los derechos y deberes consagrados en esa Constitución se interpretarán de conformidad con dichos tratados²² y que éstos se aplicarán de manera preferente cuando declaren derechos más favorables a

²⁰ HÉCTOR FIX ZAMUDIO, "El derecho internacional de los derechos humanos y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Latinoamericana de Derecho*, Año 1, n. 1, 2004, pp. 141-180.

²¹ Constitución de Argentina, Art. 75 Nr. 22 La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

²² Constitución de Bolivia, Art. 13.IV: Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

los contenidos en la Constitución.²³ En México, con la reforma constitucional de junio de 2011, el Artículo 1o. párrafo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos amplió, mediante un reconocimiento explícito en la Constitución, la base de derechos humanos que rige en el país y otorga rango constitucional a los derechos contenidos en los tratados internacionales de los que México es parte.²⁴

Adoptar una postura favorable al Estado abierto genera a su vez el reto de redimensionar un concepto vertebral del derecho constitucional tradicional como es el concepto de soberanía. Esta rama del derecho se funda en el concepto clásico de soberanía del Estado, en la cual todo el sistema jurídico que rige en el territorio nacional se basa en la voluntad del Estado. Bajo una óptica clásica, los sistemas nacionales son entendidos como universos normativos. En cambio, con el paso al Estado abierto, tal universo normativo se transforma en parte del pluriverso normativo, con lo cual se produce un cambio esencial. El derecho vigente en el territorio de un Estado no es totalmente expresión del soberano, del poder popular y por ende surge un problema de legitimidad.

Igualmente desde la perspectiva de la soberanía internacional existen resistencias frente al Estado abierto. Tradicionalmente se dice que todo el derecho internacional se basa en la soberanía, la voluntad y el consenso de los Estados, y bajo ese esquema no es posible que las instituciones internacionales tengan autonomía. Pero hoy día las instituciones internacionales tienen autonomía, por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el

²³ Constitución de Bolivia, Art. 256: I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta. II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables.

²⁴ Mediante la decisión relativa al expediente "Varios 912/2010", de 14 de julio de 2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció sobre las implicaciones de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Radilla, en el marco del nuevo esquema constitucional en materia de derechos humanos.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o el Banco Mundial.

3. Instituciones internacionales fuertes y legítimas

El tercer objetivo que persigue el *ius commune* latinoamericano es lograr instituciones internacionales fuertes, eficientes y legítimas, lo que complementa los dos objetivos anteriores. Un postulado del nuevo derecho público consiste en destacar que hacen falta instituciones más allá del Estado para un mejor desarrollo de los principios fundamentales. Las instituciones internacionales aportan, sobre todo, una contribución sustancial a un sistema fuerte de derechos humanos a través del fortalecimiento y respaldo externo. De la misma manera se requieren instituciones internacionales para atender todos los problemas de la gobernanza global. En el nuevo derecho público deben desarrollarse estas instituciones con base en los principios fundamentales, aunque sus defensores somos conscientes que no es una tarea fácil.

Para los autores de un nuevo derecho público es axiomático que los principios de protección de los derechos humanos, del Estado de Derecho, y hasta de la democracia son de alguna manera relevantes para todas las manifestaciones del ejercicio del poder público, sea estatal, supranacional o internacional. Al mismo tiempo, no están claras las implicaciones derivadas de dichos principios para las instituciones supranacionales e internacionales. El más complejo de todos es el principio democrático. Es evidente que a nivel nacional crear sociedades verdaderamente democráticas representa un desafío; no sólo democracias electorales sino democracias verdaderas. El desafío es aún mayor a nivel supranacional e internacional porque emergen interrogantes en el plano conceptual: ¿Cómo pensar en la democracia respecto a los actos del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? En el caso particular de la Corte Interamericana se conoce que su trabajo se enmarca notoriamente en un proyecto de transformación de

Latinoamérica, pues asume un papel de *lawmaker*.²⁵ Ciertamente, la Corte, como órgano del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, desarrolla mediante su jurisprudencia un mecanismo de protección y consolidación de la democracia en los Estados sometidos a su jurisdicción.²⁶ Ahora bien, ¿basta este razonamiento para calificarla como una institución democráticamente legítima? O ¿es necesario valorar o tomar en cuenta también otros criterios?

La solución no se orienta a concebir las instituciones internacionales como instituciones de un Estado en vía de formación. La gran mayoría de los autores que sostienen que el Estado abierto es un instrumento esencial y que se necesitan instituciones internacionales eficientes no se pronuncian a favor de un Estado global o regional. Opinan que este no es un objetivo convincente porque hay gran valorización de la diversidad y conciencia de la complejidad. En este sentido, el nuevo universalismo que sirve de pilar del concepto de un derecho común latinoamericano no es un universalismo que señale que el Estado entendido como constelación nacional debe desaparecer. El Estado sigue siendo un elemento central en esta visión del nuevo derecho público de ya casi cuatro décadas, pero en interacción con el sistema internacional. El Estado y la soberanía no desaparecen, sino que se han transformado en conceptos ajustados a las dinámicas transnacionales contemporáneas.²⁷ Por tanto, la nueva constelación se vincula con las nuevas formas de articulación del espacio político.²⁸

²⁵ En detalle CHRISTINA BINDER, *The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights*, ARMIN VON BOGDANDY/INGO VENZKE (eds.), *International Judicial Lawmaking*, Springer, 2012, p. 293.

²⁶ Detalladamente, MARIELA MORALES ANTONIAZZI, *Protección supranacional de la democracia en Suramérica*. Un estudio sobre el acervo del *ius constitutionale commune*, Heidelberg, 2013.

²⁷ Desde hace más de un década la doctrina alemana se refiere a una situación "flotante" de la soberanía. Cfr. UDO DI FABIO, *Das Recht offener Staaten*, Tübingen, 1998, p. 94; STEFAN OETTER, "Souveränität-ein überholtes Konzept?", *Festschrift H. Steinberger*, 2002, p. 259 y ss.

²⁸ BAYÓN, J., "Ciudadanía, soberanía y democracia en el proceso de integración europea", disponible en: <http://www2.uah.es/filder/ciudadania-soberaniaydemocracia.pdf>.

Somos conscientes de que el concepto de un derecho común latinoamericano como tal es ambiguo,²⁹ una ambigüedad que se puede explicar mediante los dos paradigmas del universalismo y del particularismo. El paradigma del particularismo se basa en la convicción de que un orden social solamente es posible en el marco de un Estado-nación; lo mismo vale para la realización de los principios democráticos, el respeto de los derechos humanos, y la consolidación del orden público. Es una concepción de larga historia, con Maquiavelo, Carl Schmitt y Samuel Huntington. Los más famosos en el debate contemporáneo son los neoconservadores americanos que sustentaron las políticas de George W. Bush.³⁰ Bajo este paradigma del particularismo, hay dos visiones de un derecho común latinoamericano: o bien optar por un Estado formado por varios Estados actuales de la región, o bien asumirlo como un concepto peligroso, ya que ni siquiera un Estado regional es posible.

Por el contrario, el universalismo argumenta que es posible un derecho público eficaz y legítimo más allá del Estado-nación y esta también es una tradición con un fuerte peso y arraigo. Vinculado a América Latina, es un paradigma que nace con Suárez y Vitoria, con la cuestión acerca de cómo tratar a los pueblos originarios.³¹ Hoy el universalismo se nota en personajes como Antônio Cançado Trindade o Jürgen Habermas. Es un pensamiento extendido, según el cual existe la posibilidad de tener orden en un derecho público que trasciende al Estado-nación. Dada la relevancia que los autores de un *ius commune* latinoamericano dan a

²⁹ En más detalle RAINER GROTE, "Los esfuerzos integradores en el contexto histórico suramericano", y THOMAS FISCHER, "Las iniciativas de integración en la segunda mitad del siglo XX", ARMIN VON BOGDANDY/CÉSAR LANDA ARROYO/MARIELA MORALES ANTONIAZZI (eds.), *Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, 2009, 3, 23.

³⁰ JEREMY A. RABKIN, *Why Sovereignty Matters* (1998); ROBERT KAGAN, "America's Crisis of Legitimacy", 83 *Foreign Affairs* 65, 73 (2004); también JACK L. GOLDSMITH, ERIC A. POSNER, *The Limits of International Law* (2005).

³¹ FRANCISCO SUÁREZ, *De legibus, ac Deo legislatore*, SELECTIONS FROM THREE WORKS, 1 (Suárez, 1944), at 1; FRANCISCO DE VITORIA, *Relectio prior de Indis recentior inventis*, DE INDIS RECENTIOR INVENTIS ET DE JURE BELLI HISPANORUM IN BARBAROS I (De Vitoria, 1952).

los derechos humanos universales, me parece evidente que se inscriben en la tradición universalista.³²

III. CONCEPTOS CLAVES

Tres conceptos claves que pueden explicar el *ius commune* latinoamericano son diálogo, inclusión y pluralismo normativo.

1. Diálogo

El concepto de diálogo se utiliza para calificar varios fenómenos del nuevo derecho público.³³ Aquí nos limitamos al diálogo entre las cortes.³⁴ Para los órganos jurisdiccionales, el concepto conlleva ante todo la necesidad de justificar sus decisiones fundamentándolas en argumentos suficientes. Tradicionalmente, las cortes decidían principalmente a partir de su autoridad; argumentaban poco sus decisiones. En el modelo clásico se inspiraban en la concepción de que los jueces tienen la competencia, la facultad de decidir, se ponen de acuerdo y deciden conforme a la discrecionalidad que les otorga el ordenamiento respectivo. No se veían llamados a sustentar la solución adoptada ni tampoco justificaban que sea la mejor entre otras opciones jurídicamente posibles. En cambio, en el nuevo derecho público, las cortes deben argumentar para convencer a

³² JORGE CARPIZO, "Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características", *Cuestiones constitucionales*, N° 25, julio-diciembre, México, 2011, p. 4; FLÁVIA PIOVESAN, "A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: Desafios e Perspectivas", CÉSAR AUGUSTO BAKDI, (Org), *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*, Rio de Janeiro, 2004, p. 49.

³³ LAURENCE BURGORGUE-LARSEN, "La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial", *Asociación de Constitucionalistas de España: Derecho constitucional europeo*, 2011, p. 41-76; LAURENCE BURGORGUE-LARSEN, *De l'internationalisation du dialogue des juges, Le dialogue des juges*, 2009, p. 95-130; MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, ARMIN VON BOGDANDY/FLÁVIA PIOVESAN/MARIELA MORALES ANTONIAZZI (eds.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica. Avançando no diálogo constitucional e regional*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, pp. 255, 279 ss.

³⁴ José María Serna examina la posibilidad de construir un modelo dialógico para guiar la interacción entre tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cfr. JOSÉ MARÍA SERNA, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, 2012, pp. 243 y ss.

otros actores jurídicos y justificar la toma de determinada decisión, y tal justificación representa un elemento primordial en este modelo de derecho público: hay que dar una justificación del fallo; la autoridad del ente jurisdiccional en sí misma no basta. En la actualidad se puede constatar en muchas cortes la tendencia de adaptarse a este cambio de paradigma.

Asimismo, otro elemento determinante es el diálogo entre las distintas cortes. La decisión de una corte nacional de un país latinoamericano, aunque se trate de la Corte Suprema, puede ser controlada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al mismo tiempo, una decisión de la Corte Interamericana puede ser rechazada por una corte nacional.³⁵ Cuando la Corte Interamericana dicta una sentencia, su implementación puede ser prohibida por tribunales nacionales pues la sentencia de cualquier corte puede ser controlada por otra corte. En el escenario actual, no hay más “últimas palabras”. Ello empuja a los órganos jurisdiccionales a fundamentar racionalmente sus fallos porque tal argumentación es esencial para demostrar que una decisión no es arbitraria.

El concepto de diálogo no implica acuerdo o armonía; a menudo hay desacuerdo entre los participantes de un diálogo. En el campo del derecho, el conflicto es un factor permanente y también se presenta en la relación entre cortes. Es evidente que las cortes no sólo buscan la mejor solución sino que también desean preservar, o incluso afianzar, su propio posicionamiento en la nueva constelación o quieren avanzar proyectos normativos que juzgan importantes. Las cortes muestran preocupación por su papel público y son cautelosas de la situación que ocupan frente a otras cortes. De este modo, es habitual que existan tensiones en torno al diálogo, y que no siempre conduzca al acuerdo.

El concepto de diálogo no requiere armonía, pero solamente funciona si las partes del diálogo están involucradas en un proyecto común. Hay que admitir que la nueva

³⁵ Para un ejemplo elocuente véase el Tribunal Supremo de Justicia venezolano.

situación generada por la inexistencia de “una última palabra” por parte de un tribunal, no deja de producir miedos y angustias. Considero, sin embargo, que se trata de un escenario sumamente positivo, porque es un elemento de una verdadera separación de poderes que responde al fortalecimiento del Poder Judicial. Puede funcionar si las cortes entienden que tienen una responsabilidad común en este nuevo contexto tanto para la aplicación como para el desarrollo del derecho.

2. Inclusión

El segundo concepto clave es la inclusión. Este concepto provee una idea general de uno de los objetivos que aspira alcanzar este nuevo derecho público. Es la idea de la inclusión de *todos* en los grandes sistemas sociales: en el sistema de salud, en el sistema de educación, en el sistema económico y de trabajo, en el sistema político. En otras palabras, el nuevo derecho público debe ser un derecho que combata la exclusión. Ciertamente es un tema de gran trascendencia para Latinoamérica, y por desgracia, también es un problema muy grave en Europa.³⁶ La exclusión es un reto que debe ser abordado desde el derecho público y combatirse a la luz de los derechos humanos.³⁷

El concepto de inclusión lleva a la visión de una sociedad más pacífica, y por eso tiene prioridad en la agenda del nuevo derecho público. Asimismo, el concepto de inclusión abre una nueva perspectiva para la democracia y, en particular, para la instrumentación del principio democrático a nivel internacional. Dicho concepto prevé nuevos mecanismos y no se limita a los de representación. Un ejemplo son las audiencias públicas de la Corte Interamericana en sus sesiones itinerantes en otros países, que pue-

³⁶ JÜRGEN HABERMAS, *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*, 2011, p. 54; NIKLAS LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, pp. 582-585; AMARTYA SEN, *The Idea of Justice*, London 2009, p. 117.

³⁷ JORGE CARPIZO, “Perspectiva de la protección de los derechos humanos en el México de 2010”, HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, DIEGO VALADÉS (Coord.), *Formación y perspectivas del Estado en México*, México, 2010, pp. 98 y ss.

de ser visto como una forma de inclusión³⁸ pues le da a las víctimas y a la población en general una imagen de mayor inserción en el ámbito jurisdiccional.

3. *Pluralismo jurídico*

El tercer concepto es el de pluralismo normativo. La reflexión sobre la relación entre los distintos regímenes jurídicos tiene la dificultad de que sigue siendo concebida bajo la óptica de dos teorías concebidas en los inicios del siglo XX: el monismo y el dualismo.³⁹ Estos conceptos representan, quizás, uno de los logros más destacados de una época en la que la doctrina jurídica dedicó grandes esfuerzos a la consecución de una ciencia autónoma, y revelan la grandeza y los defectos de ese paradigma clásico, usual pero erradamente denominado “positivismo jurídico”; un término más adecuado sería el de “constructivismo jurídico”.

He venido sosteniendo que, como ocurre a menudo con las elaboraciones jurídicas, el contexto de sus orígenes ha sido en gran medida olvidado. Y si se compara la situación actual con la de cien años atrás, se observa que casi todos sus elementos constitutivos han cambiado: la evolución del Estado-nación en el marco del proceso de globalización, el desarrollo espectacular del derecho internacional, y sobre todo, la introducción de disposiciones constitucionales específicas relativas al papel del derecho internacional en los ordenamientos jurídicos nacionales.⁴⁰ Como teorías, el monismo y el dualismo son hoy en día insatisfactorias: sus

³⁸ PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI, GABRIELA PACHECO ARIAS, “Las sesiones “itinerantes” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar por América”, SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, MIREYA CASTAÑEDA HERNÁNDEZ (eds.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, 2009, pp. 37-74.

³⁹ HEINRICH TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899, pp. 12-22; HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1934, pp. 129-154; GEORGES SCHELLE, *Précis de Droit des Gens*, 1932, pp. 31-32.

⁴⁰ Véase ANNE PETERS, “The Globalization of State Constitutions”, ANDRÉ NOLLKAEMPER Y JANNE E. NIJMAN (eds.), *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, 2007, pp. 260-266, 293-305, para una visión panorámica de las reacciones de las Constituciones nacionales frente al derecho internacional y sus técnicas; TOM GINSBURG, “Locking in Democracy: Constitutions, Commitment, and International Law”, N.Y.U.J. INT’L L. & POL., vol. 38, 2006, p. 707.

argumentos son bastante herméticos, sus tesis centrales están poco desarrolladas, los puntos de vista opuestos son simplemente desechados por “ilógicos”, y sus planteamientos no se vinculan al debate teórico contemporáneo. Asimismo, como doctrinas, son igualmente insatisfactorias, ya que no contribuyen a la solución de los problemas jurídicos concretos: las varias elaboraciones actuales no se diferencian en casi nada en cuanto a la respuesta jurídica que aportan respecto a cómo resolver un conflicto concreto.⁴¹

Por todo ello, al discutir la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, la mejor opción es prescindir de los conceptos doctrinales y teóricos de monismo y dualismo. Tal vez puedan ser útiles para indicar una disposición política más o menos abierta hacia el derecho internacional,⁴² pero desde una perspectiva científica son unos zombis intelectuales de otro tiempo que deben descansar en paz o “reconstruirse”. La concepción general de la relación entre las normas internacionales y las del derecho interno debería asentarse en otra base conceptual.⁴³

A partir de las nociones de monismo y dualismo, ya no es posible desarrollar un entendimiento plausible del derecho común latinoamericano ni tampoco de un derecho común europeo. La situación jurídica y política de hoy en día es fundamentalmente distinta a la vigente hace cien años. La manera más sencilla de explicar este cambio es ejemplificar el caso de Alemania, uno de los países en los que dichas teorías encontraron arraigo. Alemania se ha convertido en un Estado constitucional consolidado, las rivalidades con sus países vecinos por territorios coloniales o la lucha por ser un poder mundial ya no existen y más bien se ha insertado, junto con esos mismos vecinos, en una red altamente interconectada de organizaciones supra

⁴¹ CHRISTIAN TOMUSCHAT, “International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century”, *Recueil des Cours*, vol. 281, 1999, p. 9, 363.

⁴² Véase ERIKA DE WET, “The Reception Process in Belgium and the Netherlands”, HELEN KELLER Y ALEC STONE-SWEET (eds.), *The Reception of the ECHR in Europe*, 2008, pp. 11, 25.

⁴³ ARMIN VON BOGDANDY, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, 2011, pp. 287 y ss.

e internacionales, justamente para superar tal rivalidad destructiva.

La idea del dualismo partió de la premisa de que en principio las normas internacionales y las normas nacionales regulan materias distintas.⁴⁴ Sin embargo, en la actualidad muchas normas internacionales regulan cuestiones internas, que a menudo también son objeto de regulación por normas nacionales.⁴⁵ Pero tampoco el monismo ofrece argumentos convincentes, ni desde el punto de vista de la dogmática jurídica ni desde la teoría. Si se habla de derechos fundamentales o de derechos humanos, se hace referencia a normas distintas, las primeras basadas en la Constitución, las otras previstas en los instrumentos internacionales. Hay una cierta variedad terminológica. La Constitución de Guatemala de 1985 utiliza la expresión "Derechos Humanos" al encabezar el Título II, semejante al Título III de la Constitución de Venezuela de 1999, aunque se trata de los derechos basados en el texto constitucional.⁴⁶

Desde un punto de vista más general: cada vez que se cuestiona la validez, rango, efectos o legitimidad de un acto, una norma o una sentencia, el primer examen a realizar es determinar el ordenamiento jurídico específico del que proviene ese acto, norma, o sentencia en cuestión, como se constata en la práctica en todos los órdenes normativos. La primera pregunta es ¿cuál es la fuente? ¿Es una norma de derecho internacional, es una norma de derecho mexicano, es una norma de los Estados Unidos de América? Con base en la respuesta, es decir, conociendo de qué ordenamiento se trata, las cuestiones se resuelven de distintas maneras. De allí la utilidad del concepto de pluralismo jurídico como concepto más apto para describir y analizar la constelación posnacional.

⁴⁴ HEINRICH TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, C. L. Hirschfeld, Leipzig, 1899, pp. 11-15; Cfr. ULRICH GASSNER, HEINRICH TRIEPEL, *Leben und Werk*, 1999, pp. 446-451. El monismo de Kelsen nace de la debilidad de esta premisa.

⁴⁵ CHRISTIAN TOMUSCHAT, "International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century", *Recueil des Cours*, vol. 281, 1999, p. 63 (el derecho internacional como un "modelo de vida social").

⁴⁶ JORGE CARPIZO, † "Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características", *Cuestiones constitucionales*, N° 25, julio-diciembre, México, 2012, p. 13.

En tanto representan construcciones dogmáticas específicas, el monismo y el dualismo no ofrecen soluciones plausibles a ninguna de las preguntas jurídicas relevantes del momento actual. Como construcciones teóricas para comprender la estructura general del derecho son igualmente inútiles, tanto analítica como normativamente. Finalmente es preciso apuntar a título de crítica que el dualismo afronta el mismo destino del concepto tradicional de soberanía, mientras el monismo, que sostiene la primacía incondicional del derecho internacional público, comparte las mismas debilidades de las propuestas teóricas de un derecho constitucional mundial. Aplicado al derecho común latinoamericano, es necesario concebirlo no como un ordenamiento único, sino como una forma de relación entre normas de varios sistemas que comparten una misma finalidad. Está compuesto por normas internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos y a la vez por normas nacionales con la misma vocación, como son por ejemplo las cláusulas de apertura o las cláusulas interpretativas,⁴⁷ conforme a las cuales los derechos fundamentales deben interpretarse en armonía con los instrumentos internacionales ratificados por el país.

Existen abundantes propuestas conceptuales para abordar la nueva constelación. De particular importancia podemos mencionar los siguientes conceptos: multinivel, red, y unión (Verbund).⁴⁸ Estas propuestas conceptuales forman parte del debate internacional que concibe estas nuevas constelaciones a partir del pluralismo jurídico. De Ibero y Latinoamérica emerge también una nueva doctrina orien-

⁴⁷ MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA, "La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano", Conferencia en el Encuentro de Expertos "El concepto del *Ius Constitutionale Commune* como dimensión de la investigación", México, 20 de septiembre de 2012.

⁴⁸ GIULIO ITZGOVICH, "Legal Order, Legal Pluralism, Fundamental Principles. Europe and Its Law in Three Concepts", *ELJ* 18 (2012), pp. 358 (370). Schmidt-Aßmann utiliza distintas expresiones como asociación unión, conjunto interrelacionado, o estructura asociativa para describir el término alemán Verbund. Véase EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos", BARNES (ed.), *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, 2007, pp. 15 ss.

tada hacia un sistema jurídico plural en el que se entrecruzan principios, normas y regulaciones de los órdenes internacional, supranacional y estatal, categorizado bajo distintas nociones como “redes horizontales de colaboración”,⁴⁹ recíproca”,⁵⁰ red de constituciones,⁵¹ influjos y lecturas simultáneas,⁵² normativismo supranacional,⁵³ transconstitucionalismo.⁵⁴ Incluso algunos autores latinoamericanos acuden a la figura geométrica del trapecio para ilustrar el proceso de desdibujamiento de la famosa pirámide kelseniana y aludir al fenómeno de entrelazamiento normativo.⁵⁵ Una explicación teórica convincente sobre cómo reconstruir la pirámide kelseniana provendrá probablemente de una teoría del pluralismo jurídico,⁵⁶ pues tiene mayores posibilidades de suministrar conceptos que ayuden a comprender cómo los juristas, los políticos y los ciudadanos se desenvuelven y actúan en este ámbito. La conclusión central compartida por todas las concepciones pluralistas consiste en no considerar a las distintas normas del derecho internacional público, del dere-

⁴⁹ JUAN PAMPILLO BALIÑO, J., “The legal integration of the American continent: an invitation to legal science to build a new *ius commune*”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 17, n. 3, pp. 517-553, p. 519.

⁵⁰ PEDRO CRUZ VILLALÓN, “El papel de los tribunales constitucionales nacionales en el futuro constitucional de la Unión”, *Une communauté de droit*, 2003, pp. 271-282.

⁵¹ RAFAEL BUSTOS, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, 2012, pp. 13 y ss.

⁵² Como zona de convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional, véase PEDRO NIKKEN, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n. 72, Caracas, 1989; GERMÁN BIDART CAMPOS, DANIEL HERRENDORF, *Principios de Derechos Humanos y Garantías*, Buenos Aires, 1991, pp. 195 y ss.

⁵³ AGUSTÍN GORDILLO, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, 2005, p. III.10.

⁵⁴ MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, 2009, pp. 115 y ss.

⁵⁵ FLÁVIA PIOVESAN, “Direitos humanos e diálogo entre jurisdições”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional* (RBDC), n. 19, 2012, p. 67.

⁵⁶ Cfr. WILLIAM BURKE-WHITE, “International Legal Pluralism”, *MICH. J. INT'L.*, vol. 25, 2004, p. 963; FRANZ VON BENDA-BECKMANN, “Who's Afraid of Legal Pluralism”, *J. Legal Pluralism & Unofficial L.*, vol. 47, 2002, p. 37; KEEBET VON BENDA-BECKMANN, “Globalisation and Legal Pluralism”, *INT'L L. F.*, vol. 4, 2002, p. 19; THEO ÖHLINGER, “Unity of The Legal System or Legal Pluralism: the Stufenbau Doctrine in Present-Day Europe”, ANTERO JYRÄNKI (ed.), *National Constitutions in the Era of Integration*, 1999, pp. 163-174; PAUL SCHIFF BERMAN, “Global Legal Pluralism”, *S. CAL. L. REV.*, vol. 80, 2007, p. 1155; ANDREAS FISCHER-LESCANO, GUNTHER TEUBNER, *Regime-Kollisionen*, 2006, pp. 163-169.

cho supranacional o del derecho estatal nacional como parte de un ordenamiento jurídico unitario y por lo tanto en rechazar el paradigma de jerarquía como mecanismo que define la relación entre dichos ordenamientos.

Las teorías pluralistas se dividen en dos campos. La teoría más radical parte de la visión de que los conflictos que se ocasionan son conflictos de poder y que son intrínsecamente políticos, en los que el razonamiento jurídico tiene un papel insignificante.⁵⁷ La teoría del diálogo tiene un punto de partida diametralmente opuesto: parte de la observación de que los diversos regímenes jurídicos e instituciones normalmente desarrollan relaciones jurídicas estables, a pesar de su independencia normativa y de los posibles conflictos. Esta posición sostiene que los conflictos graves sean más bien la excepción, ya que la regla se manifiesta en un trabajo conjunto y fructífero.⁵⁸ Quien elige la regla como punto de partida para el pensamiento científico, como Hegel, y no la excepción, como Carl Schmitt, optaría por el pluralismo dialógico, en consonancia con el segundo concepto clave postulado por los partidarios del *ius commune* latinoamericano.

IV. RASGOS ESENCIALES

1. Una ciencia del derecho público integral

Un primer rasgo se relaciona con la concepción del derecho público como disciplina que abarca el derecho constitucional y el derecho internacional. Aunque jurídica-

⁵⁷ GUNTHER TEUBNER, “Globale Bukovina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus”, *Rechtshistorisches Journal* 15 (1996), p. 255 (261-2, 273). En esta línea se inscribe la reacción de Venezuela ante los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. El Tribunal Supremo de Justicia sostiene la tesis de la “inejecutabilidad” de la sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y solicitó denunciar la Convención Americana alegando usurpación de funciones por parte de la Corte Interamericana de derechos Humanos. Véase Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Expediente N° 08-1572. Sentencia del 18 de diciembre de 2008. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scom/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>.

⁵⁸ LAURENCE BURGORGUE-LARSEN (ed.), *Les interactions normatives*, París: Pedone, 2012.

mente permanecen como ordenamientos distintos, los académicos y operadores del nuevo derecho público deben estudiarlos como regímenes imbricados. Hoy en día, cuando en Argentina, Brasil o México se plantea ante un tribunal una cuestión que puede afectar a un individuo en su entorno vital, cada operador jurídico debe buscar los argumentos tanto en la Constitución nacional como en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la jurisprudencia interamericana. En el campo económico igualmente ocurren numerosas situaciones que generan la confluencia del derecho nacional y otros órdenes normativos, como por ejemplo el derecho de la Organización Mundial del Comercio (OMC) o en México, el derecho del TLCAN.

Es indispensable que los operadores jurídicos conozcan el derecho nacional y el derecho internacional para hacer bien su trabajo y responder a su rol social. Por tanto, hay que relacionar, quizás fusionar, estas dos disciplinas. Esta postura marca un nuevo hito en la constelación binaria: derecho constitucional y derecho internacional. En efecto, el derecho constitucional y el derecho internacional en la mayoría de los Estados se han desarrollado como dos ámbitos de estudio separados, dos áreas de conocimiento distintas, con identidades de las disciplinas académicas tan disímiles como férreas. Habitualmente se formula la pregunta: ¿Eres internacionalista o constitucionalista? Una vez que un académico se ha declarado constitucionalista, tener la osadía de aproximarse a los instrumentos internacionales enfadará a los internacionalistas tradicionales y viceversa. El nuevo derecho público, el derecho común latinoamericano, ataca tradiciones muy profundas en los sistemas de derecho, pero hay que sostener, reiteradamente, que debe avanzarse hacia una comprensión integral y no fragmentada.

2. Argumentación con base en los principios fundamentales

El segundo punto de los rasgos esenciales es el referido a argumentar con base en los principios. Ello también significa un cambio trascendente porque va contra el norma-

tivismo tradicional, focalizado principalmente en reglas. El nuevo derecho público conlleva una cultura jurídica que da un mayor espacio a los principios, es decir, las amplias normas de alto contenido ético.

Un argumento a favor de la conceptualización jurídica de los conflictos políticos y sociales como conflictos de principios, es que ello puede conducir a su canalización y tal vez incluso a su racionalización. La argumentación a partir de principios también puede jugar un papel de apoyo para los discursos democráticos,⁵⁹ lo cual no está exento de críticas. Asimismo, una decisión judicial que presenta un conflicto real como conflicto de principios y emplea la ponderación de principios es más inteligible para la mayoría de los ciudadanos que un razonamiento 'técnico-jurídico' fraseado en lenguaje hermético, que oscurece las valoraciones del tribunal. Concebir las controversias jurídicas como conflictos de principios es positivo a la luz del principio democrático, ya que promueve el discurso público en las decisiones judiciales.

3. El derecho comparado

Para terminar, un breve comentario sobre la importancia del derecho comparado para el *Ius Commune* Latinoamericano en materia de derechos humanos. ¿Por qué estudiar derecho comparado? Hay varias razones. Primero, para entender mejor nuestra propia situación. La comparación es un mecanismo fundamental para entenderse a sí mismo. Segundo, para evaluar qué se puede aprender de otros sistemas. En Latinoamérica, con certeza, existe una gran diversidad, pero también similitudes y convergencias, aportes, experiencias y evoluciones comunes en los distintos países de la región, que permiten aprender unos de los otros, lo que favorece y da sentido a un derecho común. Así, el nuevo derecho público y sobre todo el concepto de derecho común latinoamericano tiene entre sus pilares la comparación jurídica con la finalidad de que los operadores

⁵⁹ LARRY SIEDENTOP, *Democracy in Europe*, 2000, p. 100.

jurídicos se entiendan como parte de un mundo jurídico que es más amplio que el Estado-nación para activar la capacidad del derecho de hacer progresar a las sociedades.

Para concluir quiero subrayar que no pretendo que estas ideas de un nuevo derecho público sean del todo innovadoras. Por el contrario, es un enfoque vinculado a la labor de destacados juristas latinoamericanos que han dejado un legado sobre este proyecto del *ius constitutionale commune* como un nuevo derecho público para la región, del cual otros espacios jurídicos, como por ejemplo el europeo, pueden tomar inspiración.

EL CONCEPTO DEL *IUS COMMUNE* LATINOAMERICANO EN DERECHOS HUMANOS: ELEMENTOS PARA UNA AGENDA DE INVESTIGACIÓN

José Ma. SERNA DE LA GARZA

SUMARIO: I. Problemática a tratar. II. Globalización y Gobernanza global. III. Retos del derecho público en el contexto de la globalización. IV. Elementos para el diseño de una agenda de investigación. V. Conclusión.

I. PROBLEMÁTICA A TRATAR

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

Sin embargo, y esta es la premisa de la cual parte mi análisis en este ensayo, en la era de la llamada *globalización* existen fenómenos y procesos que han producido transformaciones importantes en lo que es la base misma de las concepciones tradicionales del derecho constitucional.² Es

¹ SAUNDERS, Cheryl, "Use and Misuse of Comparative Constitutional Law", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 13, No. 1, 2006, p. 50.

² Para una reflexión más extensa y detallada sobre este tema y otros vinculados con el impacto de la globalización en el derecho constitucional mexicano, se

decir, una serie de procesos identificados con la globalización han afectado al Estado-nación, y ello obliga, por un lado, a reflexionar sobre el impacto e implicaciones que esas transformaciones pueden tener sobre las normas del derecho constitucional de los estados nacionales y más en general sobre sus sistemas jurídicos; y, por otro lado, a replantearnos la función y alcances del derecho constitucional como disciplina (en las vertientes de la teoría constitucional, la dogmática constitucional y el derecho constitucional comparado).³

II. GLOBALIZACIÓN Y GOBERNANZA GLOBAL

Ahora bien, ¿qué hemos de entender por *globalización*? Sin pretender entrar en este trabajo en un debate que ha ocupado a connotados científicos sociales en los últimos años,⁴ sostenemos que la globalización se caracteriza por: A. La intensificación de las relaciones sociales a escala mundial; B. El surgimiento de una cierta forma de organización de la actividad económica, de alcance transnacional; C. El surgimiento de nuevos actores en la política internacional; D. La formación de redes transnacionales de generación, flujo e intercambio de patrones culturales; y E. La emergencia de problemas de dimensión planetaria. Por

puede revisar mi trabajo titulado: *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, UNAM, México, 2012.

³ Un punto de partida similar al aquí planteado se puede encontrar en el trabajo de Himsforth, para quien las constituciones, como se entienden en los tiempos modernos, son conceptualmente inseparables de los estados. Las constituciones que definen los límites del poder público, que atribuyen autoridad legítima entre órganos públicos; y que determinan derechos y deberes de los ciudadanos, presuponen un estado en relación con el cual esos procesos puedan ocurrir. Las reglas constitucionales no tendrían ningún sentido si no se les ve operar dentro del compás de un Estado, definido por referencia a una población y territorio identificables. Para este autor, es el Estado lo que da todo sentido a la tradicional discusión —analítica y normativa— de los principios y valores que informan las reglas de la constitución misma. HIMS FORTH, C.M.G., "In a State No Longer: The End of Constitutionalism?", *Public Law*, 1996, pp. 639-648.

⁴ Como por ejemplo HELD, David y MCGREW, Anthony, *Globalización/Antiglobalización, Sobre la reconstrucción del orden mundial*, Paidós, Barcelona, 2003; BARTELSON, Jens, "Three Concepts of Globalization", *International Sociology*, Vol. 15, no. 2, June, 2000; THERBORN, Göran, "Globalizations, Dimensions, Historical Waves, Regional Effects, Normative Governance", *International Sociology*, Vol. 15, no. 2, June, 2000.

otra parte, y para tratar de aclarar más nuestra comprensión del referido fenómeno, consideramos importante tener claro lo que la globalización **no** es: la globalización no es un concepto unitario pues se refiere a procesos y dimensiones distintas; tampoco es enteramente nueva, pues responde a tendencias históricas seculares con antecedentes identificables; no es regular, sino irregular;⁵ y no significa universalidad ni implica homogeneidad.⁶

Por otra parte, consideramos que el análisis del término "gobernanza" puede servir de base para generar un marco conceptual que nos ayude a entender las transformaciones del Estado en la actualidad. Debemos apuntar, sin embargo, que dicho término está lejos tener un significado único y aceptado por todos. Ello no obstante, puede identificarse en algunas de sus significaciones (diríamos que las dominantes en el ámbito académico) una serie de implicaciones que se refieren a procesos de cambio en el Estado y su entorno, lo cual ha abierto debates teórico-conceptuales que también afectan a nociones tradicionales del derecho público. Dicho lo anterior, partiremos de una distinción entre la dimensión doméstica o interna del concepto de gobernanza, y la dimensión internacional o global del referido término, en el entendido de que en el presente ensayo nos ocuparemos de la segunda dimensión. Pero debemos tener presente que la revisión de las dos dimensiones es lo que ha de permitir reconocer de manera

⁵ Es decir, su impacto en los diversos países es variable, dependiendo de diversas circunstancias, tales como la posición del Estado en el sistema político-militar mundial; la posición del Estado en la división internacional del trabajo; la consolidación interna de las instituciones del Estado-nación, entre otras.

⁶ Keohane y Nye explican estas dos últimas características con algunos ejemplos: a pesar que existen ciertos procesos que hemos identificado como globalización, millones de personas (la mayor parte de la humanidad, de hecho) no tienen acceso a computadoras, ni a internet, ni siquiera a teléfonos; cientos de millones de personas viven como campesinos pobres en pueblos remotos sin conexión con los mercados globales o con el flujo de ideas. Además, el mundo está lejos de una convergencia en torno a ciertos valores e instituciones (piénsese, por ejemplo, en la división entre el mundo cristiano y el mundo musulmán). KEOHANE, Robert O. y NYE, Joseph S. Jr., "Introduction", en NYE, Joseph y DONAHUE, John (eds.), *Governance in a Globalizing World*, Brookings Institution Press, Washington D.C., 2000, pp. 2-3.

integral algunas de las transformaciones que experimenta el Estado en la era de la llamada globalización.⁷

Gobernanza es un concepto que en su connotación actual, es producto del debate académico sobre las transformaciones del Estado, así como del discurso analítico y prescriptivo de diversos organismos y agencias internacionales. Al lado de otros conceptos como "governabilidad" y "nueva gestión pública", es manifestación de una serie de cambios que han ocurrido tanto a nivel de concepción teórica como de realidad empírica acerca de lo que el Estado es, y de lo que *debiera ser*.

Como observa Aguilar, gobernabilidad, gobernanza (y, nosotros añadimos, la "nueva gestión pública") son conceptos de alguna manera "emparentados", o articulados alrededor de la misma problemática (la del gobierno o dirección de la sociedad), si bien hacen referencia a distintas interrogantes y realidades.⁸ Incluso puede afirmarse que en cierta forma, el debate sobre el concepto de gobernabilidad, con la connotación general que se le dio en la ciencia política a partir de finales de los años setenta del siglo XX, anunció el surgimiento del concepto de gobernanza, en su significación actual.⁹

Ahora bien, una de las vertientes por las que se puede analizar el impacto de la llamada globalización sobre el

⁷ Un análisis extenso del concepto de gobernanza puede encontrarse en mi ponencia titulada "Reflexiones en torno al concepto de Gobernanza Global y su impacto en el ámbito jurídico", que ha sido publicado en las Memorias del Seminario Permanente de Derechos Humanos. V. Jornadas, coordinado por el Dr. Luis T. Díaz Müller. El Seminario tuvo lugar el 29 de octubre de 2009, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Y también en mi trabajo titulado, *Globalización y Gobernanza: Las Transformaciones del Estado y sus Implicaciones para el Derecho Público (Contribución para una Interpretación del Caso de la Guardería ABC)*, UNAM, México, 2010.

⁸ Esto lo afirma Aguilar Villanueva al explicar la diferencia entre "governabilidad" y "gobernanza". AGUILAR VILLANUEVA, Luis F., *Gobernanza y Gestión Pública*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008, p. 38.

⁹ Al parecer, el término 'gobernanza' proviene del francés, de donde pasó al inglés, siendo entendido primero como 'dirección de navíos', si bien posteriormente fue ampliando su significado hacia ideas como la de gobierno, administración y dirección. Ver SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Juan, *Gestión Pública y Governance*, Instituto de Administración Pública del Estado de México, 2a. ed., Toluca, 2006, p. 18.

ámbito jurídico, es la que se desarrolla a partir del estudio del concepto de *governanza* y, más específicamente, del concepto *governanza global*. Como se verá más adelante, dicho concepto alude a una serie de transformaciones vinculadas a la globalización, que han afectado el entorno y las capacidades de los Estados nacionales. A su vez, lo anterior ha abierto debates sobre el papel del derecho en lo que algunos califican como un 'contexto post-nacional'.¹⁰

La discusión sobre la llamada "Gobernanza global" corre por una ruta distinta al debate que se ha dado sobre la *governanza* en su dimensión interna o doméstica, si bien se pueden encontrar importantes puntos de contacto entre ambas perspectivas.¹¹ Una aportación relevante que se ha hecho en el examen del primer concepto, se puede encontrar en el trabajo de Keohane y Nye. Estos autores parten de la siguiente concepción general de gobernanza, entendida como "...el proceso y las instituciones, tanto formales como informales, que guían y limitan las actividades colectivas de un grupo. El gobierno es el subconjunto que actúa con autoridad y crea obligaciones formales. Gobernanza no necesariamente tiene que ser conducida por los gobiernos y por organizaciones internacionales a las que les delegan autoridad. Empresas privadas, asociaciones de empresas, organizaciones no-gubernamentales (ONGs), y asociaciones de ONGs participan en ella, de manera frecuente en asociación con órganos gubernamentales, para crear gobernanza; a veces sin autoridad gubernamental."¹²

¹⁰ Douglas CHALMERS desarrolla este concepto en su artículo "Post-nationalism and the Quest for Constitutional Substitutes", *Journal of Law and Society*, vol. 27, no. 1, Marzo, 2001, pp. 178-217.

¹¹ No examinamos en el presente ensayo el concepto de gobernanza en su dimensión interna. Simplemente mencionaremos que dicho concepto alude ya sea a una nueva forma de concebir la conducción de los asuntos colectivos de una sociedad "más allá del Estado", es decir, con la corresponsabilidad de actores no-estatales; o bien se asocia a la noción de "good governance", ligada a las recomendaciones del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, dirigidas a los Estados para lograr la estabilidad económica y el cambio estructural (entre las cuales se encuentran dos que han abierto debates importantes y de relevancia para el derecho público, como lo son las privatizaciones y la llamada "nueva" regulación).

¹² KEOHANE, Robert y NYE, Joseph, "Introduction" en Nye, Joseph y Donahue, John (eds.), *Governance in a Globalizing World*, Cambridge USA, 2000, p. 12.

En su intento por explicar la noción de gobernanza (global), Keohane y Nye observan que la globalización está teniendo un efecto sobre los Estados, y en especial sobre los mecanismos tradicionales (inter-gubernamentales) que guían y limitan la acción colectiva de la comunidad internacional de Estados (es decir, sobre los mecanismos tradicionales de *gobernanza* a nivel internacional). Sin embargo —afirman— el efecto sobre los Estados no significa que éstos se hagan obsoletos sino que el Estado nación está siendo complementado con otros actores privados y del “tercer sector” (por esto entienden, fundamentalmente, las ONGs), en una geografía más compleja. Así, para ellos el Estado nación es aún el actor más importante en el escenario de la política global, pero no es el único actor importante, y el resultado de ello es la transformación del propio Estado nación y la creación de política en nuevos espacios de competencia.¹³

Por otro lado, y ante la imposibilidad de un gobierno mundial, Keohane y Nye ven una solución intermedia para resolver problemas de gobernanza global: un conjunto de prácticas que mejoren la cooperación y creen válvulas de seguridad para canalizar presiones políticas y sociales, consistente con el mantenimiento de los Estados nación como la forma fundamental de organización política. No obstante, al lado de éstos, existen hoy un conjunto heterogéneo de agentes, privados y públicos, que contribuyen a la generación de orden y a la conducción de asuntos a nivel global, cuya eficacia depende de las redes en que se encuentran inmersos y la posición que ocupen dentro de dichas redes. Asimismo, se trata de redes de gobernanza en las que ninguna jerarquía es dable a ser aceptable o efectiva.¹⁴

Podemos afirmar entonces que la llamada gobernanza global involucra complejas interacciones entre Estados, or-

¹³ Se refieren a estas estructuras de gobernanza como “networked minimalism”. “Networked —because globalism is best characterized as networked, rather than as a set of hierarchies. Minimal— because governance at the global level will only be acceptable if it does not supersede national governance and if its intrusions into the autonomy of states and communities are clearly justified in terms of cooperative results.” *Ibid*, pp. 12-14.

¹⁴ *Ibid*, p. 14.

ganizaciones intergubernamentales, y actores no-estatales de diversa índole (como empresas transnacionales y ONGs internacionales), que tienden a generar orden y a organizar la acción colectiva, para así atender los problemas globales.

El escenario planteado por los fenómenos, procesos y actores vinculados con el concepto de gobernanza global nos obliga a intentar una interpretación, si no es que un diagnóstico, desde la perspectiva del derecho público. Esto es así, en razón de que con aquél se ven afectados ciertos presupuestos que el derecho público tenía plenamente resueltos dentro de su esquema tradicional: ¿Quién crea el Derecho?: el Estado; ¿dónde ocurre la política?: en el Estado o entre Estados. Sin embargo, lo que aquí hemos afirmado acerca de la gobernanza global nos muestra indicios que inducen a por lo menos revisar los esquemas conceptuales tradicionales.

Ahora bien, debemos también mencionar que ya desde los años ochenta del siglo XX Sorensen observaba la emergencia de un campo formado por estructuras organizacionales creadas a nivel internacional a través de tratados, que no solamente prescriben ciertas reglas de conducta para los Estados que son parte, sino que además crean órganos a los que se les otorgan ciertos poderes. Una parte esencial de esos tratados consiste en reglas relativas a competencias, que por medio de criterios positivos o negativos determinan los poderes de los órganos. A ese campo, Sorensen le dio el nombre de “órdenes jurídicos autónomos a nivel internacional”.¹⁵ Es decir, a través de tratados, ciertos órganos reciben de los estados atribuciones para realizar ciertas tareas, y para ello emplean ciertas formas jurídicas y establecen límites jurídicos, lo cual constituye fenómenos jurídicos que son similares —dice Sorensen— a las constituciones de los Estados.¹⁶

¹⁵ SORENSEN, MAX, “Autonomous Legal Orders: Some Considerations Relating to a Systems Analysis of International Organizations in the World Legal Order”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 32, parte 3, julio, 1983, p. 562.

¹⁶ *Ibid*, pp. 562-563.

De manera interesante, Sorensen se pregunta si las organizaciones internacionales individuales, dentro del sistema internacional, pueden ser identificadas como sub-sistemas autónomos; ante lo cual —sostiene el referido autor— la investigación debe dirigirse a descubrir si existen características especiales que hacen posible la identificación de sub-sistemas autónomos. Así, para Sorensen, tales características tendrían que ser detectadas sobre todo en los campos de creación y aplicación de derecho y de resolución de disputas.¹⁷

Consideramos que la indicación de Sorensen es particularmente útil, en razón de que nos da criterios jurídicos y formales para determinar el carácter “semi-autónomo” de un orden jurídico creado a nivel internacional. Con base en esa orientación, podemos adelantar la premisa de que en el horizonte mexicano se puede ver al menos cuatro órdenes jurídicos a nivel internacional en los que existen órganos que crean y aplican derecho de manera autónoma, y cuyas decisiones son vinculantes para el Estado mexicano: los órganos de resolución de disputas de la OMC; los órganos de resolución de disputas del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y los del Capítulo 19 del propio TLCAN y, en otro ámbito, con otra cobertura, y respecto de otros sujetos y objetos de protección, los órganos de protección de derechos humanos en el ámbito interamericano. Además, debemos sumar a esta lista la influencia que algunas instituciones de la gobernanza global económico-financiera han ejercido sobre el cambio normadito en México: se trata del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional.¹⁸

¹⁷ Cabe señalar que la conclusión de Sorensen es que efectivamente, existe una multitud de sistemas independientes, lo que le lleva a preguntarse si eso lleva a la fragmentación del orden jurídico universal. Sin embargo, ve evidencia de que el orden jurídico internacional engloba a la gran variedad de órdenes jurídicos autónomos como sub-sistemas. Existen mecanismos que sirven para entrelazar los sub-sistemas jurídicos y combinarlos en sistemas superiores, incluso cuando no hay una integración formal. *Ibid.*, p. 564 y 575-576.

¹⁸ Stephen Zamora, ha observado lo que denomina ‘presiones legislativas desde arriba’, refiriéndose con ello a la influencia que instituciones como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM) o el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) ejercen sobre países como México, al impulsar en ellos

Si la creación y aplicación de derecho por parte de dichos órganos incide o tiene el potencial de incidir de alguna forma en los arreglos constitucionales de los Estados nacionales, entonces podremos identificar otro de los puntos clave que forman parte del planteamiento que el presente ensayo pretende someter a la discusión.

III. RETOS DEL DERECHO PÚBLICO EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN

La realidad del derecho en la era de la globalización nos presenta un escenario como el siguiente: ahora los órdenes jurídicos nacionales coexisten con otros órdenes a nivel supra o internacional; asimismo, esos órdenes jurídicos entran en complejas y múltiples interacciones verticales y horizontales, formales e informales. Por otra parte, cada vez se da con mayor fuerza una práctica jurídica internacional en gran escala, que implica desde servicios de asesoría, transacciones y mecanismos de resolución de disputas, hasta la estructuración y operación de redes transnacionales de defensa en el ámbito de derechos humanos; y sucede también que ha habido una gran expansión del llamado ‘soft law’ (no vinculante pero en muchos casos eficaz), en cuya producción participan en muchos casos actores no estatales; y, finalmente, ocurre que la interpretación constitucional en el mundo está tomando un carácter cada vez más cosmopolita, al tiempo que la “jurisprudencia comparada” asume un lugar central en las decisiones de la justicia constitucional.¹⁹

reformas jurídicas e institucionales. En este sentido, afirma Zamora que si bien es cierto que estas actividades no implican una asignación de poder legislativo *per se* a las autoridades supranacionales, muestran cómo la competencia legislativa se ve influida por agencias más allá de las instituciones del gobierno nacional. E incluso, en el caso de México, afirma que estas instituciones financieras internacionales casi parecen ser como una cuarta rama del gobierno, influyendo el curso de la regulación económica en formas que la mayoría de la gente en los EUA encontrarían completamente inapropiada. ZAMORA, Stephen, “Allocating Legislative competence in the Americas: the Early Experience under NAFTA and the Challenge of Hemispheric Integration”, *Houston Journal of International Law*, vol. 19, no. 3, 1997, pp. 640-641.

¹⁹ Ver REIMANN, Mathias, “Centennial World Congress on Comparative Law: Beyond National Systems: A Comparative Law for the International Age”, *Tulane*

De hecho, sostenemos que es posible plantear una serie de hipótesis, que de verificarse en la realidad plantean problemáticas que las categorías tradicionales del derecho público no pueden resolver. En este sentido, consideramos que dichas categorías (que en su conjunto integran lo que podríamos llamar el modelo tradicional del Estado constitucional y democrático de derecho), enfrentan problemas importantes cuando se les confronta con hipótesis como las siguientes:

- A) Si existen procesos de 'trasplante jurídico', 'difusión del derecho', 'circulación de instituciones jurídicas' que rompan o por lo menos debiliten la idea de un sistema jurídico nacional que expresa los ideales nacionales y la unidad de la cultura de la nación. Pensemos, por ejemplo, en ciertos modelos normativos que ponen en circulación y promueven instituciones como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, en donde la asistencia financiera se vincula a la asistencia técnica que tiene impactos relevantes en los sistemas jurídicos de muchos países. En este tema, Fix y Ayllón han vinculado la significativa reforma institucional ocurrida en los países de la región desde el inicio de los ochenta del siglo pasado, a los severos programas de ajuste diseñados, promovidos y monitoreados por organizaciones financieras internacionales como el BM y el FMI, lo que en algunos casos —afirman— implicó reformas constitucionales sustanciales, así como la entrada al esquema de la OMC.²⁰

Law Review, vol. 75, 2001, p. 1108; y CHOUHRY, Suji, "Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation", *Indiana Law Review*, vol. 74, 1999, p. 820.

²⁰ Reportan Fix-Fierro y Ayllón que entre diciembre de 1982 y abril de 1996, de un total de 198 leyes federales, 99 fueron renovadas, 57 reformadas (en algunos casos de manera extensa), y solamente 42, de importancia menor, permanecieron sin cambios. Es decir, cerca de 80 por ciento de la legislación federal mexicana fue totalmente nueva o modificada en un lapso de 15 años. Sin embargo, no especifican cuáles reformas constitucionales se realizaron en México en este contexto. FIX-FIERRO, Héctor y LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio, "The Impact of Globalization on

- B) Si existen instancias en las cuales, si bien el derecho doméstico parece ser genuinamente elaborado "en casa", de hecho no es sino una normativa diseñada "afuera" a nivel de organismos internacionales de carácter intergubernamental, por parte de equipos de administradores y servidores públicos nacionales e internacionales.²¹
- C) Si es posible identificar formas de poder, con el potencial de afectar derechos fundamentales de las personas, que son distintas al poder estatal.²²
- D) Si es posible encontrar al lado del Estado, nuevos sitios de autoridad que reclaman capacidad regulatoria, así como autoridad jurídico-normativa superior y de última instancia, en materias que tradicionalmente han pertenecido al Estado.²³
- E) Si es posible encontrar circunstancias en que el Estado no es poder indisputado y supremo para prevalecer en todo caso, dentro del territorio respectivo; y con capacidad de excluir a actores externos en las configuraciones domésticas de autoridad; si existe algún régimen normativo que niegue al Estado el control exclusivo de personas o bien de recursos materiales e institucionales dentro de sus fronteras territoriales; y si además es posible encontrar circunstancias en que el Estado no tenga la exclusividad en la producción de Derecho.²⁴

the Reform of the State and The Law in Latin America", *Houston Journal of International Law*, vol. 19, no. 3, 1997, pp. 792-795.

²¹ Uso aquí una hipótesis de Delbrück, quien afirma que esto es precisamente lo que está sucediendo en muchas áreas. Ver DELBRÜCK, Jost, "Exercising Public Authority Beyond the State: Transnational Democracy and/or Alternative Legitimation Strategies?", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 10, no. 29, 2003, pp. 29-30.

²² Aludimos aquí al poder de grandes empresas transnacionales o a órganos como el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

²³ En el contexto mexicano, pensamos por ejemplo en los tribunales arbitrales del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en materia de protección de la inversión extranjera (Capítulo 11) y en materia anti-dumping (Capítulo 19).

²⁴ Como ejemplo de este fenómeno, podemos citar, además de los ya referidos tribunales arbitrales del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

F) Si hay normas de contenido constitucional que no están en el texto de la constitución; si la Constitución no es necesariamente la norma de jerarquía superior en un sistema jurídico y si aparte de la constitución existen otras normas que puedan servir como parámetro para ejercer un control normativo y en su caso expulsar normas del sistema; si existen órganos de última instancia, más allá del juez constitucional nacional, que realicen tal función de control normativo; si el juez constitucional no solamente aplica la Constitución nacional, sino otro tipo de normas; y si hay otras normas, aparte de la Constitución, que sirvan para determinar el significado del resto de las normas del sistema.²⁵

Si una, varias o todas estas hipótesis se dan en la realidad, entonces estamos ante un cambio profundo en el objeto de estudio del derecho público en general y del derecho constitucional en particular, como hasta ahora los hemos entendido, lo cual requiere de una revisión por el posible impacto que dicho cambio pueda tener en las dimensiones descriptiva- explicativa y prescriptiva del modelo de Estado constitucional y democrático de derecho, a nivel de la teoría y la dogmática constitucionales, y también del derecho constitucional comparado.

IV. ELEMENTOS PARA EL DISEÑO DE UNA AGENDA DE INVESTIGACIÓN

Si es verdad que los procesos asociados a la globalización y la gobernanza global presentan problemas que concepciones tradicionales del derecho constitucional y el derecho internacional no pueden resolver, ¿cómo generar nuevas categorías? En el presente ensayo proponemos dirigir nuestra atención a tres esferas en las que podrían encontrarse “ladrillos” para ir construyendo una visión

²⁵ El ingreso de México al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, con todas sus implicaciones y consecuencias, está llevando a que estas hipótesis se conviertan en una realidad del sistema jurídico nacional.

que responda a las necesidades y realidades actuales, a saber: 1. teorías del derecho “no jerárquicas”; 2. El examen de concepciones jurídicas generadas en etapas históricas en las que, como en la Edad Media, se dio la co-existencia de órdenes jurídicos (el *ius commune* y el *ius proprium*); y 3. Buscar en el derecho constitucional comparado “soluciones” a situaciones de co-existencia de órdenes jurídicos en un mismo espacio (por ejemplo, en los sistemas federales).

1. Teorías del derecho “no jerárquicas”

Como señalan Kerchove y Ost, si alguna representación hay que parece dominar el pensamiento jurídico es, sin duda, la idea de que el derecho es un sistema fundamentalmente jerarquizado. Y una de las consecuencias de ello sería aparentemente que la aplicación de una norma jurídica constituye una actividad subordinada a su creación y que entre ellas sólo puede existir una relación puramente lineal y jerárquica, fundándose siempre la inferior en la superior que la determina. Se trata de una representación que se puede calificar como de ‘sistematicidad lineal’ (en la concepción tradicional de sistema jurídico, uno de cuyos máximos exponentes ha sido Kelsen).²⁶

¿Hay alguna alternativa a esta representación del Derecho?

Algunos autores hablan de ‘sistematicidad circular’; otros de ‘jerarquías enredadas’, que sin prescindir del todo del elemento lineal del modelo tradicional, introducen factores de retroalimentación e intercomunicación.²⁷ Podría explorarse las posibilidades de este tipo de alternativas, y su posible utilidad para aplicarse en la generación de un discurso de coordinación entre jurisdicciones.

Vale la pena mencionar que en la práctica judicial mexicana, se puede percibir ya intentos por conceptualizar de una manera distinta al artículo 133 constitucional, que tradicionalmente se ha entendido en términos de jerarquía

²⁶ KERCHOVE, Michel Van de y OST, Francois, *El Sistema Jurídico Entre Orden y Desorden*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997, p. 102.

²⁷ *Ibid.*, pp. 102-104.

normativa. En efecto, en el voto particular del Ministro Juan Silva Meza en relación con el amparo en revisión 120/2002 se puede ver el desarrollo de una interpretación no jerárquica de dicho artículo. En este sentido, afirma el Ministro Silva que el artículo 133 de la Constitución mexicana, más que configurar un sistema de jerarquía normativa, prevé la existencia de una tipología de normas, que no necesariamente atiende a un principio de jerarquización, excepto por lo que hace a la Norma Fundamental que constituye la base de todo el sistema jurídico, en virtud de que en relación con sus postulados opera el principio de supremacía constitucional, en términos expresos del propio numeral en mención. Así, lo que establece el 133 es que, de una parte, los tratados internacionales que son incorporados al sistema jurídico mexicano se convierten en derecho interno y, de otra, que las disposiciones de la Constitución tienen primacía respecto de la legislación estatal, al tenor de su párrafo segundo.

Es decir, el artículo 133 de la Constitución mexicana establece las normas del sistema jurídico mexicano, pero no consagra una jerarquización, ya que “no hace depender la validez de todas las disposiciones secundarias a su conformidad con los tratados y las leyes reglamentarias, caso contrario a lo que sí sucede en relación con las disposiciones iusfundamentales y estos últimos.” Pero reconoce que la única jerarquía que hay en el 133 es la de la Constitución General de la República, frente a todo el sistema jurídico.

Razona el Ministro Silva Meza:

“A mi entender, la solución que debió adoptar el Pleno pasaba por distinguir, como cuestión previa y de enorme trascendencia, que en un conflicto de antinomias la primacía que opera para que una disposición prevalezca en el caso concreto por encima de otra, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debido a diferentes razones.

De esta forma, primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados; aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla, dentro del proceso evolutivo graduado de creación normativa.”

Por otra parte, y para avanzar en este camino, el Ministro Silva propone un principio de interpretación mediante la apertura al derecho internacional, que “es producto del innegable desarrollo de lo que la doctrina contemporánea ha denominado el constitucionalismo global, que supone el asentamiento del sistema jurídico-político internacional en las relaciones entre el Estado y el pueblo —ya no únicamente en el clásico esquema de relaciones horizontales entre Estados—; el surgimiento de un *ius cogens* derivado de declaraciones internacionales que consagran principios, valores y reglas universales y, finalmente, la protección de la dignidad humana como presupuesto intangible de cualquier constitucionalismo democrático.”

Asimismo, considera el Ministro Silva que para la implementación de este principio interpretativo de apertura, es necesario acudir a la figura del bloque de constitucionalidad o bloque de la constitucionalidad, mismo que encuentra su origen en el propio texto constitucional, o más exactamente en la apertura política en la que incurren las constituciones, cuando establecen expresamente los principios estructurales que identifican a su ordenamiento jurídico respectivo:

“El bloque de la constitucionalidad no constituye una mera abstracción jurídica en el seno de la Constitución, sino una remisión constitucional que, al alcanzar a aspectos vitales de la estructura del sistema normativo, requiere o permite ser completada por otras disposiciones a las que la Norma Fundamental habilita para realizar esa función jurídica de cierre político.”

“El punto de partida del bloque constitucional siempre se encuentra en la Constitución, siendo su punto de llegada las disposiciones a las que mediante un reenvío

constitucional, determinan la estructura del sistema o definen el contenido de una estructura ya fijada en la norma suprema. Luego, tratándose del bloque constitucional resulta irrelevante la ubicación jerárquica de las normas destinatarias de la remisión; bien puede ser constitucional, o infra constitucional.”

Finalmente, para Silva Meza:

“La instrumentación del principio interpretativo de apertura mediante el bloque de constitucionalidad generaría que el conflicto de dos normas con distinto origen de producción no sea tratado como un problema de validez, sino de aplicación, esto es, no debería examinarse qué ordenamiento debe prevalecer, sino cuál debe desplazar al otro por un principio de preferente aplicación normativa por especialidad.

En este sentido, la inaplicación o desplazamiento de la norma de un tratado no denota un juicio de validez, sino un estudio sobre su eficacia y aplicabilidad para regular determinados supuestos, debido a su pertenencia a distintos sistemas jurídicos.”

Podemos ver aquí un esfuerzo por entender la relación entre derecho nacional y derecho internacional, en términos distintos a los jerárquicos. ¿Hasta dónde es posible llevar este esfuerzo?

2. *El examen de concepciones jurídicas generadas en etapas históricas en las que, como en la Edad Media, se dio la co-existencia de órdenes jurídicos (el ius commune y el ius propium)*

El *ius commune* es el cuerpo normativo y de doctrina integrado a partir del siglo XII en Europa, que vino a conformar una cultura jurídica común en el espacio europeo, de raíces romanas, desarrolladas por glosadores y comentaristas. Dicho cuerpo presuponía la existencia de dos niveles normativos y de autoridad:

A, Un nivel ‘universal’: correspondiente al Sacro Imperio Romano Germánico (encarnado en el Em-

perador) y con aspiraciones de lograr una unidad normativa (*ius commune*); y

B, Un nivel ‘particular’: correspondiente a las estructuras de autoridad de los distintos reinos integrantes del Imperio (personificados por reyes y príncipes), tendiente a la fragmentación normativa (*ius propium*).

El *ius commune* medieval, que tuvo una dimensión transnacional conducente a su adaptación diferenciada en los espacios político-territoriales en que pretendió operar, implicó la recepción de:

- a. un conjunto normativo dotado de un contenido terminológico y conceptual
- b. La incorporación de una técnica de razonamiento jurídico
- c. Un método para la argumentación lógica²⁸

Lo que deseamos proponer en este apartado, es que aproximarse a fuentes primarias de autores medievales, testigos presenciales del fenómeno *ius commune-ius propium* medieval y su problemática, podría ser útil para construir categorías que respondan a las necesidades y problemática actual. En este sentido, vale la pena recordar a autores como Bártolo de Sassoferrato (1315-1357) y Baldo de Ubaldo (1327-1400), ambos “Comentaristas” del siglo XIV, quienes con su labor estaban integrando elementos procedentes de diferentes bloques normativos y construyendo por vía de la interpretación normas e instituciones jurídicas nuevas, en un proceso que tomaba como punto de referencia la práctica del derecho y los problemas de la sociedad. Por otro lado, la labor de autores como Bártolo y Baldo significaron cauces de penetración y difusión de la cultura jurídica de tradición romanística en los medios relacionados con la enseñanza y prácticas del derecho.²⁹ Y es

²⁸ FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandro, “Un Derecho sin Espacios: Derecho Romano, *Ius Commune* y Derecho Común Europeo”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, no. 8, 2004, p. 313.

²⁹ *Ibid*, p. 316.

que los juristas del siglo XIII y XIV, que se encuentran en el origen del *ius commune*, se enfrentaron al problema de cómo introducirlo en la práctica: ¿cómo lo hicieron?; ¿qué conceptos y categorías jurídicas crearon para hacerlo? Esta es una línea de investigación que podría ser útil seguir, si bien bajo la óptica de la problemática actual.

El examen de los problemas de co-existencia del *ius commune* y el *ius proprium* puede ayudar a identificar fórmulas jurídicas o de manera más general, un lenguaje para ordenar dicha co-existencia. Por ejemplo, en Francia, la Corona de manera temprana empezó a consolidarse como representante de la soberanía nacional. Por ello es que la 'recepción' del *ius commune* en dicho país resultaba más 'incómoda' que en otros lugares, pues recordemos que detrás del *ius commune* estaba la autoridad del Sacro Imperio Romano-Germánico y del Papa. Frente a esta situación, los juristas franceses idearon una fórmula de conciliación bien conocida en la historia del derecho medieval: desde la perspectiva de la potestad real, se postuló que: *rex imperator in regno suo* (el rey es el emperador en su reino); en tanto que desde la perspectiva de la vigencia del derecho romano: *non ratione imperi sed imperio rationis* (no la razón del imperio sino el imperio de la razón).³⁰

Por otro lado, conviene recordar que el *ius commune* fue decantándose como principios generales de derecho que permitía su aplicación directa en la práctica judicial y que podía servir para informar la legislación de los estados en particular. En este sentido, nos explica Fernández Barreiro:

"El derecho romano enseñado en los centros universitarios se considera válido como aprendizaje de los principios racionales de justicia y equidad, así como de las reglas de una refinada técnica jurídica; se admite que el conocimiento de esos principios prepara al jurista para una más recta comprensión de las costumbres en vigor y, a falta de apoyo normativo de éstas o en el derecho regio, pueden aquéllos utilizarse también en la práctica judicial."³¹

³⁰ *Ibid.*, p. 318.

³¹ *Idem.*

Por último, y en esta misma línea, podemos identificar en fuentes medievales un principio que sirvió para expresar la unidad indisoluble del derecho romano y el derecho canónico como característica del *ius commune*: *Utrumque ius* (uno y otro derecho),³² que autores contemporáneos han denominado "principio de subsidiariedad recíproca".³³ ¿Podría construirse un "principio de subsidiariedad recíproca" que sirviera para organizar las relaciones entre órdenes jurídico-normativos que existe en el mundo actual?

3. *Buscar en el derecho constitucional comparado "soluciones" a situaciones de co-existencia de órdenes jurídicos en un mismo espacio*

El derecho comparado puede ser otra veta a explorar en busca de conceptos y técnicas que sirvan para mediar conflictos y organizar el contexto de pluralismo normativo existente en la actualidad. Un ámbito obvio para emprender esta tarea se encuentra en los sistemas federales. Es decir, en éstos se puede encontrar doctrinas y fórmulas para ordenar la co-existencia de órdenes jurídicos y de interacción entre tribunales adscritos a los diversos órdenes. Tal es la propuesta de Ernest A. Young, quien con la clara intención de construir diques a la expansión de la jurisdicción de los tribunales internacionales en relación con los EUA, propone acercarse al debate "interjurisdiccional" norteamericano y tomarlo como modelo para construir una relación adecuada entre tribunales internacionales y tribunales de su país.³⁴

Young comienza por identificar la necesidad de desarrollar doctrinas y prácticas institucionales para mediar el conflicto entre instituciones supranacionales y domésticas. Ante esto, observa que los juristas de los EUA han exami-

³² CASTRO-CAMERO, Rosario de, "*Ius Commune: Fundamento del Derecho Común Europeo e Iberoamericano. Breve aproximación*", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XLIII, núm. 128, mayo-agosto 2010, pp. 671-700.

³³ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 315.

³⁴ YOUNG, Ernest A., "Institutional Settlement in a Globalizing Judicial System", *Duke Law Journal*, vol. 54, 2005, pp. 1143-1261.

nado por muchos años problemáticas similares, al operar un sistema dual de justicia, dos sistemas paralelos de tribunales, cada uno con competencia para aplicar dos sistemas jurídicos paralelos.³⁵ Después de notar que este campo ha sido dominado por un paradigma en particular, el de la “Escuela del Proceso Legal” (*Legal Process School*) cuyos pioneros fueron Hart, Weschsler y Albert Sacks, sostiene que el desarrollo de reglas inter-jurisdiccionales en relación con tribunales supranacionales y domésticos, puede encontrar luz en dicho paradigma.³⁶ Propone una nueva agenda de investigación, consistente en extender las categorías generadas en el ámbito inter-jurisdiccional del sistema federal de EUA hacia afuera.

De esta manera, Young propone examinar las reglas de justiciabilidad, como las que se encuentran en las doctrinas sobre legitimación procesal, sobre la “madurez” de los asuntos (*ripeness*);³⁷ o sobre la irrelevancia jurídica de un caso (*mootness*), mismas que determinan quiénes pueden acudir a un tribunal y en qué momento, y limitan las oportunidades de los tribunales para ejercer sus atribuciones. Asimismo, Young se refiere a reglas de abstención, agotamiento de los recursos y no-interferencia, las cuales son una serie de doctrinas que los tribunales federales han desarrollado para proteger a los tribunales de los Estados de la interferencia de los tribunales federales. Por otra parte, menciona el desarrollo de ciertos criterios de revisión a que deben atenerse los tribunales federales sobre las decisiones de los tribunales de los Estados; y reglas de deferencia entre tribunales federales y estatales; reglas sobre cosa juzgada y reconocimiento de sentencias; y prevalencia del derecho federal (*preemption*).³⁸

³⁵ *Ibid*, p. 1148.

³⁶ El libro de referencia es Richard H. FALLON, Jr., John F. MANNING, Daniel J. MELTZER, David L. SHAPIRO, *Hart and Wechsler's The Federal Courts and the Federal System*, Westlaw, 6a ed., EUA, 2009.

³⁷ “Ripeness” es el principio según el cual los tribunales federales de EUA requieren que exista una controversia real y actual, por lo que se abstendrán de actuar si el asunto es hipotético o si la existencia de la controversia es meramente especulativa.

³⁸ Cuándo el derecho federal desplaza y prevalece sobre el derecho de los Estados.

Ahora bien, Young emprende su estudio con el ánimo de encontrar un lenguaje que permita construir diques y obstáculos doctrinales y procesales a la expansión de la jurisdicción de los tribunales internacionales. Nosotros estamos lejos de esa intención. Sin embargo, del trabajo de Young retomamos el punto relativo a la elaboración de una agenda de investigación que nos parece interesante: el examen de las doctrinas desarrolladas en los Estados federales que tienen sistemas duales de tribunales para mediar el conflicto entre dichos sistemas, puede ser útil para generar categorías que contribuyan a organizar las relaciones entre tribunales internacionales y domésticos, en el contexto de la globalización y la gobernanza global al que nos hemos referido en el presente ensayo.

Los rasgos de lo que pudiera ser un *ius commune* latinoamericano sobre derechos humanos no son auto-evidentes y requieren de un esfuerzo de reflexión y construcción jurídica. Un primer cimiento de dicha categoría está conformado por los instrumentos normativos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero más allá de éstos, la discusión debe dirigirse hacia las posibilidades que esta categoría puede ofrecer. Para estimular dicha discusión, me atrevo a hacer cinco afirmaciones sobre el concepto de *ius commune* latinoamericano en derechos humanos. Son cinco afirmaciones destinadas a provocar el debate, más que a asentar certezas:

1. El *ius commune* latinoamericano en derechos humanos puede ser un cuerpo normativo y de doctrina, enfocado a conformar una cultura jurídica común en el espacio latinoamericano.
2. Entre los retos del proyecto del *ius commune* está:
 - a. El conformarse como un conjunto normativo dotado de un contenido terminológico y conceptual propio.
 - b. La incorporación de una técnica de razonamiento jurídico.
 - c. Y de un método para la argumentación lógica.

3. El diálogo e interacción entre la actividad judicial y la doctrina puede contribuir a integrar elementos procedentes de diferentes bloques normativos y así construir por vía de la interpretación normas e instituciones jurídicas nuevas, que mejoren la protección de los derechos humanos en nuestros países.
4. El proyecto del *ius commune* en América Latina debe plantearse la siguiente pregunta: ¿cuáles son los posibles cauces de penetración y difusión de su propuesta (cultura jurídica) en los medios relacionados con la enseñanza y la práctica del derecho?
5. El *ius commune* latinoamericano puede llegar a conformarse como principios racionales de justicia y equidad y reglas de una refinada técnica jurídica, que prepare al jurista para una más recta comprensión y aplicación del derecho propio.

V. CONCLUSIÓN

Considero que al hablar del *ius commune* latinoamericano en derechos humanos debemos plantearnos dos preguntas: ¿qué es el *ius commune*? y ¿qué puede ser? Lo digo así, porque lo que el proyecto de investigación se ha planteado es reflexionar sobre las posibilidades de construcción de un concepto que sirva para describir un fenómeno que está ocurriendo en el ámbito inter-americano (la construcción de una comunidad jurídica alrededor de la Convención Americana de Derechos Humanos y sus órganos de garantía); y también que sea útil para arrojar luz acerca de los posibles caminos que este fenómeno puede tomar.

¿Qué es el *ius commune*? En primer lugar, podemos mencionar que los países del sistema interamericano de derechos humanos comparten en sus constituciones una serie de valores comunes, centrados en la dignidad de la persona humana y los derechos que de ella irradian. En segundo lugar, existe un bloque normativo común a los Estados adscritos al sistema interamericano de protección de los dere-

chos humanos: la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¿Puede ser algo más que eso?, ¿Puede tener su dogmática y aun su ciencia, tal y como el Estado constitucional y democrático de derecho centrado en el estado nación las ha tenido?, ¿puede generar técnicas y métodos de argumentación que le sean característicos?, ¿qué más podría ser el *ius commune* latinoamericano en materia de derechos humanos?

En mi opinión, estas preguntas proporcionan la materia que alimenta la reflexión teórica en esta materia. Será conveniente continuar en el esfuerzo de consolidación de la red académica global que ha venido trabajando en esta temática y de su ampliación a través de la incorporación de otras comunidades académicas que hoy por hoy investigan sobre temas parecidos y afines. Temas que tienen que con las posibilidades de construir una cultura jurídica común en materia de derechos humanos, que informe y alimente los sistemas jurídicos propios de cada país de la región latinoamericana; y que a la vez se nutra de los impulsos e ideas de nuestros países, comprometidos cada vez más con la defensa y protección de los derechos humanos.

FUNDAMENTOS DEL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* EN AMÉRICA LATINA: DERECHOS FUNDAMENTALES, DEMOCRACIA Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL¹

Rodolfo ARANGO²

SUMARIO: I. Introducción. II. Derechos fundamentales: la sustancia. III. Democracia: el procedimiento. IV. Jurisdicción constitucional: la garantía. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

El artículo parte de la idea de la construcción colectiva de la realidad social. Toma como referencia la historia, el derecho y la política reciente en América Latina desde una perspectiva normativa. En él se defiende la tesis de que los derechos fundamentales, la democracia y la justicia constitucional sirven de fundamento de la experiencia constitucional latinoamericana, la cual se caracteriza, a nivel abstracto, por dar prioridad de la igualdad sobre la libertad. Lo común en lo diferente es entonces la lucha contra la desigualdad para alcanzar la autonomía de todos; lo diferente, en contraste, es la forma en que se viene aplicando el experimentalismo democrático y constitucional en los diferentes países del subcontinente, según los vaivenes políticos. Lo valioso, finalmente, es la construcción colectiva de un orden constitucional que asegure la prosperidad y la paz en un siglo de consolidación y expansión de los fundamentos del *ius constitutionale commune*.

¹ Conferencia presentada al "Encuentro El concepto del *Ius Constitutionale Commune* como dimensión de la investigación", UNAM, México, 20 de septiembre de 2012.

² Profesor Asociado, Departamento de Filosofía, Universidad de los Andes, Bogotá.

I. INTRODUCCIÓN: TRES FUNDAMENTOS DEL
IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

El filósofo John Searle, en un reciente libro (2010), analiza la estructura de los hechos sociales lingüísticamente constituidos. Ejemplo de tales hechos son los billetes de dinero o los derechos humanos, entre otros. Determinante para la existencia de hechos sociales creados por los seres humanos es la atribución de funciones de estatus a objetos o personas que por sí mismos no tienen esas funciones. Un trozo de papel con tinta no es, por sí mismo, dinero. Se requiere que sea reconocido y aceptado como tal. Las palabras escritas en la constitución o las sentencias constitucionales no son, *per se*, derechos fundamentales. Para que algo o alguien cumpla una función en sí no tiene se requiere, por sobre todo, una intencionalidad colectiva, esto es, el reconocimiento y la aceptación de que el objeto o la persona tienen una función de estatus (Searle 2010, p.8). Sin intencionalidad colectiva no podemos ejercer los poderes deónticos, esto es, el poder no meramente fáctico sino normativo, que distingue el derecho de la fuerza física. El derecho como orden deóntico y los derechos humanos como poderes deónticos (*ídem*, pp. 8-9, 174 ss.) hacen parte de la realidad social creada por nosotros mismos mediante actos lingüísticos intencionales. Este hecho —que los derechos humanos sean una realidad social lingüísticamente construida— hace tan precaria y a la vez tan comprometedora la tarea de teóricos y activistas que buscan la paz por vía del derecho.³

³ La construcción de la realidad social que es el derecho no es ajena al contexto histórico que la posibilita o impide. El progreso de los pueblos depende de múltiples factores cuyo direccionamiento exige del aprendizaje de experiencias pasadas y de la sensibilización frente al sufrimiento. El siglo XX nos ha deparado un apreciable progreso en el reconocimiento e institucionalización de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho, tanto a nivel nacional como internacional. Ya Kant en *Sobre una paz perpetua* (1998) había advertido la capacidad que tienen los seres humanos de construir un orden social donde el derecho prime sobre la fuerza. Aludiendo a lo mismo que luego John Searle y la filosofía de la acción denomina “intencionalidad colectiva”, el filósofo de Königsberg inicia su reflexión sobre el derecho y la moral en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1996) con la afirmación de que no hay nada en el mundo ni fuera de él

Los derechos fundamentales, la democracia y la jurisdicción constitucional son ciertamente tres pilares del constitucionalismo contemporáneo. América Latina no es la excepción en este proceso cultural. Obviando los naturales desacuerdos sobre el correcto balance entre activismo judicial y principio democrático, lo cierto es que las últimas dos décadas de historia latinoamericana han traído avances importantes en la construcción colectiva de la realidad social institucionalizada, entre ellos la creciente protección de los derechos fundamentales y del régimen democrático por parte de los jueces constitucionales. Sin pecar en exceso de optimista, podríamos decir que por primera vez en muchas décadas el continente americano vive una primavera democrática basada en el aumento del uso de los derechos individuales y colectivos como mecanismo de reconocimiento social y cultural, a la par con la internacionalización del derecho constitucional gracias a la creciente importancia que ha adquirido el sistema interamericano de protección de derechos humanos. En el pasado, casos como los de la salud o la vivienda en Colombia, o los de Gelman contra Uruguay o Leopoldo López contra Venezuela, donde los derechos individuales triunfan sobre los intereses generales validados por las mayorías democráticas, eran impensables. En este contexto cabe preguntarse por las relaciones entre derechos fundamentales, democracia y jurisdicción constitucional en cuanto fundamento de todo posible derecho constitucional común en el subcontinente.

¿Cómo se entienden los derechos fundamentales en América Latina? ¿Qué modelo de democracia acogen las constituciones contemporáneas en esta parte del mundo? Y, en especial, ¿cómo interactúan los jueces constituciona-

“más grande que una buena voluntad”. La buena voluntad como disposición colectiva común es necesaria para que exista intencionalidad colectiva, de la cual depende a su vez que el derecho cumpla su finalidad pacificadora. Si avistamos la realidad política de América Latina en el último medio siglo podemos constatar un acervo común pese a la diversidad: el derecho constitucional a nivel nacional y el derecho internacional avanzan en la teoría y en la práctica. Este desarrollo constituye un parámetro normativo compartido que posibilita un discurso común entre los pueblos del continente.

les con los funcionarios elegidos popularmente, en particular con los legisladores y el ejecutivo? La experiencia comparada de la justicia constitucional en diversos países de Suramérica permite responder tentativamente los anteriores interrogantes. Mi tesis es que el derecho constitucional latinoamericano se basa sobre tres pilares: una concepción interdependiente de los derechos fundamentales; una social de la democracia y una participativa de la justicia constitucional.

En la experiencia constitucional de América Latina el protagonismo de los derechos fundamentales es una constante compartida. Un elemento común en la justicia constitucional es una visión sustantiva del derecho que aplica prioritariamente la parte dogmática de la constitución sobre la parte orgánica funcional y acoge con rango supraconstitucional el derecho internacional de derechos humanos en el orden interno bajo la figura del bloque de constitucionalidad.

Las realidades de inequidad social y desigualdad económica hacen la diferencia específica con los países del norte. En el sur existe, en principio, una conciencia colectiva que otorga mayor prioridad a la igualdad sobre la libertad, mientras en el norte la relación es la inversa. Emblemático es la tesis de John Rawls sobre la prioridad de la libertad (1979, orig. 1970), brillantemente cuestionado por Herbert Lionel Adolphus Hart (1983) en 1973. Como Partha Dasgupta ha sostenido (1993), el desarrollo económico de una sociedad es parámetro de su contrato social: "es posible que a los derechos el contrato social de las sociedades periféricas —dice Dasgupta (1993) en clara alusión a John Rawls y la prioridad de la libertad— no les sea dada la prioridad sobre los derechos sociales y económicos en un contrato social hipotético escrito por una sociedad pobre" (Dasgupta 1993, p. 47).

Quisiera a continuación sustentar en tres pasos mi tesis según la cual un *ius constitutionale commune* para Latinoamérica puede sustentarse en una concepción integrada de los derechos fundamentales, una social de la democracia y una participativa de la jurisdicción constitucional, ca-

racterísticas que distinguen la construcción de la realidad social del derecho en el continente.

II. DERECHOS FUNDAMENTALES: LA SUSTANCIA

Siguiendo a Tugendhat (1997, orig. 1993) podemos entender los derechos humanos como exigencias que nos hacemos mutuamente en la medida que nos queremos comprender moralmente, esto es, vernos no como meros instrumentos para ciertos fines sino como fines en sí mismos. Los derechos humanos, constructo conceptual y práctico ideado para evitar la instrumentalización de las personas, por estar hechos de "un material muy etéreo", requieren de institucionalización. Ello ha llevado desde hace siglos, en diversos momentos de intenso sufrimiento humano (en Inglaterra, Francia, Estados Unidos, América etc.), a que las exigencias de grupos o individuos se plasmen en forma de derechos humanos o fundamentales en declaraciones internacionales o en constitucionales nacionales.

Pese al gran avance que significa la institucionalización de los derechos humanos, lo cierto es que para hacerlos realidad no basta su positivización. Para su protección efectiva les es reconocido un estatus especial: se trata de derechos fundamentales, esto es, derechos tan importantes que merecen ser garantizados constitucionalmente por vía de diversos mecanismos, en especial las acciones y los procedimientos de defensa judicial. Sólo los derechos fundamentales reconocidos en los tratados internacionales o en las constituciones políticas tendrían el rango suficiente para recibir protección constitucional reforzada. Detrás de tal exigencia de estatus especial se encuentra el principio democrático. Cada Estado nacional tendría, en principio, la decisión soberana de establecer en su pacto social cuáles derechos considera fundamentales. No obstante, contra la adopción de este criterio formal para la determinación de cuáles son los "verdaderos" derechos fundamentales —si los de estirpe liberal o también los derechos sociales, económicos y culturales— se oponen razones de peso. La declaración de Viena en 1993 por parte de los países reunidos

en la ONU exige reconocer la indivisibilidad, interdependencia e universalidad de todos los derechos humanos, sin distinciones. Por otra parte, no existen razones filosóficas que justifiquen excluir una o varias clases de derechos de su reconocimiento como fundamentales.

En general, la experiencia del derecho constitucional jurisprudencial en América Latina muestra que en el continente se ha acogido ampliamente la concepción integral de los derechos que reconoce y acepta que todos los derechos, sean de estatus positivo o negativo, pueden adquirir el estatus de fundamentales. La tesis de la interdependencia entre unos y otros derechos apunta a reconocer y adoptar en la práctica una concepción integral de los derechos fundamentales, no obstante las dificultades metodológicas existentes para determinar racional y objetivamente por vía jurisdiccional su vulneración.

La concepción integral de los derechos fundamentales en el *ius constitutionale commune* latinoamericano contrasta con otras alternativas que entienden los derechos bien como meras garantías individuales o como reglas del proceso democrático. La primera opción es la adoptada desde Thomas Hobbes por la tradición liberal: los derechos subjetivos, entendidos como ámbitos de autodeterminación individual, son vistos como restricciones a la acción de terceros que aseguran la libertad individual, no como exigencias negativas y positivas que podemos hacernos mutuamente en la medida que nos comprendemos moralmente. Según el entendimiento hobbesiano y liberal, los derechos subjetivos desatan al individuo de sus obligaciones asociativas y le aseguran un espacio de libre determinación sin la interferencia de otros, lo cual es funcional para la competencia entre maximizadores de intereses pero poco apto para construir una sociedad donde la cooperación y la solidaridad tengan cabida. Por otra parte, la comprensión de los derechos fundamentales como proceso que delimita las reglas del juego democrático, tan funcional en algún tiempo para el desarrollo de la sociedad liberal y del capitalismo, no es hoy en día adecuada para enfrentar la interdependencia mundial y los riesgos ambientales, tecnológicos y vitales que se cier-

nen sobre la pequeña aldea global. No es sino observar que la soberanía democrática de los Estados contemporáneos ha tenido que ceder terreno ante el avance de las jurisdicciones universal, regional y local para la defensa de los derechos humanos entendidos en su integralidad.

Tampoco la concepción de los derechos fundamentales como garantías individuales y precondiciones de la democracia, en el sentido de Hans Kelsen (2002, orig. 1929) o más recientemente de Habermas (1998, orig. 1992), es satisfactoria. Ambos autores hacen una concesión demasiado grande: el primero, a la democracia liberal; el segundo, a la democracia procedimental, en desmedro del reconocimiento y de la aceptación de los derechos fundamentales como exigencias morales institucionalizadas que pueden incluir los derechos sociales como verdaderos derechos fundamentales (Arango 2012, orig. 2001). En especial no es aceptable que los derechos civiles, políticos y de participación gocen de una fundamentación absoluta mientras a los derechos sociales, culturales y ambientales sólo se reconoce una fundamentación relativa al paradigma de Estado que se adopte democráticamente por cada sociedad, como en Habermas (1998, orig. 1992). Ello supone reconocer un estatus funcional diferente a los derechos negativos o de libertad y a los derechos positivos o prestacionales, siendo que todos los derechos cuestan (como lo han mostrado Holmes y Sunstein (2011, orig. 1999) y todos los derechos exhiben tanto facetas positivas como negativas —ver Abramovich y Courtis (2002)—.

En resumen, los tribunales constitucionales en Latinoamérica conciben los derechos fundamentales como un todo integral, lo cual añade complejidad y mayores exigencias metodológicas (Arango 2002; 2012; Clérico 2009) a la teoría y práctica constitucionales. Puesto que los jueces constitucionales en sociedades del sur reconocen en la práctica derechos fundamentales con independencia de su estatus negativo o positivo, el *ius constitutionale commune* latinoamericano ofrece un diseño más complejo y sutil de los poderes deónticos que se muestra más apto para enfrentar las realidades de la desigualdad y la inequidad sociales que otros modelos abstractos e ideales.

III. DEMOCRACIA: EL PROCEDIMIENTO

Un segundo pilar de un derecho constitucional común es el principio democrático. Una definición general de democracia supone, como mínimo, tres elementos: 1) la autodeterminación política del pueblo en elecciones periódicas; 2) el establecimiento de períodos fijos para los representantes elegidos; y, 3) la adopción del sufragio universal. No obstante, múltiples son las concepciones o modelos de la democracia que concurren en el debate. Para esclarecer las opciones existentes es importante tener a la vista y evaluar las bondades y los defectos de los modelos liberal, deliberativo y social.

La democracia como procedimiento, mediante el que se forma y expresa la voluntad popular, puede adoptar una forma representativa, una deliberativa o una social, dependiendo de los presupuestos teóricos de los que parta. Una concepción social de la democracia se diferencia de los modelos liberal y deliberativo porque toma en serio la necesidad de incluir a todos los seres humanos en el proceso y transformar por este medio la sociedad en general, democratizándola, esto es, llevando la democracia del ámbito meramente público político (la elección periódica de representantes mediante sufragio universal) al ámbito público informal (la empresa, la familia, los partidos políticos, las universidades). Las ventajas de esta concepción son múltiples, aunque no todos los países de América parecen orientarse por ella (ver Arango 2012a). A continuación describo sucintamente los presupuestos sobre los que se postulan los tres modelos normativos de democracia y argumento a favor del modelo social como el más apto para enfrentar los retos particulares de la desigualdad y la inequidad social en el continente.

El modelo liberal es sin duda importante. Al poner la vida, la integridad y la libertad individual en la base del orden social, el modelo liberal posibilita la iniciativa y el emprendimiento privado. La jurisprudencia sobre estos derechos es ampliamente apreciada. Las condenas internacionales a los Estados partes de la Convención Americana por masacres o desapariciones, o por violación del Estado

de derecho, como en el caso de la segunda reelección presidencial en Colombia, refuerzan la democracia liberal. La limitación del poder es consustancial a este modelo. La democracia liberal no es democracia desatada sino democracia encausada por el Estado de derecho. La debilidad del modelo es que parte de presupuestos iusnaturalistas insostenibles: su abstracta idea del individuo como libre e igual refuerza las desventajas reales para personas y grupos desfavorecidos. Su concepción de libertad negativa (Berlín 2005, orig. 1958) como libertad de optar es funcional al modelo neoclásico en la economía y ofrece reglas claras para regular las expectativas de comportamiento. Pero su ceguera ante la discriminación racial, de género, de minorías étnicas o lingüísticas, no compensa las ventajas del libre mercado ni de la competencia sin restricciones. Si la democracia es el procedimiento por el cual se forma y expresa la voluntad general, a dicho procedimiento no acceden en el modelo liberal las personas que por su situación diversa o por su grado de debilidad no logran competir con los agentes racionales orientados según fines, por lo general de lucro (Shklar, 1998 y 2010 (orig. 1990)).

El modelo deliberativo de democracia presenta grandes ventajas (Habermas 1999, orig. 1996). En la concepción de Habermas se supera el perfeccionismo de la propuesta republicana basada en la virtud, lo cual hace inviable al republicanismo en las sociedades pluralistas modernas. La democracia deliberativa parte de una idea de persona como ser dialogante, comunicativo y discursivo que puede llegar a acuerdos estables gracias al uso del lenguaje orientado al entendimiento. El respeto de la autonomía privada y pública, así como de las reglas y procedimientos argumentativos, aseguran una legitimidad a las decisiones colectivas que el modelo liberal por su formalismo o el republicano por su ambición no logran garantizar. El diálogo, la deliberación y la argumentación otorgan a este modelo su carácter antiautoritario, antipaternalista y abierto a escuchar otras razones. Por otra parte, la democracia deliberativa acierta al identificar en la línea de Rousseau y Kant, los gestores de las normas con sus propios

destinatarios, dotando así de legitimidad al orden político y facilitando la obediencia al derecho por medios no coercitivos. Las decisiones de la Corte Constitucional en Colombia que han declarado inconstitucionales leyes por haber sido aprobadas sin suficiente ilustración y debate, no dándole a la oposición la posibilidad de controvertir las razones de la mayoría en el Congreso, son un buen ejemplo de este modelo. Pese a todos los factores positivos descritos, el procedimentalismo de la democracia deliberativa no logra proteger efectivamente a minorías étnicas y culturales, no es suficientemente sensible a la perspectiva de género ni capta en toda su dimensión las asimetrías de la desigualdad económica en sociedades no bien ordenadas, con alto grado de disfuncionalidad institucional y debilidad de la sociedad civil. Un ejemplo de lo anterior es el minimalismo judicial defendido por Cass Sunstein (2002, p. 239 ss.) o las decisiones constitucionales adoptadas por Cortes Constitucionales consistentes en declarar la inconstitucionalidad de una regulación normativa, como el caso de la regulación penal del aborto en Colombia, pero devolver de nuevo el estatuto o norma al Congreso de la República para adoptar de nuevo una decisión luego del proceso deliberativo y decisorio respectivo. El modelo deliberativo de democracia es demasiado ideal para ser sensible a sectores sociales tradicionalmente discriminados. La oposición de Habermas a las leyes de cuotas como mecanismo de corrección de injusticias históricas contra grupos de población (1998) es un buen ejemplo del carácter ideal de dicho modelo, lo cual lo aleja como candidato a seguir en el contexto latinoamericano.

Por último, el modelo de la democracia social —democracia asociativa en el lenguaje de Ronald Dworkin (2006) — pone el acento en el carácter relacional del ser humano. La interdependencia de los ciudadanos en una comunidad política no permite partir de presupuestos individualistas o centrados en el mercado como instrumento exclusivo de regulación de las interacciones sociales. Por el contrario, la fórmula política del Estado social de derecho, acogida por buena parte de las constituciones latinoamericanas, exige

la intervención permanente del Estado en la economía y el proceso político para asegurar los fines sociales del Estado. Este compromiso entre la libertad y la igualdad hace posible pensar en limitaciones a la libertad en aras de asegurar la democracia, como propone acertadamente Dworkin en Estados Unidos con la financiación estatal de las campañas políticas para evitar que el dinero sesgue los resultados electorales. Múltiples decisiones constitucionales hablan a favor de una democracia social que asegure una protección especial del Estado a personas o grupos en situación de debilidad manifiesta. Podemos mencionar los casos en materia de salud en Colombia, Argentina o Brasil. Por su parte las sentencias sobre atención a la población desplazada en Colombia y sus autos de seguimiento son buenos ejemplos de la lucha contra la desigualdad por vía de acciones afirmativas y órdenes estructurales con enorme costo presupuestal, medidas no entendibles bajo el prisma de una democracia liberal o una deliberativa. El modelo de democracia social parece ser más adecuado que sus competidores para responder a las circunstancias especiales de las sociedades no bien ordenadas del continente latinoamericano. Los jueces constitucionales del Estado social de derecho tienen en este modelo de democracia un papel central para evitar que los preceptos constitucionales sean letra muerta debido a las realidades económicas de las que depende el ejercicio del poder político.

IV. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: LA GARANTÍA

Un tercer pilar del *ius constitutionale commune* en Latinoamérica lo constituye la jurisdicción constitucional como garantía para la realización de los derechos fundamentales y la democracia. Atendidas las especiales circunstancias de inacción legislativa, clientelismo, baja participación política y desigualdad social, es comprensible el activo rol que cumplen los jueces constitucionales en nuestros países (Landau 2010). La función principal de la jurisdicción constitucional es hacer valer la primacía de las normas constitucionales sobre las demás normas de los ordenamientos

jurídicos nacionales. En esta tarea los jueces constitucionales representan argumentativamente (Alexy 2006) las personas o grupos que recurren a ellos.

La jurisdicción constitucional es garantía esencial para la vigencia de los derechos fundamentales y de la democracia cuando su diseño institucional es afortunado (Sunstein 2002). Los jueces, si actúan con integridad en el foro de los principios que son los tribunales constitucionales (Dworkin 1985), están en capacidad de desbloquear el proceso democrático y tomar decisiones difíciles que los políticos no se atreven en ocasiones a tomar por temor a las consecuencias. De las diferentes modalidades en que se ejerce la jurisdicción constitucional, en forma centralizada o difusa; mediante el control abstracto de normas y/o el control concreto de actuaciones u omisiones violatorias de los derechos fundamentales; con la participación o no de ciudadanos y organizaciones civiles en los procedimientos constitucionales, depende el éxito de la función constitucional. También de los alcances de las decisiones constitucionales (efectos *intuitu personae*, *erga omnes*, *inter partes* o *inter communes*, etc.); de la modalidad de las medidas a adoptar (comisiones ciudadanas para vigilar el cumplimiento de las sentencias); y de la integración, periodo o vinculación política de los magistrados dependen la eficacia de la garantía judicial. En este punto es claro que un diseño de jurisdicción constitucional difuso, participativo, con integración independiente y amplios poderes de acción, asegura mejor el cumplimiento de los objetivos para los cuales ha sido creada la institución.

La alternativa de concebir la justicia constitucional como procedimiento participativo y dialógico (Young 1997, pp. 60 ss.) exige adoptar nuevas herramientas metodológicas para impedir actuaciones deficientes u omisivas (Clérico 2009, 2011) que violan los derechos fundamentales de amplios sectores de la población. Una jurisdicción constitucional que esté a la altura de una concepción integral de los derechos fundamentales y una concepción social de la democracia tiene necesariamente que ser participativa para posibilitar que todas las voces (Young 1997, Shklar

2010), por diferentes o extrañas que sean, tengan en ella cabida en la comunidad y puedan ser cobijadas por la protección constitucional. Buen ejemplo de jurisdicción constitucional participativa son las sentencias colombianas que reconoce un derecho fundamental a la consulta previa en cabeza de los grupos étnicos, en directa aplicación del convenio 169 de la OIT. Es así como la Corte Constitucional ha invalidado leyes sobre explotación forestal, agraria y minera por que en el trámite legislativo no se dio participación suficiente y oportuna a los grupos étnicos que podrían verse afectados por las medidas legales aprobadas.

V. CONCLUSIONES

En conclusión, podemos afirmar que las transformaciones constitucionales en Latinoamérica a partir de finales de los años ochenta tienen algo en común: la lucha contra la desigualdad para alcanzar una verdadera autonomía se libra dentro de un marco común de tres principios: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional. Si bien existen diferencias que podrán ser descritas y analizadas en estudios de jurisprudencia constitucional comparada, tales diferencias obedecen a un experimentalismo en materia democrática y constitucional. Parte del valor que tiene el estudio sobre el *ius constitutionale commune* en América Latina, promocionado por el Instituto Max Planck de Derecho Público Internacional y Comparado en Heidelberg, consiste en que por primera vez tendremos una descripción y un análisis exacto de los orígenes, evolución, características, desafíos y destino posible del derecho constitucional en el subcontinente. Las reflexiones anteriores se ocupan de los que considero tres pilares sobre los que se apoya el proyecto común: una concepción integral de los derechos fundamentales, una concepción social de la democracia y una concepción participativa de la jurisdicción constitucional. Sin caer en falsas pretensiones, el proyecto e apuesta a una construcción colectiva de la realidad social en Latinoamérica a partir del derecho constitucional, como una alternativa a enfoques que no toman

suficientemente en cuenta su experiencia histórica en la regulación de las relaciones entre poderes públicos y la sociedad civil, dado el nivel de conciencia democrática hasta ahora alcanzado. El éxito del proyecto comparativo, transnacional y dialógico de derecho constitucional jurisprudencial permitirá estar en una mejor posición para analizar y revisar su curso, así como para emprender, con base en argumentos objetivos, las reformas necesarias para optimizar las instituciones encargadas de la realización efectiva de los derechos fundamentales y la democracia.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor / COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta, Madrid, (2002).
- ALEXY, Robert. "Ponderación, control de constitucionalidad y representación". En: *Jueces y ponderación argumentativa*, Perfecto Andrés Ibáñez y Robert Alexy. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, pp. 12-18.
- ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Legis, 2a. ed., ampliada, Bogotá, 2012 (orig. 2001).
- , *Democracia social. Un proyecto pendiente*, Fontamara, México, 2012.
- , "Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial", en: *El Otro Derecho*, núm. 28, ILSA, Bogotá, Julio de 2002.
- BERLIN, Isaiah. *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Alianza, Madrid, 2005 (orig. 1958).
- CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009.
- , "Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternativa", en: CLÉRICO, Sieckmann, Oliver LALANA (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Comares, Granada, 2011.
- DASGUPTA, Partha. *An Inquiry into Well-Being and Destitution*. Oxford U. Press, Oxford, 1993.
- DWORKIN, Ronald. *La democracia posible*. Paidós, Barcelona, 2006.

- , *A Matter of Principle*. Oxford U. Press, Oxford 1985.
- , *El imperio de la justicia*. Gedisa, Barcelona, 1988.
- LANDAU, David. "Instituciones políticas y función judicial en derecho constitucional comparado" en: *Revista de Economía Institucional*, vol. 13, N° 24, 2011, pp. 13-83.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Trotta, Madrid, 1998 (orig. 1992).
- , *La inclusión del otro*. Paidós, Barcelona, 1999 (orig. 1996).
- HART, Herbert L.A. *Essays in Philosophy and Jurisprudence*. Clarendon Press, Oxford, 1983 (orig. 1973).
- HOLMES, Stephen / SUNSTEIN, Cass. *El costo de los derechos*. Siglo XXI Editores, Buenos Aires (2011, orig. 1999).
- KANT, Immanuel. *Sobre una paz perpetua*. Técnos, Madrid, 1998 (orig. 1795).
- , *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Ariel, Barcelona, 1996 (orig. 1787).
- KELSEN, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. Comares, Granada 2002 (orig. 1929).
- RAWLS, John. *Una teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica, México, 1979 (orig. 1970).
- SEARLE, John. *Making the social world. The Structure of Human Civilization*. Oxford University Press, Oxford, 2010.
- SHKLAR, Judith. *American Citizenship: The Quest for Inclusion*. Harvard University Press, New Haven, N.Y., 1998.
- , *Los rostros de la injusticia*. Herder, Barcelona, 2010 (orig. 1990).
- SUNSTEIN, Cass. *Designing Democracy: What Constitutions Do*. Oxford University Press, New York, 2002.
- TUGENDHAT, Ernst. *Lecciones de ética*. Gedisa, Barcelona, 1997 (orig. 1993).
- YOUNG, Iris Marion. *Intersecting voices*. Princeton University Press, Princeton 1997.

EL ESTADO ABIERTO Y EL CAMBIO DE PARADIGMA DE LA SOBERANÍA:

OBJETIVO Y DESAFÍO DEL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE*

Mariela MORALES ANTONIAZZI

SUMARIO: I. Cuestión preliminar. II. Contextualización retrospectiva. III. Conceptualización: La doble estatalidad abierta. IV. La constitucionalización progresiva del Estado abierto. V. El acervo del *ius constitutionale commune*.

I. CUESTIÓN PRELIMINAR

El propósito de este trabajo es sistematizar un enfoque renovado de los rasgos propios del fenómeno de la permeabilidad constitucional, que comprende tanto las cláusulas de apertura en materia de derechos humanos¹ como las habilitaciones constitucionales para la integración económica,² para precisar los alcances del Estado abierto en América Latina, tomando como caso de estudio la región suramericana. *Prima facie*, el constitucionalismo actual emerge a la inversa que en Europa: cuando en el viejo Continente se habla de internacionalización de las Constituciones nacionales, se vincula directamente con la "europeización" (v. g.

¹ AYALA CORAO, C., "La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias", *Derecho internacional de los derechos humanos*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, MÉNDEZ SILVA, R., (Coord.), México, 2002, pp. 37-90.

² En relación al Mercosur, BAZÁN, V., "La integración supranacional y el federalismo en interacción: perspectivas y desafíos", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2009, p. 644.

integración económica),³ mientras que en América Latina se identifica con la denominada humanización.⁴ Como lo explica Laurence Burgogues-Larsen, “en el seno del ‘Nuevo Mundo’, la ‘internacionalización’ de las Constituciones nacionales bien merece su nombre. Se trata de una internacionalización muy específica, ya que el derecho internacional de los derechos humanos encuentra allí un lugar privilegiado”.⁵ Igualmente existen los fenómenos de la “interamericanización” y “mercosurización”.

Dos cambios de paradigma distinguen este proceso de apertura del Estado, como son el surgimiento del paradigma del pluralismo normativo⁶ y la internacionalización entendida como humanización.⁷ El primero tiene implicaciones directas en la transformación del concepto clásico de soberanía,⁸ la superación de la concepción de un Estado cerrado⁹ y su consiguiente pérdida del carácter omnicompreensivo en el ámbito del derecho constitucional. Es un proceso vinculado a la globalización¹⁰ y a la creciente interacción entre el derecho internacional, el supranacional y el constitucional.¹¹ Como modelo alternativo al constitucio-

³ HUBER, P., “Estatalidad abierta: un análisis comparado”, *El derecho constitucional en el espacio jurídico europeo*, Valencia, 2012, en prensa.

⁴ CABALLERO OCHOA, J., “El Derecho internacional en la integración constitucional. Elementos para una hermenéutica de los derechos fundamentales”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 6, México, 2006, pp. 82 y ss.

⁵ BURGOGUES-LARSEN, L., “Les standards: normes imposées ou consenties?”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle 2011*, París, 2012.

⁶ Entre tantos, BUSTOS, R., *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, 2012, pp. 13 y ss.

⁷ BREWER-CARIAS, A., *Constitutional protection of human rights in Latin America. A comparative study of amparo proceedings*, New York, 2008, pp. 31 y ss.

⁸ Cfr. VÁSQUEZ, A., “Soberanía, supranacionalidad e integración: la cuestión en los países del Mercosur”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, 2001, p. 234; HÄBERLE, P./KOTZUR, M., (Ed.), *De la Soberanía al Derecho Constitucional común: Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, México, 2003.

⁹ CALLIERS, C., “60 Jahre Grundgesetz – ein Jubiläum im Lichte der Europäisierung”, *AnwBl*, Vol. 7, 2009, p. 478.

¹⁰ CARBONELL, M., “Globalización y derecho: siete tesis”, *Globalización y Derechos Humanos*, DÍAZ/MÜLLER (Coord.), México, 2003, pp. 1-16.

¹¹ Sobre la relación de retroalimentación e intercambio continuos entre los derechos nacionales y el derecho internacional, Cfr. FIX-FIERRO, H./LÓPEZ AYLÓN, S., “El Impacto de la Globalización en la Reforma del Estado y el Derecho en América Latina”, *El Papel del Derecho Internacional en América. La soberanía nacional*

nalismo de base estatal, en el modelo del pluralismo constitucional coexisten un conjunto de ordenamientos jurídicos, en parte separados pero interdependientes, cuyas respectivas normas fundacionales-constitucionales no están jerárquicamente ordenadas.¹² La Constitución no es la norma suprema única, sino que comparten espacio, en la cúspide de la pirámide normativa, otras disposiciones. Algunos autores, entre ellos Flavia Piovesan, acuden a la figura del trapecio para explicar este fenómeno de achatamiento de la pirámide;¹³ otros como Armin von Bogdandy hacen mención de la necesidad de reconfigurar la relación entre el derecho internacional y el derecho interno desde el acoplamiento.¹⁴

El paradigma de la internacionalización entendida como humanización se ha encauzado tanto por el rango constitucional que se le asigna a los tratados de derechos humanos, su primacía sobre el derecho interno, incluso sobre el derecho constitucional mediante las cláusulas de “prevalencia”,¹⁵ así como por la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales a la luz de ese derecho internacional de los derechos humanos.¹⁶ El Estado y la soberanía no desaparecen, sino que se han transformado en conceptos ajustados a los nuevos tiempos.¹⁷ Por tanto, la constelación posnacional,

en la era de la integración regional, México, 1997, p. 328; CANÇADO TRINDADE, A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en El siglo XX*, Chile, 2006, p. 315.

¹² TORRES, A., “En defensa del pluralismo constitucional”, *Derecho constitucional europeo*, UGARTEMENDÍA, J. I./JÁUREGUI, G. (coord.), Valencia, 2011, pp. 155-180.

¹³ PIOVESAN, F., “Direitos humanos e diálogo entre jurisdições”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC)*, n. 19, 2012, p. 67.

¹⁴ VON BOGDANDY, A., *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, 2011, pp. 285 y ss.

¹⁵ En la calificación de Manuel Góngora Mera. Cfr. GONGORA MERA, M. E., *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, San José de Costa Rica, 2011, p. 91.

¹⁶ Cfr. CAPALDO, G./SIECKMANN, J./CLÉRICO, L., *Internacionalización del Derecho Constitucional-Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, 2013.

¹⁷ Desde hace más de una década la doctrina alemana se refiere a una situación “flotante” de la soberanía. Cfr. DI FABIO, U., *Das Recht offener Staaten*, Tübinga, 1998, p. 94; OETER, S., “Souveränität – ein überholtes Konzept?”, *Festschrift H. Steinberger*, 2002, pp. 259 y ss.

no centrada en el Estado, se vincula con las nuevas formas de articulación del espacio político.¹⁸

En Suramérica, la constitucionalización del derecho internacional y del derecho interamericano, al igual que la apertura hacia la integración, como es el caso del Mercosur,¹⁹ única iniciativa tratada en este trabajo,²⁰ ha tenido como telón de fondo la garantía de las jóvenes democracias. En los regímenes autoritarios de las décadas sesenta y setenta las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos (desapariciones forzadas, ejecuciones sumarias, terror de Estado —con el llamado “Plan Cóndor”—) habían dejado profunda huella. La democratización en los años ochenta tenía el cometido esencial de salvaguardar la dignidad humana y recuperar los valores democráticos. Se imponía el requerimiento colectivo para fortalecer el Estado de derecho, la institucionalidad democrática y el control en el ejercicio del poder público. Las nuevas Constituciones pretenden recoger la expansión del derecho internacional de los derechos humanos y ese renacimiento de la idea integracionista.

Éstos fenómenos encuentran fundamento constitucional en las cláusulas de apertura suramericanas. No obstante, las fórmulas de recepción constitucional son heterogéneas. Por ello cabe preguntarse: ¿Puede identificarse en Sur-

¹⁸ BAYÓN, J., “Ciudadanía, soberanía y democracia en el proceso de integración europea”, disponible en: <http://www2.uah.es/filder/ciudadania-soberaniaydemocracia.pdf>.

¹⁹ PEROTTI, A., “El principio de primacía del derecho del Mercosur en las tres primeras opiniones consultivas del Tribunal Permanente de Revisión”, *Derecho internacional, derecho comunitario y derechos humanos*. Homenaje al Profesor Doctor José Luis Molina Quesada, ULATE CHACÓN (Ed.), San José de Costa Rica, 2009, pp. 291-316.

²⁰ Actualmente en Suramérica existen numerosos proyectos que se rubrican como “integracionistas”, entre ellos UNASUR, ALBA, la Alianza del Pacífico o incluso uno más amplio como CELAC. Sin embargo, dichos proyectos develan un choque ideológico y algunos pueden calificarse como “antisistémicos”. Cfr. BRICEÑO RUIZ, J., “La Iniciativa del Arco del Pacífico Latinoamericano. Un nuevo actor en el escenario de la integración regional”, *Nueva Sociedad*, N° 228, julio-agosto de 2010, pp. 44-59; SANAHUJA, J. A., “Del ‘regionalismo abierto’ al ‘regionalismo post-liberal’. Crisis y cambio en la integración regional en América Latina”, *Anuario de la Integración Regional de América Latina y el Gran Caribe*, Vol. 8, Buenos Aires, 2010, pp. 11-54; ROJAS ARAVENA, F., “La Celac y la integración latinoamericana y caribeña”, *Revista Nueva Sociedad*, n. 240, julio-agosto de 2012, pp. 16-27.

mérica un proceso de transformación de las Constituciones que, gracias a la permeabilidad policéntrica y a múltiples velocidades, permite la construcción (no lineal) de un *ius constitutionale commune*? y, en caso afirmativo, ¿qué elementos la caracterizan? La comprensión del Estado abierto trae consigo examinar la configuración convergente y progresiva del constitucionalismo garantista de los derechos humanos y de la integración, no sólo como fin del Estado a favor de la cooperación internacional, sino como miembro de la comunidad internacional, que se somete a ella en la evolución de un orden jurídico respetuoso de la dignidad humana.²¹

Los diez países objetos de estudio, Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, son exponentes de la diversidad de fórmulas adoptadas a nivel constitucional para configurar el Estado abierto. Sin pretensión de exhaustividad, es conveniente hacer referencia a tres aspectos centrales para aproximarse a la dimensionalidad de tal apertura: la contextualización delimitada a tres hitos o momentos específicos que reflejan una cierta estatalidad abierta (II), la conceptualización, con el propósito de perfilar la noción germánica de estatalidad abierta (III) y la constitucionalización a partir de las categorías constitucionales en función de la temporalidad, según se promulgaran nuevas Constituciones o reformas a finales del siglo XX o en el nuevo milenio (IV). A manera de conclusión se perfila el acervo del *ius constitutionale commune* construido en Suramérica, sin obviar sus desafíos en la coyuntura actual.

II. CONTEXTUALIZACIÓN RETROSPECTIVA

Una mirada hacia la historia constitucional latinoamericana permite encontrar un hallazgo de recepción del derecho internacional en las primeras Constituciones. Sin explorar la evolución constitucional del Subcontinente, la cual traspasa los límites de esta investigación, considero

²¹ Respecto a la llamada constitucionalización del derecho internacional, Cfr. KLABBERS, J./PETERS, A./ULFSTEIN, G., *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, 2009.

esencial delinear tres hitos de apertura del orden constitucional que los sistematizo en “pos”: pos independencia, pos 48 y pos democratización.

1. Pos independencia

Las ideas que gestaron la Independencia²² tenían marcada influencia de las Declaraciones de las colonias americanas y las primeras enmiendas a la Constitución de 1787 de los Estados Unidos de América,²³ así como de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, producto de la Revolución Francesa.²⁴ Un ejemplo simbólico está representado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano en la Constitución de Venezuela de 1811²⁵ y otro en la Constitución de Cundinamarca, región colombiana, también de 1811.²⁶ Este texto constitucional estableció la protección judicial de los derechos fundamentales y algunos mecanismos básicos de justicia constitucional, tales como el control judicial de la supremacía constitucional y la acción popular de inconstitucionalidad.²⁷

²² Hay autores que afirman que el recurso a elementos exógenos ya existía en las colonias. Cfr. CARDOSO G., “O direito comparado na jurisdição constitucional”, *Rev. direito GV*, Vol. 6, n. 2, São Paulo, 2010, pp. 469-492, p. 471.

²³ RAMACCIOTTI, B. M., *Democracia y Derecho Internacional en las Américas*, Argentina, 2009, p. 45.

²⁴ REICHARDT, R., *La Revolución Francesa y la Cultura democrática: La Sangre de la Libertad*, Madrid, 2002; BREWER-CARIAS, A., *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Caracas, 1992.

²⁵ BREWER-CARIAS, A., “Las Declaraciones de derechos del pueblo y del hombre de 1811”, *Colección de estudios*, núm. 93, Caracas, 2011.

²⁶ VANEGAS, I., la reivindica como primera Constitución del mundo hispánico (30 de marzo de 1811). Cfr. VANEGAS, I., “La Constitución de Cundinamarca: primera del mundo hispánico”, *Revista Historia Constitucional*, n. 12, 2011, pp. 257-279, p. 264.

²⁷ Artículo 9o. del Título I: “Habrá un Senado de censura y protección, compuesto de un Presidente, que lo será el vicepresidente de la Representación Nacional, y cuatro miembros, para sostener esta Constitución y los derechos del pueblo, a fin de que de oficio o requerido por cualquier ciudadano, reclame cualquiera infracción o usurpación de todos o cada uno de los tres poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial que sea contra el tenor de la Constitución”. Cfr. RESTREPO PIEDRAHITA, C., *Tres ideas constitucionales: supremacía de la Constitución, Corte Constitucional, el Ombudsman*, Bogotá, 1978, pp. 15-20.

La Constitución de 1811, bajo el epígrafe *Derechos del hombre en sociedad*, recoge y amplía los derechos fundamentales que ya habían sido reconocidos por el Congreso General de Venezuela en la “Declaración de Derechos del Pueblo” del 1º de julio de 1811: la libertad, igualdad, propiedad y seguridad. Según el Art. 156, la seguridad existe en la garantía, y protección que da la sociedad a cada uno de sus miembros sobre la conservación de su persona, de sus derechos, y de sus propiedades. Entendido el objeto de la sociedad como la felicidad común, disponía que los Gobiernos se instituyeran para asegurar al hombre en ella, protegiendo la mejora y perfección de sus facultades físicas y morales, aumentando la esfera de sus goces, y procurándoles el más justo y honesto ejercicio de sus derechos (Art. 151). A nivel formal, se incluyó la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, la no discriminación, la irretroactividad de las leyes, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa y al debido proceso, la libre manifestación del pensamiento, la inviolabilidad del hogar y de la correspondencia privada, la libertad de reclamar ante las autoridades, el principio de legalidad de los tributos y el principio de legalidad penal. Respecto a la igualdad, rezaba que la “ley sea una misma para todos los ciudadanos, sea que castigue o que proteja. Ella no reconoce distinción de nacimiento, ni herencia de poderes (Art. 154). La prohibición de la tortura y las penas infamantes iba seguida del “verdadero designio de los castigos es corregir y no la exterminación del género humano” (Art. 171).

No sólo el pensamiento liberal democrático heredado de la Revolución americana y la francesa penetró el constitucionalismo de la región, sino también lo hizo la Constitución de Cádiz de 1812,²⁸ con aportes como la elección de

²⁸ Cfr. GROSS ESPIEL, H., “La Constitución de Cádiz de 1812, la constitución del reino de Portugal de 1822, la constitución del Imperio del Brasil de 1824 y la Constitución Argentina de 1826 como precedentes de la Constitución Uruguaya de 1830”, *La Constitución de Cádiz de 1812. Hacia los orígenes del constitucionalismo Iberoamericano y Latino*; AGUIAR ARANGUREN, A., “La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz”. Presentación de la obra “La Constitución de Cádiz de 1812. Hacia los orígenes del constitucionalismo iberoamericano y latino”, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, p. 15.

autoridades locales y la libertad de imprenta.²⁹ Incluso las otras Constituciones emergentes en el Subcontinente ejercieron recíprocas influencias entre sí.³⁰ Este germen de apertura se constata igualmente en la adopción, muy temprana, de la cláusula de los derechos innominados o implícitos en Argentina, que permitía “ampliar el catálogo de los derechos fundamentales y reconocer como *constitucionales* a otros derechos no contemplados en el momento del parto de la Constitución”.³¹

Los hechos históricos avalan matices diferentes entre el constitucionalismo neogranadino del Norte de Sur América (1811-1812) y los seguidores de la Constitución de Cádiz de 1812. Al primero se le atribuye un discurso de mayor diferenciación con el antiguo régimen, inspirado en una pretendida ruptura ideológica, mientras los segundos preservaban la monarquía, lo que *per se* generaba la gran diferencia.³² Ello se vincula con el origen de la apertura en el ideario bolivariano de la integración. Simón Bolívar, reconocido como protagonista mayúsculo de la idea de unidad expresada en su concepción de la “América Meridional”, concreta sus aportes tempranamente en la Carta de Jamaica de 1815.³³ Esbozó tres distintos espacios geográficos, que se correspondían con México y Centroamérica, el norte de Suramérica y el Sur de Suramérica. La doctrina comenta que las unidades

²⁹ Cfr. LANDA, C., “El rol de la Constitución de Cádiz en la gestación de la independencia del Perú”, *Historia Constitucional*, n. 13, 2012, pp. 315-337.

³⁰ Se reconoce que la Constitución de las provincias Unidas del Río de la Plata de 1826, la Constitución de Uruguay de 1830 y la Constitución de Chile de 1833 muestran influencias recíprocas. Cfr. DALLA VIA, A., “La Constitución de Cádiz de 1812: un antecedente indirecto de la Constitución Nacional Argentina”, *Revista Jurídica UCES*, n. 13, Argentina, 2009, p. 232.

³¹ Plan de una Constitución liberal federativa para las Provincias Unidas de la América del Sur (Proyecto Federal de 1813). Respecto al origen de la cláusula de derechos implícitos en la Constitución de 1853/60, Néstor Pedro SAGÜES afirma que de la voluntad del constituyente se desprende que comprendía los derechos naturales de las personas y de los pueblos, superiores a cualquier Constitución positiva. Cfr. SAGÜES, N., “Constitución Nacional. Derechos no enumerados”, *Enciclopedia jurídica Omeba*, Apéndice V, Buenos Aires, 1986, pp. 33 y ss.

³² BOTERO BERNAL, A., “Los antecedentes del primer constitucionalismo antioqueño (elementos para comprender el proceso constitucional hispanoamericano)”, *Historia Constitucional*, n. 7, Madrid, 2006, pp. 117 y s.

³³ En 1815 se le atribuye a la Carta de Jamaica un proyecto confederal. Cfr. ROJAS, R., *Historiografía y Política sobre el tema bolivariano*, Barquisimeto, 1999, pp. 29 y ss.

políticas creadas por el sistema colonial, especialmente en el caso de las provincias españolas en América Central y América del Sur (bifurcada en su Norte y en su Sur), recogidas en esa visión de Bolívar, son muy relevantes para entender la cooperación regional multilateral en la región hasta nuestros días.³⁴

Suramérica es un emporio de experiencias interesantes en la conformación de las nacientes Repúblicas a principios del siglo XIX en el ámbito de las “leyes”. Como destaca Manuel José Cepeda, el apego a la ley en Colombia encuentra sus raíces en esa época. Entre los momentos calificados como hitos en los orígenes de la independencia se ubican el “memorial de agravios”, la traducción de los derechos del hombre y del ciudadano efectuada por el Precursor Antonio Nariño y la traducción de las Constituciones francesas. Uno de los primeros acuerdos humanitarios en la historia de occidente fue el suscrito en Colombia (Tratado de regularización de la guerra firmado en Trujillo (Venezuela), el 26 de noviembre de 1820, entre los “Gobiernos de Colombia y España” por Bolívar y el Pacificador Morillo). El legado de Francisco de Paula Santander, conocido como el “hombre de las leyes”, que en su tiempo aseveró: “si las armas os han dado la independencia, las leyes os darán la libertad”, frase que preside la entrada al Palacio de Justicia donde sesionan las Altas Cortes.³⁵

Simón Bolívar fue el creador de la Gran Colombia en 1821 (integrando Nueva Granada, Venezuela, Ecuador y Panamá) y su propuesta de Confederación de 1826 marcó un hito histórico.³⁶ El pensamiento cardinal de la unión y confederación propuesto por Simón Bolívar en el Tratado de Unión, Liga y Confederación de 1826,³⁷ fue concebido

³⁴ RIBEIRO HOFFMANN, A., “Latin American states cooperation at the United Nations General Assembly: One for all and all for one?”, *Ponencia en la British International Studies Association (BISA)*, Edinburgh, 2012, p. 3.

³⁵ CEPEDA, M. J., “La defensa judicial de la Constitución: la gran fortaleza colombiana”, *Fortalezas de Colombia*, CEPEDA ULLOA (Ed.), Bogotá, 2004.

³⁶ TURNER MORALES, J., “Bolívar en la historia y el destino de América Latina”, *Latinoamérica frente al espejo de su integración 1810-2010*, OROPEZA GARCÍA (Co-ord.), México, 2010, p. 72.

³⁷ Calificado como un antecedente emblemático del derecho de gentes de América. DARÍO LÓPEZ, R., *Bolívar y el derecho de gentes*, Repertorio histórico de la

como un pacto más allá de la solidaridad defensiva y ofensiva para salvaguardar la soberanía e independencia, pues abarcaba una unión y compromiso de paz conjunta.³⁸ Esta unión se pronunció sobre la abolición del tráfico de esclavos de África,³⁹ pero además definió "in nuce" el concepto de una ciudadanía continental y una cláusula de condicionalidad para la permanencia en la unión, sujeta a la forma de gobierno republicano y democrático, como reacción a la dominación de la corona.⁴⁰

Un hecho interesante a destacar es la singularidad de la transición de Brasil de la colonia, al imperio y a la República, que comenzó en 1822 y concluyó casi a fines de siglo.⁴¹ Brasil, al separarse de Portugal en 1822, mantuvo un sistema monárquico incluso luego de la abolición del imperio en 1889 y fue en 1891 cuando adoptó una constitución republicana, cuando siguió predominantemente el constitucionalismo norteamericano. Los propios precursores de la independencia,⁴² bajo una concepción confederativa, sugerían una unión basada en los vínculos de la sangre, relaciones, leyes, costumbres y religión, para todas las naciones que antes formaban parte de los dominios de España en el Nuevo Mundo, excluyendo a Brasil.⁴³

Academia Antioqueña de historia, Año 1987, Vol. 38, núm. 250. Disponible en: http://biblioteca-virtual-antioquia.udea.edu.co/pdf/11/11_457851946.pdf

³⁸ SILVA OTERO, A., *El Congreso de Panamá*, 1960, pp. 35 y ss.

³⁹ DE LA REZA, G., *El Congreso de Panamá de 1826 y otros ensayos de integración latinoamericana*, México, 2006, p. 83; SALVIOLI, F., "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos", *Revista IIDH*, Vol. 39, Costa Rica, 2004, p. 101.

⁴⁰ RAMACCIOTTI, B., *Democracia y Derecho Internacional en las Américas*, Argentina, 2009, p. 73.

⁴¹ Cfr. FIGUEREIDO, M., "Transição do Brasil Império à República Velha", *Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Año 13, núm. 26, segundo semestre de 2011, pp. 119-145.

⁴² Entre ellos Francisco de Miranda, impulsor del Proyecto de Colombia concebida como gran república confederada hispanoamericana que surgiría de la derrota del imperio español, que influye en Bolívar, quien lo asume como un principio rector para la acción emancipadora. Cfr. PICÓN SALAS, M., *Miranda*, 1972, p. 38; RUMAZO GONZÁLEZ, A., *8 grandes Biografías. Cumaná: Ediciones de la Gobernación del Estado Sucre*, Tomo II, 2001.

⁴³ MONTEAGUDO, B., *Ensayo sobre la necesidad de una Federación General entre los Estados Hispanoamericanos y plan de su organización*, Lima, 1825, citado por ARUM-

Si bien la integración proclamada en esa época no logró concretarse, el Congreso de Panamá es definido como un giro hacia la formación simbólica de una identidad subcontinental al estilo de un nacionalismo latinoamericano.⁴⁴

Sin dejar de lado la concepción de soberanía de la época, se pueden citar otras iniciativas de integración como la Unión Internacional de las Repúblicas Americanas, que tuvo su nacimiento en 1890, en Washington, durante la primera Conferencia Internacional Americana con la participación de dieciocho Estados Americanos, así como su posterior transformación en 1910 en la Unión Panamericana, en la IV Conferencia Interamericana realizada en Buenos Aires. Los caudillismos y las fricciones con los Estados Unidos y Europa marcaron la etapa del panamericanismo, más bien centrada en la búsqueda de estabilidad, seguridad y cooperación hemisféricas.⁴⁵ Existían declaraciones multilaterales en las que el paradigma democrático se dibujaba, en el marco de la solidaridad continental, como causa común y fundamento político (1936)⁴⁶ y como propósito (1938),⁴⁷ incluyendo una propuesta para otorgar reconocimiento sólo a los gobiernos democráticos y se sembró el germen de un nuevo alcance de la democracia moderna, destacando que un plan político no sería suficiente, sino que requiere "más amplias realizaciones" (1945).⁴⁸ Susten-

BURU, E., "Historical Perspective. The Evolution of Mercosur in a South American Integration", *Pace International Law Review*, Vol. 13, 2001, p. 186.

⁴⁴ NOHLEN, D., "Caudillismo, nación e integración", *¿Integración Sudamericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, VON BOGDANBY/LANDA ARROYO/MORALES ANTONIAZZI (Eds.), Madrid, 2009, pp. 35-45.

⁴⁵ Las tres etapas básicas se sintetizan en la latinoamericana (1826-1880), panamericana (1889-1930) e interamericana a partir de 1948. Cfr. VERA-FLUJIXÁ, R. X., "Principios de Integración Regional en América Latina" y su análisis comparativo con la Unión Europea, *Discussion Paper C 73, Zentrum für Europäische Integrationsforschung*, Bonn, 2000, pp. 1-83, pp. 6 y ss.

⁴⁶ Declaración de Buenos Aires de 1936.

⁴⁷ Declaración de Lima de 1938.

⁴⁸ La Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y la Paz realizada en México en 1945 dejaron huella al referirse al Estado como principal del derecho internacional, pero mencionarse la existencia de otro: "un sujeto último aunque indirecto del derecho internacional, y en verdad de todo derecho: el hombre, que necesita amparo y elevar su nivel de vida". Discurso del Excmo. señor doctor Adolfo Varela, Presidente de la Delegación del Uruguay (22 de febrero de 1945)".

tado en la doctrina de seguridad hemisférica se enuncia en el Preámbulo del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), el concepto de "efectividad de la democracia".⁴⁹ El TIAR tenía por finalidad asegurar la legítima defensa colectiva ante un eventual ataque de una potencia de otra región y decidir acciones conjuntas en caso de un conflicto entre dos Estados partes del Tratado. El valor declarativo de estos instrumentos internacionales no se materializó en normas y prácticas concretas, sino quedaron a nivel programático.

2. Pos 48

La posguerra hizo girar completamente la mirada hacia la protección de los derechos humanos y en región suramericana también tuvo gran impacto.⁵⁰ A partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948, comienza a desarrollarse el derecho internacional de los derechos humanos con el carácter axiológico previsto desde el primer considerando de su Preámbulo como es "que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana", se dan los pasos para reconocer la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos garantizada por tratados internacionales que reflejan la consciencia ética contemporánea compartida por los Estados por asegurar un "mínimo ético irreductible".⁵¹

⁴⁹ En la Conferencia Interamericana de Río de Janeiro en 1947 se abordó el tema del Mantenimiento de la Paz y la Seguridad del Continente, apenas terminando la Segunda Guerra Mundial y comenzando a gestarse la Guerra Fría. El TIAR destacaba en su Preámbulo "la efectividad de la democracia, para la realización internacional de la justicia y de la seguridad".

⁵⁰ PIZZOLO, C., "La fase descendente del derecho constitucional transnacional. La constitución frente a la integración supranacional y el derecho internacional de los derechos humanos", *Internacionalización del Derecho Constitucional-Constitucionalización del Derecho Internacional*, CAPALDO/SIECKMANN/CLÉRICO, Buenos Aires, 2012 (en prensa).

⁵¹ PIOVESAN, F., "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el acceso a la justicia en el ámbito interno y en el ámbito internacional", *Políticas Públicas de Derechos Humanos en el Mercosur*, Vol. 1, Montevideo, 2004, p. 81.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH) también emergió en el marco de la posguerra. Se trató de un documento único por ser el primero a nivel internacional que enumeró los derechos humanos universales y proclamó la necesidad de proteger esos derechos (abril 1948), en el que los Estados reconocen tanto los derechos humanos como los deberes que los individuos tienen con la sociedad (a diferencia de su homóloga en las Naciones Unidas, la DUDH) y se instituye una "cláusula de limitación general", que dispone que los derechos de cada persona están necesariamente limitados por los derechos de las otras, por la seguridad de todos y por las justas demandas del bienestar general en una sociedad democrática.⁵²

Construir una paz fecunda y duradera era un motivo también en América, y la gestación de instrumentos que lo regularan tomó su tiempo. Como anticipo en este capítulo a la ruta seguida por el sistema interamericano, puede identificarse un largo ciclo que abarca desde 1945 hasta 1969. Una sinopsis de los pasos importantes se puede presentar, en orden consecutivo, con cuatro manifestaciones: la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y la Paz, reunida en Chapultepec, México, del 21 de febrero al 8 de marzo de 1945, origen de las preocupaciones por la tutela convencional de los derechos humanos, que expresaba la voluntad de adherirse a los principios consagrados en el Derecho Internacional para la salvaguardia de los derechos esenciales del hombre y pronunciarse en favor de un sistema de protección internacional de los mismos; en la Novena Conferencia Interamericana, celebrada en Bogotá, en 1948, se rubrican tres instrumentos propiamente fundacionales, como fueron la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), la Decla-

⁵² Cfr. SALMIOLI, F., "El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la Protección Internacional de los Derechos Humanos", *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Memorias del Seminario, México, 2003, pp. 679-696; CANÇADO TRINDADE, A., "The Inter-American system of protection of Human Rights: the developing Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights (1982-2005)", *International protection of Human Rights: Achievements and Challenges*, GÓMEZ/KOEN DE FEYTER (Eds.), Bilbao, 2006, p. 491.

ración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, precursora a la universal, y la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales; en 1959, con el establecimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante una Resolución de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile;⁵³ finalmente, en 1969 se adopta la Convención Americana sobre Derechos Humanos, luego de diversas propuestas, sin duda más atrevidas en lo relativo a los derechos sociales.⁵⁴

Si bien la Carta de la OEA de 1948 reconoce a la democracia representativa como el sistema político deseable para el Continente y el escenario mundial se movía en la órbita del internacionalismo y el pacifismo, el pos 48 mostraba un panorama de gobiernos dictatoriales en la región y la participación en la OEA no tenía implicaciones en la realidad constitucional de los países. El valor declarativo de los instrumentos internacionales no se materializó en normas y prácticas concretas, sino quedaron a nivel programático. Entre los factores estructurales de este escaso impacto de la internacionalización de los derechos humanos en las Constituciones se encuentra la concepción legocentrista,⁵⁵ en la que la Constitución mantenía un carácter meramente político (Constituciones de papel) y los derechos establecidos carecían de valor jurídico. Algunos países suscriben los instrumentos internacionales de protección de los derechos, pero, paradójicamente, incurrían en mayores violaciones.⁵⁶

⁵³ La presencia de la Comisión en la Carta de la OEA se produjo con el Protocolo de Reformas de 1967. Cfr. FAUNDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José de Costa Rica, 2004, pp. 34 y ss.

⁵⁴ Cfr. *Proyecto del Consejo de Jurisconsultos*, Capítulo II, Parte I, sobre derechos económicos, sociales y culturales (Arts. 20 a 33).

⁵⁵ Cfr. GARCÍA JARAMILLO, L., "El determinante influjo de la filosofía del derecho y la investigación socio-jurídica en la enseñanza del derecho en Colombia", *Revista Latinoamericana de Estudios Educativos*, Vol. 2, n. 2, julio-diciembre, 2006, pp. 11-41, p. 15.

⁵⁶ Por ejemplo de Colombia, donde la incorporación formal de los tratados no coadyuvó por sí misma a la protección de los derechos. Cfr. LÓPEZ-MEDINA, D. E. /SÁNCHEZ MEJÍA, A. L., "La Armonización del Derecho Internacional de los De-

Un dato de derecho comparado relevante es la percolación que la Declaración Universal tuvo décadas más tarde en las Constituciones portuguesa y española de 1976 y 1978, respectivamente, cuando estos países retornaron a la democracia y ello a su vez influyó en las Constituciones latinoamericanas dictadas con la ola democratizadora.⁵⁷ La influencia de las Constituciones de Portugal y España se percibe en el auge de la cláusula de interpretación conforme. Como advierte Eduardo Ferrer Mac Gregor, esta cláusula se perfila como un proceso interpretativo de armonización que tiene por objeto inaplicar el orden supranacional en el caso de que la norma de carácter nacional tenga un alcance protector mayor, de conformidad con el principio *pro persona* y derivado de la obligación general de respetar los derechos y libertades previstos en los tratados internacionales.⁵⁸

La Constitución de Portugal de 1976 regula que los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deberán ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (Art. 16.2) y en la doctrina se la ha atribuido un carácter bastante amplio.⁵⁹ De similar tenor es la Constitución de España de 1978, que codifica la cláusula de interpretación conforme.⁶⁰ Su influencia quedó recogida en las Constituciones de Suramérica como uno de los mecanismos más efectivos de armonización entre el derecho internacional y el derecho interno.⁶¹

rechos Humanos con el Derecho Penal colombiano", *Int. Law Rev. Colomb. Derecho Int. Ildi Bogotá*, núm. 12, Edición Especial 2008 pp. 317-352, p. 325; ORTIZ GUTIÉRREZ, J. C., "La evolución político-constitucional de la República de Colombia 1976-2005", *Estudios Constitucionales*, Año 6, núm. 2, 2008, pp. 247-300, p. 261.

⁵⁷ GALVÁN BAUTISTA, L., *Proyección Internacional de los derechos fundamentales*. (La Cláusula de apertura constitucional), Salamanca, 2008, pp. 45 y ss.

⁵⁸ FERRER MACGREGOR, E., "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez Mexicano", *Estudios Constitucionales*, Año 9, n. 2, Chile, 2011, p. 550.

⁵⁹ MIRANDA, J., *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Coimbra, 1993, p. 128; GOMES CANOTILHO, J., *Direito Constitucional*, Coimbra, 1995, pp. 497 y ss.

⁶⁰ Un completo análisis en: SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos*. El Art. 10.2 de la Constitución Española, Madrid, 1999, pp. 628 y ss.

⁶¹ Entre las predecesoras a la nueva oleada del siglo XXI se cuentan el Art. 93 de la Constitución colombiana y la cuarta disposición transitoria de la Consti-

El rechazo al nacionalismo como denominador común en la constitucionalización de los Estados europeos en la posguerra,⁶² trajo consigo nuevas Constituciones (Francia, Italia, Alemania) que marcaron el abandono de la visión rígida de la soberanía estatal y la consiguiente apertura hacia el derecho internacional,⁶³ también estipulada en la Constitución española de 1978.⁶⁴ Algunas Constituciones en Suramérica anclaron los cimientos de la integración, sin transferencia de competencias, como fue por ejemplo el Art. 108 de la Constitución venezolana de 1961, alusivo a favorecer la integración económica latinoamericana”.

Comparto con Osvaldo Saldías que las premisas para el funcionamiento de los esquemas de integración en los años 60 y 70 obedecían a la corriente de pensamiento económico cepalista (originario de las ideas de Raúl Prebisch y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe ‘CEPAL’), sin influjo de la perspectiva jurídica, regidos por un marco técnico-económico, bajo la prevalencia de la diplomacia de la “altas cumbres” y profundamente impregnado del “concertacionismo”. Será después de la creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y de su primera sentencia, que se acogen las doctrinas europeas de supremacía y efecto directo, y que la construcción jurídica y jurisprudencial empieza a tener algún papel.⁶⁵

tución peruana. Cfr. FERRER MACGREGOR, E., “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano, Derechos humanos: un nuevo modelo constitucional”, CARBONELLI/SALAZAR, (Coords.), México, 2011, pp. 339-429.

⁶² Entre las más prolongadas y graves Alemania, España, Grecia, Italia y Portugal, mientras Francia fue más breve. Cfr. RUBIO LLORENTE, F./DARANAS PELÁEZ, M., *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Barcelona, 1997, p. XII.

⁶³ En la doctrina alemana se asocia la opción por un Estado abierto con el código genético de la Ley Fundamental (Grundgesetz). Cfr. RENSMANN, T., “Die Genese des ‘offenen Verfassungsstaats’ 1948-49”, *Der „offene Verfassungsstaat“ des Grundgesetzes nach 60 Jahren. Anspruch und Wirklichkeit einer großen Errungenschaft*, GIEGERICH (Ed.), Berlin, 2010, p. 37 y ss; LÓPEZ CASTILLO, A., *Constitución e integración*, Madrid, 1996, pp. 68 y ss.

⁶⁴ Entre la abundante literatura, ver CRUZ VILLALÓN, P., (COORD.), *Hacia la europeización de la Constitución española. La adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*, Bilbao, 2006.

⁶⁵ SALDÍAS, O., “Libre circulación de personas y la autonomía del orden jurídico de la Comunidad Andina”, *La libre circulación de personas en los sistemas de inte-*

3. Pos democratización

A la existencia de un mundo “uni-multipolar híbrido” posguerra fría puede decirse que le acompaña *mutatis mutandi* una “uni-multi-Suramérica compleja”, pues la coyuntura del declive de la confrontación Este-Oeste conlleva a adoptar en el plano regional importantes instrumentos jurídicos pro-democráticos.⁶⁶ Gracias al proceso de democratización, la permeabilidad fue la opción consciente y deliberada de los constituyentes nacionales en las Cartas Fundamentales de los últimos años del siglo XX y la primera década del siglo XXI en doble vía: una, para incorporar al derecho constitucional los atributos y garantías de los derechos asegurados por el derecho internacional convencional de los derechos humanos como estándar mínimo de los ordenamientos jurídicos nacionales y, otra, para regular la participación en la integración, que en el caso de análisis es la suramericana.

Esta vinculación de la permeabilidad dual con la democratización había andado un largo camino. A fines de la década de los setenta entra en vigencia la Convención Americana de Derechos Humanos (1978) y el sistema interamericano emerge, paradójicamente, en un entorno de marcado autoritarismo, desigualdad social y carencia de una cultura garantista de la tríada democracia, estado de derecho y derechos humanos. La paradoja histórica arrojó, que así como el desafío de la postguerra era la internacionalización de los derechos humanos como herramienta fundamental para desterrar los genocidios, el desafío contemporáneo era la constitucionalización de los derechos universales “como la única forma de hacerlos efectivos en el ámbito interno”.⁶⁷

gración económica: Modelos comparados. Unión Europea, Mercosur, Pamplona, 2012, pp. 191 y ss.

⁶⁶ En 1985 se aprobó el “Protocolo de Cartagena de Indias”, enmendando la Carta de la OEA e incorporando avances respecto a la democracia representativa y a las instituciones democráticas. En el Preámbulo se añadió el siguiente párrafo: “Ciertamente que la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región”. Por otro lado, se incluyó como nuevo propósito de la Organización, el relativo a “Promover y consolidar a democracia representativa dentro del principio de no-intervención”.

⁶⁷ ABREGÚ, M., *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales, Una Introducción*, Buenos Aires, 1997, pp. 3-32, p. 5.

El proceso de democratización en Suramérica en la década de los 80 favoreció no sólo la ratificación de la Convención Americana⁶⁸ y el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁶⁹ sino también la incorporación de los instrumentos internacionales de protección de los derechos para dar respuesta y ser contrapunto de las violaciones sistemáticas ocurridas bajo las dictaduras.⁷⁰

El efecto dominó que generó la democratización significativa, asimismo, comenzó a salir de la llamada “década perdida” de los años ochenta y recuperar la credibilidad de la región a nivel internacional, reposicionando los esquemas integracionistas (ALADI o el Pacto Andino)⁷¹ y haciéndose escenario de grandes transformaciones como la creación del Mercosur (1991) y el nacimiento de la Comunidad Andina (1996), descansando la integración en los principios democráticos y de respeto de los derechos humanos.⁷² En este nuevo rumbo del constitucionalismo democrático,⁷³ se incorporan, además, a las órdenes constitucionales normas para regular la transferencia de competencias a organizaciones supranacionales, así como la primacía y el efecto directo del derecho de la integración. Todo ello revela el involucramiento de la región, no sólo en el fenómeno de la globalización,⁷⁴ sino también en sus procesos concurrentes

⁶⁸ Argentina en 1984, Uruguay en 1985, Paraguay en 1989, Chile en 1990 y Brasil en 1992.

⁶⁹ Mientras Argentina, Uruguay y Chile reconocieron la competencia de la Corte IDH simultáneamente con la ratificación de la CADH, en cambio Paraguay en 1993 y Brasil en 1998, cuatro y seis años más tarde, respectivamente.

⁷⁰ Una descripción del contexto de una historia de autoritarismo estatal y social en el que surge el SIDH (y se mantiene) la región, en: MEDINA QUIROGA, G., “Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana”, *Anuario de Derechos Humanos*, Chile, 2009, pp. 15-34.

⁷¹ TIRADO MEJÍA, A., *Integración y democracia en América Latina y el Caribe*, Argentina, 1997, p. 32.

⁷² CASAL, J. M., “Desafíos de Los Procesos de Integración en Materia de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Integración Andina*, núm. 15, pp. 13 y ss.

⁷³ Para el período que abarca la promulgación de los nuevos textos constitucionales, véase, NOGUEIRA, H., *La evolución político constitucional de América del Sur 1976-2005*, Chile, 2009.

⁷⁴ PISARELLO, G., “Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico”, *Estado Constitucional y Globalización*, CARBONELLI/VÁZQUEZ (Comps.), México, 2001, p. 352 y s.

de democratización, junto a la internacionalización, constitucionalización y judicialización.⁷⁵

III. CONCEPTUALIZACIÓN: LA DOBLE ESTATALIDAD ABIERTA

En la doctrina suramericana se ha abordado el fenómeno de la internacionalización del derecho constitucional bajo la perspectiva de las cláusulas de apertura y más bien delimitado a los derechos humanos. Hasta ahora, un sector de la doctrina se ha apoyado en la noción haberliana de “Estado constitucional cooperativo” para explicar que el Estado ya no está centrado en torno a sí mismo, sino estrechamente vinculado con otros Estados constitucionales miembros de una comunidad, en la que adquieren gran relevancia los derechos humanos y fundamentales.⁷⁶ Recientemente el fenómeno se vincula con el neoconstitucionalismo. Se sostiene que “el neoconstitucionalismo” sirve de marco al fenómeno de la internacionalización del derecho constitucional en América Latina ocurrido con las transformaciones constitucionales,⁷⁷ sustentadas en los postulados doctrinarios emergidos en Italia y gracias a los aportes sobre la interpretación constitucional provenientes de Dworkin, Alexy, Zagrebelsky y Nino.⁷⁸

⁷⁵ DEL TORO HUERTA, M., “La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año 38, núm. 112, enero-abril de 2005, pp. 325-363.

⁷⁶ Cfr. HÄBERLE, P., *El Estado constitucional*, Trad. de Hector Fix-Fierro, México, 2003, p. 75-77. La obra del Profesor Häberle ha sido traducida al español y ha encontrado eco en la región. Entre otras traducciones figuran HÄBERLE, P., *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997; HÄBERLE, P., *La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional*, Lima, 2001; HÄBERLE, P., *El Estado Constitucional*, Buenos Aires, 2007. Al idioma portugués, HÄBERLE, P., *Hermenéutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, 1997; MENDES, G./RUFINO DO VALE, A., “O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Año 2, 2008/2009, p. 2.

⁷⁷ Por todos, véase GARCÍA JARAMILLO, L., “El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del Derecho. El caso colombiano”, *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, Año 45, n. 33, enero-abril 2012, pp. 93-118, p. 94 y ss.

⁷⁸ Cfr. CAPALDO, G./SIECKMANN, J./CLÉRICO, L., *Internacionalización del Derecho Constitucional-Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, 2012 (en prensa).

Contrariamente, en este estudio propongo, partiendo del concepto jurídico-institucional de típico cuño germánico de estatalidad (*Staatlichkeit*), analizar el fenómeno de la estatalidad abierta (*offene Staatlichkeit*), bajo su construcción en el contexto integrado, debido al potencial e impacto que esta constelación abre en el debate suramericano como *conditio sine qua non* de la supranacionalidad.

Desde hace casi cincuenta años el concepto alemán de estatalidad abierta (*offene Staatlichkeit*) acuñado por Klaus Vogel⁷⁹ describe la apertura de la esfera de competencias del derecho interno del Estado, es decir, la permeabilidad del ordenamiento jurídico nacional, como lo afirma Karl-Peter Sommermann.⁸⁰ En el contexto alemán se atribuye una especial connotación a la “decisión constitucional a favor de la apertura” en tanto comprende una faz pasiva y una faz activa. Los padres fundadores de la *Grundgesetz* (Ley Fundamental) se pronunciaron favorablemente hacia el Estado abierto tanto en el sentido de la cooperación internacional en los planos universal y regional, como en el posicionamiento del Estado en la comunidad internacional y su subordinación al orden normativo emanado de ella, bajo el credo de la dignidad humana y el respeto de los derechos humanos.⁸¹ La Ley Fundamental (LF) asigna estadios distintos en su elección, a nivel constitucional, por un Estado alemán que combina en su fuente originaria la interacción con otros regímenes legales. Por una parte, se regula la incorporación de los tratados internacionales en el orden público nacional en el Art. 59.2 de la LF,⁸² y, por la otra,

⁷⁹ VOGEL, K., *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit*, 1964, p. 42.

⁸⁰ SOMMERMAN, K., “Offene Staatlichkeit Deutschland”, *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Tomo II, “Offene Staatlichkeit, Wissenschaft vom Verfassungsrecht”, Heidelberg, 2008, núm. 12, p. 10.

⁸¹ El Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, en el inciso 2, dispone “Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”.

⁸² En idioma español véase BANK, R., “Tratados internacionales de derechos humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán”, *Ius et Praxis*, Vol. 9, Chile, 2003, pp. 23-38.

se establecen diversos parámetros para interactuar con otras normas, según se afecten de modo determinante las bases de la legitimidad estatal de Alemania como son democracia, separación de poderes, federalismo, republicanismo o no. Por ello, en el Art. 23 de la LF se prevé la cláusula de apertura hacia la integración europea que reconoce un tipo de interacción derivado de su pertenencia a una comunidad jurídica compleja. El Art. 24 de la LF aplica, en cambio, para otras membresías, como sería el caso del sistema de las Naciones Unidas.

Javier García Roca afirma que el Estado constitucional contemporáneo sólo puede entenderse como un Estado situado internacionalmente y por lo tanto limitado en idéntica perspectiva, en particular en materia de derechos humanos.⁸³ Ampliamente conocidas son las estructuras constitucionales permeables reguladas en las Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea (UE), que traducen la vocación de los Estados nacionales de abrir su ordenamiento jurídico al influjo del derecho inter- y supranacional, configurando la condición *sine qua non* para la estabilidad y funcionalidad de la Unión Europea y del espacio jurídico europeo.⁸⁴ Distintas denominaciones han sido utilizadas, tales como “bisagra”,⁸⁵ “cláusula europea”⁸⁶ o “bridging mechanism”.⁸⁷

En esta línea, el término permeabilidad, que significa en sentido literal penetrable o traspasable, a pesar de ser

⁸³ GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e integración*, Madrid, 2010, p. 31.

⁸⁴ HUBER, P., “Offene Staatlichkeit: ein Vergleich”, *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, T. II, “Offene Staatlichkeit, Wissenschaft vom Verfassungsrecht”, Heidelberg, 2008.

⁸⁵ Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004 v. 13. 12. 2004, Boletín Oficial del Estado, núm. 3.

Suplemento, 4, de enero de 2005, pp. 5, 9 (II 3). SILVA GARCÍA, *La declaración 1-2004 del tribunal constitucional*. Español.

⁸⁶ CLAES, M., “Constitucionalizando Europa desde su fuente. Las “cláusulas europeas” en las Constituciones nacionales: evolución y tipología”, *Constitución Europea y Constituciones nacionales*, CARTABIA/DE WITTE/PÉREZ TREMP (Eds.), 2005, pp. 123 y ss, p. 127.

⁸⁷ WALKER, N., “Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union”, *European Law Journal*, Vol. 4, 1998, pp. 355-388, p. 375.

un concepto tomado de la biología para explicar lo social,⁸⁸ sirve como técnica de extrapolación y herramienta útil para interpretar el cambio de paradigma hacia un Estado no cerrado. En sentido estrictamente jurídico, Mattias Wendel define la permeabilidad como la cualidad de un ordenamiento jurídico de permitir la incorporación de principios y contenidos normativos provenientes de otro régimen jurídico,⁸⁹ representando un mecanismo de entrelazamiento normativo.⁹⁰

Hoy en día es incuestionable la incorporación cada vez más potente del derecho internacional en el derecho interno.⁹¹ Considero que esta constelación del Estado abierto tiene el potencial e impacto necesarios en el debate suramericano, entendido como *conditio sine qua non* de la protección internacional y, en particular, la supranacional, sin menoscabo del orden constitucional, sino producto del mismo. La imagen del Estado abierto refuerza, en los 10 países suramericanos objeto de estudio, el cambio de paradigma implícito en el nuevo derecho público del Siglo XXI enfocado en el mestizaje jurídico.

En Latinoamérica se utiliza la expresión “mestizaje jurídico” como uno de los rasgos “característicos, típicos y diferenciales del *ius commune* americano, que contempla una superposición, convivencia y fusión de diversas tradiciones jurídicas”.⁹² El fenómeno de un orden policéntrico,⁹³

⁸⁸ Cfr. BOTERO BERNAL, A., “Nuevos paradigmas científico y su incidencia en la investigación jurídica”, *Diálogos de saberes: Centro de Investigaciones Socio Jurídicas*, Bogotá, núm. 18-19, 2003, pp. 147-174.

⁸⁹ WENDEL, M., *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht. Verfassungsrechtliche Integrationsnormen auf Staats- und Unionsebene im Vergleich*, Tübinga, 2011, p. 71.

⁹⁰ NETTESHEIM, M., “Europäischer Verfassungsverbund?”, *Festschrift J. Isensee*, 2007, pp. 733 y ss, p. 736.

⁹¹ RÍOS ÁLVAREZ, L., “El fundamento axiológico de las relaciones internacionales y de las constituciones modernas”, *Revista de Derecho Público*, Vol. 66, 2004, pp. 25-59, especialmente p. 40.

⁹² PAMPILLO BALIÑO, J., *La integración jurídica americana. Reflexiones y propuestas para un nuevo ius commune*, Colombia, 2012, p. 129.

⁹³ WEILER, J. H. H./HALTERN, U./MAYER, F., “European Democracy and Its Critique”, *The Crisis of Representation in Europe*, HAYWARD (Ed.), London, 1995, pp. 4-39, p. 16; WEILER, J. H. H., “European Neo-Constitutionalism”, *Search of Foundations for the European Constitutional Order*, 1996, pp. 517-533; WIND, M.,

dominio policéntrico,⁹⁴ o policentrismo jurídico⁹⁵ no es nuevo,⁹⁶ aunque sí presenta rasgos novedosos propios en sociedades multiculturales como son, en el caso, las suramericanas.⁹⁷ En los Estados constitucionales suramericanos se constata una progresiva codeterminación en la medida en que se influyen más recíprocamente en la incorporación del factor multicultural que los caracteriza⁹⁸ y la Constitución, como orden abierto, cumple una función de inclusión en el seno de las sociedades diversas.⁹⁹

Al repensar la relación entre los distintos órdenes jurídicos en razón de sus interacciones y la consecuente deconstrucción de la pirámide explicativa de la jerarquía normativa,¹⁰⁰ emerge una nueva dogmática en base a un sistema jurídico plural en el que se entrecruzan principios, normas y regulaciones de los órdenes internacional, supranacional y estatal, fenómeno contemporáneo categorizado bajo distintas nociones como “acoplamiento”,¹⁰¹ “redes horizontales de colaboración”,¹⁰² “interconstitucionalidad”,¹⁰³

“The European Union as a Polycentric Polity: Returning to a Neo-medieval Europe?”, WEILER/WIND (Eds.), 2003, pp. 103-131, pp. 126 y ss.

⁹⁴ DI FABIO, U., “Öffentliche Meinung im System polyzentrischer Herrschaft”, *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften*, Vol. 7, 2009, pp. 666-682.

⁹⁵ DÍEZ DE URDANIVIA, X., *El Estado en el contexto global*, México, 2008.

⁹⁶ HÄBERLE, P., *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta* (traducción de Emilio Mikunda), Madrid, 2002.

⁹⁷ YRIGOYEN FAJARDO, R., “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, RODRÍGUEZ GARAVITO, C., (Coord.), Buenos Aires, 2011, pp. 139 y ss.

⁹⁸ VALADÉS, D., “Prólogo”, *El Estado constitucional*, HÄBERLE, Trad. Héctor Fierro, México, 2003.

⁹⁹ GOMES CANOTILHO, J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 2003, p. 1450.

¹⁰⁰ Cfr. AGUILAR CAVALLO, G., “El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público”, *Revista Ius et Praxis*, Vol. 12, n. 1, 2006, pp. 117-154.

¹⁰¹ VON BOGDANDY, A., “Pluralismo, efecto directo y última palabra: La relación entre Derecho Internacional y Derecho Constitucional”, *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, ESCOBAR GARCÍA (Ed.), Quito, Ecuador, 2010, pp. 407-429, p. 409.

¹⁰² PAMPILLO BALIÑO, J., “The legal integration of the American continent: an invitation to legal science to build a new *ius commune*”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 17, n. 3, pp. 517-553, p. 519.

¹⁰³ GOMES CANOTILHO, J., *Teoría de la Constitución*, Madrid, 2004.

“metaconstitucionalidad recíproca”,¹⁰⁴ influjos y lecturas simultáneas,¹⁰⁵ “*multilevel constitutionalism*”,¹⁰⁶ normativismo supranacional,¹⁰⁷ transconstitucionalismo.¹⁰⁸ En consonancia con la doble estatalidad abierta, abordo la comprensión de este proceso de retroalimentación entre las Constituciones y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y de integración¹⁰⁹ como espacios jurídicos compartidos en el vértice superior de la antigua pirámide y que busca más dibujar la figura geométrica del trapecio.¹¹⁰

IV. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN PROGRESIVA DEL ESTADO ABIERTO

La doble estatalidad abierta suramericana tiene una fisionomía heterogénea y progresiva. En Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela se constata el avance continuo en la regulación expresa del rango constitucional que se atribuye a los tratados internacionales de derechos humanos en los ordenamientos nacionales y muestran en general una concepción a favor del derecho internacional, del sistema in-

¹⁰⁴ CRUZ VILLALÓN, P., “El papel de los tribunales constitucionales nacionales en el futuro constitucional de la Unión”, *Une communauté de droit*, 2003, pp. 271-282.

¹⁰⁵ Como zona de convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional, véase NIKKEN, P., “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n. 72, Caracas, 1989; BIDART CAMPOS, G./HERRENDORF, D., *Principios de Derechos Humanos y Garantías*, Buenos Aires, 1991, pp. 195 y ss.

¹⁰⁶ PERNICE, I., *Constitutional law implications for a state participating in a process of regional integration. German Constitution and “multilevel constitutionalism”*, German Rapport to the XV International Congress on Comparative Law, Bristol, 1998, pp. 2-3, citado por BREWER-CARÍAS, A., *Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional*, Caracas, 1998, p. 18.

¹⁰⁷ GORDILLO, A., *Derechos Humanos*, Buenos Aires, 2005, p. III.10.

¹⁰⁸ NEVES, M., *Transconstitucionalismo*, São Paulo, 2009, pp. 115 y ss.

¹⁰⁹ BAZÁN, V., “Justicia constitucional y protección de los derechos fundamentales en Argentina”, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela, BAZÁN/NASCH (Eds.), Montevideo, 2009, p. 17.

¹¹⁰ PIZZOLO, C., “Los mecanismos de protección en el sistema interamericano de derechos humanos y el derecho interno de los países miembros. El caso argentino”, *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, MÉNDEZ SILVA, (Coord.), 2002, p. 514.

teramericano y de la integración. Sin embargo, la progresividad va acompañada de una diversidad de mecanismos que permiten la permeabilidad normativa. Hay distintas denominaciones (como cláusulas de apertura,¹¹¹ cláusulas de diálogo,¹¹² normas de reenvío,¹¹³ habilitaciones constitucionales para la integración).¹¹⁴ Igualmente la graduación va de la generalidad a la especificidad, en la medida en que convergen, de modo acumulativo o no, figuras jurídicas como primacía de los tratados de derechos humanos, bloques de constitucionalidad, efecto directo, interpretación conforme, derechos implícitos, interpretación *por homine*. Dicha convergencia está vinculada a la temporalidad, que divide aleatoriamente entre una primera expansión en las Constituciones a fin del siglo XX (1988-1998), y luego, una segunda expansión (1999-2009) en el nuevo milenio, que amplía el radio de la permeabilidad en las Constituciones andinas. Sin ánimo exhaustivo sino ejemplificativo, demuestro esta tendencia con citas a las disposiciones constitucionales.

1. La estatalidad abierta respecto a los derechos humanos

Esta apertura tiene lugar tempranamente en el constitucionalismo latinoamericano.¹¹⁵ *Ab initio*, la apertura fue objeto de debate a partir del dilema clásico de la jerarquía normativa e incorporación de los tratados en el orden interno¹¹⁶ y se generalizó el examen sobre las cuatro opcio-

¹¹¹ Un clásico es el estudio del Maestro FIX ZAMUDIO, H., “El derecho internacional de los derechos humanos y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, Año 1, n. 1, 2004, pp. 141-180.

¹¹² DE OLIVEIRA MAZZUOLI, V., “O controle jurisdicional da convencionalidade das leis”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2009, p. 118.

¹¹³ REY CANFOR, E., “El bloque de constitucionalidad: aplicación de tratados internacionales de derechos humanos”, *Estudios Constitucionales*, Año 4, n. 2, Santiago de Chile, 2006, pp. 299-334, p. 303.

¹¹⁴ PEROTTI, A., *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*, Ts. I y II, Montevideo, 2004.

¹¹⁵ Tendencia advertida tempranamente. Cfr. FIX-ZAMUDIO, H., “El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *The Modern World of Human Rights, Essays in Honor Thomas Buergenthal*, San José, 1996, pp. 159-207.

¹¹⁶ DULITZKY, A., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado*, Buenos Aires, 1997, pp. 34-35, p. 40.

nes del poder constituyente al otorgar rango supraconstitucional, rango constitucional, rango supralegal y rango legal.¹¹⁷ En el marco del constitucionalismo democrático,¹¹⁸ la permeabilidad hacia la aplicación de los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos en el ámbito doméstico ha recibido amplio tratamiento en la doctrina.¹¹⁹ Existen distintas categorías desde las cláusulas más cerradas y jurídicamente seguras (por ejemplo cuando se incorpora la Convención Americana) hasta las más abiertas y complejas (cláusula de derechos innominados).¹²⁰ Según Bidart Campos, los mandatos constitucionales contentivos de la apertura ofrecen las condiciones de viabilidad de penetración de los distintos órdenes normativos.¹²¹ Son las propias Constituciones las que definen el alcance de la prevalencia de los derechos humanos.¹²² Si existiera algún tipo de colisión, la doctrina apuesta por solucionarlo a través del enfoque dialógico.¹²³

Aproximarse grosso modo, a una taxonomía de esta estatalidad abierta conduce a poner de relieve 3 mecanis-

¹¹⁷ AYALA CORAO, C., "La jerarquía de los tratados de derechos humanos", *Futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, MÉNDEZ/COX, San José, 1998, pp. 137 y ss.

¹¹⁸ Para el período que abarca la promulgación de los nuevos textos constitucionales, véase, NOGUEIRA, H., *La evolución político constitucional de América del Sur 1976-2005*, Chile, 2009.

¹¹⁹ BREWER-CARÍAS, A., "La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno. Estudio de Derecho constitucional comparado latinoamericano", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, n. 6, México, julio-diciembre 2006, pp. 29-78.

¹²⁰ UPRIMNY, R., "Bloque de convencionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal", disponible en: <http://www.wcl.american.edu/humwright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf>, p. 14.

¹²¹ BIDART CAMPOS, G., *Teoría general de los derechos humanos*, México, 1994, p. 241.

¹²² MEIER GARCÍA, E., "Crónica de un incumplimiento anunciado: sobre la ejecución de sentencias del la Corte Interamericana de Derechos Humanos por los tribunales nacionales". El caso venezolano. *Gaceta Jurídica*, Lima, Tomo 17, Mayo 2009, pp. 372-373.

¹²³ BAZÁN, V., "La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina", *Estudios Constitucionales*, Año 5, n. 2, Chile, 2007, pp. 137-183; GUENKA CAMPOS, T., *O controle de convencionalidade como mecanismo de interação entre ordem interna e internacional: por um diálogo cooperativo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Constitucional brasileiro*, San José, 2010.

mos: las cláusulas de interpretación de la Constitución a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, el lugar privilegiado de los tratados de derechos humanos en la jerarquía normativa a nivel doméstico, y las cláusulas de derechos constitucionales no enumerados. Dichas modalidades, no obstante, pueden estar contenidas en una misma disposición constitucional o separadamente. Por ello, ilustro la categorización con ciertos ejemplos de la primera expansión y la segunda expansión.

Una vez finalizada la dictadura, la *Constitución brasileña* de 1988 encarna un texto que procura la reinvencción del ordenamiento en la órbita del principio democrático, la protección de los derechos humanos y de los derechos sociales en particular. Este texto constitucional postula desde el preámbulo un Estado Democrático de Derecho "destinado a asegurar el ejercicio de los derechos sociales e individuales" y enuncia como fundamento del Estado y como principio rector de las relaciones internacionales, entre otros, la dignidad de la persona humana (Art. 1) y la prevalencia de los derechos humanos (Art. 4). El post 88 marca una etapa de expansión simultánea en lo internacional y en lo doméstico en materia de derechos humanos, aunque el texto constitucional guardó silencio acerca del rango de los tratados de derechos humanos. Brasil mantuvo una jurisprudencia constante en sentido afirmativo del rango de ley de los tratados internacionales, postura cuestionada en la doctrina por colocarse a espaldas de la novedosa apertura material establecida en la Constitución.¹²⁴

Con la enmienda constitucional N° 45 de 2004, se incorporó el § 3° al Art. 5 "[l]os tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que fueran aprobados, en cada Cámara del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales".¹²⁵ A partir

¹²⁴ Cfr. MALISKA, M., "Verfassung und normative Kooperation: zum übergesetzlichen Status Internationaler Menschenrechtsverträge in Brasilien", *VRÜ*, Vol. 3, 2011, pp. 316-325, p. 316.

¹²⁵ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 6 de diciembre de 2006, Resolución A/61/611.

de una controvertida sentencia en 2008,¹²⁶ el Supremo Tribunal Federal ha dado un status supralegal a los tratados de derechos humanos.¹²⁷

La reforma de 1989 de la *Constitución Chilena*, cuyo origen data de 1980, se entrelaza con la democratización y hace girar su apertura en torno a la dignidad como límite de la soberanía. El Art. 5, inciso 2, determina que: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y proveer tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". Esta línea se acentuó, luego del periplo de reformas desde el 80, en las modificaciones del año 2005, mediante el refuerzo de la justicia constitucional.¹²⁸

Durante la dictadura se adoptó la praxis de no publicidad de los tratados vigentes para no hacer obligatoria su aplicación.¹²⁹ Hasta la entrada en vigencia de la reforma constitucional de 1989 la jurisprudencia otorgaba a los tratados el mismo valor y rango que la ley y privó el criterio de la formalidad de la publicidad de la ley. Cuando un pacto había sido promulgado pero no publicado, no era aplicable.¹³⁰ La decisión de la Corte Suprema de Chile, del 10/9/1998, que ordenó la apertura de una demanda por la muerte y desaparición del recluso Pedro Enrique Poblet

¹²⁶ Supremo Tribunal Federal, RE 466343/SP, de 3 de diciembre de 2008. Véase la contribución de Marcelo Figueiredo en esta obra.

¹²⁷ KLOECKNER FERACIN, V., "A nova pirâmide jurídica formada após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário N° 466.343-1/SP", *Anima, Revista electrónica*, Vol. 2, pp. 233-252.

¹²⁸ PEÑA, M., "Inaplicabilidad por inconstitucionalidad: reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 9, México, 2008, pp. 219-235.

¹²⁹ 26 tratados relativos a los derechos humanos (teóricamente) vigentes hasta la reforma constitucional de agosto de 1989. Cfr. BERNALES ROJAS, G., "Los tratados internacionales, los derechos fundamentales y la jurisprudencia del período 1981-1989, bajo el régimen del art. 24° transitorio de la Constitución", *Revista Ius et Praxis*, Vol. 9, núm. 1, 2003, pp. 281-327.

¹³⁰ HENRIQUEZ VIÑAS, M. L., "Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos", *Revista Estudios Constitucionales*, Año 6, n. 2, 2008, pp. 73-119, p. 86.

Córdova durante el régimen militar chileno, únicamente se hizo posible en virtud de la existencia de los *Convenios de Ginebra* firmados por Chile e invocados por aquel Tribunal para sobreponerse a la legislación interna (amnistía) concedida al citado dictador chileno.

En el estudio cuantitativo y cualitativo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile durante el quinquenio 2006-2010, Humberto Nogueira constata una tendencia moderada y tímida en la aplicación de las normas jurídicas internacionales, fundamentada en el Art. 5.2 como norma de apertura o incluso en la dignidad del ser humano según el Art. 1.1) de la Ley Fundamental chilena, ampliada mediante la incorporación de la regla de interpretación de derechos fundamentales "favor persona".¹³¹

La *Constitución de Colombia* de 1991 es particularmente abierta al derecho internacional de los derechos humanos. El Art. 93.1 dispone que "los tratados y convenciones internacionales ratificados por el Congreso prevalecen en el orden interno" y, también establece que todos los derechos fundamentales constitucionales deben ser interpretados a la luz de los tratados internacionales ratificados por Colombia, según el Art. 93.2. Combina así, en una misma disposición, la "cláusula de primacía" y la "cláusula de interpretación conforme". Esta norma ha dado lugar a la distinción entre bloque de constitucionalidad *strictu* y *latu sensu*. En la sistematización propuesta por Catalina Botero, el Art. 93.1 establece que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno (bloque *strictu sensu*); el inciso 2 del Art. 93 señala que los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia" (bloque *latu sensu*).

¹³¹ Si bien no representa una tendencia dialógica con la Corte IDH, sino más bien con otras jurisdicciones extranjeras. NOGUEIRA ALCALÁ, H., "El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno en el período 2006-2010", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, n. 1, Santiago de Chile, 2012, pp. 149-197.

Pero la Ley Fundamental colombiana, además de la cláusula de los derechos innominados del Art. 94, recoge en otras disposiciones la apertura en derechos humanos como son el Art. 53.4 según el cual los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna; y el inciso 2 del Art. 214 que preceptúa que en los estados de excepción no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales y que en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.¹³²

La *Constitución de Paraguay* de 1992, luego de su larga dictadura militar, es un texto imbricado en el propósito de establecer un régimen democrático y fortalecer los derechos humanos, lo que se refleja en un conjunto de disposiciones de singular impacto. Así, la dignidad humana se reconoce en el Preámbulo para asegurar los derechos y sirve de fundamento a la democracia representativa, participativa y pluralista que adopta como sistema de gobierno (Art. 1). Asimismo cualifica los tratados de derechos humanos al no poder ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda constitucional (Art. 142) y la protección internacional de los derechos humanos es uno de los principios que orienta las relaciones internacionales (Art. 143). En este orden de ideas, este texto constitucional asigna al respeto de los derechos humanos y de los principios democráticos un papel preponderante como fines del derecho a la educación (Art. 73).

Según la *Constitución de Perú* de 1993, “[l]os tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” (Art. 55). Su cuarta disposición final y transitoria se perfila por la cláusula de interpretación conforme, de inspiración española y portuguesa, que dispone: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con

¹³² Botero destaca la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre el concepto doble del bloque desde la sentencia C-358/97 y consolidada desde la decisión C-191/98. Cfr. BOTERO, C., *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2006, pp. 18 y ss.

los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.” No obstante, no faltaron voces críticas para advertir el retroceso experimentado en el orden constitucional, que ya no contenía una norma de apertura expresa como el antiguo Art. 105 de la Constitución de 1979.¹³³

Paradigmático, sin embargo, es el Art. 75 Nr. 22 de la *Constitución de Argentina* de 1994, que enumera una serie de tratados a los que asigna rango constitucional¹³⁴ y deja “abierta” la posibilidad de extender este rango a otros instrumentos siguiendo un procedimiento específico.¹³⁵ Como bien acentúa Manuel Góngora, el constituyente argentino optó por enumerar declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos, no en una lista rígida sino facultando al Congreso para ampliarla mediante mayoría calificada, pero sí rígida en tanto los instrumentos de derechos humanos que tengan jerarquía constitucional pueden ser denunciados por el Poder Ejecutivo Nacional únicamente con la previa autorización del Congreso, con base en el principio del paralelismo de competencias entre los poderes del Estado.¹³⁶ La internacionalización del ordenamiento argentino se ubica pues como un referente,¹³⁷ sin preceden-

¹³³ CURLIZZA, J., “La inserción y jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993: retrocesos y conflictos”, *La Constitución de 1993. Análisis y comentario*, T. II, Lima, 1995, pp. 56-83.

¹³⁴ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹³⁵ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) por la Ley N° 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997; y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, mediante la Ley N° 25.778, publicada el 3 de septiembre de 2003.

¹³⁶ GÓNGORA MERA, M., “El Bloque de Constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad”, Centro de Derechos Humanos de Núremberg, 2007, pp. 8 y 9.

¹³⁷ Por ejemplo conforme al Art. 43 de la Constitución argentina toda persona puede interponer la acción amparo cuando se vulneren derechos y garantías reconocidos en un tratado.

tes, en recepcionar determinados tratados internacionales sin reserva de reciprocidad.¹³⁸ Como ha advertido la Corte Suprema de Justicia de ese país, por voluntad del poder constituyente, debe procurarse la concordancia entre los tratados y la Constitución, de modo tal que la esfera de protección internacional complementa la constitucional.¹³⁹

A partir de 1999 se amplía la formulación de modo claro y atribuyendo categóricamente rango constitucional a los tratados de derechos humanos. Según Rodrigo Uprimny, Venezuela, Ecuador y Bolivia parecen inscribirse en los llamados procesos constitucionales más fundacionales, con ruptura del orden anterior, mientras los otros procesos eran más transaccionales o de consenso, como fue en Colombia y Argentina.¹⁴⁰ La *Constitución de Venezuela* de 1999, en su Art. 23, determina: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.”

En la *Constitución ecuatoriana* de 2008 se regula, por una parte, que “los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte” (Art. 11.3) y por otra parte, contempla una variedad de fórmulas y prescribe que “en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios *pro ser humano*, no restricción de derechos, de

¹³⁸ SALOMONI, J., *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, 1997, p. 2.

¹³⁹ Sentencia de la CSJN Argentina de fecha 26.12.1996 en el caso Monges, Analía M c/Universidad de Buenos Aires, considerandos 20-22. GORDILLO, A., “Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia”, *LA LEY*, 1997-F, p. 1318.

¹⁴⁰ UPRIMNY, R., “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, RODRÍGUEZ GARAYTO (Coord.), Argentina, 2011, p. 127.

aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución” (Art. 417). También consagra que “la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público” (Art. 424).

La *Constitución boliviana* es la última de la segunda expansión en Suramérica, que se promulgó en el año 2009. El Art. 13.IV, regula que “los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”. Conforme al Art. 256: “Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta (256.I), y continúa la estipulación de la cláusula de interpretación conforme en esta forma: “Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables.” (Art. 256.II).

Mención especial merece la vía expansiva de las cláusulas de los derechos implícitos o no enumerados, que se corresponde con una tradición constitucional incluso anterior a las reformas y nuevas Cartas Magnas.¹⁴¹ Hay una convergencia material en esta apertura ya que los países

¹⁴¹ En Venezuela la antigua CSJ había acudido a la cláusula para aplicar tratados de derechos humanos, entre ellos para la protección de la maternidad en el asunto Mariela Morales contra Ministerio de Justicia, Sent. N° 661, S.P-A, 04/12/90, Ponente: CALCAÑO DE TEMELTAS, J., también para proteger derechos políticos de los pueblos indígenas, sentencia de fecha 05.12.1996 referida a los pueblos indígenas del Estado Amazonas (Yanomami, Piaroa, Piapoco, Baré, Jevi, Ye´Kuana, Yabarana, Sanema). En Argentina en el citado caso Ekmekdjian, M., Sofovich A., y otros y otros” Fallos, 315:1492, 7 de julio de 1992.

suramericanos las han incorporado en términos similares, en ambas expansiones, es decir, que la declaración o enunciación de los derechos contenida en la Constitución, no debe ser entendida como la negación de otros no enumerados en el texto constitucional, que sean inherentes a la "persona humana" o "a la dignidad humana".

Tomando como referente la *Constitución de Uruguay*,¹⁴² el Art. 72 garantiza esta fórmula de los derechos innominados. Para explicarlo, algunos autores argumentan que un derecho es inherente a la persona humana en la medida en que esté incluido en los tratados internacionales referidos a los derechos humanos, atendiendo al proceso de internacionalización de los derechos humanos y en base a la multiplicidad de instrumentos internacionales ratificados por Uruguay. La condición de inherente deriva directamente del hecho de estar reconocido por el ordenamiento jurídico internacional como un derecho fundamental.¹⁴³

Esta es la cláusula más generalizada, pues también la recogen las Constituciones de Argentina (Art. 33), Bolivia (Art. 13.II) Brasil (Art. 5, § 2º), Colombia (Art. 94), Ecuador (Art. 11.7), Paraguay (Art. 45), Perú (Art. 3), y Venezuela (Art. 22). Igualmente interesante es reiterar que la propia CADH contiene en el Art. 29.3 una cláusula de apertura en el mismo sentido de los derechos no enunciados en ella.

De lo expuesto puede concluirse que la recepción de los tratados de derechos humanos ha evolucionado con una fuerza expansiva y puede identificarse gráficamente con la figura de los "puentes", utilizada por Sergio García Ramírez.¹⁴⁴ En mi criterio, junto al puente de arquitectura clásica de la recepción constitucional aquí expuesto, se han levantado otros puentes de estructura antisísmica, como el de la recepción jurisprudencial.¹⁴⁵ Su edificación ha ido en

¹⁴² La Constitución política de la República Oriental del Uruguay es de 1967, pero ha tenido sucesivas reformas vía plebiscitos (1989; 1994; 1996, 2004).

¹⁴³ RISSO FERRAND, M., "La libertad de enseñanza en la Constitución uruguaya", *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*, Montevideo, 2004, pp. 501 y 502.

¹⁴⁴ GARCÍA RAMÍREZ, S., "Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos en el derecho interno", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*, Montevideo, Uruguay, 2008, p. 364 y ss.

¹⁴⁵ Un estudio referencial obligado, ABREGÚ/COURTIS (Comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, 2004.

aumento mediante el diálogo judicial¹⁴⁶ y se ha fortalecido con el llamado control de convencionalidad desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), que representa una apertura "ex ante"¹⁴⁷ y que debe regirse, *sine qua non*, por principios del derecho internacional a la hora de su aplicación.¹⁴⁸

Se suman dos puentes de diseño moderno indispensables para la protección antisísmica, que consisten en la recepción política y en la recepción cultural. La primera encauza las políticas públicas domésticas enfocadas en los derechos humanos, gracias al impulso de la sociedad civil y del litigio estratégico y la segunda, encarna la incorporación de los estándares del derecho internacional en la cotidianidad ciudadana. En el espacio de los derechos humanos, el arraigo o no de la cultura de la juridicidad representa un factor decisivo para avanzar en la internacionalización o para resistirse a ella.¹⁴⁹

2. La estatalidad abierta en materia de integración

En primer lugar debe dejarse sentado que el fenómeno de la constitucionalización de un espacio de integración y unidad, dentro de su diversidad, ha girado en torno de la idea de América Latina. Ello obedece a los elementos aglutinadores de viejo y de nuevo cuño que caracterizan la región, tal como advierte acertadamente Jorge Carpizo.¹⁵⁰

¹⁴⁶ A título de ejemplo, BAZÁN, V., "La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina", *Estudios Constitucionales*, Año 5, n. 2, Santiago de Chile, 2007, pp. 137-183; RIVADENEYRA, A., *La emergencia del principio de interacción y el diálogo jurisprudencial a la luz del denominado derecho constitucional internacional*, Perú, 2011.

¹⁴⁷ Cfr. PINTO BASTOS JÚNIOR, L./GUENKA CAMPOS, T., "Para além do debate em torno da hierarquia dos tratados: do duplo controle vertical das normas internas em razão da incorporação dos tratados de direitos humanos", *RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Vol. 1, n. 19, junio-diciembre de 2011.

¹⁴⁸ GIL DOMÍNGUEZ, A., *La regla de reconocimiento constitucional argentina*, Buenos Aires, 2007.

¹⁴⁹ GARCÍA RAMÍREZ, S., Reseña a la obra "La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México de CABALLERO OCHOA, J., en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año 18, n. 128, mayo-agosto de 2010, pp. 959-968, p. 960 y ss.

¹⁵⁰ CARPIZO, J., "Derecho Constitucional latinoamericano y comparado", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 114, México, 2005, pp. 949-989.

Entre los primeros sistematiza las historias comunes, la herencia cultural, la tradición jurídico-política similar y la inspiración en una cohesionada unión, a la vez que la balbuciente integración pos democracia se define por los renovados problemas comunes (pobreza y desigualdad), las distintas iniciativas a lo largo de Latinoamérica y la creación de órganos supranacionales. Los textos constitucionales disponen expresamente la idea de integración latinoamericana, con la excepción de Chile y Paraguay. Las otras Constituciones de los países objeto de análisis establecen tanto en los Preámbulos (por ejemplo Colombia, Ecuador, Venezuela) como en normas específicas, que el Estado se compromete a promover la integración latinoamericana (Perú, Uruguay), incluso con miras a conformar una comunidad latinoamericana de naciones (Argentina, Bolivia, Brasil).¹⁵¹ La Constitución de Ecuador es la única que regula concretamente el impulso prioritario de la integración de la "región andina, de América del Sur y de Latinoamérica" (Art. 416 numeral 11).¹⁵² Por razones de limitar el examen del panorama constitucional en cuanto al Estado abierto hacia la integración al Mercosur, se alude al concepto de Suramérica.

La propuesta de Brasil de construir una plataforma para Suramérica¹⁵³ se organiza alrededor del Mercosur¹⁵⁴

¹⁵¹ En Colombia, el Constituyente se compromete en el Preámbulo a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, a orientar la política exterior hacia la integración latinoamericana y del Caribe (Art. 9), y a promover la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe, incluso a conformar una comunidad latinoamericana de naciones (Art. 227). Otras Constituciones, como las de Uruguay, sólo mencionan que la República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos (Art. 6). Bolivia, en su más reciente Constitución de 2009, estipula expresamente en el Artículo 265 que el Estado promoverá la integración "y, en particular, promoverá la integración latinoamericana."

¹⁵² El Art. 423 de la Constitución ecuatoriana de 2008 señala que la integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del Estado.

¹⁵³ Para hacer frente a la propuesta de los Estados Unidos de América acerca del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), Brasil lanzó la histórica propuesta, durante los preparativos de la III Cumbre de las Américas de Quebec, de reunir en Brasilia exclusivamente a los Presidentes suramericanos.

¹⁵⁴ POGGIO TEIXEIRA, C., "Brazil and the institutionalization of South America: from hemispheric estrangement to cooperative hegemony", *Revista brasileira de política internacional*, Vol. 54, n. 2, Brasília, 2011.

y en base a su propia estrategia.¹⁵⁵ Suramérica emerge como subsistema regional distinto, esbozado sobre el concepto clave de liderazgo consensual brasileño (*consensual leadership*) y erigido para la coordinación, consultación y discusión.¹⁵⁶

Tomando como referente el bloque mercosureño, los Estados miembros fundadores del Mercosur muestran diferencias. La doctrina agrupa, bajo el término *tándem*, por un lado las normas constitucionales de Argentina y Paraguay, y por otro lado, a Brasil y Uruguay, teniendo en cuenta sus similitudes. Como comenta Colagero Pizzolo, el *tándem* Argentina-Paraguay asumen fórmulas habilitantes y el *tándem* Brasil-Uruguay, por el contrario, incorpora fórmulas detonantes.¹⁵⁷ En el primer caso los Constituyentes han fijado un haz de valores axiológicos para los procesos de adhesión a organizaciones supranacionales de manera específica.¹⁵⁸ Elocuentes son las habilitaciones constitucionales de Argentina y Paraguay en el punto de estudio, pues contienen la llamada cláusula de garantía estructural que condiciona la integración al respeto y garantía de la democracia y los derechos humanos.

La *Constitución de Paraguay*, además de referir en el Preámbulo que el pueblo paraguayo está "integrado a la comunidad internacional" al darse la norma suprema, despliega un haz de normas regulatorias del mandato de apertura como son el orden de prelación de normas (Art. 137),¹⁵⁹ la aceptación del derecho internacional en sus re-

¹⁵⁵ PEDERSEN, T., "Cooperative Hegemony: Power, Ideas and Institutions in Regional Integration", *Review of International Studies*, Vol. 28, núm. 4, 2002, pp. 677-696.

¹⁵⁶ BURGESS, S. W., *Brazilian Foreign Policy after the Cold War*, Gainesville, 2009, p. 59.

¹⁵⁷ PIZZOLO, C., *Globalización e integración. Ensayo de una teoría general*, Buenos Aires, 2002, pp. 374 y ss.

¹⁵⁸ OTEIZA, E., "Mercosur: diagnóstico provisional sobre el proceso transnacional", *El Derecho*, Buenos Aires, T. 167, p. 1022.

¹⁵⁹ Art. 137: La ley suprema de la República es la Constitución. Ésta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.

laciones internacionales (Art. 143),¹⁶⁰ el reconocimiento de sus obligaciones como Estado parte de un tratado de integración (Art. 144)¹⁶¹ y la habilitación constitucional para la integración propiamente dicha (Art. 145).¹⁶² De conformidad con el Art. 145, Paraguay admite un orden jurídico supranacional que garantiza la vigencia de los derechos humanos, la paz, la justicia, la cooperación y el desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. No obstante, no dispone expresamente la posibilidad de atribución de competencias o jurisdicciones supranacionales.

Por su parte, la *Constitución de Argentina*, recogiendo la jurisprudencia existente,¹⁶³ incluye una cláusula cualificada de integración prevista en el Art. 75, inc. 24. Dicha cláusula se perfila como "única" porque exhibe, entre sus caracteres particulares, que los tratados de integración respeten el orden democrático y los derechos humanos, que se rija por los principios de reciprocidad e igualdad, prevé la delegación de competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales y contempla la jerarquía superior a las leyes de las normas dictadas en la integración. En la doctrina parece haber consenso en admitir que en ambos países los tratados de integración tienen rango supralegal por voluntad del constituyente, aunque existe también alguna voz

¹⁶⁰ Art. 143: La República del Paraguay, en sus relaciones internacionales, acepta el derecho internacional y se ajusta a los siguientes principios... 4. la solidaridad y la cooperación internacional...

¹⁶¹ Art. 144: La República del Paraguay renuncia a la guerra, pero sustenta el principio de la legítima defensa. Esta declaración es compatible con los derechos y obligaciones del Paraguay en su carácter de miembro de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, o como parte en tratados de integración.

¹⁶² Art. 145: La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso.

¹⁶³ La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, desde 1992 en el fallo en los autos "Recurso de hecho, Eckmekjián, M., Sofovich, A., y Otros", asigna primacía al tratado ante un eventual conflicto con el orden interno en base al artículo 27 de la Convención de Viena. Este criterio fue reiterado, entre otros, en "Fibraca Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Salto de Grande", "Servini de Cubría, A c/ Amparo", "Cafés La Virginia S. A. c/ Apelación".

disidente.¹⁶⁴ Su máximo Tribunal ha reconocido reiteradamente su doctrina en el sentido de que el ordenamiento jurídico interno no puede contradecir, dificultar u omitir la norma de un tratado.¹⁶⁵

La doctrina postula que el *tándem* Brasil-Uruguay no permitiría la transferencia de competencias al ente supranacional.¹⁶⁶ La *Constitución uruguaya*, en su Art. 6, sólo dispone que la "República procurará la integración social y económica con los Estados latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas". La *Constitución de Brasil* proclama en el Art. 4, párrafo único, que "La República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones." Sostengo que también los Constituyentes brasileños y uruguayos han esbozado una integración social y una comunidad de naciones precisamente en el sentido de trascender la mera cooperación internacional. La imprevisión constitucional no tiene que interpretarse como prohibición de la transferencia de competencias, sino en el contexto del Estado abierto, "en aras del bien común internacional y de un despliegue actualizado del derecho de gentes", de modo que el operador Constitucional estaría autorizado a tal transferencia, subsanando la imprevisión de ese supuesto, como bien ha afirmado Néstor Sagüés.¹⁶⁷

En el *tándem* Brasil-Uruguay debo acotar que hay avances jurisprudenciales en la línea propuesta. El fallo histórico del Supremo Tribunal Federal de Brasil que otorga

¹⁶⁴ KLEIN VIEIRA, L., "La Reforma de las Constituciones de los Estados Partes del Mercosur", *La Ley 11.723*, Argentina, 2012, pp. 4-7.

¹⁶⁵ CSJN "Cocchia, Jorge D. c/Nación Argentina y otro", 02/12/93, Fallos 316:2624; CSJN, "Dotti, Miguel A. y otro s/ contrabando (incidente de apelación auto de nulidad e incompetencia)", 07/05/98, Fallos 321:1226, citados en DREYZIN DE Klor, A./PEROTTI, A., *El rol de los Tribunales Nacionales de los Estados de Mercosur*, Córdoba, 2009, p. 93 y ss.

¹⁶⁶ Por ejemplo, CAIROLI MARTÍNEZ, M. H., "Derecho Constitucional y Procesos", (con especial referencia al Mercosur), *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo, Uruguay, 2003, p. 454.

¹⁶⁷ SAGÜÉS, N., *Reflexiones sobre la imprevisión constitucional. Interpretación e integración*, México, p. 102.

rango superior a las leyes a los tratados sobre derechos humanos ya citado supra,¹⁶⁸ generó la expectativa de propiciar una relectura del artículo 4, párrafo único, de la Constitución Federal. Algunos autores interpretan que al hablarse en la Constitución de “integración económica, política y jurídica”, es posible argumentar darle a las normas del Mercosur el estatus de superioridad con relación a las leyes ordinarias.¹⁶⁹

Las fórmulas de recepción del derecho de la integración son muchas y diversas en las diez Constituciones objeto de análisis. La bifurcación entre la cláusula que expresa claramente la decisión política fundamental a favor del proceso de integración y la disposición relativa al mecanismo de habilitación de competencias para la delegación en organismos supranacionales es una constante en las Constituciones suramericanas.¹⁷⁰ De manera general puede constatarse la tendencia hacia la regulación expresa de la integración como fin del Estado, con incorporación de la transferencia de competencias al ente supranacional y previendo el reconocimiento de la primacía y el efecto directo de la normativa de integración está registrada desde la *Constitución colombiana* de 1991. El conciso Preámbulo enuncia que “El pueblo de Colombia,... comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana”; el Art. 9 dispone, entre los fundamentos de política exterior de Colombia, que “se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe” y el Art. 227 de la Constitución colombiana cuando establece: El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad lati-

¹⁶⁸ El citado caso Procesos: HC 87585, RE 349703 y RE 466343; y derogación de la Súmula 619.

¹⁶⁹ En palabras de Alejandro Pedotti significaría un punto de inflexión del famoso precedente RE 80.004/SE datado de 1977 que otorga igualdad de rango entre tratado y ley y prevalencia de la norma posterior. Cfr. Mercosurabc. Disponible en: <http://www.mercosurabc.com.ar/nota.asp?IdNota=1824&IdSeccion=14>.

¹⁷⁰ VANOSSI, J., *Apunte de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 2007, pp. 31 y ss.

noamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano.”

La *Constitución de Perú*, más tímidamente, pero enmarcada en la garantía de la plena vigencia de los derechos humanos y de la promoción del bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación, ancla en el Art. 44, entre los deberes primordiales del Estado, el deber de promover la integración, particularmente latinoamericana. Esta norma configura un punto de inflexión en materia de la estatalidad abierta integracionista, ya que la Constitución de 1979 era un texto inédito y de vanguardia. Establecía en su Preámbulo “la necesidad de impulsar la integración de los pueblos latinoamericanos y de afirmar su independencia contra todo imperialismo” y preveía normas específicas sobre una “integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con miras a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones” (Art. 100) y sobre la prevalencia de los tratados de integración con Estados latinoamericanos sobre los demás tratados multilaterales celebrados entre las mismas partes (Art. 106). En 1993 se produjo una insólita desaparición de estas regulaciones, lo que no obstante ratifica mi tesis acerca de una permeabilidad progresiva mas no lineal, sino con oscilaciones.

En la segunda expansión ocurrida desde 1999, vale destacar el Art. 153 de la *Constitución de Venezuela* que privilegia la integración latinoamericana y caribeña con miras hacia una comunidad de naciones, de amplio espectro, destinada a promover el desarrollo común, además de regular la facultad para atribuir a organizaciones supranacionales, y que “las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna.”

Admitiendo que la Constitución es uno de los puentes para la penetración del derecho de la integración, las últimas Cartas Magnas de Ecuador (2008) y Bolivia (2009) representan un nuevo estadio del alcance del mandato de

apertura, diversificado y comprensivo de todos los principios inherentes a una integración supranacional. La *Constitución de Ecuador*¹⁷¹ en su Art. 423 asigna preferencia a la integración latinoamericana y caribeña y enumera en siete ordinales los compromisos del Estado ecuatoriano¹⁷² y en su Art. 425 estipula un rango inmediato debajo de la Constitución para los tratados y convenios internacionales en el orden jerárquico de aplicación de las normas. La *Constitución de Bolivia* de 2009¹⁷³ mantiene esta tendencia de apertura hacia la integración, pero incluye en el Art. 257 el condicionamiento de un referendo popular vinculante previo a la ratificación los tratados internacionales que impliquen integración monetaria, integración económica estructural y cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales, en el marco de procesos de integración. También el texto constitucional privilegia la integración latinoamericana y resalta una integración de los pueblos indígenas.¹⁷⁴ Un aspecto interesante es la regulación del sufragio universal para elegir “las representantes y los representantes de Bolivia ante organismos parlamentarios supraestatales emergentes de los procesos de integración” (Art. 266).

¹⁷¹ Constitución de Ecuador Preámbulo, Art. 276.5, Art. 284, Art. 416.10 y 416.11, Art. 419.6, entre las normas relevantes para la integración.

¹⁷² El Art. 423 de la Constitución de Ecuador es una disposición de carácter detallado y extenso en las materias de objeto de la integración, que reconoce, entre otros campos, la armonización de las legislaciones nacionales, la posibilidad de crear la ciudadanía latinoamericana y caribeña; el impulso de una política común de defensa y que favorezca la consolidación de organizaciones de carácter supranacional conformadas por Estados de América Latina y del Caribe, así como la suscripción de tratados y otros instrumentos internacionales de integración regional.

¹⁷³ Una singularidad de la Constitución de Bolivia está contenida en el Art. 377 que consagra: I. Todo tratado internacional que suscriba el Estado sobre los recursos hídricos garantizará la soberanía del país y priorizará el interés del Estado; II. El Estado resguardará de forma permanente las aguas fronterizas y transfronterizas, para la conservación de la riqueza hídrica que contribuirá a la integración de los pueblos.

¹⁷⁴ Constitución de Bolivia, Art. 265: I. El Estado promoverá, sobre los principios de una relación justa, equitativa y con reconocimiento de las asimetrías, las relaciones de integración social, política, cultural y económica con los demás estados, naciones y pueblos del mundo y, en particular, promoverá la integración latinoamericana; II. El Estado fortalecerá la integración de sus naciones y pueblos indígena originario campesinos con los pueblos indígenas del mundo.

Rodrigo Uprimny plantea las tres razones principales (origen, intensidad y orientación) que explican el intenso período de cambios constitucionales generados en la segunda expansión y lo hace a partir de las divergencias con las reformas o nuevas Constituciones de finales del siglo XX. En efecto, la Constitución ya no era una consecuencia natural de la caída de las dictaduras militares, sino obedecía al interés de reforzar los regímenes democráticos existentes pero con problemas de legitimidad. El rasgo clave fue el debilitamiento de los partidos políticos y “el ascenso de nuevas fuerzas políticas como el chavismo en Venezuela o el movimiento indígena en Bolivia o el correísmo en Ecuador.”¹⁷⁵ Respecto a la intensidad del cambio propuesto parece esclarecedor citar el Preámbulo de la Constitución de Bolivia de 2009 que reza: “El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.”

Bajo este prisma, las Constituciones del nuevo siglo se identifican con movimientos populares apegados a un entendimiento antiliberal y anticolonial. Explícito es el ejemplo de la Constitución de Bolivia, que regula como principio para que la negociación, suscripción y ratificación de tratados internacionales el “rechazo y condena a toda forma de dictadura, colonialismo, neocolonialismo e imperialismo” (Art. 225.II.2). Se ha adoptado, formalmente en las Constituciones, un amplio reconocimiento a la característica de la heterogeneidad del Estado en Suramérica, con mayor visibilidad y protección de las comunidades indígenas. La Constitución de Ecuador de 2008 dedica un capítulo a los “derechos de las comunidades, pueblos y nacio-

¹⁷⁵ UPRIMNY, R., “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, RODRÍGUEZ GARAVITO (Coord.), Buenos Aires, 2011. pp. 109 y ss.

nalidades” y establece que las “comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano” (Art. 56) y pasa a enumerar veintiún enunciados contentivos de los derechos colectivos que el Estado ecuatoriano les reconoce y garantiza “de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos” (Art. 57).

Como se ha dibujado anteriormente, las Constituciones conciben un Estado comprometido con la apertura al derecho internacional de los derechos humanos. En las palabras de Laurence Burgorgue-Larsen, “no se puede decir que en Europa haya sido atribuido un lugar *ad hoc* a los tratados internacionales de derechos humanos en la jerarquía de las normas con la excepción (notable) de la Constitución de Bosnia Herzegovina” y considera que, en los casos por ejemplo de Bolivia y Ecuador, “donde el constituyente ha acordado no solamente un valor supra-constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, sino que además ha previsto que los derechos fundamentales constitucionales sean interpretados a la luz del *corpus juris* en la materia, se puede suponer válidamente que el grado de adhesión al estándar establecido en el nivel internacional será importante”.¹⁷⁶

Igualmente la apertura en materia de la integración latinoamericana tiene un marcado acento en el propósito de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región, como lo reflejan distintas Constituciones suramericanas (Brasil, Colombia, Venezuela, por citar algunas).

Aun cuando en el paisaje de transformaciones constitucionales se nota una gran diversidad, también es posible reconocer una convergencia entre la apertura en derechos

¹⁷⁶ BURGORGUE-LARSEN, L., “Los estándares: ¿normas impuestas o consentidas?”, *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, VON BOGDANDY, A./ UGARTEMENDIA, J. I./ SAIZ ARNAIZ A./ MORALES ANTONIAZZI, M. (coord.), Oñati, 2012, p. 382, 385.

humanos y la apertura en la integración que ha permitido la construcción de un *ius commune* a partir de la narrativa constitucional y a causa de la penetración de los instrumentos internacionales, interamericanos y mercosureños.

V. EL ACERVO DEL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE*

Al inicio formulé el interrogante de si puede identificarse en Suramérica un proceso de transformación de las Constituciones que, gracias a las cláusulas de apertura, permite la construcción (no lineal) de un *ius constitutionale commune*. La respuesta es afirmativa. A nivel normativo se afrontó desafiar al concepto tradicional de soberanía entendida como poder ilimitado, último e indivisible para gobernar un territorio sin permitir injerencias externas. El Estado actual está inmerso en la internacionalización de los procesos de creación del derecho, donde confluye un pluralismo de foros de decisión pública inter-, supra- y transnacional¹⁷⁷ y los países suramericanos no son la excepción. Este entrelazamiento de órdenes internacional, supranacional y nacional, como advierte Santiago Cantón, no supone bloqueo entre los mismos, sino refuerzo en la protección de los derechos humanos de la región.¹⁷⁸ Es cierto que no es lineal, ya que se constata una permeabilidad policéntrica (proveniente de distintas fuentes) y a múltiples velocidades (unos países avanzan más rápidamente que otros).

Respecto al policentrismo valga citar la opinión de Manuel Góngora Mera cuando alude a los diálogos policéntricos en el contexto interamericano, entendiendo por tales las “interacciones entre diferentes cortes del sistema sobre el alcance o contenido de derechos y obligaciones, que generan una adopción policéntrica de estándares nor-

¹⁷⁷ TORRES, A., “¿Se limita o refuerza el poder ejecutivo como consecuencia de la Internacionalización de los procesos de producción normativa?”, *Seminario SELA, Panel II: Globalización y Poder Ejecutivo*, Bogotá, 2006. Disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/sela2006_pdf/Aida_Torres.pdf

¹⁷⁸ CANTÓN, S., “Prevención de la Tortura en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Fortalecimiento de la prevención y prohibición de la tortura*, Buenos Aires, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, 2011, p. 71.

mativos. A través de estos diálogos se diseminan estándares normativos entre distintos niveles o de un sistema jurídico nacional a otro, sin que haya necesariamente una resolución de la Corte Interamericana contra el país o los países respectivos que acogen el estándar". Según argumenta, a mayor apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos, mayor recepción de estándares globales y regionales.¹⁷⁹ Pueden ponerse de relieve los estándares de protección de los pueblos indígenas¹⁸⁰ o de las personas privadas de libertad.¹⁸¹

En relación a las distintas velocidades, un dato empírico interesante sobre el ritmo de cada país lo constituye el número de condenados y procesados por violaciones masivas y sistemáticas: Desde 1983 hasta el presente en Argentina se registran 449 personas en causas por delitos de lesa humanidad: 404 han sido condenadas y 45 han sido absueltas.¹⁸² En Chile, el Observatorio de derechos humanos de la Universidad Diego Portales reporta un total de 535 acciones judiciales deducidas por el Programa de derechos humanos desde 2009, que abarca un total de 727 víctimas.¹⁸³ Perú sentó un precedente emblemático para la región en 2009 al condenar al Ex Presidente Alberto Fujimori a 25 años de prisión como autor mediato de los delitos de homicidio calificado y lesiones graves (delito de lesa huma-

¹⁷⁹ GÓNGORA-MERA, M. E., Judicializando las desigualdades raciales en América Latina: Un diálogo interamericano, *Diálogo sobre diálogos jurisdiccionales. Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*, von Bogdandy, A./Ferrer Mac Gregor, E./Morales Antoniazzi, M. (Coord.), México, 2013 (en prensa).

¹⁸⁰ Por ejemplo en junio del año 2010 el Tribunal Constitucional de Perú decidió los alcances del contenido del derecho de consulta indígena, definiendo su eficacia jurídica y los sujetos obligados (STC N° 0022-2009-PI, Caso Tuanama I).

¹⁸¹ Una compilación de estándares de la Corte Constitucional colombiana en: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Personas privadas de libertad. Jurisprudencia y doctrina*, Bogotá, 2006.

¹⁸² Informe de la Procuración General de la Nación, Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado, Argentina, 2013. Disponible en: http://www.mpf.gov.ar/docs/Links/DDHH/informe_de_la_web_marzo_2013.pdf

¹⁸³ Juicios por Derechos Humanos en Chile y la región, Observatorio de ddhh, Universidad Diego Portales, Boletín informativo N° 20 - octubre y noviembre 2012, p. 3. Disponible en: <http://www.icsc.cl/wp-content/uploads/2011/03/Bolet%C3%ADn-20-Estadisticas-y-noticias-sobre-causas-ddhh-en-Chile-y-la-regi%C3%B3n-oct-a-dic-2012.pdf>

nidad por las masacres de Barrios Altos y el caso La Cantuta). Los Estados también muestran un rechazo a conceder el indulto en estos casos, como se ha puesto de manifiesto en Chile en 2010¹⁸⁴ y Perú en 2103.¹⁸⁵

Particularmente en la época actual, como bien lo reseña José María Serna, hay dos polos para pronunciarse a favor o no de la recepción en el orden interno de los estándares de los otros sistemas normativos de derechos humanos, que pueden distinguirse como las posturas internacionalistas (favorables) y los nacionalistas (resistentes a tal recepción).¹⁸⁶ El Estado abierto, no obstante, ha hecho posible la emergencia de un *ius commune*, producto de la creciente y progresiva internacionalización, interamericanización y mercosurización, taxonomía que propongo para perfilar los rasgos básicos del fenómeno de apertura.

El Estado abierto gira, predominantemente, en la órbita de los derechos humanos y en ellos convergen los diez países suramericanos a nivel normativo. En la raíz del *ius commune*, que se traduce en este constitucionalismo regional de los derechos humanos, aparece claramente la amarga experiencia de los regímenes militares y la firme decisión de enfrentar el legado de las dictaduras. El "nunca más" y los principios *ius humanistas*, como reflejaron los debates constituyentes, se convirtieron en la palanca movilizadora del cambio de los paradigmas existentes a los paradigmas emergentes: la regulación expresa del Estado abierto por decisión soberana y la posibilidad de permeabilidad del orden constitucional por otros órdenes distintos, con vasos comunicantes cada vez más estrechos que facilitan el tránsito de las tradicionales "garantías constitucionales" a las "garantías convencionales" y viceversa. El Estado constitucional actual sólo puede entenderse como un Estado en el concierto de la comunidad internacional y por lo tanto con las limitaciones inherentes a esa pertenencia y las que el Es-

¹⁸⁴ Se destacó en la prensa el rechazo del Presidente a otorgar indultos a condenados por crímenes de lesa humanidad. Cfr. http://noticias.terra.com/noticias/chile/pinera_rechaza_indulto_a_represores_de_dictadura_act2438240.

¹⁸⁵ Noticia reflejada en los medios de comunicación. Cfr. <http://cnnespanol.cnn.com/2013/06/07/el-gobierno-de-peru-niega-indulto-al-expresidente-alberto-fujimori/>

¹⁸⁶ SERNA, J. M., *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, UNAM, México, 2012, pp. 243 y ss.

tado, en decisiones soberanas, ha plasmado mediante la transferencia de competencias en su propio texto constitucional. La inherente limitación de los Estados constitucionales, particularmente, en materia de derechos humanos, marcó un cambio en la concepción tradicional de la soberanía.

El *ius commune* se fue gestando en base a la salvaguarda de la vida digna como elemento del núcleo intangible de la democracia y se nota la convergencia en tres categorías comunes: el rango constitucional atribuido a los tratados de derechos humanos, la interpretación *pro homine* y la interpretación conforme, así como la cláusula de los derechos no enumerados. El mínimo común denominador es que dichos tratados tienen rango constitucional (Brasil *supra* legal). Como sostiene Flavia Piovesan, la primacía del valor de la dignidad humana, como paradigma y referencial ético, representa el principio orientador del constitucionalismo estatal, regional y global, dotándolos de especial racionalidad, unidad y coherencia.¹⁸⁷

Existe un *ius commune* apalancado por la internacionalización. Los Estados suramericanos se han abierto al derecho internacional de los derechos humanos de manera progresiva. Los diez países han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Primer Protocolo Facultativo así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Igualmente el afán de eliminar cualquier forma de tortura se expresa en la ratificación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y en el reconocimiento de la competencia del Comité para la eliminación de la discriminación racial.¹⁸⁸

¹⁸⁷ Cfr. PIOVESAN, F., "Direito Constitucional, direitos humanos e o direito constitucional internacional", *Caderno de direito constitucional V*, Porto Alegre, 2006, pp. 7 y 8.

¹⁸⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PF-PIDCP), Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a la abolición de la pena de muerte (PF-PIDCP-APM), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CIEDR), Reconocimiento de la Competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial establecida en la Convención Internacional sobre la Eli-

Países	PIDCP	PF	PF-PIDCP	PIDESC	CEDR	RCCEDR
		PIDCP	APM			
Argentina	08-08-1986	08-08-1986	02-09-2008	08-08-1986	02-10-1968	x
Bolivia	12-08-1982	12-08-1982		12-08-1982	22-10-1970	x
Brasil	24-01-1992	25-09-2009	25-09-2009	24-01-1992	27-03-1968	x
Chile	10-02-1972	27-05-1992	26-09-2008	10-01-1972	20-10-1971	x
Colombia	29-10-1969	29-10-1969	05-08-1997	29-10-1969	02-09-1981	-
Ecuador	06-03-1969	06-03-1969	23-02-1993	06-03-1969	22-09-1966	x
Paraguay	10-06-1992	10-01-1995	18-08-2003	10-06-1992	18-08-2003	-
Perú	28-04-1978	03-10-1980		28-04-1978	29-09-1971	x
Uruguay	01-04-1970	01-04-1970	21-01-1993	01-04-1970	30-08-1968	x
Venezuela	10-05-1978	10-04-1978	22-02-1993	10-05-1978	10-10-1967	x
Total	10	10	8	10	10	8

Los diez Estados comparten un *ius commune* para combatir el genocidio, rechazar la discriminación contra la mujer, garantizar los derechos de los niños. Como demuestra la siguiente gráfica de los instrumentos internacionales,¹⁸⁹ con la excepción de Chile que no ha ratificado el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la convergencia en estos estándares es absoluta y la penetración en el ámbito doméstico es íntegra. Llamativo es el hecho de constatarse un consenso total en cuanto a la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional por parte de los diez Estados.

minación de todas las formas de Discriminación Racial (RCCEDR). Fuente: Página oficial de la ONU. Estado de ratificación de los tratados de derechos humanos. <http://treaties.un.org/pages/ParticipationStatus.aspx>.

¹⁸⁹ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (CPSDG); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDCM); Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (PF-CEDCM); Convención sobre los Derechos del Niño (CDN); Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (PF-CDNCA); Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil (PF-CSNPP); Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ERCP). Fuente: Página oficial de la ONU. Estado de ratificación de los tratados de derechos humanos. <http://treaties.un.org/pages/ParticipationStatus.aspx>.

Países	CPSDG	GEDCM	PF- CEDCM	CDN	PF- GDNCA	PF- CSNPP	ERCPI
Argentina	05-06-1956	15-07-1985	20-03-2007	04-12-1990	10-09-2002	25-09-2003	08-02-2001
Bolivia	14-06-2005	08-06-1990	27-09-2000	26-06-1990	22-12-2004	03-06-2003	27-06-2002
Brasil	15-05-1952	01-02-1984	28-06-2002	24-09-1990	27-01-2004	27-01-2004	20-06-2002
Chile	03-06-1953	07-12-1989	-	13-08-1990	31-07-2003	06-01-2003	29-06-2009
Colombia	27-10-1959	19-01-1982	23-01-2007	28-01-1991	25-05-2005	11-11-2003	05-08-2002
Ecuador	21-12-1949	09-11-1981	05-02-2002	23-03-1990	07-06-2004	30-01-2004	07-10-1998
Paraguay	03-10-2001	06-04-1987	14-05-2001	25-09-1990	27-09-2002	18-08-2003	14-05-2001
Perú	24-04-1960	13-09-1982	09-05-2001	04-09-1990	08-05-2002	08-05-2002	10-11-2001
Uruguay	11-07-1967	09-10-1981	26-07-2001	20-11-1990	09-09-2003	03-07-2003	28-06-2002
Venezuela	12-07-1960	02-05-1983	13-05-2002	13-09-1990	23-09-2003	08-05-2002	07-06-2000
Total	10	10	9	10	10	10	10

Somos testigos igualmente de un *ius commune* forjado por la interamericanización. Bajo diversas denominaciones, sea constitucionalismo regional (Flávia Piovesan),¹⁹⁰ constitucionalismo interamericano (Jorge Contese)¹⁹¹ o *acquis conventionnel* (Humberto Nogueira),¹⁹² por mencionar algunos, la doctrina alude al acervo interamericano contenido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la CADH, el Protocolo de San Salvador y en los instrumentos complementarios así como en la jurisprudencia de la CorteIDH. En la medida en que los Estados ratifican los instrumentos interamericanos, se enriquece dicho acervo para alcanzar una regionalidad plena, como sugiere Sergio García Ramírez.¹⁹³ Al revisar el estado de las

¹⁹⁰ PIOVESAN, F., "Protección de los derechos sociales en el ámbito global y regional interamericano", *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración en América Latina: un análisis desde la Unión Europea*, SAIZ ARNAIZ A./MORALES ANTONIAZZI, M./UGARTEMENDIA, J. I. (coord.), Bilbao, 2011, p. 562.

¹⁹¹ CONTESE SINGH, J., "Constitucionalismo interamericano: algunas notas sobre las dinámicas de creación e internalización de los derechos humanos", *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, RODRIGUEZ GARAVITO (Coord.), Buenos Aires, 2011, pp. 251 y ss.

¹⁹² Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, N., "El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno", *Estudios Constitucionales*, Año 9, n. 2, 2011, pp. 17-76, p. 29.

¹⁹³ Sergio García Ramírez, que se enriquece con las ratificaciones de los instrumentos por parte de todos los Estados, a la vez que continuar su tránsito hacia el acogimiento de otros temas aún no regulados en el sistema. Cfr. GARCÍA RAMÍ-

ratificaciones de los países suramericanos puede asumirse que hay una *quasi* plena subregionalidad. Venezuela es el único país que ha presentado el preaviso de denuncia de la CADH el 10 de septiembre de 2012.¹⁹⁴ Sólo Chile y Venezuela no han ratificado el Protocolo de San Salvador sobre DESC, Brasil no ha ratificado la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (DFP), Bolivia, Colombia y Perú no han ratificado el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte. Hay ámbitos claros de penetración de instrumentos del sistema interamericano, constituyendo un piso común, como es respecto al rechazo a cualquier forma de discriminación racial y la protección de grupos vulnerables como los niños, las mujeres, las personas con discapacidad. La Convención Interamericana Contra el Terrorismo, por ejemplo, también muestra un consenso generalizado con nueve Estados que la han ratificado, siendo Bolivia la excepción. Una tabla de los instrumentos interamericanos¹⁹⁵ ilustra los consensos de los Estados que identifican ese *ius commune*:

Países	CADH	CoIDH	DESC	PM	M	D	T	DFP	CIT
Argentina	14.08.84	05.09.84	30.06.03	18.06.08	12.08.98	28.09.00	18.11.88	31.10.95	18.07.05
Bolivia	20.06.79	27.07.93	12.07.06	-	26.10.94	27.02.03	26.08.06	19.09.96	-
Brasil	09.07.92	10.12.98	08.08.96	31.07.96	16.11.95	17.07.01	09.06.89	-	20.09.05

REZ, S., "Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, GARCÍA RAMÍREZ/CASTAÑEDA HERNÁNDEZ (Coords.), México, 2009, p. 28.

¹⁹⁴ Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/Nota_Republica_Bolivariana_de_Venezuela_al_SG_OEA.pdf.

¹⁹⁵ Abreviaturas utilizadas: "Protocolo de San Salvador" (DESC); Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (PM); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, "Convención de Belém do Pará" (M); Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (D); Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (T); Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (DFP), Convención Interamericana contra el terrorismo (CIT). Fuente: Página oficial de la CIDH. Estado de las ratificaciones. http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

Chile	10.08.90	21.08.90	-	04.08.08	24.10.96	04.12.01	15.09.88	13.01.10	10.08.04
Colombia	28.05.73	21.06.85	22.10.97	-	03.10.96	04.12.03	02.12.98	01.04.05	24.06.08
Ecuador	08.12.77	24.07.84	10.02.93	05.02.98	30.06.95	01.03.04	30.09.99	07.07.06	07.07.06
Paraguay	18.08.89	26.03.93	28.05.97	31.10.00	29.09.95	28.06.02	12.02.90	26.08.96	30.11.04
Perú	12.07.78	21.01.81	17.05.95	-	02.04.96	10.07.01	27.02.90	08.02.02	05.06.03
Uruguay	26.03.85	19.04.85	21.11.95	08.02.94	04.01.96	24.05.01	23.09.92	06.02.96	27.12.06
Venezuela	23.06.77	24.04.81	-	06.04.94	16.01.95	06.06.06	25.06.91	06.07.98	22.10.03
Total	10	10	8	7	10	10	10	9	9

El *ius commune* tiene como uno de sus pilares la aceptación de la jurisdicción contenciosa de la CorteIDH y el deber de cumplimiento de sus decisiones por parte de los Estados,¹⁹⁶ ya que las mismas adquieren carácter definitivo e inapelable.¹⁹⁷ Desde comienzos del siglo XXI advierte Antônio A. Cançado Trindade la necesidad de tener un claro entendimiento acerca del alcance de las decisiones de la CorteIDH para construir un *ordre public* interamericano basado en la fiel observancia de los derechos humanos y, afirma que “el ejercicio de la garantía colectiva por los Estados Partes en la Convención no debería ser sólo reactivo, cuando se produjera el incumplimiento de una sentencia de la Corte, sino también proactivo, en el sentido de que todos los Estados Partes adoptaran previamente *medidas positivas* de protección en conformidad con la normativa de la Convención Americana. Es indudable que una sentencia de la Corte es ‘cosa juzgada’, obligatoria para el Estado demandado en cuestión, pero también es ‘cosa interpretada’, válida *erga omnes partes*, en el sentido de que tiene implicaciones para todos los Estados Partes en la Convención en su deber de prevención”.¹⁹⁸

¹⁹⁶ Art. 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

¹⁹⁷ Art. 67.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “El fallo de la Corte será definitivo e inapelable [...]”.

¹⁹⁸ Presentación del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antônio A. Cançado Trindade, ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA): El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. OEA/Ser.G, CP/doc. 654/02, 17 octubre 2002. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/discursos/cancado_16_10_02.pdf.

El acervo jurisprudencial está destinado no sólo a promover e incentivar avances a nivel doméstico, sino también a evitar retrocesos en los estándares de protección.¹⁹⁹ Del propio texto de la CADH en materia de reparaciones se infiere este alcance preventivo. En efecto, el Art. 63.1 estipula la facultad de la CorteIDH, cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, “que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.”²⁰⁰ De ello surge el efecto resarcitorio (mirando al pasado), pero a la vez el efecto preventivo y resarcitorio (mirando al futuro). La no repetición de las violaciones a los derechos humanos es un componente central de la obligación que tienen los Estados de garantizar los derechos humanos prevista en los artículos 1.1 y 2 de la CADH y el Art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Para la CorteIDH la garantía de *no repetición* forma parte de las medidas positivas que el Estado debe adoptar para que la violación a los derechos humanos que ha sido analizada en el caso, no vuelva a ocurrir.²⁰¹

¹⁹⁹ CARAZO ORTIZ, P., “El sistema interamericano de derechos humanos: democracia y derechos humanos como factores integradores en Latinoamérica”, *¿Integración Sudamericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, VON BOGDANDY/LANDA/MORALES ANTONIAZZI (Eds.), Madrid, 2009, p. 231; ver también BURGORGUE-LARSEN, L., “El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos entre classicismo y realidad”, *¿Integración Sudamericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, VON BOGDANDY/LANDA/MORALES ANTONIAZZI (Eds.), Madrid, 2009, p. 311.

²⁰⁰ El Convenio Europeo tiene una formulación distinta respecto a la satisfacción equitativa porque tiene dos planos, primero la autoridad doméstica y luego el TEDH, que dice expresamente “Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.”

²⁰¹ CorteIDH. Caso del “Caracazo” vs. Venezuela. Reparaciones. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 93, párr. 52.

Es indispensable acotar que para los países suramericanos en cuestión, con la excepción de Venezuela y Bolivia,²⁰² rige la regla general de cumplimiento de las obligaciones convencionales contenida en el principio *pacta sunt servanda* y en la imposibilidad de invocar disposición de derecho interno o criterio jurisprudencial como justificación para el incumplimiento de los tratados, de conformidad con los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.²⁰³

Las sentencias de un tribunal como la CorteIDH tienen alto impacto político. En el contexto suramericano, la Corte ordenó la reforma de las normas constitucionales en Chile, específicamente el artículo 19 de su Constitución Política, a efectos de asegurar el cumplimiento del derecho a la libertad de expresión, mediante la supresión de la censura previa.²⁰⁴ Al Estado colombiano le ha ordenado reiterativamente que reabra investigaciones cerradas en contra de miembros del Ejército por paramilitarismo.²⁰⁵ A Perú le ha ordenado que modificara las normas que permitían el juzgamiento de civiles por militares, a través de la “justicia sin rostro”, por ser contrarias a la Convención.²⁰⁶ Incluso las opiniones críticas en torno al alto grado de incidencia de las sentencias de la CorteIDH y el consecuente escaso margen de apreciación que se deja a los Estados, reconocen la relevancia de tal limitación en los casos de protección de los grupos más vulnerables.²⁰⁷ En este sentido

²⁰² Argentina (05.12.1972), Bolivia suscrito 23.05.69, sin ratificar, Brasil (25.09.2009), Chile (09.04.1981), Colombia (10.04.1985), Ecuador (11.02.2005), Paraguay (03.02.1972), Perú (14.09.2000), Uruguay (05.03.1982), Venezuela ni suscrito ni ratificado.

²⁰³ U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entró en vigencia en enero de 1980.

²⁰⁴ CorteIDH. Caso “La última tentación de Cristo” vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 4.

²⁰⁵ CorteIDH. Caso de “La Masacre de Mapiripán” vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 7.

²⁰⁶ CorteIDH. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 14.

²⁰⁷ BARBOSA DELGADO, F. R., “Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales”, *Revista Derecho del Estado*, n. 26, enero-junio de 2011, pp. 107-135.

se interpreta que las decisiones de la CorteIDH repercuten en el “fortalecimiento de la vitalidad democrática de autoridades nacionales, en el reforzamiento de la capacidad institucional al interior de los Estados, y, en particular, de los tribunales”.²⁰⁸ Incluso se advierte que si la tutela del ser humano es la decisión fundamental primordial en las Constituciones nacionales y en los textos internacionales, los dilemas se diluyen y la coincidencia surge sin generar conflictos.²⁰⁹

Hasta el presente han tenido lugar sólo dos casos de “rechazo sistemático” al sistema interamericano acontecidos en Suramérica. Como lo advierte Manuel Góngora, el rechazo sistemático se ha producido cuando “el gobierno tiene una influencia muy significativa sobre la rama judicial, y la supervisión del sistema interamericano es percibida como una amenaza para el régimen (v.gr. durante el gobierno de Alberto Fujimori en Perú) y/o una forma de intervención extranjera y de violación de la soberanía (v.gr. durante el gobierno de Hugo Chávez en Venezuela)”.²¹⁰ En Perú no llegó a concretizarse el retiro de la Declaración de reconocimiento de la cláusula facultativa de sometimiento a la competencia contenciosa de la CorteIDH por cuanto se dejó sin efecto la decisión al producirse el cambio de gobierno.²¹¹ En Venezuela, el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), en lo concerniente a la sentencia de la CorteIDH, de fecha 5 de agosto de 2008, que ordenaba la reincorporación en el cargo de tres ex-magistrados,²¹² decidió que el

²⁰⁸ Discurso del Presidente de la CorteIDH, Juez Diego García-Sayán, ante la XLI Asamblea General de Estados Americanos, San Salvador, El Salvador, 7 de junio de 2011.

²⁰⁹ Informe del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Asamblea General de la OEA, Sergio García Ramírez, Panamá, 06.06.2007, p. 3. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/discursos/garcia_06_06_07.pdf.

²¹⁰ GÓNGORA, M., “Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo”, *Estudos avançados de Direitos Humanos Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, VON BOGDANDY/PIOVESAN/MORALES ANTONIAZZI (Coord.), Sao Paulo, 2013, pp. 324 y ss.

²¹¹ El 9 de julio de 1999, Perú procedió a depositar en la Secretaría General de la OEA, en el 2000 se reincorporó.

²¹² CorteIDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008.

fallo del contencioso interamericano era “inejecutable” y añadió que con “fundamento en el principio de colaboración de poderes (artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se solicita al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar este Tratado o Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, con el fallo objeto de la presente decisión”.²¹³

El deber de cumplimiento por parte de los Estados se ve reforzado por la garantía colectiva prevista en la propia CADH respecto al deber de la CorteIDH de enviar informes anuales a la Asamblea General de la OEA informándole, el no cumplimiento de sus decisiones por los Estados Partes. Bajo la conocida estrategia “*naming and shaming*”, se persigue posibilitar gestiones diplomáticas para que el Estado pase a cumplir la decisión en cuestión. Le correspondería a la Asamblea General dictar una resolución recomendando a los demás Estados Parte de la OEA imponer sanciones económicas hasta que el Estado cumpla la decisión del Organismo del SIDH. Se trataría de una resolución no vinculante.²¹⁴

En el Informe Anual de la CorteIDH se incorporó el apartado titulado “IV. Aplicación del artículo 65 de la Convención Americana”, en el que se destaca: “La Corte Interamericana con fecha 23 de noviembre de 2012 emitió una resolución en donde estableció la negativa de Venezuela a dar cumplimiento a la sentencia de fecha 5 de agosto de 2008 en el caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*. De conformidad con el artículo 65 de la Convención Americana, la Corte informa a la Asamblea General de la OEA que

Venezuela, no ha dado cumplimiento a la sentencia mencionada, por lo que solicita que inste a dicho Estado a cumplir con la sentencia de la Corte.”²¹⁵ Se reseña como un hecho sin precedente en la historia de la OEA que un Presidente de la CorteIDH, en la clausura de la 43^o Asamblea General, advierte que “con la decisión de inexecutar el fallo, Venezuela se coloca al margen de la ley en el orden internacional.”²¹⁶

El *ius commune* también se ha conformado por la vía del diálogo jurisdiccional, constituyendo un positivo mecanismo de interamericanización de los órdenes nacionales. El impacto de las decisiones de un tribunal como la CorteIDH a favor de la primacía y el efecto directo de las normas internacionales y convencionales encuentra una mayor legitimación por el hecho de tener fundamento en normas constitucionales. Con su labor pionera y audaz, la CorteIDH y las respuestas de los sistemas nacionales, en particular de las cortes supremas y tribunales constitucionales, pavimentan ese piso común. Se trata de una viva interacción entre las decisiones de la CorteIDH y el derecho interno de los países de la región.

Diversas decisiones del Tribunal de San José impactan los procesos jurídicos e institucionales nacionales y los propios órganos jurisdiccionales domésticos se nutren de la jurisprudencia interamericana en el llamado proceso de “nacionalización” del derecho internacional de los derechos humanos, en palabras de Diego García Sayán.²¹⁷ Sirven de ejemplo decisiones en ámbitos medulares del largo y complejo proceso de construcción afirmativa de la tesis de que las decisiones jurisdiccionales internacionales deben servir como interpretación directriz para los tribunales

²¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 2012. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2012.pdf

²¹⁶ El Nacional, Corte notificará a la OEA que Venezuela está al margen del derecho internacional, 05.06.2013. http://www.el-nacional.com/politica/Carlos_Ayala_Corao-Corte_Interamericana_de_Derechos_Humanos-Diana_Lozano_Perafan-Organizacion_de_Estados_Americanos_0_202780020.html.

²¹⁷ GARCÍA SAYÁN, D., “Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos”, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, San José de Costa Rica, 2005, p. 325.

²¹³ Para un análisis crítico detallado Cfr. AYALA CORAO, C., *La doctrina de la “inejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*, Caracas, 2010.

²¹⁴ KRSTICEVIC, V., “Reflexiones sobre la ejecución de sentencias de las decisiones del sistema interamericano de protección de derechos humanos”, *Implementación de las Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, KRSTICEVIC/TOJO (Coords.), Buenos Aires, 2007, pp. 15-112, especialmente pp. 34-37.

nacionales. Un primer paso lo representó la sentencia pionera de la Corte Suprema de Justicia de Argentina en el caso Giroidi en 1995²¹⁸ o más recientemente la sentencia del Tribunal Constitucional de Perú cuando asume que si el guardián “último” de los derechos es la CorteIDH, es necesario tener en cuenta la interpretación que ella hace sobre las normas a aplicar.²¹⁹ El complejo tema de las amnistías es paradigmático en cuanto refleja el alcance que ha logrado la convergencia, vía diálogo jurisdiccional, de los estándares en la lucha contra la impunidad.²²⁰ Ello pertenece al *core* de la protección de la democracia, porque en aras de la “reconciliación nacional” se dictaron las famosas leyes de “Punto final” de 24 de diciembre de 1986 y de “obediencia debida” de 4 de junio de 1987 y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 14 de junio de 2005, en el caso Simón, Julio Héctor y otros²²¹ las declaró nulas, fundamentando su decisión en la jurisprudencia Barrios Altos de la CorteIDH.²²² Argentina ha expandido su jurisprudencia mediante su estricto apego al estándar interamericano.²²³ La Corte Constitucional de Colombia ha declarado claramente la inadmisibilidad de las amnistías y de las auto-amnistías, indultos generales, leyes de amnistía en blanco tomando como soporte el derecho internacional y las sentencias del contencioso interamericano.²²⁴ Esta línea jurisprudencial de la CorteIDH también se ha adoptado

²¹⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Horacio Giroidi y otro / recurso de casación,” 7/4/1995, Colección Oficial de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos (1995-318-514).

²¹⁹ Tribunal Constitucional de Perú, Decisión del 17 de abril de 2002, Cartagena Vargas, No. 218-02-HC/TC, “Fundamentos”.

²²⁰ Entre tantos, BINDER, C., “The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights”, *German Law Journal*, 2011, pp. 1203-1229.

²²¹ BAZÁN, V., “El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia de Argentina”, *Estudios constitucionales*, Año 8, n. 2, 2010, pp. 359-388.

²²² CorteIDH. Barrios Altos *vs.* Perú. Sentencia del 14 de marzo de 2001. Fondo. Serie C No. 75, párr. 1; CorteIDH. Barrios Altos *vs.* Perú. Sentencia del 3 de septiembre 2001. Interpretación. Serie C No. 83, párr. 18.

²²³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso Mazzeo, Buenos Aires, La Ley, 2007-D, p. 426; Caso Videla y Massera, 31 de agosto de 2010, considerando n° 8.

²²⁴ CCC, Sentencia C-695/02, de fecha 28.08.2012. Disponible: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-695-02.htm>.

respecto a otras leyes de amnistías (Brasil, Chile y Uruguay).²²⁵ En Uruguay se ha generado una cierta tensión en el cumplimiento de esta línea jurisprudencial de la CorteIDH, pues la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay (SCJ), publicada el 22 de febrero de 2013, declara la inconstitucionalidad de la Ley N° 18.831 de Restablecimiento de la Pretensión Punitiva del Estado, lo que ha sido calificado por las ONG's como un obstáculo para la consecución de justicia para las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la última dictadura. CEJIL argumenta que la decisión de la SCJ “limita indebidamente la calificación de ciertas conductas como crímenes contra la humanidad y cuestiona el alcance y aplicabilidad de la sentencia de la CorteIDH dictada en el caso Gelman”.²²⁶

A fin de ilustrar el diálogo jurisdiccional como elemento configurador del *ius commune* se puede acudir al ejemplo particular de la Corte Constitucional colombiana (CCC), emblemática en cuanto a la permeabilidad de otros órdenes normativos a través de las citas y referencias, incluyendo el sistema interamericano. Como refleja Humberto Sierra, la CCC “se centra en fijar, tanto en sentencias de constitucionalidad como en sentencias de tutela, la interpretación de los derechos fundamentales de grupos minoritarios o tradicionalmente discriminados, como las mujeres, los indígenas y las personas de escasos recursos económicos,” en las cuales toma en consideración “los tratados internacionales sobre derechos humanos del sistema universal de Naciones Unidas y del sistema regional de la Organización de Estados Americanos, así como a las interpretaciones que de ellos han hecho los respectivos organismos competentes, tales como el Comité para la Eliminación de la Dis-

²²⁵ CorteIDH. Almonacid Arellano *vs.* Chile. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154; CorteIDH. Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) *vs.* Brasil. Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia del 24 de noviembre de 2010, Serie C No. 219; CorteIDH. Gelman *vs.* Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221.

²²⁶ CEJIL denuncia sentencia de la Suprema Corte de Justicia, Montevideo, 25.02.2013. Disponible en: <https://www.cejil.org/comunicados/cejil-denuncia-sentencia-de-la-suprema-corte-de-justicia>.

crimación contra la Mujer, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²²⁷ En el caso específico del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, la CCC en su sentencia T-129 de 2011 relativa a los resguardos indígenas de Embera-Katío y Chidima-Tolo, quienes alegaron que el Estado pretendía la construcción de una carretera que atravesaba su territorio y tramitar la concesión para la explotación de oro en la zona sin consultarlos previamente, ordenó al Estado cumplir no sólo con la consulta, sino a lograr el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades cuando se trate de obras de infraestructura o que generan la ocupación de sus tierras y el desplazamiento correspondiente, antes y durante el desarrollo de la obra, así como a suspender la ejecución de las obras, financiar la traducción de las órdenes dictadas a la lengua Embera y suministrar copias de la misma como medida simbólica, concluyendo con la exhortación al Congreso a regular tal derecho.²²⁸

El mecanismo del control de convencionalidad también contribuye a configurar y expandir el *ius commune*. Se trata de un proceso de ajuste a la CADH, que da origen al fenómeno que denomino como interamericanización, caracterizado precisamente por la expansión de los estándares de la CorteIDH en los respectivos órdenes domésticos. Comprende el alcance de los derechos fijados por el órgano jurisdiccional, estableciendo estándares normativos así como las restricciones permitidas en una sociedad democrática, precisando las obligaciones positivas de los Estados, utilizando los estándares internacionales y de otras

²²⁷ SIERRA, H., "Recientes avances de la jurisprudencia constitucional colombiana", *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad 2011*, Bazán, V./Nash, C., Bogotá, 2012, pp. 135 y ss.

²²⁸ La CCC recoge los planteamientos del *Amicus Curiae* de Dejusticia que cita a la CorteIDH, pero también alude al hecho de que "el consentimiento hace parte estructural del Convenio 169 de 1989 de la OIT, motivo por el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al estudiar el caso Saramaka contra Surinam, desarrolló la importancia de esta prerrogativa de las comunidades indígenas". CCC, Sentencia T-129/11 Diversidad étnica y cultural-protección constitucional/multiculturalidad y minorías-Protección constitucional. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-129-11.htm#_ftn63

latitudes. Uno de los aportes esenciales y a la vez uno de los desafíos permanentes de la Corte interamericana se centra, precisamente, en la capacidad de guiar la actuación de los Estados democráticos y la jurisprudencia de los tribunales nacionales. Con el mecanismo de control de convencionalidad, que debe ser ejercido *ex officio* por todas las autoridades y no sólo del Poder Judicial",²²⁹ emerge, como destaca Eduardo Ferrer Mac-Gregor, "un nuevo entendimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos al concebirse ahora como un "sistema integrado", que involucra las instancias interamericanas (Comisión y CorteIDH) y autoridades nacionales de los Estados Parte del Pacto de San José, lo que "está forjando progresivamente un auténtico *Ius Constitutionale Commune Americanum* como un núcleo sustancial e indisoluble para preservar y garantizar la dignidad humana de los habitantes de la región."²³⁰

Algunos rasgos acerca de la conveniencia de un control de convencionalidad se esbozaron por el Juez Sergio García Ramírez en sus votos concurrentes a partir de 2003.²³¹ La partida de nacimiento es la sentencia en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*,²³² que se reconoce como *leading case*. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de

²²⁹ Caso Gelman *vs.* Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párrs. 193 y 239.

²³⁰ FERRER MAC-GREGOR POISOT, E., Voto razonado a la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso Gelman *vs.* Uruguay.

²³¹ En algunos votos concurrentes del juez Sergio García Ramírez. *Cfr.* sus votos en los Casos Myrna Mack Chang *vs.* Guatemala, resuelto el 25 de noviembre de 2003, párr. 27; Caso Tibi *vs.* Ecuador, de 7 de septiembre de 2004, párr. 3; Caso Vargas Areco *vs.* Paraguay, párrs. 6 y 12.

²³² CorteIDH. Caso Almonacid Arellano *vs.* Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrs. 123-125.

las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.²³³

El control de convencionalidad es expansivo. Una primera expansión del control de convencionalidad se dio en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. En efecto, en este fallo se invoca el criterio del Caso Almonacid Arellano sobre el “control de convencionalidad” y lo “precisa” en dos aspectos: (i) procede “de oficio” sin necesidad de que las partes lo soliciten; y (ii) debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.

Una segunda expansión implica la consolidación y diversificación de la doctrina en diversos casos contenciosos en Suramérica: *La Cantuta vs. Perú* (2006); *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* (2010); *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010); *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia* (2010); *Vélez Loor vs. Panamá* (2010); *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (2010), y *Gelman vs. Uruguay* (2011).

En el caso *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (2010) la Corte Interamericana deslinda el control de convencionalidad que ella ejerce como Tribunal constitucional en sentido estricto y el control de convencionalidad que corresponde a los jueces (llamado difuso, descentralizado) en su condición de jueces “interamericanos” como guardianes de la Convención).²³⁴ En efecto, la CorteIDH

²³³ CorteIDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, párr. 124.

²³⁴ FERRER MACGREGOR, E., “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, *Formación y perspectiva del Estado Mexicano*, FIX ZAMUDIO/VALADÉS (Coords.), México DF, 2010.

deja sentado que “no está llamada a realizar un examen de la Ley de Amnistía en relación con la Constitución Nacional del Estado, cuestión de derecho interno que no le compete, y que fuera materia del pronunciamiento judicial en la Acción de Incumplimiento No. 153, sino que debe realizar *el control de convencionalidad*, es decir, el análisis de la alegada incompatibilidad de aquella ley con las obligaciones internacionales de Brasil contenidas en la Convención Americana”. Mas adelante, la Corte insiste en el control de convencionalidad que corresponde a los jueces en estos términos: “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. El Poder Judicial, en tal sentido, está internacionalmente obligado a ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.²³⁵

En palabras de Néstor Sagüés, el “control de convencionalidad” cumple un doble papel, pues invalida la aplicación de las normas nacionales (incluso las constitucionales) opuestas al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la propia CorteIDH, a la vez que obliga a interpretar todo el derecho nacional conforme al Pacto y a

²³⁵ CorteIDH. Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Serie C No. 219, párr. 176.

la jurisprudencia, excluyendo las interpretaciones que se opongan a éstos.²³⁶ El parámetro del “control difuso de convencionalidad” por parte de los jueces nacionales (con independencia de si ejercen o no control de constitucionalidad), es el Pacto de San José y la jurisprudencia de la CorteIDH que la interpreta.²³⁷ Como lo ha ilustrado Sergio García Ramírez, en su voto razonado en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs.* Perú, el parámetro del “control de convencionalidad” es muy amplio y comprende todo el *corpus iuris*:²³⁸ En la especie, al referirse a un “control de convencionalidad” la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. La finalidad es que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado.

Conforme lo apunta Humberto Nogueira, todo juez de un Estado Parte, sea ordinario o constitucional, está llamado a desarrollar el control de convencionalidad “en aplicación del deber jurídico de respetar y garantizar los derechos convencionales de conformidad con el artículo 1o. de la CADH, y la obligación de aplicar las medidas jurisdiccionales para asegurar la adecuación al sistema interamericano exigida por el artículo 2o, de la misma CADH, *aplicando como estándar mínimo los atributos de los derechos y garantías con-*

²³⁶ SAGÜES, N. P., “Dificultades operativas del ‘Control de Convencionalidad’ en el sistema interamericano”, *La Ley*, Buenos Aires, 2009, p. 1.

²³⁷ CorteIDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México, párr. 227.

²³⁸ Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, respecto de la sentencia del caso citado, de 24 de noviembre de 2006, párr. 3.

tenidos en la CADH y el corpus iuris interamericano, lo que constituye un *control diferente* y distinto del control de constitucionalidad”, pues obedecen a distintos parámetros de control, el primero es “el *corpus iuris interamericano*, cuyo texto central y básico es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mientras que el control de constitucionalidad tiene como parámetro básico la Constitución Política de la República.”²³⁹

Existe ya reconocimiento expreso de la justicia nacional hacia el control de convencionalidad en los términos expuestos por la propia CorteIDH, lo que permite dar un paso más en la construcción de la doctrina porque le otorga mayor legitimidad. El ejemplo de la CSJN argentina ilustra este proceso en tanto admite que a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y que dicho tribunal internacional ha considerado que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tarea en la que debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.²⁴⁰

Ciertas voces se manifiestan contrarias a esta nueva figura del control difuso de convencionalidad, argumentando que la jurisprudencia de la CorteIDH no es unívoca y refleja deficiencias conceptuales al confundir el control de convencionalidad que es ejercido por el órgano interamericano con la “interpretación de derecho y libertades acorde a tratados” que corresponde a cargo de los poderes

²³⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011”, *Estudios constitucionales*, vol. 10, n. 2, 2012, p. 64.

²⁴⁰ CSJN Argentina Fallos: 330:3248, considerandos 20 y 21.

judiciales nacionales.²⁴¹ Sin embargo, la postura asumida en este trabajo coincide con la valoración formulada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor: “la trascendencia de la nueva doctrina sobre el ‘control difuso de convencionalidad’ es de tal magnitud, que probablemente en ella descansa el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y, a su vez, contribuirá al desarrollo constitucional y democrático de los Estados nacionales de la región. La construcción de un auténtico ‘diálogo jurisprudencial’ —entre los jueces nacionales y los interamericanos—, seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI. Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *ius constitutionale commune* en las Américas.”²⁴²

En cuanto al Estado abierto en materia de integración, y específicamente el respeto de los derechos humanos como condición esencial de la integración, todos los Estados Partes del Mercosur, plenos y asociados, están obligados por los Protocolos de Ushuaia y Asunción a la condicionalidad recíproca entre derechos humanos y democracia, signado por su complejidad, en lo cuantitativo y en lo cualitativo, ya que existe una superposición de instrumentos de diversas fuentes, validez y fuerza coercitiva, que han sido producto del desarrollo político y social experimentado en este modelo de integración.²⁴³ Tradiciones políticas e historias similares de vulneración de derechos, aunque con diferencias en cuanto al mayor o menor grado de gravedad de represión, han determinado el rumbo de la regulación tuitiva de

la democracia en su nexo intrínseco con la garantía de los derechos humanos en Mercosur. Bajo el paraguas de la doctrina de la seguridad nacional como soporte ideológico de las dictaduras militares del Cono Sur y el denominado “Plan Cóndor”, se cometieron violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos en los países miembros fundadores del bloque mercosureño.²⁴⁴ De allí que se ha intentado, desde el pasado compartido, construir identidades regionales, que sirvan “de base para que el Mercosur sea concebido no sólo como un mercado común, sino también como una incipiente comunidad política.”²⁴⁵ Según el Art. 1 del Protocolo de Ushuaia, que entró en vigencia en 2002, la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para el desarrollo de los procesos de integración entre los Estados Parte (EP). En diciembre de 2004, el Consejo del Mercado Común (CMC) creó la Reunión de Altas Autoridades en Derechos Humanos²⁴⁶ y esta instancia elaboró en 2005 el Protocolo sobre compromiso con la promoción y protección de los derechos humanos del Mercosur, conocido como “cláusula de derechos humanos”, aprobado en el mismo año.²⁴⁷

Estos instrumentos de integración destinados a la salvaguarda de los derechos humanos en un orden democrático, deben entenderse que forman parte del bloque de constitucionalidad, confluyendo y fusionándose los distintos órdenes normativos. Según mi criterio, son tratados de naturaleza híbrida ya que son fundantes de la integración y a la vez protegen los derechos humanos. Desde 1995 ya se manejaba la tesis de que “si a través del sistema de la

²⁴⁴ GONZÁLEZ, J. C./VILLEGAS DÍAZ, M., “Derechos Humanos y desaparecidos en dictaduras militares”, *América latina hoy: Revista de ciencias sociales*, Vol. 20, 1998, pp. 19-40.

²⁴⁵ ABRAMOVICH, V., Jornada 20 años del Mercosur. “Derechos humanos en el proceso de integración”. Disponible en la página oficial del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur (IPPDH).

²⁴⁶ Decisión CMC No. 40/04, Creación de la Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos del Mercosur, Belo Horizonte, 16 de diciembre de 2004.

²⁴⁷ Mercosur/CMC/DEC. N° 17/05, Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del Mercosur, de 19 de junio de 2005.

²⁴¹ CASTILLA, K., “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, *Anuario mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 11, 2011, pp. 593-624, p. 605 y ss. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/11/pim/pim20.pdf>.

²⁴² Cfr. Voto razonado del Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la Corte IDH en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, de 26 de noviembre de 2010, párr. 88.

²⁴³ BUONGERMINI, M. M., *Carta de derechos fundamentales del Mercosur. Conferencia en el Supremo Tribunal Federal de Brasil*. Disponible en: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/setimoEncontroConteudoTextual/anexo/Carta_de_Direitos_Humanos_Maria_Mercedes_Buongermini.pdf.

integración regional se insertara un tratado de derechos humanos, nada obstaría a que este último alcance la jerarquía constitucional".²⁴⁸ El piso común o *ius commune* se amplía, tímidamente todavía, con la penetración de otros instrumentos como las normas de la Declaración socio-laboral²⁴⁹ o las normas relativas a la libre circulación y a la materia migratoria. Progresivamente se están sentando las bases de una ciudadanía mercosureña.²⁵⁰ El acervo del *ius commune* en el Mercosur muestra un estado embrionario mediante el *soft law*,²⁵¹ que va impactando las políticas públicas de derechos humanos en una especie de mercosurización soterrada, ya que tiene su origen en una multiplicidad de fuentes, se forja a la luz del policentrismo jurídico y siguiendo un patrón heterárquico y no jerárquico.

Este entendimiento del proceso de mercosurización que impacta la armonización de los órdenes estatales experimenta un auge con el advenimiento de la nueva Era.²⁵² En el año 2000 se produce la Carta de Buenos Aires sobre Compromiso Social, orientada al compromiso gubernamental de mejorar la calidad de vida en los respectivos países y en la región, prestando atención prioritaria a los "sectores más desprotegidos de la población en materia de alimentación, salud, empleo, vivienda y educación".²⁵³ Asimismo, la Declaración Presidencial de Derechos Funda-

²⁴⁸ BIDART CAMPOS, G., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, T. VI, Buenos Aires, 1995, pp. 590 y ss.

²⁴⁹ Los Estados Partes adoptaron el 10 de diciembre de 1998, la Declaración Sociolaboral del Mercosur (DSL.M). Disponible en: <http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/declaraciones/declmercosur1998.htm>.

²⁵⁰ Proyecto de decisión sobre el Estatuto de Ciudadanía aprobado en la reunión del GMC, LXXXI^a, Noticias Mercosur, 05.11.2010.

²⁵¹ MONTEAGUDO VALDEZ, M., "Construcción europea y liberalización económica en América Latina: Desafíos comunes en la evolución del Derecho Internacional Económico", *Cuadernos Europeos de Deusto*, n. 43, Bilbao, 2010, pp. 91-114, pp. 106-108.

²⁵² En la ciencia política se atribuye, primordialmente, al llamado giro a la izquierda: Kirchner en Argentina (2003), Lula da Silva en Brasil (2003) y Tabare Vázquez en Uruguay (2005). RIBEIRO HOFFMANN, A., *Protection and promotion of Human Rights by Mercosur: last but not least*, Paper ISA, San Francisco, 2013, p. 2.

²⁵³ Carta de Buenos Aires sobre compromiso social en el Mercosur, Bolivia y Chile, Buenos Aires, 30 de junio de 2000.

mentales de los Consumidores,²⁵⁴ define al consumidor como agente económico y sujeto de derecho que requiere "protección a su vulnerabilidad", a cuyo efecto los EP se proponen realizar esfuerzos en pos de una armonización de las legislaciones nacionales de defensa del consumidor, sobre el catálogo de los "derechos fundamentales" que dispone de manera enunciativa.²⁵⁵

Otras Declaraciones muestran un mayor nivel de concretización respecto a las obligaciones de los EP y contemplan la armonización con los estándares internacionales, lo que considero corrobora el reconocimiento de un orden normativo multinivel. Ejemplo de ello son la Declaración de Presidentes sobre Erradicación del Trabajo Infantil que indica la necesaria armonización normativa en relación a los Convenios de la OIT²⁵⁶ y la Declaración Presidencial sobre Compromiso del Mercosur con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.²⁵⁷ Este pronunciamiento se inscribe en el lugar prioritario que ocupa el tema del combate a la impunidad de los autores de crímenes contra la humanidad en la agenda de derechos humanos en el Mercosur. En la doctrina se ha acuñado la expresión "Operación Cóndor a la inversa" para calificar el interés de identificar los restos de las personas desaparecidas y los niños secuestrados durante el período autoritario de los países suramericanos.²⁵⁸

²⁵⁴ Declaración Presidencial de Derechos Fundamentales de los Consumidores del Mercosur, Florianópolis, 15 de diciembre de 2000.

²⁵⁵ La Declaración incluye un catálogo de derechos que comprenden desde la protección eficaz de la vida, la salud, y la seguridad del consumidor y del medio ambiente contra los riesgos provocados por prácticas en el suministro de productos y servicios, la provisión de servicios, el acceso al consumo con libertad de elección, sin discriminaciones ni arbitrariedades, entre otros (Puntos a hasta k).

²⁵⁶ Declaración de Presidentes sobre Erradicación del Trabajo Infantil, Buenos Aires, 6 de julio de 2002.

²⁵⁷ Los EP se comprometen a no celebrar acuerdos multilaterales o bilaterales con terceros Estados, que sean susceptibles de afectar las bases de jurisdicción de la Corte Penal Internacional o de otras disposiciones del Estatuto. Declaración Presidencial sobre Compromiso del Mercosur con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Asunción, 20 de junio de 2005.

²⁵⁸ Palabras del asesor de la Secretaría Especial de Direitos Humanos de Brasil, Murilo Komniski. Seminario "Participação em política externa e direitos

Manifestaciones a favor del reconocimiento del Estado abierto y del constitucionalismo multinivel en derechos humanos se corroboran con instrumentos como la Declaración de Presidentes sobre Derechos Humanos (apenas seis meses más tarde al Protocolo de Asunción), dictada con motivo de la conmemoración del 57 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Dicha Declaración precisó la concepción y los principios que rigen en el Mercosur, a saber: los principios y valores que sustentan la Declaración de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, el principio de no discriminación, los principios de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el compromiso de fortalecer los órganos del sistema interamericano (Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos), los principios sustentados en el Protocolo de Asunción y la Carta Andina sobre los Derechos Humanos, principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.²⁵⁹

A fin de reconstruir de manera inédita y desde la perspectiva del nuevo derecho público del siglo XXI la vinculación del sistema interamericano como “manto” para el subsistema de integración del Mercosur, hasta ahora concebida como una aporía,²⁶⁰ se puede argüir que los Estados Partes del Mercosur han solicitado la primera opinión consultiva ante la CorteIDH en relación con la temática de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes, dando una señal de interacción entre ambos órdenes normativos, revelando progresos en el constitucionalismo multinivel y avanzando en la configuración del *ius commune*. En efecto, en la XVII Reunión de Altas Autoridades de Derechos Hu-

humanos no Mercosul”, Brasilia el 28.09.2006. Disponible en: www.dereitos.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1763&Itemid=2.

²⁵⁹ Declaración sobre derechos humanos de los Presidentes del Mercosur y Estados Asociados, Montevideo, 9 de diciembre de 2005.

²⁶⁰ ARANGO RIVADENEIRA, R., “Las aporías de la integración latinoamericana por vía del derecho”, *¿Integración Sudamericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, VON BOGDANDY/LANDA ARROYO/MORALES ANTONIAZZI (Eds.), Madrid, 2009, p. 83.

manos y Cancillerías, llevada a cabo en el mes de abril de 2011 en Asunción, los Estados participantes decidieron impulsar una opinión consultiva sobre la niñez migrante ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, otorgando al Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos el mandato de elaborar el texto. Dicha solicitud se hizo con el fin de profundizar y precisar la definición de estándares, principios y obligaciones concretas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que el documento califica como pieza clave, que los Estados deben cumplir en relación con las personas migrantes, en particular con los derechos de los niños y niñas migrantes e hijos e hijas de migrantes, a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, interpretadas de forma armónica con los derechos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Se persiguen tres objetivos básicos con tal solicitud, como son reconocer los estándares y principios medulares del derecho internacional de los derechos humanos en cuanto a no devolución, protección de la condición de refugiado y principio de la protección de la vida familiar a fin de adecuar la legislación, la política migratoria y la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en los Estados Parte. Consecuentemente, aspiran determinar las bases para entablar diálogos bilaterales y fijar posiciones comunes en los foros regionales y globales. Cabe recordar que a nivel normativo mercosureño se ha regulado el procedimiento en materia del tránsito de Menores entre los Estados Parte y los Estados Asociados, el Acuerdo para las bases de datos compartidas de niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad,²⁶¹ y el proyecto del Estatuto de Ciudadanía,²⁶² en el que el tema migratorio es central.

Se invoca como precedente la definición por parte de la CorteIDH del alcance del deber de la protección espe-

²⁶¹ Decisiones CMC N° 25/08 y 26/08.

²⁶² Mercosur/CMC/DEC. N° 64/10.

cial de los niños, niñas y adolescentes del artículo 19 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, en la que dejó sentado que para que las políticas públicas migratorias sean compatibles con dicha Convención, el eje central de ellas debe ser la obligación de los Estados de evaluar —en cada caso particular— la posibilidad de adoptar medidas alternativas a la privación de la libertad.²⁶³ En tanto que migrar no es un delito, los Estados no deben desarrollar políticas públicas orientadas a criminalizar al migrante. Se argumenta con base al principio de no criminalización de la migración irregular y se afirma que deben existir políticas públicas que aseguren el acceso a la educación, la salud, la vida familiar, la recreación y la prestación de servicios sociales vitales, entre otros, basados en su condición migratoria.

Desde el Mercosur también se evidencian intentos por reforzar el diálogo judicial como mecanismo de concretización del *ius commune*. Paradigmático es el ejemplo de la Declaración Socio-Laboral, ya que este instrumento representa una herramienta común de singular impacto. Desde 1993 se gestó la idea de una Carta de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores del Mercosur con efectos vinculantes y de naturaleza sancionatoria.²⁶⁴ En 1998 se adopta la DSL, que aunque no fue concebida como un documento de obligatorio cumplimiento, la doctrina advierte el papel preponderante jugado en la salvaguarda de los derechos de los trabajadores²⁶⁵ y en el ámbito jurisdiccional se le atribuye el rango de aplicación directa,²⁶⁶ por

²⁶³ Véase OC -17/2002 sobre "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párr. 28.

²⁶⁴ Cfr. BRUNI, J., "Los Órganos Socio Laborales del Mercosur. Historia y estado actual de la cuestión. La construcción de la dimensión social del Mercosur". Disponible en: http://white.oit.org.pe/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/activid/proyectos/pdf/dec_soclabor.pdf.

²⁶⁵ Cfr. BARRETTO GHIONE, H., "Consecuencias de la Declaración Sociolaboral del Mercosur en la interpretación y aplicación de las normas laborales en los ordenamientos nacionales", *Gaceta Laboral*, Vol. 8, n. 3, Venezuela, 2002, p. 2.

²⁶⁶ PEROTTI, A., "El fallo 'Aquino' de la Corte Suprema: una introducción a la aplicación judicial de la Declaración Sociolaboral del Mercosur", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n. 3, Santa Fe, Argentina, 2005, pp. 607-633.

parte de los órganos judiciales de los Estados Partes,²⁶⁷ avanzando hacia una aplicación progresiva²⁶⁸ y constante.²⁶⁹ Se le reconoce un *status* de normas de *ius cogens*²⁷⁰ y se ha interpretado como norma imperativa e inderogable en su nexo con los principios generales del derecho internacional.²⁷¹

Otra manifestación de diálogo se observa en la decisión del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (TPR) en el llamado caso de las papeleras, único caso que tangencialmente alude a los derechos humanos²⁷² y que versó sobre la controversia entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina debido a las protestas originadas en la localidad argentina de Gualeguaychú como reacción a la instalación de dos plantas de celulosa en la localidad uruguaya de Fray Bentos, a la rivera uruguaya del Río Uruguay, con cortes del tránsito de los puentes que comunican a ambos países, ya que los vecinos rechazaban tal instalación. Para contextualizar dicho caso debe acotarse que, luego de varios intentos diplomáticos

²⁶⁷ Cfr. Tribunal del Trabajo de Mar del Plata N° 1. "Calandria Pedro Javier C/ Arcor S.A.I.C. s/ cobro de haberes", Expte. N° 48.347, reconoce que... además de los tratados internacionales incorporados en el párrafo 2do. del inciso 22 del Art. 75 de la C.N también resulta de aplicación en cuanto al principio de no discriminación la Declaración Socio Laboral del Mercosur, suscrita en Río de Janeiro el 10/12/1998... Los principios protectorios de la misma son normas de carácter obligatorio por haber sido dictadas por el Consejo del Mercado Común (Órgano Superior del Tratado, Art. 10 en virtud del Protocolo de Ouro Preto del 17/12/94) y por imperio del Art. 75 inciso 24 de la C.N. tienen jerarquía superior a las leyes y son complementarias del Art. 14 bis. Equipo Federal del Trabajo. Edición N° 43- Sección: Jurisprudencia provincial.

²⁶⁸ Ver más ampliamente: Tercer informe sobre la aplicación del derecho del Mercosur por los tribunales nacionales, Secretaría del Mercosur-Fundación Konrad Adenauer, 2005.

²⁶⁹ DREYZIN DE KLOR, A./PEROTTI, A., *El rol de los Tribunales Nacionales de los Estados de Mercosur*, Córdoba, 2009, p. 143.

²⁷⁰ Cfr. Juzgado Letrado de Primera Instancia del Trabajo de Décimo Turno "Guedes, Rafael c/Banco de Seguros del Estado-accidente de trabajo", ficha IUE:2-101048/2011, sentencia N° 36/12 Montevideo, 30 de abril de 2012. Publicado el 04-05-2012.

²⁷¹ MALM GREEN, L. A., "Eficacia jurídica de la declaración sociolaboral del Mercosur", *Hologramática*, Año 5, n. 8, 2008, p. 97 V2.

²⁷² LIXINSKI, L., "Human Rights in Mercosur", *The Law of Mercosur*, FILHO/LIXINSKI/GIUPPONI, Oxford, 2010, pp. 352 y ss.

frustrados para solucionar la controversia,²⁷³ Argentina introdujo una demanda contra Uruguay ante la Corte Internacional de Justicia de la Haya (CIJ),²⁷⁴ mientras que Uruguay acudió al sistema de solución de controversias del bloque. El Tribunal Arbitral *Ad Hoc* del Mercosur rechazó el alegato argentino de cuestionar su competencia en materia de derechos humanos y citó el derecho de los derechos humanos,²⁷⁵ pero acogió parcialmente la pretensión uruguaya declarando que la ausencia de las debidas diligencias por parte de Argentina era incompatible con el compromiso asumido por los Estados Partes en el tratado fundacional del Mercosur priorizando el enfoque economicista de la integración, postura que fue ratificada por el TPR.²⁷⁶ En la órbita del diálogo jurisdiccional y en relación al punto de los derechos humanos, a nivel del TPR tuvo lugar un diálogo velado con el Tribunal de Justicia de la

²⁷³ Ver en detalles en: ANGLÉS HERNÁNDEZ, M., "Fallo de la Corte Internacional de Justicia en materia ambiental, evidenciado en el asunto de plantas de celulosa sobre el río Uruguay", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 11, 2011, pp. 77-98.

²⁷⁴ La Corte Internacional de Justicia decidió el 20 de abril de 2010 de la siguiente manera: Que Uruguay no violó sus obligaciones para evitar la contaminación ambiental, por lo que consideró que resultaba desproporcionado ordenar el cierre de la planta de Botnia. Sin embargo instruyó a ambos países a realizar un monitoreo a través de la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU) y aplicando el Estatuto del Río Uruguay. Cfr. Fallo de la CIJ, disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15877.pdf>. CIPOLATTI, V., "Caso Papeleras: el Fallo de la Corte Internacional de Justicia y sus repercusiones nacionales e internacionales", *Grupo de Estudios Internacionales Contemporáneos*, 2010, pp. 1-4. Disponible en: <http://www.geic.com.ar/2010/category/energia-y-ambiente/page/2/>.

²⁷⁵ Laudo del Tribunal Arbitral "ad hoc" de Mercosur. Disponible en: <http://www.mercosur.int/mstweb/portal%20intermediarios/controversias/laudo.html>, p. 27.

El Tribunal *Ad Hoc* sostuvo que "ni aun en el derecho argentino el derecho a la protesta es absoluto y debe limitarse cuando afecta el derecho de los demás". Ello lo expresa, dice el Tribunal, el Art. 29.2 de la Declaración Universal, el Art. 32.2 de la Convención Americana y el Art. 19, inc. 2 y 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, "que son parte integrante de la Constitución de la Nación Argentina desde 1994 al haber sido incorporados en su Art. 75 inc. 22" (punto 139).

²⁷⁶ Deisy Ventura mantiene una postura crítica al afirmar que se perdió la oportunidad histórica de pronunciarse sobre el derecho a la salud. Cfr. VENTURA, D., "Saúde Pública e Integração Regional: Tensões entre o Direito à Saúde e o Comércio Internacional," *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional regional*, VON BOGDANDY/PIOVESAN/MORALES ANTONIAZZI (Eds.), Rio de Janeiro, 2011, p. 470.

Unión Europea²⁷⁷ y un diálogo directo con un tribunal nacional al apoyarse en una decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina,²⁷⁸ para reiterar la necesaria armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución.²⁷⁹

Como tercer mecanismo configurador del *ius commune* por la vía de la mercosurización se erige básicamente la llamada gobernanza democrática mercosureña, que tiene el potencial de avanzar de un cierto modo "subversivo", en la medida en que se produce más bien "aguas abajo" del proceso, para servir de bisagra e impulsar la defensa de los derechos armonizando los estándares y las buenas prácticas de los Estados Parte. Funcionan ocho grupos de trabajo: Iniciativa Niñ@sur; Educación y Cultura en Derechos Humanos; Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad; Construcción de Indicadores de Progreso en materia de DESC; Memoria, Verdad y Justicia; Instituto de Políticas Públicas; Discriminación, Racismo y Xenofobia, con un subgrupo Diversidad Sexual, Identidad y Género. Si bien es cierto que las cancillerías abordan la temática integracionista más bajo el lente nacional y ha sido débil la formación y conformación de la burocracia regional,²⁸⁰ hablándose incluso de "cajas negras" de las burocracias nacionales,²⁸¹ también es positivo el aporte proveniente de estas agendas nacionales: por ejemplo Argentina ha empeñado esfuerzos para plantear a nivel global el derecho a la verdad como un nuevo derecho

²⁷⁷ Uruguay invocó el caso Comisión c/Francia - Asunto C-265/95 en el cual, frente al bloqueo de rutas en Francia dispuesta por particulares, el órgano judicial estableció la responsabilidad de este Estado por la omisión en restablecer la libre circulación, Argentina por su parte argumentó que los derechos humanos pueden justificar una restricción al ejercicio de los derechos consagrados por un tratado de integración en base al caso Schmidberger, Asunto C-112/00, ambos del TJUE.

²⁷⁸ CSJN Argentina, autos "Chocobar, Sixto" del año 1996, (Fallos 319:3241).

²⁷⁹ Punto 136 del Laudo.

²⁸⁰ BOUZAS, R., "Mercosur: Regional Governance, Asimetrías e Integración Profunda", *Profundización del MERCOSUR y el desafío de las disparidades en BID*, Río de Janeiro, 2005.

²⁸¹ VENTURA, D. F. L., "La Gouvernance démocratique: regards croisés entre le MERCOSUR et l'Union européenne", *Droit et Société*, París, 2005, pp. 93-104.

humano, particularmente notable en América Latina; Uruguay explicita la relevancia de los mecanismos de resorte para la denuncia de las violaciones de los derechos de los niños; Brasil históricamente habla del tema del racismo y la discriminación en todos los foros globales; Paraguay es recurrente en asociar la democracia a los derechos humanos.²⁸²

Ilustrativo de las aproximaciones al diálogo desde la mercosurización por vía de la gobernanza es la decisión de respaldar, a título de iniciativa del bloque, la justiciabilidad de los DESC a través del acompañamiento del proceso de aprobación del mecanismo de efectivización del Protocolo de San Salvador y de incorporación de los indicadores de progreso, cuya aprobación en 2012 se produjo en la Asamblea General de la OEA en Cochabamba, Bolivia.²⁸³ Asimismo las iniciativas sobre los DESC adoptadas por las delegaciones del grupo *ad-hoc* de derechos humanos del Mercosur en el contexto global de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y para el combate a la pobreza.²⁸⁴ Igualmente las propuestas del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH),²⁸⁵ que como órgano consultivo persigue contribuir al fortalecimiento del Estado de Derecho en los países que integran el bloque, mediante el diseño y seguimiento de políticas públicas en derechos humanos, para potenciar una visión colectivizada y evitar que sea solamente una sumatoria de pautas nacionales. Esta agencia coopera en la implementación de los medios que permitan una más efectiva y eficaz protección de los derechos constitucionales y convencionales así como la adop-

²⁸² IZQUIERDO, S., "Los procesos regionales y los derechos humanos. La experiencia europea y el recorrido del Mercosur", *Mercosur, Sociedad Civil y Derechos Humanos*, Montevideo, 6 de abril de 2005, p. 7. Disponible en: http://www.observatoriomercosur.org.uy/UserFiles/File/Ponencia_Silvia_Izquierdo.pdf.

²⁸³ IV Reunión de Altas Autoridades Competentes en Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur (RAADDHH), Buenos Aires, Argentina, 8 y 9 de junio de 2006.

²⁸⁴ BIZZOZERO, L., "La agenda del Mercosur y los derechos humanos. ¿Hacia una comunidad regional?", *Mercosur, Sociedad Civil y Derechos Humanos*, Montevideo, 6 de abril de 2005, p. 6. Disponible en: http://www.observatoriomercosur.org.uy/UserFiles/File/Ponencia_de_Bizzozero.pdf.

²⁸⁵ Mercosur/CMC/DEC. N° 14/09, decisión de creación del Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos (IPPDH).

ción de los estándares internacionales plasmados en los instrumentos de derechos humanos de los sistemas universal e interamericano.

En el caso de la implementación de los Mecanismos Nacionales de Prevención de la Tortura, ideados por el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos o degradantes de las Naciones Unidas, el IPPDH busca hacer frente a la práctica de la tortura contra las personas privadas de libertad.²⁸⁶ Dada la gravedad de la crisis carcelaria en la región²⁸⁷ y los avances del sistema interamericano en la sistematización de los estándares tuitivos,²⁸⁸ la convergencia progresiva en la efectiva aplicación de los mismos representa un aporte para el *ius commune in nuce* proveniente de la mercosurización. También coopera en materia de Adultos Mayores, Memoria, Verdad y Justicia y Educación en Derechos Humanos; Género, Diversidad e Identidad, Discriminación, Racismo y Xenofobia y Discapacidad.²⁸⁹

La configuración de un *ius commune* no es lineal, sino presenta oscilaciones y hasta retrocesos. Venezuela es la excepción que confirma la regla de la construcción del *ius commune*. Es sumamente grave que ese país haya presentado el preaviso de denuncia de la CADH²⁹⁰ y que su Tribunal Supremo de Justicia, frente a una decisión de la CorteIDH,²⁹¹ sostenga la tesis de inejecutabilidad del contencioso intera-

²⁸⁶ ABRAMOVICH, V., "Aportes para la implementación de los mecanismos nacionales de prevención de la Tortura en los países del Mercosur". *Fortalecimiento de la prevención y prohibición de la tortura*, Buenos Aires, 2011, p. 75 y ss.

²⁸⁷ CARRANZA, E., "Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?", *Anuario de Derechos Humanos 2012*, Chile, 2012, pp. 31-66.

²⁸⁸ Cfr. Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad: (Artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2010; CIDH. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64, 2011.

²⁸⁹ Cfr. Documentos del IPPDH del Mercosur en sus ejes temáticos. <http://www.ippdh.mercosur.int/Tema>.

²⁹⁰ Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/Nota_Republica_Bolivariana_de_Venezuela_al_SG_OEA.pdf.

²⁹¹ CorteIDH. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008.

mericano.²⁹² De concretarse esta solicitud, transcurrido un año, Venezuela entrará en la lista de los Estados miembros de la OEA que no son parte de la CADH.²⁹³ El país está vinculado por la Declaración Americana, la Carta de la OEA y demás instrumentos de esta organización, pero no por la CADH ni bajo la jurisdicción contenciosa de la CorteIDH. Este paso va en la dirección de reforzar la existencia en el hemisferio de “dos clases de habitantes o de ciudadanos”, lo que contraviene el interés por alcanzar la “verdadera universalización de los derechos humanos en América”.²⁹⁴ Representantes de la OEA y la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos instaron inmediatamente a la reconsideración de esta decisión.²⁹⁵ También las organizaciones no gubernamentales²⁹⁶ y la academia se manifestaron en contra de la denuncia de la CADH.²⁹⁷ Igualmente preocupa el silencio del Mercosur ante tal denuncia y ante la crisis política derivada de las cuestionadas elecciones presidenciales de abril de 2013.²⁹⁸

²⁹² Sentencia N° 1939 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (“TSJ”), Expediente N° 08-1572. Sentencia del 18 de diciembre de 2008. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>.

²⁹³ Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Canadá, Cuba, Estados Unidos, Guyana, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas y Trinidad y Tobago.

²⁹⁴ Discurso del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Diego García-Sayán, ante la XLI Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, San Salvador, El Salvador, 7 de junio de 2011.

²⁹⁵ El Secretario General de la OEA lamentó la decisión en un comunicado de prensa (C-307/12), que la referida convención es “uno de los pilares de la normativa legal que ampara la defensa de los derechos humanos en el continente”; La Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos, Navi Pillay, instó enérgicamente a Venezuela a reconsiderar su decisión de retirarse de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y advirtió que eso podría ser un serio revés para la protección de los derechos humanos en Venezuela y en toda la región (Ginebra, 11 de septiembre de 2012).

²⁹⁶ Amnistía Internacional, Declaración Pública, 12 de septiembre de 2012. Decisión de Venezuela de denunciar la Convención Americana es una afrenta a las víctimas de violaciones de derechos humanos y a generaciones futuras de venezolanos. Disponible en: <http://www.amnesty.org/es/library/info/AMR53/005/2012/es>.

²⁹⁷ Acción de nulidad por inconstitucionalidad presentada 27 de septiembre de 2012. Disponible en: <http://www.observatoriodeconflictos.org.ve/oc/wp-content/uploads/2012/09/Accion-inconst-DENUNCIA-CADH-270912.pdf>

²⁹⁸ Sólo se produjo una Declaración de Unasur. Disponible en: <http://www.presidencia.gob.pe/declaracion-del-consejo-de-jefes-y-jefas-de-estado-y-de-gobierno-de-la-union-de-naciones-suramericanas-unasur>.

La respuesta del propio sistema interamericano da lugar para el optimismo. Frente a este tipo de retrocesos, se activa por primera vez en la historia la garantía colectiva prevista en la propia CADH (Art. 65) respecto al deber de la CorteIDH de enviar informes anuales a la Asamblea General de la OEA informándole, entre otros, el no cumplimiento de sus decisiones por los Estados Partes.²⁹⁹ El desafío actual es avanzar en el entendimiento del Estado abierto como *conditio sine qua non* de la protección supranacional de la democracia y los derechos humanos, sin menoscabo del orden constitucional, sino producto del mismo. Las decisiones nacionales están bajo la supervisión de las autoridades supranacionales y por ello no se trata de un “*domaine réservé*” del Estado.

Parafraseando a Sergio García Ramírez acerca de los puentes que viabilizan la recepción de los tratados de derechos humanos en los órdenes domésticos,³⁰⁰ junto al puente de arquitectura clásica de la recepción constitucional se han levantado otros puentes de estructura antisísmica, como el de la recepción jurisprudencial.³⁰¹ Su edificación ha ido en aumento mediante el diálogo judicial³⁰² y se ha fortalecido con el llamado control de convencionalidad desarrollado por la CorteIDH, que representa una apertura

²⁹⁹ Resolución CorteIDH, de fecha 23 de noviembre de 2012, en la cual “estableció la negativa de Venezuela a dar cumplimiento a la sentencia de fecha 5 de agosto de 2008 en el caso *Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela*. De conformidad con el artículo 65 de la Convención Americana, la Corte informa a la Asamblea General de la OEA que Venezuela, no ha dado cumplimiento a la sentencia mencionada, por lo que solicita que inste a dicho Estado a cumplir con la sentencia de la Corte”. Cfr. Informe Anual 2012, p. 68. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2012.pdf.

³⁰⁰ GARCÍA RAMÍREZ, S., “Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos en el derecho interno”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*, Montevideo, Uruguay, 2008, p. 364 y ss.

³⁰¹ Un estudio referencial obligado, ABREGÚ/COURTIS (Comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, 2004.

³⁰² A título de ejemplo, BAZÁN, V., “La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina”, *Estudios Constitucionales*, Año 5, n. 2, Santiago de Chile, 2007, pp. 137-183; RIVADENEYRA, A., *La emergencia del principio de interacción y el diálogo jurisprudencial a la luz del denominado derecho constitucional internacional*, Perú, 2011.

“*ex ante*”³⁰³ y que debe regirse por principios del derecho internacional a la hora de su aplicación.³⁰⁴ Se suman dos puentes de diseño moderno indispensables para la protección antisísmica, que consisten en la recepción política y en la recepción cultural, gracias al impacto efectivo en las políticas públicas a través del impulso de la sociedad civil y el litigio estratégico. En el espacio de los derechos humanos, el arraigo o no de la cultura de la juridicidad representa un factor decisivo para avanzar en la internacionalización o para resistirse a ella.³⁰⁵ Corresponde a la academia, como testigo, pero también como actora de los procesos de transformación emergentes de la construcción y consolidación del *ius commune*, apuntar hacia la garantía efectiva del estándar mínimo en la cotidianidad. Su alcance, en lo concerniente a su juridicidad y jurisdiccionalidad, orbita en la tríada democracia-derechos humanos-dimensión social, como ideas-fuerza del constitucionalismo suramericano multinivel, cuyo fundamento se encuentra en los mandatos constitucionales de estatalidad abierta, gira en torno al paradigma del pluralismo normativo y se apalanca en los desarrollos del derecho internacional.

³⁰³ Cfr. PINTO BASTOS JÚNIOR, L./GUENKA CAMPOS, T. “Para além do debate em torno da hierarquia dos tratados: do duplo controle vertical das normas internas em razão da incorporação dos tratados de direitos humanos”, *RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Vol. 1, n. 19, junio-diciembre de 2011.

³⁰⁴ GIL DOMÍNGUEZ, A., *La regla de reconocimiento constitucional argentina*, Buenos Aires, 2007.

³⁰⁵ GARCÍA RAMÍREZ, S., Reseña a la obra “La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México de CABALLERO OCHOA, J., *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año 18, n. 128, mayo-agosto de 2010, pp. 959-968, p. 960 y ss.

LA DIFUSIÓN DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA Y SU POTENCIAL EN LA CONSTRUCCIÓN DEL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* LATINOAMERICANO

Manuel Eduardo GÓNGORA MERA¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Rasgos generales de la doctrina del bloque de constitucionalidad en América Latina. III. Potencial expansivo y convergente de la doctrina del bloque. IV. Desafíos de la doctrina del bloque en el contexto actual. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En términos generales, la doctrina del bloque de constitucionalidad permite reconocer jerarquía constitucional a normas que no están incluidas en la Constitución nacional, usualmente con el fin de interpretarlas sistemáticamente con el texto de la Constitución. En América Latina, tales normas han sido usualmente instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

La inclusión de normas internacionales dentro del bloque de constitucionalidad tiene tres efectos jurídicos trascendentales: 1) los tratados de derechos humanos prevalecen sobre la legislación interna; 2) los tratados de derechos humanos pueden ser considerados como parámetros de cons-

¹ Investigador postdoctoral del *Lateinamerika-Institut (Freie Universität Berlin)* como miembro de *desigualdades.net*. Abogado y magistrado en Derecho Económico (Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá), magistrado en Economía Internacional y Política de Desarrollo (*Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg*) y doctor *summa cum laude* en Derecho Público (*Humboldt Universität zu Berlin*).

titucionalidad concurrentes con las normas constitucionales nacionales, por lo que un conflicto entre un tratado de derechos humanos y una ley interna puede derivar en una declaratoria de inconstitucionalidad; y 3) derechos internacionalmente protegidos por tratados de derechos humanos pueden ser invocados a través de las acciones nacionales destinadas a tutelar derechos constitucionales.

Pese a estos notables efectos jurídicos, no han escaseado los problemas de delimitación conceptual que la doctrina del bloque de constitucionalidad ha generado en los distintos países que la han implementado: ¿Debe entenderse por "bloque" el parámetro de constitucionalidad en acciones de constitucionalidad? ¿Es más bien expresión de la Constitución material, en oposición al concepto de Constitución formal (es decir, el conjunto de principios y valores fundacionales o superiores de una sociedad, no restringidos al texto constitucional)? ¿O es acaso un mecanismo destinado exclusivamente para resolver conflictos de competencias entre el Estado y sus unidades territoriales?

El presente texto pretende analizar el proceso a través del cual tuvo lugar la difusión y adaptación de la doctrina del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia constitucional latinoamericana como mecanismo para el reconocimiento de rango constitucional a tratados de derechos humanos. Con este objetivo, se sustentan tres tesis centrales: 1) Las dificultades para encontrar un concepto unificado acerca del bloque de constitucionalidad y sobre su contenido se explica en la naturaleza heterárquica del proceso de difusión de la doctrina; 2) pese a la heterogeneidad conceptual, es posible delinear los rasgos comunes de una versión latinoamericana del bloque de constitucionalidad; y 3) en la configuración de un *ius constitutionale commune* en la región, la expansión de la doctrina del bloque de constitucionalidad ofrece un enorme potencial para la convergencia de estándares normativos en materia de derechos humanos.

A continuación quisiera presentar el proceso de difusión de la doctrina en América Latina, lo cual sirve para entender los diferentes desarrollos conceptuales sobre el bloque de constitucionalidad según los países que lo han

adoptado, pero también para constatar que, pese a tratarse de una idea de origen europeo, es posible hablar de una conceptualización latinoamericana del bloque de constitucionalidad.

II. RASGOS GENERALES DE LA DOCTRINA DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN AMÉRICA LATINA

Como Mariela Morales previamente ha argumentado en su estudio sobre el concepto de estatalidad abierta, las cláusulas constitucionales de apertura al DIDH son prueba de la voluntad del propio Estado de integrar el DIDH en el orden jurídico nacional. La mayoría de países de la región ha introducido en sus constituciones diversas cláusulas en las que se les concede a instrumentos de derechos humanos una jerarquía diferenciada, un estatus "especial" que garantiza como mínimo su precedencia en caso de conflicto con legislación interna, de modo que estos tratados no están expuestos a invalidación posterior por vía de reforma legislativa. Con todo, es posible constatar que algunas de estas cláusulas han sido invocadas no sólo para el reconocimiento del rango supra-legal de estos instrumentos, sino incluso para su equiparación normativa con la Constitución nacional. Es el caso, por ejemplo, de Argentina, Venezuela y Bolivia, países en los que a través de reformas constitucionales se ha establecido expresamente la jerarquía constitucional de ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos. En otros países, algunas cortes constitucionales han reconocido jerarquía constitucional a normas del DIDH introduciendo la doctrina del bloque de constitucionalidad por vía de la interpretación de cláusulas de apertura. Por ejemplo, las cortes de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y la antigua Corte Suprema de Venezuela reconocieron que la cláusula abierta de derechos constitucionales (según la cual ciertos derechos no incluidos expresamente en el texto constitucional pueden tener estatus constitucional)² concedía jerarquía constitu-

² Algunos países incluyen esta cláusula desde el siglo XIX, *cf.*, *e.g.*, Argentina: Reforma constitucional de 1860, artículo 33; Bolivia, Constitución de 1868, artículo 24; Constitución de 1871, artículo 33; Constitución de 1938, artículo 33;

cional a los tratados que incorporaran derechos fundamentales.³ Colombia y Ecuador invocaron además la cláusula de primacía (según la cual, en caso de conflicto entre una norma nacional y un tratado internacional, debe primar el tratado)⁴ para incluir tratados de derechos humanos dentro del parámetro de constitucionalidad. Para similares propósitos, las cortes constitucionales de Bolivia, Colombia y Perú han invocado también la cláusula interpretativa (según la cual los derechos constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales ratificados por el país).⁵ En otros países donde no se efectuaron refor-

Brazil: Constitución de 1891, artículo 78; El Salvador: Constitución de 1864, artículo 76; Constitución de 1871, artículo 98; Constitución de 1880, artículo 14; Honduras: Constitución de 1894, artículo 72; Venezuela: Constitución de 1858, artículo 28; Constitución de 1881, artículo 9.

³ Al respecto, Bidart Campos comenta sobre el caso de Colombia, Ecuador y Venezuela: "[C]láusulas (...) que reconocen como implícitos a los derechos que no se hallan enumerados ni en la Constitución ni en los tratados vigentes, dejan percibir que todo cuanto esas dos fuentes contienen en forma explícita no niega otros derechos que no constan en ninguna de ambas fuentes. En otra versión, diríamos que lo que se unifica como explícito en las dos fuentes (interna e internacional) transfiere también a ellas el remanente implícito. Quiere decir que hay equiparación o igualdad en el conjunto de derechos enumerados que como producto surge de la Constitución y de los tratados, y que tal igualdad se visualiza a su vez en la sumatoria implícita que las dos fuentes reconocen como saldo.

¿Acaso este paisaje no nos está diseñando una paridad entre las Constituciones que hemos ejemplificado [Colombia, Ecuador, Venezuela] y los tratados de derechos humanos a los que ellas hacen referencia? Nos resulta fácil contestar afirmativamente." Bidart Campos, Germán José, "Los derechos 'no enumerados' en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional", en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos - Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (México, D.F., febrero 12-15, 2002), México DF, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 109.

⁴ Consultar, por ejemplo: Constitución de Costa Rica, artículo 7; Constitución de Ecuador de 1998, artículo 163; Constitución de El Salvador, artículo 144; Constitución de Guatemala, artículo 46; Constitución de Honduras, artículo 18.

⁵ Cfr. Constitución de Colombia, artículo 93 ("[L]os derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"); Constitución de Bolivia de 2009, artículo 13, IV ("Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia"); Constitución de Perú, artículo 4 transitorio final ("Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú").

mas constitucionales de apertura al derecho internacional de los derechos humanos, sus cortes constitucionales han avanzado hacia el reconocimiento de la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos invocando reformas constitucionales y legislativas relacionadas con la justicia constitucional o el procedimiento de acciones de constitucionalidad como el amparo. Son los casos de Costa Rica y Honduras, donde, si bien no se efectuaron reformas relativas a la jerarquía normativa del sistema jurídico, en la práctica permitieron la incorporación de tratados de derechos humanos dentro del parámetro de constitucionalidad.⁶ En países con constituciones comparativamente más "antiguas" como Panamá⁷ (1972) y la República Dominicana⁸ (1966), que carecían de cláusulas especiales sobre tratados de derechos humanos o incluso una normativa expresa que regulara acciones constitucionales como el amparo, se ha reconocido en algunas sentencias la existencia de un bloque de constitucionalidad con base en algunas

⁶ Cfr. Artículos 10, 48, 105 y 138 de la Constitución de Costa Rica (reformados por la Ley 7128 de agosto 18 de 1989) y la Ley de la Jurisdicción Constitucional (Ley 7135 de octubre 11 de 1989). El artículo 48 de la Constitución costarricense reconoce el derecho de toda persona al recurso de *habeas corpus* para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en la Constitución y los derechos fundamentales establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en Costa Rica. La cláusula de amparo se complementa con el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que establece: "La presente ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica". En detalle, cfr. CASTRO PADILLA, Fernando, "La jerarquía y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico costarricense", en ALVAREZ MOLINA, Mariánella et al., *La tutela de los derechos fundamentales en Costa Rica por medio del recurso de amparo*, San José (Costa Rica), Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 95.

⁷ Constitución de Panamá de 1972. Artículo 4: "La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional".

⁸ Constitución de República Dominicana de 2002. Artículo 3: "(...) La República Dominicana reconoce y aplica las normas del Derecho Internacional general y americano en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado, y se pronuncia en favor de la solidaridad económica de los países de América y apoyará toda iniciativa que propenda a la defensa de sus productos básicos y materias primas".

declaraciones genéricas de la Constitución sobre los tratados internacionales, donde no se regula la jerarquía de los tratados frente al derecho interno, sino sólo el reconocimiento de principios de derecho internacional (especialmente el principio *pacta sunt servanda*).

En resumen, habría que subrayar que salvo la Constitución de 1979 de Perú (que sería derogada por la Constitución de 1993), la de 1994 de Argentina, la de 1999 de Venezuela, y la Constitución Boliviana de 2009, ninguna Constitución de la región consagraba explícitamente la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos. En la mayoría de países la equiparación de normas internacionales con normas constitucionales nacionales ha tenido lugar a través de la incorporación de la doctrina del bloque de constitucionalidad por parte de las cortes constitucionales. No obstante, como se verá a continuación, existen importantes diferencias conceptuales respecto a lo que cada país considera como bloque de constitucionalidad. Esto se debe a la naturaleza heterárquica y policéntrica del proceso de difusión de la doctrina entre órdenes jurídicos (en el que experiencias de distintas cortes constitucionales tienen influencia sobre otras), en claro contraste con otras tendencias de constitucionalización, como la doctrina del control de convencionalidad (difundida regionalmente a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que opera como punto de origen único y definido).

1. La difusión inter-regional de la doctrina del bloque de constitucionalidad

La doctrina del bloque de constitucionalidad tiene origen europeo. El concepto fue inicialmente elaborado por el Consejo Constitucional Francés en 1971,⁹ pero luego fue importado por el Tribunal Constitucional de España desde 1981,¹⁰ y de allí se difundió por vía doctrinal y luego juris-

⁹ *Conseil constitutionnel de la République française. Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971.*

¹⁰ *Cfr.* Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 25/1981, abril 7, 1981; STC 10/1982, marzo 23, 1982; STC 18/1982, mayo 4, 1982; STC 26/1982, mayo 24, 1982; STC 71/1983, julio 29, 1983.

prudencial a principios de los años noventa a Panamá, Costa Rica, Colombia y Perú para luego expandirse desde estos países latinoamericanos hacia otros países de la región.

Quisiera abordar brevemente los orígenes europeos de la doctrina y concentrar la atención en la difusión en América Latina. Al respecto, quisiera mencionar que hay al menos dos versiones de la doctrina, que responden a las diversas funciones que adquirió el concepto de bloque en los países europeos que lo desarrollaron. En Francia, la idea de bloque surgió a la luz del concepto de "Constitución material", como respuesta a la falta de una declaración de derechos en el texto constitucional. En la Decisión 71-44 DC de julio 16 de 1971, el *Conseil Constitutionnel* incluyó dentro del parámetro de constitucionalidad a los 89 artículos de la Constitución de 1958 (Constitución *stricto sensu*) y las normas mencionadas en su Preámbulo, incluyendo la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y los principios consagrados en el preámbulo de la Constitución previa de 1946.¹¹

En contraste, el bloque de constitucionalidad en España se adoptó como instrumento para resolver conflictos de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, e incluye normas constitucionales, los estatutos autonómicos y las leyes orgánicas que regulan la distribución de competencias entre órdenes territoriales.¹²

¹¹ Constitución Francesa de 1958. Preámbulo: "*Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004.*

En vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d'Outre-Mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique." Nota: El Preámbulo fue modificado en 2005 con el fin de introducir una referencia a la Carta del Medio Ambiente de 2004, que ahora también hace parte del bloque de constitucionalidad.

¹² Si bien la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha sido oscilatoria a este respecto, es posible concluir que entiende por "bloque de constitucionalidad" la referencia normativa que determina las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas, y está compuesto por algunas normas del Título VIII de la Constitución, los Estatutos de Autonomía, y otras normas de rango in-

Por su parte, en Italia, el concepto se ha asociado a la noción de "norma interpuesta", definida como norma con rango de ley ordinaria pero que por disposición explícita de la Constitución ata o limita otras normas como un parámetro de control constitucional; de este modo, normas de rango legal tienen "valor constitucional" al ser parte del parámetro de constitucionalidad, pero no tienen formalmente jerarquía constitucional. Las normas que generalmente se introducen en el bloque italiano son la Constitución, los principios sobre las competencias de las entidades regionales italianas, y las leyes que limitan los poderes legislativos del ejecutivo. Considerando la tradicional postura dualista entre el derecho interno y el derecho internacional convencional de la *Corte Costituzionale*, los tratados internacionales definirían su jerarquía según su rango de introducción al derecho interno, es decir, jerarquía legal.¹³

En estos tres países el concepto de bloque se ha relacionado con el conjunto de normas que conforman el parámetro de constitucionalidad, incluyendo a la Constitución *stricto sensu* y una serie de normas **de origen nacional** que no pertenecen al texto constitucional y que pueden tener formalmente el mismo rango de las normas cuya inconstitucionalidad se discute. Se diferencian de acuerdo a la función que cumplen en el ordenamiento interno: la versión francesa integra derechos humanos reconocidos en instrumentos nacionales previos que no fueron incorporados explícitamente en la Constitución vigente; en contraste,

fra-constitucional (v.gr. leyes orgánicas) que definen competencias o regulan el ejercicio de competencias estatutorias concretas. Cfr. PINIELLA SORLI, Juan Sebastián, *Sistema de fuentes y bloque de constitucionalidad: Ejerciciada de competencias*, Barcelona, Bosch, 1994.

¹³ En los últimos años se ha discutido en Italia la posibilidad de incluir algunos tratados de derechos humanos dentro del parámetro de constitucionalidad. Con base en la reforma constitucional del artículo 117 en octubre de 2001 sobre las regiones, provincias y comunas (*La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*), la *Corte Costituzionale* ha reconocido la obligación de interpretación conforme con la normativa de la Convención Europea de Derechos Humanos, y a través de esta vía se ha reconocido a esta Convención como norma interpuesta (es decir, como parámetro de juicio sobre las leyes, pero sin jerarquía constitucional).

la versión española-italiana se refiere primordialmente a la distribución de competencias entre el Estado y las autoridades regionales. Estas dos concepciones tuvieron diferentes grados de influencia en los primeros países receptores en América Latina: Panamá adoptó la doctrina francesa en 1990; Costa Rica en 1993 y Colombia en 1995 adoptaron la doctrina del bloque combinando la experiencia francesa y la española; por su parte, Perú se inspiró sobre todo en la doctrina italiana entre 1996 y 2004.

Sin embargo, la influencia europea en América Latina no implicó una emulación acrítica. Por el contrario, la primera fase de difusión hacia la región estuvo caracterizada por un proceso de adaptación de las doctrinas europeas a las necesidades y condiciones de operatividad del derecho constitucional en la región y en cada país. La adaptación más importante tiene relación con el tipo de normas "exógenas" al texto constitucional que fueron integradas al bloque. Mientras que en Europa el concepto de bloque se refiere primordialmente a un conjunto de normas de origen nacional usadas como parámetro en el control de constitucionalidad, el bloque en América Latina incorpora normas de origen internacional, esencialmente instrumentos de derechos humanos, dentro del parámetro de constitucionalidad. Esto se explica por la coyuntura político-institucional en que la doctrina llega a la región: los efectos de la caída del muro de Berlín y del fin de la guerra fría, el proceso de democratización de la región y las reformas constitucionales desde finales de los ochentas, que incluyeron referencias explícitas a diversos instrumentos de los sistemas universal e interamericano de derechos humanos y en varios casos incorporaron cortes constitucionales independientes.

El bloque cumplía generalmente dos funciones esenciales: 1) resolver la cuestión de la jerarquía interna de los tratados de derechos humanos estableciendo un mecanismo de armonización horizontal entre el derecho constitucional y el DIDH (este fue el caso por ejemplo, de Colombia y Costa Rica); y 2) en procesos de transición democrática, consolidar la posición del poder judicial frente al ejecutivo

al legislativo, permitiendo el uso del derecho internacional como refuerzo a los compromisos del Estado en materia de derechos humanos y como límite de lo no negociable en el debate político (v.gr. en Panamá y Argentina).

2. La difusión intra-regional de la doctrina del bloque

Panamá fue el primer país latinoamericano en introducir la doctrina del bloque de constitucionalidad en su jurisprudencia constitucional en sentencia del 24 de julio de 1990.¹⁴ Fue una de las primeras decisiones de la Corte Suprema de Panamá después de 21 años de gobierno militar, y se basó en el artículo 4 de la Constitución, que simplemente declara que "la República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional". La Corte Suprema usó esta referencia genérica para reconocer excepcionalmente jerarquía constitucional a algunos instrumentos internacionales, bajo la condición de que no afectaran la soberanía y autodeterminación de Panamá. La doctrina del bloque trataba entonces de reconciliar el derecho doméstico con el derecho internacional y a la vez consolidar la independencia de la rama judicial en la naciente arquitectura democrática.¹⁵

¹⁴ Corte Suprema de Justicia de Panamá. Sentencia de Julio 24 de 1990. En este pronunciamiento, la Corte Suprema reconoció jerarquía constitucional al artículo 8 de la Convención Americana estableciendo que esa norma integraba un "bloque de constitucionalidad" conjuntamente con el artículo 32 de la Constitución (relativo al debido proceso). En sentencia de marzo 19 de 1991, la Corte reconoció el artículo 8 de la Convención Americana como derecho constitucional y declaró la inconstitucionalidad directa de una ley que infringía esta disposición (cfr. también: sentencia de abril 18 de 1997). En sentencia de marzo 20 de 1996, la Corte Suprema incorporó también la Convención sobre los Derechos del Niño, argumentando la ausencia expresa de principios y derechos de los niños en el texto constitucional. Frente a otros tratados internacionales, la Corte ha clarificado que sólo tienen jerarquía legal (Sentencia de mayo 23 de 1991, donde la Corte concluyó que los Convenios de la OIT N° 87 y N° 98 no tenían rango constitucional) y no pertenecen al bloque de constitucionalidad (Sentencia de septiembre 5, 1994).

¹⁵ Como Hoyos explica, "[n]o cabe duda de que el órgano judicial en Panamá carecía de verdadera independencia durante el régimen militar encabezado por el señor Noriega. (...) Una de las manifestaciones del recobro de la independencia del órgano Judicial en Panamá es, precisamente, la adopción de la doctrina del bloque de constitucionalidad que ha expandido y hecho más efectivo el

A partir de la sentencia de noviembre 10 de 1993,¹⁶ la recientemente creada Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica adoptó la doctrina del bloque como mecanismo de armonización entre su derecho constitucional y el DIDH. Si bien en numerosos pronunciamientos ha utilizado la denominación "bloque de constitucionalidad",¹⁷ es también frecuente la expresión "Derecho de la Constitución".¹⁸ Para introducir la doctrina del bloque, la Sala Constitucional invocó la Ley de la Jurisdicción Constitucional de 1989, que establecía su competencia para verificar la conformidad del ordenamiento interno con el derecho internacional¹⁹ y la procedencia de la acción de inconstitucionalidad en caso de conflicto entre normas internas y el derecho internacio-

control de constitucionalidad en nuestro país." Hoyos, Arturo, "El control judicial y el bloque de constitucionalidad en Panamá", *Boletín Mexicano de derecho comparado*, México, D.F., año XXV, N° 75, septiembre-diciembre 1992, p. 790.

¹⁶ "[L]os instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en la República, conforme a la reforma del artículo 48 Constitucional (Ley No.7128, de 18 de agosto de 1989), al integrarse al ordenamiento jurídico al más alto nivel, valga decir, al nivel constitucional, lo complementan en lo que favorezcan a la persona." (Itálicas fuera del texto). Sentencia de clarificación 05759 de noviembre 10 de 1993.

¹⁷ Cfr. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia 05987 de octubre 14, 1994; Sentencia 04499 de agosto 26, 1994; Sentencia 06094 de octubre 18, 1994; Sentencia 07474 de diciembre 21, 1994; Sentencia 06597 de diciembre 5, 1995; Sentencia 01099 de marzo 5, 1996; Sentencia 05944 de agosto 18, 1998; Sentencia 00717 de febrero 2, 1999; Sentencia 07619 de octubre 5, 1999; Sentencia 07657 de julio 29, 1999; Sentencia 02010 de marzo 3, 2000; Sentencia 02989 de abril 12, 2000; Sentencia 03446 de abril 26, 2000; Sentencia 04983 de junio 28, 2000; Sentencia 05507 de julio 5, 2000; Sentencia 06871 de agosto 8, 2000; Sentencia 07640 de agosto 29, 2000; Sentencia 05012 de junio 12, 2001; Sentencia 06222 de julio 5, 2001; Sentencia 06817 de julio 10, 2002; Sentencia 01613 de febrero 2, 2007; Sentencia 01814 de febrero 13, 2007; Sentencia 01846 de febrero 13, 2007; Sentencia 03774 de marzo 16, 2007; Sentencia 07689 de mayo 7, 2008; Sentencia 14467 de septiembre 26, 2008; Sentencia 16276 de octubre 30, 2008; Sentencia 00306 de enero 14, 2009.

¹⁸ Cfr. v.gr.: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia 02253 de mayo 14, 1996: "[E]l inciso d) del artículo 2 de la Ley en estudio no viola el principio de igualdad, por lo que no merece el reproche de los accionantes en ese sentido. Sin embargo, resulta contrario al Derecho de la Constitución, por quebrantar los artículos 6, 7, 8, 12 y 33 del Convenio N° 169 de OIT, al tenor de lo dispuesto por el artículo 48 de la Constitución Política".

¹⁹ Ley N° 7135 de octubre 11, 1989. Artículo 2: "Le corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional: (...) b) Ejercer el control de la constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público, así como la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o Comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad".

nal.²⁰ Ya desde 1990, la Sala había incorporado tratados de derechos humanos dentro del parámetro de constitucionalidad, y en 1992 se había generado un debate importante sobre la supra-constitucionalidad de los tratados,²¹ que vendría a resolverse por la vía de la equiparación de estos tratados a la Constitución en virtud del bloque.

En el caso colombiano, la adopción de la doctrina del bloque en la Sentencia C-225 de 1995 de la Corte Constitucional²² también estuvo precedida por un debate acerca de la pretendida supra-constitucionalidad de algunos tratados internacionales con base en diversas cláusulas de apertura de la Constitución de 1991 y el concepto de *ius cogens*.²³ La doctrina del bloque no sólo resolvió horizon-

²⁰ Ley N° 7135 de octubre 11, 1989. Artículo 73: "Cabrán la acción de inconstitucionalidad: (...) d) Cuando alguna ley o disposición general infrinja el artículo 7o, párrafo primero, de la Constitución, por oponerse a un tratado público o convenio internacional".

²¹ En Costa Rica, el debate sobre el rango supra-constitucional de las normas internacionales surgió a partir de una sentencia de 1992 en la que la Sala Constitucional prefirió la aplicación de un tratado de derechos humanos en lugar de una norma constitucional. *Cfr.* Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia 03435 de noviembre 11, 1992. En una decisión de 1993, la Sala IV también aplicó los principios del Convenio N° 169 con prevalencia sobre una provisión constitucional. La Sala reconoció que los indígenas Guaimies eran costarricenses por nacimiento, aún si no fuera posible demostrar que habían nacido en territorio costarricense, como lo requería la Constitución (*cf.* Sentencia 01786 de abril 21, 1993).

²² La Corte Constitucional colombiana, en su Sentencia C-225/1995, citó la doctrina francesa como modelo para introducir la figura del bloque de constitucionalidad. La influencia española puede observarse en sentencias posteriores que incluyeron las leyes orgánicas dentro del concepto de bloque de constitucionalidad *lato sensu*.

²³ La superioridad jerárquica de las normas de *ius cogens* sobre el derecho nacional era aplicable al derecho internacional convencional, como lo estableció la Corte en Sentencia C-027/1993, en la que se analizó la constitucionalidad de la ley interna que aprobó el Concordato firmado en 1973 entre Colombia y la Santa Sede. La Corte razonó que un tratado internacional (en este caso, el Concordato) no puede ignorar tratados de derechos humanos porque éstos gozan de un rango jerárquico superior. Por lo tanto, la Corte consideró que debía ajustar el Concordato a la normatividad de tratados internacionales de derechos humanos y a la nueva Constitución en aspectos como la libertad de cultos de los grupos étnicos y la libertad religiosa de miembros activos de las fuerzas armadas, la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico por divorcio civil, la eliminación de tratamiento preferencial para los niños de familias católicas, la eliminación de las inmunidades a favor de obispos en procesos penales, así como algunas normas especiales en este tipo de procesos. En consecuencia, la Corte declaró la inconstitucionalidad de va-

talmente la discusión (descartando una potencial supra-constitucionalidad de los tratados de derechos humanos,) ²⁴ sino que además reforzó las capacidades del juez constitucional de controlar las fuentes normativas en un contexto institucional marcado por diversas amenazas a la estabilidad democrática (guerrillas, grupos paramilitares, carteles de drogas).

En un contexto similar, Perú incorporó la doctrina del bloque en 1996, pero en contraste con el caso colombiano, donde la doctrina del bloque tuvo un impacto sustancial a favor de la protección de derechos humanos a través de los instrumentos internacionales constitucionalizados, la doctrina del bloque en Perú hasta 2004²⁵ básicamente se utilizó para resolver conflictos de distribución de competencias territoriales, como en España e Italia. De acuerdo con el Tribunal Constitucional peruano, normas con jerarquía legal pueden ser incluidas dentro del parámetro de constitucionalidad cuando la Constitución misma lo exija.²⁶ En esos casos, esas fuentes asumen el papel de "normas sobre la producción legislativa" en dos sentidos: 1) como normas sobre la "forma" de la producción legal (esto es, cuando tienen la capacidad de condicionar la elaboración de otras fuentes normativas del mismo rango) y 2) como normas sobre el contenido de la legislación (v.gr. cuando una dis-

rios artículos del Concordato. Ver además: Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-088/1994 y T-157/1995.

²⁴ "En lo que respecta a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en diversas ocasiones, la Corte ha considerado que hace parte del bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 Superior. Bajo este contexto, es claro que el mencionado instrumento internacional forma parte del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, debe ser utilizado como parámetro que guíe el examen de constitucionalidad de las leyes colombianas, pero ello no significa que las normas pertenecientes al bloque adquieran el rango de normas supraconstitucionales. En ese sentido, la confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución". (Itálicas fuera del texto). Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-028/2006.

²⁵ *Cfr. v.gr.* las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional de Perú: Expediente N° 0004-1996-I/TC, 03.01.1997; Expediente N° 0689-2000 AC/TC, 15.12.2000 y Expediente N° 0012-2001-I/TC, 23.05.2002.

²⁶ Tribunal Constitucional de Perú. Expediente N° 0007-2002-AI/TC, 27.08.2003.

posición constitucional establece que una ley puede limitar el contenido de otras). Por lo tanto, la interpretación constitucional no se detiene en el texto constitucional sino en las leyes que funcionan como normas sobre la producción legislativa de la norma que se controla.²⁷ En caso de que una norma viole la Constitución por contravenir una de estas normas interpuestas, el Tribunal formula una declaración de inconstitucionalidad indirecta.²⁸ No obstante, las normas interpuestas no tienen una mayor jerarquía que las normas bajo control²⁹ ni tienen un estatus inherente como normas pertenecientes al bloque; es necesario que una disposición constitucional ordene que una norma determinada debe guardar conformidad con otra. Por ello, en cada caso concreto le corresponde al Tribunal determinar qué normas deben ser consideradas como parámetro para el control de constitucionalidad.³⁰ A ese conjunto de normas se le ha llamado "parámetro eventual de constitucionalidad".³¹ Ejemplos de normas interpuestas en la jurisprudencia peruana son la Ley Orgánica sobre Municipalidades,³² la Ley sobre Impuestos Municipales.³³ la Ley sobre las Bases de Descentralización, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales,³⁴ la Ley Orgánica del Poder Judicial³⁵ y la Ley Orgánica de la Superintendencia bancaria y de seguros.³⁶

²⁷ Tribunal Constitucional de Perú. Expediente N° 1049-2003-AA/TC, 30.01.2004.

²⁸ Tribunal Constitucional de Perú. Expediente N° 0046-2004-PI/TC, 15.02.2005.

²⁹ Tribunal Constitucional de Perú. Expediente N° 0033-2005-PI/TC, 29.08.2006.

³⁰ Cfr. CARPIO MARCOS, Edgar, "Normas interpuestas en la acción de inconstitucionalidad (el caso peruano)", en VEGA GÓMEZ, Juan y CORZO SOSA, Edgar, *Instrumentos de tutela y justicia constitucional - Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (México, D.F., febrero 12-15, 2002), Serie Doctrina Jurídica, N° 99, México DF, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 108.

³¹ Tribunal Constitucional de Perú. Expediente N° 0031-2005-PI/TC, 20.03.2007.

³² Tribunal Constitucional de Perú. Expediente N° 0689-2000-AC, 15.12.2000 y Expediente N° 0046-2004-PI/TC, 15.02.2005.

³³ Tribunal Constitucional de Perú. Expediente N° 0053-2004-PI/TC, 16.05.2005.

³⁴ Tribunal Constitucional de Perú. Expediente N° 002-2005-PI/TC, 18.02.2005.

³⁵ Tribunal Constitucional de Perú. Expediente N° 2483-2002-AA, 27.01.2003 y Expediente N° 0669-2003-AA, 25.09.2003.

³⁶ Tribunal Constitucional de Perú. Expediente N° 0005-2005-CC/TC, 18.11.2005.

La segunda fase de difusión ha tenido lugar desde finales de los noventa y está caracterizada por una serie de influencias horizontales de los cuatro países "pioneros" hacia otros países de la región. Mientras que el origen francés del "bloque de constitucionalidad" se sigue reconociendo³⁷ (si bien ya no con tanta frecuencia), la definición del bloque que se ha ido adoptando es mucho más próxima a la forma como el concepto se ha desarrollado en países como Colombia y Costa Rica que a su evolución en Europa. En esta fase, el contenido del bloque se ha hecho algo más uniforme (generalmente reservado al texto constitucional y a los instrumentos de derechos humanos), si bien por razones de política interna se han incluido 1) en Venezuela, algunas normas transitorias de la Asamblea Constituyente; 2) en Nicaragua, algunas normas de constituciones previas por efectos ultra-activos; y 3) en Bolivia, normas del derecho comunitario que hayan sido ratificados por el Estado (*cfr.* artículo 410,II de la Constitución de 2009).

III. POTENCIAL EXPANSIVO Y CONVERGENTE DE LA DOCTRINA DEL BLOQUE

Diversos factores han facilitado la difusión de la doctrina del bloque en América Latina. En primer lugar, a finales de los noventa, la doctrina era citada ampliamente en los estudios de derecho constitucional comparado, lo que fue muy importante, por ejemplo, en Argentina, donde algunos tratados de derechos humanos ya disfrutaban de jerarquía constitucional desde 1994, de modo que la adopción de la doctrina del bloque fue percibida como una técnica constitucional apropiada para resolver diversos interrogantes que surgían con los tratados constitucionalizados. La expresión "bloque de constitucionalidad federal" es atribuida a Bidart Campos y es usada desde entonces por un buen grupo de constitucionalistas³⁸ y por la propia Cor-

³⁷ Cfr. Sentencia 24-97 de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador y Sentencia 0045/2006 del Tribunal Constitucional de Bolivia.

³⁸ Cfr. Entre otros: GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "El bloque de la constitucionalidad federal: sus jerarquías internas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Supre-

te Suprema de Argentina después de la renovación de sus magistrados a comienzos de la década de 2000.³⁹

En segundo lugar, la visibilidad y reputación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia influyó significativamente los desarrollos constitucionales en los países de la Comunidad Andina, o bien como modelo durante procesos constituyentes (como ocurrió en Ve-

ma y de novedosa doctrina sobre los derechos implícitos", *Asociación Argentina de Derecho Constitucional —Boletín Informativo*, Buenos Aires, vol. XVII-185, AADC, 2001a, pp. 4-6; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "El bloque de la constitucionalidad federal y los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, año II, vol. 4, Ediar, 2001b, pp. 43-65; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Constitución, emergencia y amparo: Derechos constitucionales vulnerados*, Buenos Aires, *Ad-Hoc*, 2002; MANILI, Pablo Luis, *El bloque de constitucionalidad: la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, *La Ley*, 2003; MARANIELLO, Patricio Alejandro, "El principio de razonabilidad y su regulación en los tratados internacionales con jerarquía constitucional", en BIDART CAMPOS, Germán J. y GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (coord.), *A una década de la reforma constitucional 1994-2004*, Buenos Aires, Ediar, 2004, pp. 367-381; PIZZOLO, Calógero, "La exigencia de un recurso 'eficaz, sencillo y breve' en el bloque de constitucionalidad federal", *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, año II, vol. 3, Ediar, 2001, pp. 93-108; PIZZOLO, Calógero, "Los mecanismos de protección en el sistema interamericano de derechos humanos y el derecho interno de los países miembros —El caso argentino", en MÉNDEZ SILVA, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos —Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (México, D.F., febrero 12-15, 2002), México, D.F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002; FERREYRA, Rodolfo Fabián, "Tratados de derechos humanos —Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", *IV encuentro nacional de jóvenes docentes de derecho constitucional: A 10 años de la Reforma Constitucional de 1994*, Córdoba (Argentina), Encuentro, 2004, pp. 115-130; ARIAS AMICONE, Marcos Patricio, "La jurisdicción constitucional de la Corte Interamericana", *IV encuentro nacional de jóvenes docentes de derecho constitucional: A 10 años de la Reforma Constitucional de 1994*, Córdoba (Argentina), Encuentro, 2004, pp. 717-731; BERSI, Carolina Alejandra y SALLOM, Evangelina de Fátima, "Alcance y sentido de las decisiones de la Corte y la Comisión Interamericana de DDHH en el derecho interno", *IV encuentro nacional de jóvenes docentes de derecho constitucional: A 10 años de la Reforma Constitucional de 1994*, Córdoba (Argentina), Encuentro, 2004, pp. 843-852; BRAIN, Daniel Horacio, "Bloque de Constitucionalidad Federal —Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación —Nuevo Orden Público Laboral", *Revista La Ley Córdoba*, Buenos Aires, vol. 2007, pp. 345-360.

³⁹ Por ejemplo, en el caso *Verbilsky*, la Corte sostuvo: "[E]xiste cuestión federal suficiente [si] se cuestiona la inteligencia y el alcance otorgado al art. 43 de la Constitución Nacional, como así también la violación al art. 18 in fine del mismo cuerpo, y a diversas normas contenidas en los tratados, convenciones y documentos internacionales que forman parte del bloque constitucional." Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. *Verbilsky, Horacio s/ habeas corpus*, 03.05.05, Fallos: 328:1146.

nezuela en 1999, Ecuador en 1998 y 2008, y Bolivia en 2009), o como referente con autoridad persuasiva en la jurisprudencia local, por ejemplo, en Bolivia y Perú. El Tribunal Constitucional de Bolivia, además de citar la jurisprudencia colombiana en su interpretación de derechos fundamentales,⁴⁰ asumió varios de los estándares fijados por la Corte Constitucional colombiana sobre el bloque de constitucionalidad, incluyendo la interpretación de la cláusula abierta como base para reconocer la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos,⁴¹ la técnica de construcción del bloque a través de precedentes constitucionales⁴² y remisiones constitucionales,⁴³ y los mecanis-

⁴⁰ Cfr. v.g. las siguientes decisiones del Tribunal Constitucional de Bolivia sobre el derecho de petición: Sentencia Constitucional (SC) 1159/03-R, agosto 19, 2003 (cita la Sentencia T-481/1992 de la Corte Constitucional colombiana); SC 1366/04-R, agosto 19, 2004 (cita la Sentencia T-730/2001); SC 0018/05, marzo 8, 2005 (cita la Sentencia C-304/1999); SC 1098/05-R, septiembre 12, 2005 (cita la Sentencia T-730/2001); SC 0820/06-R, agosto 22, 2006 (cita la Sentencia T-730/2001). Sobre el derecho a la identidad personal: SC 1763/03-R, diciembre 1, 2003 (cita las Sentencias T-090/1995, T-477/1995 y T-090/1996). Sobre el debido proceso: SC 1015/04-R, julio 2, 2004 (cita la Sentencia C-093/1993); SC 0400/05-R, abril 19, 2005 (cita la Sentencia C-037/1998); SC 1672/05-R, diciembre 19, 2005 (cita la Sentencia T-572/1994). Sobre el derecho a la igualdad: SC 0051/06, junio 22, 2006 (cita la Sentencia T-230/1994). Sobre derechos sociales: SC 0980/05-R, agosto 19, 2005 (cita la Sentencia T-639/1997); SC 0401/06-R, abril 27, 2006 (cita la Sentencia T-505/1992); SC 0060/06, julio 10, 2006 (cita la Sentencia C-280/1995). Sobre el derecho al *habeas data*: SC 0488/05-R, mayo 9, 2005 (cita la Sentencia T-729/2002). Sobre el derecho de amparo: SC 1743/03-R, diciembre 1, 2003 (cita la Sentencia T-572/1994); SC 1507/04-R, septiembre 21, 2004 (cita la Sentencia T-162/1998). Sobre el principio de buena fe: SC 1464/04-R, septiembre 13, 2004 (cita la Sentencia T-295/1999); SC 0003/07, enero 17, 2007 (cita la Sentencia T-460/1992). Sobre el principio *non bis in idem*: SC 1764/04-R, noviembre 9, 2004 (cita la Sentencia T-520/1992); SC 0506/05-R, mayo 10, 2005 (cita la Sentencia C-529/2001); SC 0432/07-R, May 23, 2007 (cita la Sentencia C-529/2001); SC 0551/07-R, julio 3, 2007 (cita la Sentencia C-529/2001).

⁴¹ Cfr. Tribunal Constitucional de Bolivia. SC 0051/05, agosto 18, 2005.

⁴² Cfr. Tribunal Constitucional de Bolivia. Auto constitucional 0027/07, ECA, agosto 17, 2007, en el que el Tribunal cita la Sentencia C-836/2001 de la Corte Constitucional colombiana.

⁴³ Cfr. Tribunal Constitucional de Bolivia. SC 0045/06, junio 2, 2006, donde se cita la Sentencia C-401/2005 de la Corte Constitucional colombiana: "[L]a incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta. Es lo que ocurre con los tratados de derechos humanos, los cuales fueron integrados expresamente por la Constitución al bloque de constitucionalidad al señalar que sus normas prevalecen en el orden interno y al prescribir que los derechos y deberes constitucionales serán interpretados de conformidad

mos de exclusión de normas del bloque de constitucionalidad.⁴⁴

El Tribunal Constitucional de Perú, especialmente después de la caída del régimen de Fujimori, también ha mostrado interés por la jurisprudencia colombiana,⁴⁵ como se refleja en la recepción de la doctrina colombiana del “estado de cosas inconstitucional”⁴⁶ y de su interpretación del principio de proporcionalidad.⁴⁷ Se puede además percibir en la jurisprudencia peruana un cambio conceptual importante sobre el bloque de constitucionalidad, que hasta 2004 se refería exclusivamente al parámetro de constitucionalidad y estaba compuesto por normas nacionales con jerarquía legal, muy en la línea italiana de la norma interpuesta. Ahora, el Tribunal definía el bloque como “todo el conjunto de disposiciones que deben ser tenidas en cuenta para apreciar los vicios de constitucionalidad de una ley sujeta a su control”⁴⁸ y empezó a incluir dentro del bloque no

con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (...). Con todo, la Constitución colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de los tratados ratificados por Colombia debe ser tenido en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes. Esto significa, si se sigue el principio que permite identificar la normatividad que conforma el bloque de constitucionalidad, que no todos los tratados internacionales forman parte de él”.

⁴⁴ Cfr. Tribunal Constitucional de Bolivia. Auto Constitucional 568/06-CA, noviembre 17, 2006, donde el Tribunal cita el Auto 003/1992 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁴⁵ Cfr. entre otros: Tribunal Constitucional de Perú. Expediente N° 2945-2003-AA/TC, 20.04.2004 (cita la Sentencia T-499/1992 de la Corte Constitucional de Colombia); Expediente N° 0090-2004-AA/TC, 05.07.2004 (cita la Sentencia C-175/1993); Expediente N° 0027-2005-PI/TC, 20.02.2006 (cita la Sentencia C-087/1998); Expediente N° 0003-2005-PI/TC, 09.08.2006 (cita la Sentencia C-609/1996); Expediente N° 0012-2006-PI/TC, 15.12.2006 (cita la Sentencia C-609/1996); Expediente N° 0002-2006-PI/TC, 16.05.2007 (cita la Sentencia C-245/2002); Expediente N° 0018-2007-PI/TC, 24.10.2007 (cita la Sentencia C-245/2002); Expediente N° 1972-2007-AA/TC, 16.11.2007 (cita la Sentencia T-499/1992); Expediente N° 2432-2007-PHC/TC, 16.11.2007 (cita la Sentencia T-1078/2001); Expediente N° 9632-2006-PC/TC, 26.08.2008 (cita la Sentencia C-180/1994); Expediente N° 0033-2007-PI/TC, 13.02.2009 (cita la Sentencia C-592/1998).

⁴⁶ Tribunal Constitucional de Perú. Expediente N° 2579-2003-HD/TC, 06.04.2004.

⁴⁷ Tribunal Constitucional de Perú. Expediente N° 0048-2004-PI/TC, 01.04.2005.

⁴⁸ “[R]elacionando y armonizando la Constitución y el ordenamiento jurídico nacional, se puede entender como bloque de constitucionalidad todo el conjunto de disposiciones que deben ser tenidas en cuenta para apreciar los vicios

sólo normas interpuestas de origen nacional sino también normas consagradas en instrumentos internacionales de derechos humanos. Posteriormente, en 2006, el Tribunal reconoció la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos.⁴⁹ No obstante, en la jurisprudencia peruana coexisten las dos versiones de bloque de constitucionalidad, como parámetro de constitucionalidad conformado por normas interpuestas de origen nacional, así como conjunto de normas internacionales de derechos humanos integradas a la Constitución en el control de constitucionalidad, que el Tribunal ha denominado “bloque de constitucionalidad internacional”.⁵⁰ Esta coexistencia de conceptos disímiles también se observa en Colombia, donde se distingue entre bloque de constitucionalidad “*lato sensu*”, equivalente a “parámetro de constitucionalidad”, y “*stricto sensu*”, como conjunto de normas con jerarquía constitucional. El primer significado incluye, además de la Constitución, aquellas normas que pueden ser usadas para el control constitucional, incluso si éstas tienen el mismo rango que las normas bajo control, como por ejemplo las leyes orgánicas y estatutarias.⁵¹ En contraste, el bloque *stricto sensu* sólo incluye el texto constitucional y algunos instrumentos internacionales de derechos humanos. Esta distinción fue introducida desde las Sentencias C-358 de 1997⁵² y C-191

de constitucionalidad de una ley sujeta a su control”. Tribunal Constitucional de Perú. Expediente N° 002-2005-PI/TC, 18.02.2005.

⁴⁹ Cfr. Tribunal Constitucional de Perú. Expediente N° 0047-2004-AI/TC, 24.04.2006.

⁵⁰ Tribunal Constitucional de Perú. Expediente N° 1776-2004-AA/TC, 26.01.2007.

⁵¹ De conformidad con el artículo 152 de la Constitución colombiana, el Congreso regula mediante leyes estatutarias: a) los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; b) la administración de justicia; c) la organización y régimen de los partidos políticos, el estatuto de la oposición y las funciones electorales; d) las instituciones y mecanismos de participación ciudadana; e) los estados de excepción; y f) un sistema que garantice la igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia. En las Sentencias C-578/1995 y C-135/1996 la Corte incluyó las leyes estatutarias en el bloque.

⁵² “Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como paráme-

de 1998.⁵³ Adicionalmente, en la sentencia C-582 de 1999, la Corte delimitó el contenido del bloque de constitucionalidad *stricto sensu* a: 1) el Preámbulo de la Constitución; 2) el texto constitucional; y 3) los tratados internacionales de derechos humanos sobre derechos que no pueden ser limitados durante estados de excepción.⁵⁴ Finalmente, en sentencias de 2001, la Corte Constitucional concluyó que todos los tratados de derechos humanos ratificados por

tros del control de constitucionalidad de las leyes. Ello bien sea porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, *porque son normas situadas en el nivel constitucional, como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario*, o bien *porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias*, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos". (Las itálicas no pertenecen al texto). Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-358/1997.

⁵³ "Efectivamente, resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad *stricto sensu*, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93).

➤ (...) Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad, según la cual estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias.

(...) En suma, es posible afirmar que aquellas normas que pertenezcan al denominado bloque de constitucionalidad *lato sensu*, se caracterizan por: (1) ser parámetro para efectuar el control de constitucionalidad del derecho interno; (2) tener un rango normativo superior a las leyes ordinarias (en algunos casos son normas constitucionales propiamente dichas y, en otros casos, ostentan una jerarquía intermedia entre la Constitución y la ley ordinaria); y, (3) formar parte del bloque de constitucionalidad gracias a una remisión expresa efectuada por alguna disposición constitucional." Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-191/1998.

⁵⁴ "En principio, integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato: (i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos (C.P. art. 93), (iv) las leyes orgánicas y, (v) las leyes estatutarias. Por lo tanto, si una ley contradice lo dispuesto en cualquiera de las normas que integran el bloque de constitucionalidad la Corte Constitucional deberá retirarla del ordenamiento jurídico, por lo que, en principio, los actores tienen entonces razón en indicar que la inexistencia de una disposición legal no sólo se origina en la incompatibilidad de aquella con normas contenidas formalmente en la Constitución." Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-582/1999.

Colombia pertenecían al bloque de constitucionalidad, sin distinción del tipo de derechos que reconocen.⁵⁵

En cuanto a Ecuador, los desarrollos en el constitucionalismo colombiano de los años noventa tuvieron una influencia significativa en la redacción de la Constitución de 1998, y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional creado bajo su vigencia, como se observa en la incorporación de la doctrina del bloque de constitucionalidad en 2004.⁵⁶ La influencia también fue notoria durante el proceso constituyente que derivó en la Constitución de 2008 y en la jurisprudencia de la nueva Corte Constitucional del Ecuador, como lo muestra el hecho de que desde sus primeras sentencias la Corte adoptó el concepto del bloque de constitucionalidad siguiendo a reconocidos juristas colombianos y a la propia Corte Constitucional colombiana. Por ejemplo, en sentencia de 2009, la Corte ecuatoriana definió el bloque usando la formulación propuesta por el jurista colombiano Rodrigo Uprimny y citando como referente la Sentencia C-1040/2005 de la Corte Constitucional colombiana.⁵⁷ Con todo, en Ecuador se han incorporado expresamente en textos constitucionales y legales diversos estándares normativos que en Colombia fueron producto de interpretación jurisprudencial, de modo que el consti-

⁵⁵ Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-1303/2001 y T-1319/2001. Sin embargo, no es claro si las normas sobre derechos que pueden ser restringidos durante estados de emergencia pertenecen al bloque de constitucionalidad *lato sensu* o *stricto sensu*. Al respecto, Uprimny explica que: "[E]l lenguaje de algunas sentencias recientes de la Corte indica que los tratados de derechos humanos referidos a derechos limitables en estados de excepción hacen parte del bloque en sentido lato y no del bloque en sentido estricto. Sin embargo, independientemente de la tesis que se acoja, y como también ya se explicó, el operador judicial debe también tomar en cuenta esas normas internacionales de derechos humanos para sus decisiones, pues el conjunto de la legalidad ordinaria debe ser interpretada a la luz de los principios y derechos incorporados al bloque de constitucionalidad, tanto en sentido lato como en sentido estricto." Cfr. Uprimny Yepes, Rodrigo, *Bloque de Constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*, Bogotá: Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura/Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006.

⁵⁶ Cfr. Tribunal Constitucional del Ecuador. Resolución 0001-04-DI de junio 8, 2004.

⁵⁷ Cfr. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 0001-09-SIS-CC, Caso 0003-08-IS, 19.05.2009.

tucionalismo ecuatoriano posee herramientas mucho más sofisticadas en su derecho positivo para construir el bloque de constitucionalidad e incorporar en los procedimientos constitucionales diversos instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución.⁵⁸

Un tercer factor que tuvo incidencia en la expansión regional de la doctrina del bloque tiene que ver con un efecto réplica cuyo origen se encuentra en la acción de organizaciones transnacionales de derechos humanos, redes de juristas, activistas de derechos humanos e incluso de órganos estatales como las Defensorías del Pueblo. Estos actores, inspirados en las experiencias exitosas de sus pares en otros países de la región, comenzaron a invocar la doctrina del bloque en acciones constitucionales en sus respectivos países con el fin de forzar a sus cortes a sentar su postura sobre el tema. Los resultados de esta estrategia han sido muy diversos. En Uruguay, pese a algunos intentos aislados de distintos actores de invocar tratados de derechos humanos en acciones de inconstitucionalidad para que la Corte Suprema los incluyera en el parámetro de constitucionalidad,⁵⁹ la Corte ha considerado que tal inclusión es impropia a la luz del derecho constitucional nacional.⁶⁰ En la República Dominicana se lograron importantes avances a principios de la década del 2000, cuando la Corte Suprema de Justicia invocó el artículo 3 de la Constitu-

⁵⁸ Cfr. Artículos 424-428 de la Constitución del Ecuador de 2008; artículos 4, 5, y 29 del Código Orgánico de la Función Judicial; artículos 39, 52-57, 65 y 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

⁵⁹ Cfr. v.gr. Corte Suprema de Justicia de Uruguay. *Tierno Aboy, Daniel - Denuncia - Vecino, Victor - Antecedentes - Excepción de Inconstitucionalidad artículo 58 de La Ley 14.412*, sentencia N° 171 de mayo 22, 2002; *Pereyra Fernandez, Guido Leonardo - Autoevasión y Porte de Arma en Reiteración Real artículo 48 del Código Penal y artículo 92 inciso 4 en su redacción dada por el artículo 2 de la Ley 16.349, Excepción de Inconstitucionalidad*, sentencia N° 426 de diciembre 24, 2003; *AAA en representación de BBB - Denuncia- acción de inconstitucionalidad, artículo 3 de la Ley No. 15.848*, sentencia N° 332 de noviembre 15, 2004.

⁶⁰ Cfr. v.gr. Corte Suprema de Justicia de Uruguay. *Banco Hipotecario del Uruguay C/ Díaz Salvetti, Luis y otro - Toma de posesión - Excepción de inconstitucionalidad artículo 82 nal. 7 del decreto-ley No. 15.100 y artículo 16 de la Ley No. 16.112*, sentencia de abril 15, 2005.

ción de 1944 (donde se declara que el Estado reconoce y aplica las normas de derecho internacional general y americano adoptadas por las autoridades públicas) para introducir la doctrina del bloque de constitucionalidad. El antecedente más destacado fue el reconocimiento judicial de la acción de amparo⁶¹ (el país no tenía regulaciones constitucionales ni legales sobre una acción de este tipo).⁶² La Corte introdujo la doctrina del bloque de constitucionalidad en sentencia del 13 de noviembre de 2003, definiéndolo como el conjunto de dos fuentes normativas: la nacional, representada por la Constitución y la jurisprudencia constitucional, y la internacional, compuesta por los tratados internacionales, opiniones consultivas y decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No obstante, debido a la condena que recibió el país en el caso de las niñas Yean y Bosico en 2005, la Corte Suprema empezó a cambiar su línea jurisprudencial de irrestricto cumplimiento a la Corte Interamericana, expresando que las decisiones de Cortes internacionales no pueden estar por encima de la Constitución.⁶³ En el caso de El Salvador, diversos intentos de introducir la doctrina por parte de ONGs de derechos humanos y otras organizaciones de la sociedad civil han dado lugar a una jurisprudencia muy oscilatoria sobre la jerarquía de los tratados de derechos humanos.⁶⁴ Una situación similar se observa en Nicaragua, donde las tesis del bloque de constitucionalidad en algunas sentencias conviven con posturas menos abiertas al dere-

⁶¹ En 1999, la Corte Suprema reconoció el recurso de amparo basada en los artículos 8 y 25,1 del Pacto de San José y estableció los procedimientos para su ejercicio. Cfr. Corte Suprema de Justicia de República Dominicana. Sentencia de febrero 2, 1999.

⁶² Cfr. BREWER-CARIAS, Allan, *Debate Constituyente: Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente (Septiembre 9-Octubre 17, 1999)*, vol. II, Caracas, Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, 1999, pp. 95-103.

⁶³ Cfr. Corte Suprema de Justicia de República Dominicana. Sentencia de agosto 10, 2005 y Sentencia de diciembre 14, 2005.

⁶⁴ Cfr. v.gr. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Sentencia del 14.02.1997, 15-96, *Ac. Castillo y otros vs. Decreto Legislativo N° 668*; Sentencia del 12.07.1998, INC. 5-93/2-96/3-96/9-96/11-96/12-96 (acumulados); Sentencia del 26.09.2000, INC. 24-97/21-98; y Sentencia del 01.04.2004, I52-2003AC (52-2003/56-2003/57-2003).

cho internacional, por lo que no es claro cuál es la jurisprudencia vigente sobre el tema.⁶⁵ En Honduras, las reformas constitucionales al sistema judicial y las reformas legislativas a las acciones constitucionales (donde se establece la procedencia de la acción de inconstitucionalidad por conflicto con tratados internacionales) permitieron introducir cambios en el rango reconocido a los tratados de derechos humanos, incluyendo la incorporación del bloque de constitucionalidad en sentencia del 13 de noviembre de 2007,⁶⁶ si bien el impacto no ha sido tan destacado debido entre otras razones a la falta de una doctrina nacional que sistematice las sentencias de la Sala Constitucional.

Un último factor de expansión de la doctrina del bloque tiene que ver con el papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como catalizador de transformaciones en el derecho constitucional de países como Brasil, Chile y México, cuyas cortes habían sido tradicionalmente las más reticentes a la adopción de la doctrina del bloque.⁶⁷ En conjunción con la progresiva conformación de un sistema difuso de control de convencionalidad, diversas sentencias condenatorias de la Corte han generado intensos debates judiciales y académicos en estos países, que

⁶⁵ En efecto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua ha adoptado al menos cuatro posturas respecto del rango de los tratados internacionales en sentencias relativamente cercanas temporalmente: 1) ha denegado el rango constitucional de los instrumentos internacionales citados en el artículo 46 de la Constitución (cfr. Sentencia N° 100, agosto 17, 2001, 1:45 p.m.; Sentencia N° 103, noviembre 8, 2002, 10:00 a.m.); 2) ha sostenido que la violación de derechos reconocidos en instrumentos internacionales listados en el artículo 46 produce una violación indirecta de la Constitución (Sentencia N° 211, octubre 26, 2000, 10:30 a.m.); 3) ha argumentado que el alcance del artículo 46 otorga fuerza plena a los derechos incluidos en los tratados enumerados (cfr. Sentencia N° 191, septiembre 22, 2003, 10:45 a.m.) and 4) ha reconocido la jerarquía constitucional de tratados de derechos humanos citados en el artículo 46 (cfr. Sentencia N° 13, febrero 5, 2002 y sentencia N° 132, junio 10, 2003, 10:45 a.m.).

⁶⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras. Recurso de inconstitucionalidad (acumulado) No. 55 y 88, 13.11.2007.

⁶⁷ Para un análisis detallado sobre los casos de Brasil, Chile y México, cfr. Góngora Mera, Manuel Eduardo, *Inter-American judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José (Costa Rica), 2011, pp. 137-157.

han llevado a reconsiderar políticamente algunos de los enfoques más restrictivos frente al derecho internacional, incluso al punto de introducir reformas constitucionales significativas con efectos sustanciales en la jerarquía reconocida internamente a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Esto es particularmente visible en el caso de México, país que recientemente se ha abierto a las tendencias regionales de constitucionalización del DIDH e internacionalización del derecho constitucional, en gran medida como resultado de la interacción con el sistema interamericano.

En efecto, México fue uno de los últimos países latinoamericanos en reconocer la competencia contenciosa de la Corte Interamericana (diciembre 16 de 1998); a esta aceptación tardía debe agregarse el hecho de que la primera condena de la Corte Interamericana contra México sólo tuvo lugar diez años después (agosto 6 de 2008). Es a partir de ese momento en que la Corte Interamericana comienza a ganar protagonismo en los debates constitucionales mexicanos. En este punto, habría que resaltar la sentencia *Radilla Pacheco*,⁶⁸ un caso de desaparición forzada en el que la Corte Interamericana ordenó a los jueces mexicanos ejercer, en el marco de sus respectivas competencias, control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, teniendo en cuenta la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana; esto básicamente con el objetivo de legitimar al juez mexicano a inaplicar el artículo 57 del Código de Justicia Militar que permite al fuero militar tener competencia en asuntos donde civiles son víctimas de graves violaciones de derechos humanos. La Corte Interamericana también ordenó al legislador mexicano reformar el artículo 57 del Código de Justicia Militar, así como tipificar el delito de desaparición forzada de personas reformando el artículo 215-A del Código Penal Federal para que sea con-

⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 23 de noviembre de 2009, Serie C, No. 209.

forme a los instrumentos internacionales.⁶⁹ Estas órdenes desataron un intenso debate en México acerca de la jerarquía normativa de los tratados de derechos humanos y sobre el poder vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana. En junio de 2011, en el marco de estas discusiones, se aprobó finalmente una reforma constitucional en materia de derechos humanos que generó una ruptura paradigmática y posicionó a México dentro de la tendencia regional hacia la constitucionalización del DIDH. Como bien observa Caballero Ochoa, la reforma superó la lógica jerárquica de los debates jurisprudenciales que la antecedieron (que focalizaba el debate en el artículo 133 de la Constitución) y prefirió moverse hacia el artículo 1o, incorporando una cláusula de interpretación conforme, que implica el reconocimiento de la naturaleza jurídica de las normas sobre derechos humanos, que establecen pisos mínimos de protección y por tanto son susceptibles de ampliación e interpretación en el sentido de aplicación más favorable a las personas, lo que a su vez supone que los órdenes normativos nacional e internacional pueden integrarse en sus contenidos mediante un sistema de reenvíos.⁷⁰ Bajo este nuevo modelo, que formula una armonización entre el derecho constitucional interno y el DIDH, cobra vigencia la doctrina del bloque de constitucionalidad. En virtud del artículo 1o. de la Constitución, y en respuesta al fallo *Radilla Pacheco*, la Corte Suprema mexicana concluyó, en resolución dictada en el “expediente varios 912/2010” del 14 de julio de 2011, que las sentencias dictadas por la Corte Interamericana en las que el Estado mexicano haya sido parte del litigio constituyen cosa juzgada y lo único proce-

⁶⁹ En detalle, *cf.* PELAYO MOLLER, Carlos María, “El proceso de creación e incorporación de los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas en México y su revisión por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México DF, vol. XII, 2012, pp. 959-1021.

⁷⁰ *Cf.* CABALLERO OCHOA, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (Artículo 1º, segundo párrafo de la constitución)”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.) *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, México DF, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 109-110.

dente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos, con lo cual conmina a los jueces nacionales a aplicar control de convencionalidad *ex officio*. En el caso de los conflictos normativos relacionados con la desaparición forzada esto implicaría que, de conformidad con el artículo 1 de la Constitución y en cumplimiento del fallo *Radilla Pacheco*, los jueces nacionales deben inaplicar el artículo 57 del Código de Justicia Militar y aplicar preferentemente los tratados internacionales relativos al derecho a no ser sometido a desaparición forzada (en particular, la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas) mientras ofrezcan a las personas la protección más amplia en comparación con la normativa local en virtud del principio *pro homine*.

Como se puede observar a partir de las consideraciones precedentes, la difusión de la doctrina del bloque de constitucionalidad es, en sí misma, un ejemplo de interacción entre cortes constitucionales latinoamericanas en materias de derecho constitucional, particularmente en temas relacionados con acciones de constitucionalidad, acciones de amparo, y derechos humanos. Más aún, la adopción de la doctrina del bloque de constitucionalidad supone que varios tratados internacionales de derechos humanos han adquirido rango constitucional en distintos países, lo cual en la práctica ha generado una convergencia normativa en el derecho constitucional de varios Estados latinoamericanos (si bien esto no supone automáticamente una convergencia en la interpretación de esas normas). De allí se puede concluir que, pese a la heterogeneidad respecto de las normas que efectivamente se integran al bloque de constitucionalidad, la expansión intra-regional de la doctrina del bloque ofrece un potencial muy significativo para la convergencia de estándares normativos en materia de derechos humanos y, en consecuencia, para la construcción colectiva de un *ius constitutionale commune* en América Latina.

IV. DESAFÍOS DE LA DOCTRINA DEL BLOQUE EN EL CONTEXTO ACTUAL

Los desafíos que se plantean en la construcción dialógica de un *ius constitutionale commune* latinoamericano a través de la constitucionalización heterárquica de tratados de derechos humanos se pueden sintetizar bajo tres criterios: independencia, inclusión, y eficacia.

La independencia de los jueces constitucionales frente a las restantes ramas del poder público es una condición ineludible considerando el hecho de que a través de la doctrina del bloque y la doctrina del control de convencionalidad los jueces constitucionales nacionales pueden ejercer una cierta autoridad pública de carácter internacional a través de la interpretación constitucional.⁷¹ Particularmente en el marco de un sistema judicial dependiente del ejecutivo, se corre el riesgo de que esta autoridad sea operacionalizada políticamente para alinearse a los intereses del gobierno de turno. Como el caso venezolano ha demostrado, no basta con establecer expresamente en la Constitución la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos para que la jurisprudencia nacional los respete y aplique de acuerdo a los estándares de interpretación internacionales y para garantizar el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana a nivel interno.

En un proyecto que se fundamenta en el diálogo horizontal entre jueces constitucionales de la región, el mayor grado de inclusión posible es determinante para asegurar su legitimidad. El reto aquí consiste en visibilizar los desarrollos locales que contemplan un ámbito mayor de protección a la luz del principio *pro homine* (y en esa medida pueden representar aportes valiosos para la interpretación constitucional en América Latina), pero que carecen de voz en los debates regionales de derecho constitucional debido

⁷¹ Sobre el concepto de autoridad pública internacional, *cf.* BOGDANDY, Armin von, *et al.*, "Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities", *German Law Journal* 9, pp. 1375-1400.

a diversos factores (v.gr. una doctrina jurídica nacional débil; la falta de líneas de investigación en derecho comparado en las facultades de derecho; escasos recursos para publicaciones internacionales). El desafío de un proceso incluyente en términos epistemológicos también supone encontrar el adecuado balance entre un constitucionalismo que atienda a las condiciones particulares de operación del derecho en la región (el pasado colonial, el legado de los regímenes autoritarios, las desigualdades estructurales, el recrudecimiento de distintas formas de violencia, etc.) sin perder de vista los estándares mínimos de los derechos humanos y las normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*).

Finalmente, la eficacia de los tratados internacionales de derechos humanos a nivel interno probablemente representa un desafío paradójico en estos momentos en que el sistema interamericano se ve amenazado por presiones políticas de algunos países miembros. La constitucionalización de los tratados de derechos humanos ha tenido un impacto significativo en la operación local del derecho especialmente durante la última década, ya que ha contribuido a una aplicación más eficaz de estándares y normas internacionales en casos internos. Sin embargo, esta mayor eficacia afecta una amplia gama de intereses de distintos actores, incluyendo altos agentes del Estado. Basta con mencionar algunos de los temas que están en juego: torturas y desapariciones forzadas ordenadas o consentidas por agentes estatales; persecución penal por crímenes de lesa humanidad; pena de muerte; distintos tipos de violación a la libertad de prensa; *land grabbing* y otros conflictos de tierras; discriminación estructural contra pueblos indígenas y afrodescendientes; etc. El riesgo que se corre actualmente es que los actores internacionales (en particular la Corte y la Comisión Interamericana) consideren prudente flexibilizar la supervisión a los Estados respecto de sus obligaciones en materia de derechos humanos y adopten posturas que de algún modo reversen los avances que se han logrado en los temas mencionados con el fin de evitar mayores amenazas contra el sistema interamericano. Sin embargo,

este tipo de posturas en mi opinión restarían legitimidad al sistema en conjunto y lo debilitarían en lugar de preservarlo. No existen membresías imprescindibles: un derecho constitucional común latinoamericano puede construirse sobre la base de los países que voluntariamente acepten respetar y aplicar efectivamente unos estándares mínimos de protección de los derechos humanos en un marco democrático.

V. CONCLUSIONES

Un grupo considerable de países de América Latina ha ido avanzando desde las últimas dos décadas en un proceso progresivo de constitucionalización de tratados de derechos humanos. Este proceso ha sido descrito aquí como "heterárquico", debido a la existencia de múltiples experiencias nacionales que han influido la teorización y conceptualización del bloque en los países que han ido suscribiéndose a tendencias de constitucionalización del DIDH, y a las distintas velocidades en que se ha avanzado a nivel interno.

•Pese a las diferencias conceptuales que un proceso de esta naturaleza puede generar, es posible encontrar algunos puntos comunes que enlazan las experiencias nacionales. En términos generales, la constitucionalización de tratados de derechos humanos en América latina ha tenido lugar a través de la interpretación constitucional. Las excepciones son Argentina (1994), Venezuela (1999) y Bolivia (2009), países que han reconocido el rango constitucional de algunos tratados de derechos humanos expresamente en sus textos constitucionales, pero incluso en los casos de Venezuela y Bolivia tales cláusulas constitucionales estuvieron precedidas por sentencias de sus cortes constitucionales que ya reconocían esta alta jerarquía.

En los países restantes, la constitucionalización de los tratados de derechos humanos ha tenido lugar a través de la interpretación de ciertas cláusulas de apertura al DIDH (interpretación conforme, primacía de los tratados, cláusula de derechos no enumerados, etc.), resolviendo las interrelaciones entre el derecho constitucional y el DIDH me-

diante un modelo no jerárquico inspirado en la doctrina del bloque de constitucionalidad de al menos tres países europeos: Francia, España e Italia.

Este artículo ha presentado los rasgos generales del proceso de difusión de la doctrina del bloque de constitucionalidad, identificando dos etapas: su difusión desde Europa hacia países latinoamericanos (Panamá, Costa Rica, Colombia y Perú), y su difusión intra-regional. Como se ha expuesto, el ejercicio de identificar las distintas rutas en que la doctrina ha migrado entre distintos órdenes jurídicos sirve para explicar las distancias conceptuales sobre el bloque de constitucionalidad y sobre su contenido entre los distintos países que han adoptado la doctrina. En la primera fase de difusión inter-continental, la doctrina del bloque incorporó dentro del parámetro de constitucionalidad no sólo a los tratados de derechos humanos, sino además algunas normas nacionales de rango legal (en Colombia y Perú algunas leyes orgánicas), la jurisprudencia de las cortes constitucionales (en Colombia, Panamá y Perú), e incluso Constituciones anteriores por ultra-actividad (v.gr. en Panamá). Respecto de cómo se definieron los instrumentos de derechos humanos que pertenecen al bloque también se observan diferencias: por ejemplo, la Sala Constitucional costarricense incluyó algunas normas de derecho comunitario centroamericano que, sin ser tratados de derechos humanos en sentido estricto, incorporan regulaciones sobre derechos.⁷² La Corte Constitucional colombiana también incluyó excepcionalmente en una sentencia de 2000⁷³ el derecho comunitario andino, cuando éste regule derechos fundamentales.⁷⁴ En conclusión, las influencias europeas en esta fase de difusión fueron notorias, y las adaptaciones en estos cuatro países siguieron

⁷² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica. Sentencia 11598 de diciembre 11, 2002.

⁷³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1490-2000.

⁷⁴ "[A]tendiendo el carácter de fundamental que la Corte le reconoció a los derechos morales de autor, se produce la incorporación de la citada decisión [531 de 1993] al bloque de constitucionalidad, dado que su materia, a la luz del artículo 93 de la C.P así lo impone." Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1490/2000. Ver además: Sentencia C-988/2004.

dinámicas más o menos similares. Sin embargo, hay desarrollos locales muy particulares en cada país, especialmente respecto de la definición de las normas que están incluidas en el bloque.

Durante la segunda fase de difusión de la doctrina, algunos rezagos de las divergentes concepciones europeas se mantienen (por ejemplo, la coexistencia de dos conceptos de bloque de constitucionalidad como parámetro de constitucionalidad y como conjunto de normas con jerarquía constitucional en Colombia y Perú). La noción de bloque como parámetro de constitucionalidad ha sido la que en alguna forma ha sido acogida en la jurisprudencia de Brasil,⁷⁵ Honduras, El Salvador y Perú, pero una tendencia hacia la noción de bloque *stricto sensu* en estos países se puede percibir en su jurisprudencia. La noción de bloque como conjunto de normas con rango constitucional es predominante en Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, Panamá, República Dominicana y Venezuela.

Pese a las diferencias en concepto y contenido, es posible delinear los rasgos comunes de una versión latinoamericana del bloque de constitucionalidad. El más importante es que, a diferencia de los bloques en Europa, los bloques en América Latina están compuestos predominantemente por normas internacionales, usualmente de derechos humanos. Su sustento ha sido el concepto de estatalidad abierta, impulsado a través de algunas cláusulas constitucionales que permiten el diseño de mecanismos no jerárquicos de interrelación entre el derecho constitucional nacional y el derecho internacional y que permiten abordar la Constitución ya no como un texto singular mononivel producido internamente, sino como un "bloque normativo", una Constitución "extendida" con normas de diferentes niveles normativos, que incluyen usualmente las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos y algunos tratados internacionales de derechos humanos que han sido ratificados por la gran mayoría de los Estados

⁷⁵ Supremo Tribunal Federal de Brasil. ADI-MC N° 2.010/DF, 30.09.1999; ADI N° 595-2/ES, 18.02.2002; ADI 1.120/PA, 22.02.2002.

latinoamericanos. En la construcción de un *ius constitutionale commune* en la región, la expansión de la doctrina del bloque de constitucionalidad representa uno de los fenómenos más relevantes en dirección hacia un modelo más integrador entre el derecho internacional y el derecho constitucional nacional; un modelo cuyo centro de gravedad se sitúa en el ser humano.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS AMICONE, Marcos Patricio, "La jurisdicción constitucional de la corte interamericana", *IV encuentro nacional de jóvenes docentes de derecho constitucional: A 10 años de la Reforma Constitucional de 1994*, Córdoba (Argentina), Encuentro, 2004, pp. 717-731.
- BERSI, Carolina Alejandra y SALLOM, Evangelina de Fátima, "Alcance y sentido de las decisiones de la Corte y la Comisión Interamericana de DDHH en el derecho interno", *IV encuentro nacional de jóvenes docentes de derecho constitucional: A 10 años de la Reforma Constitucional de 1994*, Córdoba (Argentina), Encuentro, 2004, pp. 843-852.
- BIDART CAMPOS, Germán José, "Los derechos 'no enumerados' en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional", en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos - Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (México, D.F., febrero 12-15, 2002), México DF, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 103-113.
- BOGDANDY, Armin von, *et al.*, "Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities", *German Law Journal* 9, pp. 1375-1400.
- BRAIN, Daniel Horacio, "Bloque de Constitucionalidad Federal Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación - Nuevo Orden Público Laboral", *Revista La Ley Córdoba*, Buenos Aires, vol. 2007, pp. 345-360.
- BREWER-CARIÁS, Allan, *Debate Constituyente: Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente (Septiembre 9-Octubre 17, 1999)*, vol. II, Caracas, Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, 1999.

- CABALLERO OCHOA, José Luis, "La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (Artículo 1o, segundo párrafo de la constitución)", en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.) *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, México DF, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 103-133.
- CARPIO MARCOS, Edgar, "Normas interpuestas en la acción de inconstitucionalidad (el caso peruano)", en VEGA GÓMEZ, Juan y CORZO SOSA, Edgar, *Instrumentos de tutela y justicia constitucional - Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (México, D.F., febrero 12-15, 2002), Serie Doctrina Jurídica, N° 99, México DF, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 101-115.
- CASTRO PADILLA, Fernando, "La jerarquía y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico costarricense", en ÁLVAREZ MOLINA, Marianella *et al.*, *La tutela de los derechos fundamentales en Costa Rica por medio del recurso de amparo*, San José (Costa Rica), Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 39-130.
- FERREYRA, Rodolfo Fabián, "Tratados de derechos humanos - Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", *IV encuentro nacional de jóvenes docentes de derecho constitucional: A 10 años de la Reforma Constitucional de 1994*, Córdoba (Argentina), Encuentro, 2004, pp. 115-130.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "El bloque de la constitucionalidad federal: sus jerarquías internas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema y de novedosa doctrina sobre los derechos implícitos", *Asociación Argentina de Derecho Constitucional - Boletín Informativo*, Buenos Aires, vol. XVII-185, AADC, 2001a, pp. 4-6.
- _____, "El bloque de la constitucionalidad federal y los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, año II, vol. 4, Ediar, 2001b, pp. 43-65.
- _____, *Constitución, emergencia y amparo: Derechos constitucionales vulnerados*, Buenos Aires, *Ad-Hoc*, 2002.
- GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo, *Inter-American judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudica-*

- tion*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José (Costa Rica), 2011.
- HOYOS, Arturo, "El control judicial y el bloque de constitucionalidad en Panamá", *Boletín Mexicano de derecho comparado*, México, D.F., año XXV, N° 75, septiembre-diciembre 1992, pp. 785-808.
- MANILI, Pablo Luis, *El bloque de constitucionalidad: la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2003.
- MARANIELLO, Patricio Alejandro, "El principio de razonabilidad y su regulación en los tratados internacionales con jerarquía constitucional", en BIDART CAMPOS, Germán y GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (coord.), *A una década de la reforma constitucional 1994-2004*, Buenos Aires, Ediar, 2004, pp. 367-381.
- PELAYO MOLLER, Carlos María, "El proceso de creación e incorporación de los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas en México y su revisión por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México DF, vol. XII, 2012, pp. 959-1021.
- PINIELLA SORLI, Juan Sebastián, *Sistema de fuentes y bloque de constitucionalidad: Encrucijada de competencias*, Barcelona, Bosch, 1994.
- PIZZOLO, Calógero, "La exigencia de un recurso 'eficaz, sencillo y breve' en el bloque de constitucionalidad federal", *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, año II, vol. 3, Ediar, 2001, pp. 93-108.
- _____, "Los mecanismos de protección en el sistema interamericano de derechos humanos y el derecho interno de los países miembros - El caso argentino", en MÉNDEZ SILVA, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos - Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (México, D.F., febrero 12-15, 2002). México, D.F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo, "El bloque de constitucionalidad en Colombia - Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal", *Compilación de jurisprudencia nacional e internacional*, vol. 1, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2000.

_____, *Bloque de Constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*, Bogotá: Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura/Escuela Judicial Rodrigo LARA BONILLA, 2006.

**IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE
LATINOAMERICANO EN
DERECHOS HUMANOS E IMPACTO
DEL SISTEMA INTERAMERICANO:
RASGOS, POTENCIALIDADES Y DESAFÍOS¹**

FLÁVIA PIOVESAN

SUMARIO: I. Introducción. II. Impacto transformador del Sistema Interamericano en el contexto latino-americano. III. Empoderamiento del Sistema Interamericano mediante la efectividad del diálogo jurisdiccional y la creciente legitimación social. IV. El sistema interamericano y la composición de un *ius constitutionale commune* latino-americano: riesgos, retos y posibles desafíos.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este artículo es analizar el impacto que ha tenido el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la composición de un *ius constitutionale commune* latinoamericano, destacando las transformaciones promovidas en el contexto latino-americano, con miras a fortalecer el Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos en la región.

Teniendo en cuenta el difícil contexto de Latinoamérica, debido a las acentuadas marcas de desigualdad y la violen-

¹ Un especial agradecimiento a la *Alexander von Humboldt Foundation* por la beca que permitió la realización de este estudio en el Instituto Max-Planck de Derecho Internacional Público y Comparado, lugar que brinda un extraordinario ambiente académico de rigor intelectual. Este artículo tiene como base las reflexiones sobre el "*Ius Constitutionale Commune Latinoamericano*" presentadas en el Seminario Internacional en la Universidad Autónoma de México (UNAM), el 20 de septiembre de 2012. Traducción del portugués por Yira Segrera Ayala.

cia sistémica, se estudiará inicialmente el impacto transformador del sistema interamericano en la región, a partir de una tipología de casos emblemáticos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

A este análisis se le suma el examen de la creciente autonomía del sistema interamericano y su fuerza catalizadora en la región, fruto de la eficacia del diálogo jurisdiccional en un sistema multinivel. Es desde esta perspectiva multinivel que emergen dos vertientes de diálogo jurisdiccional, el diálogo con los sistemas nacionales (para incluir el control de convencionalidad) y el diálogo con la sociedad civil (para empoderar al sistema interamericano de una creciente legitimación social).

Por último, se pretende evaluar el impacto del sistema interamericano en la construcción de un *ius commune* latinoamericano en materia de derechos humanos, con énfasis en sus riesgos, potencialidades y desafíos.

II. IMPACTO TRANSFORMADOR DEL SISTEMA INTERAMERICANO EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO

América Latina cuenta con el más alto grado de desigualdad en el mundo. La pobreza en la región disminuyó de 48,3% a 33,2% entre 1990 y 2008. Sin embargo, aún cinco de los diez países más desiguales del mundo se encuentran en América Latina, incluyendo Brasil.²

Adicionalmente al acentuado grado de desigualdad, la región también se destaca por ser la más violenta del mundo. Concentra el 27% de los homicidios, teniendo solo el 9% de la población mundial. Diez de los veinte países con las tasas de homicidios más altas del mundo se encuentran en Latinoamérica.³

A medida que la región ha ido avanzado en la reducción de la pobreza, y en la formación de una clase media incipiente en este panorama de desigualdades, la seguridad se perfila como el principal problema en América La-

tina. En 11 de los 18 países encuestados por el Latino barómetro, la seguridad constituye el desafío que los ciudadanos mencionan como más relevante para ser enfrentado por los Estados (por ejemplo, 61% en Venezuela, con un promedio regional de 28%).

En la investigación LatinoBarómetro 2011 sobre el apoyo a la democracia en América Latina, basada en la pregunta "La democracia es preferible a cualquier otra forma de gobierno", la respuesta afirmativa encontró en Brasil apenas una aprobación del 45%, 40% en México y en Guatemala 36%.⁴

La región latinoamericana ha sido caracterizada por un elevado grado de exclusión y desigualdad social, a lo cual se suman las democracias en fase de consolidación. La región convive aún con las reminiscencias del legado de los regímenes autoritarios dictatoriales, con una cultura de violencia y de impunidad, con una baja densidad de Estados de Derecho y con una precaria tradición de respeto a los derechos humanos en el ámbito doméstico.

Dos períodos delimitan el contexto latinoamericano: el período de los regímenes dictatoriales, y el período de transición política hacia regímenes democráticos, marcado por el fin de las dictaduras militares en la década de 1980, Argentina, Chile, Uruguay y Brasil.

En 1978, cuando la Convención Americana de Derechos Humanos entró en vigor, muchos de los Estados de Centro y Sur América eran gobernados por dictaduras. De los 11 Estados-partes de la Convención en la época, menos de la mitad tenía gobiernos elegidos democráticamente, mientras que hoy casi la totalidad de los Estados latinoamericanos en la región tiene gobiernos elegidos democráticamente.⁵ A diferencia del sistema regional europeo, que tuvo

⁴ LatinoBarómetro, Informe 2011, Santiago de Chile, 28 de octubre de 2012.

⁵ Como observa Thomas Buergenthal: "El hecho de que hoy casi la totalidad de los Estados latinoamericanos en la región, con excepción de Cuba, tengan gobiernos elegidos democráticamente ha producido significativos avances en la situación de los derechos humanos en esos Estados. Estos Estados han ratificado la Convención y reconocieron la competencia jurisdiccional de la Corte" (Prefacio de Thomas BUERGENTHAL, JO M. PASQUALUCCI, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court on Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p.XV). En 2009, 22 Estados habían reconocido la competen-

² Marta LAGOS/Lucía DAMMERT, *La Seguridad Ciudadana: El problema principal de América Latina*, LatinoBarómetro, 9 de mayo de 2012, p.3.

³ *Ibid.*

como fuente inspiradora la tríada indisociable Estado de Derecho, Democracia y Derechos Humanos, el sistema regional interamericano tiene en su origen la paradoja de haber nacido en un ambiente acentuadamente autoritario, que no permitía ninguna asociación directa e inmediata entre Democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos. Además, en este contexto, los derechos humanos eran tradicionalmente concebidos como una agenda contra el Estado. Contrario al sistema europeo, que surge como fruto del proceso de integración europea y ha servido como instrumento relevante para fortalecer este proceso de integración, en el caso interamericano existía tan sólo un movimiento todavía embrionario de integración regional.

Es en este escenario que el sistema interamericano se legitima gradualmente como un instrumento importante y eficaz para la protección de los derechos humanos, cuando las instituciones nacionales se muestran deficientes u omisas. Con la actuación de la sociedad civil, a partir de articuladas y competentes estrategias de litigio, el sistema interamericano tiene la fuerza catalizadora para promover avances en el régimen de derechos humanos.

Permitió la desestabilización de los regímenes dictatoriales; exigió justicia y el fin de la impunidad en las transiciones democráticas; y ahora demanda el fortalecimiento de las instituciones democráticas con el necesario combate a las violaciones de derechos humanos así como protección a los grupos más vulnerables.

Considerando las actuaciones de la Corte Interamericana, es posible crear una tipología de casos sobre la base de las decisiones relativas a cinco (5) diferentes categorías de violación de los derechos humanos:

1) *Violaciones que reflejan el legado del régimen autoritario dictatorial*

Esta categoría comprende la significativa mayoría de las decisiones de la Corte Interamericana, que tiene como objeto

cia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo con: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic4.Amer.Conv.Ratif.htm> (acceso en 06/04/09).

prevenir arbitrariedades y controlar el uso excesivo de la fuerza, imponiendo límites al poder punitivo del Estado.

A título de ejemplo, se destaca el *leading case* –Velásquez Rodríguez versus Honduras concerniente a desaparición forzada. En 1989, la Corte condenó al Estado de Honduras a pagar una compensación a los familiares de las víctimas, así como el deber de prevenir, investigar, procesar, punir y reparar las violaciones cometidas.⁶

Agréguense también decisiones de la Corte, que condenaron Estados ante precarias y crueles condiciones de detención y de violación a la integridad física, psíquica y moral de personas detenidas; o ante la práctica de ejecución sumaria y extrajudicial; o tortura. Estas decisiones enfatizaron el deber del Estado de investigar, procesar y punir a los responsables de las violaciones, así como de efectuar el pago de indemnizaciones.

En el plano consultivo, merecen mencionarse las opiniones sobre la imposibilidad de adopción de la pena de muerte por el Estado de Guatemala⁷ y de la imposibilidad de suspensión de la garantía judicial del *hábeas corpus*, incluso en situaciones de emergencia, según el artículo 27 de la Convención Americana.⁸

2) *Violaciones que reflejan cuestiones de la justicia de transición (transitional justice)*

En esta categoría de casos se encuentran las decisiones relativas a la lucha contra la impunidad, a las leyes de amnistía y al derecho a la verdad.

En el caso Barrios Altos (masacre que involucró la ejecución de 15 personas por parte de agentes policiales), en virtud de la promulgación y aplicación de leyes de amnistía (una ley que concede amnistía general a los militares, policías y civiles, y otra que dispone sobre la interpretación y alcance de la amnistía), Perú fue condenado a reabrir las investigaciones judiciales sobre los hechos en cuestión, re-

⁶ Velásquez Rodríguez Case, Corte Interamericana, 1988, Ser. C, No. 4.

⁷ Opinión Consultiva No. 3/83, de 8 Septiembre de 1983.

⁸ Opinión Consultiva No. 08/87, de 30 de enero de 1987.

lativos a la “masacre de Barrios Altos”, de manera que ordenó derogar o a tornar sin efecto las mencionadas leyes de amnistía. Perú fue también condenado a reparar integral y adecuadamente los daños materiales y morales sufridos por los familiares de las víctimas.⁹

Esta decisión tuvo un elevado impacto sobre la anulación de leyes de amnistía y la consolidación del derecho a la verdad, según el cual los familiares de las víctimas y la sociedad, como un todo, deben ser informados de las violaciones, destacando el deber del Estado de investigar, procesar, punir y reparar violaciones a los derechos humanos.

Concluyó la Corte que las leyes de “auto-amnistía” perpetúan la impunidad, propician una injusticia continuada, impiden a las víctimas y a sus familiares el acceso a la justicia y al derecho de conocer la verdad y de recibir la reparación correspondiente, lo que constituiría una evidente afrenta a la Convención Americana. Las leyes de amnistía configurarían así, un ilícito internacional y su revocación, una forma de reparación no pecuniaria.

En el mismo sentido, se destaca el caso *Almonacid Arellano versus Chile*¹⁰ cuyo objeto era la validez del decreto-ley 2191/78 —que perdonaba los crímenes cometidos entre 1973 y 1978 durante el régimen Pinochet— a la luz de las obligaciones resultantes de la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte decidió invalidar el mencionado decreto ley de “auto-amnistía”, porque implicaba la denegación de justicia a las víctimas, así como afrontaba los deberes del Estado de investigar, procesar, castigar y reparar graves violaciones de derechos humanos que constituyen crímenes de lesa humanidad.

Menciónese también el caso argentino, en el cual una decisión de la Corte Suprema de Justicia de 2005 anuló las leyes de punto final (Ley 23.492/86) y obediencia debida (Ley 23.521/87), adoptando como precedente el caso *Barrios Altos*.

⁹ Caso *Barrios Altos* (Chumbipuma Aguirre y otros *vs.* Perú). Sentencia de 14 de marzo de 2001.

¹⁰ Caso *Almonacid Arellano y otros vs.* Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

En 2010, en el caso *Gomes Lund y otros contra Brasil*, la Corte Interamericana condenó a Brasil, debido a la desaparición de miembros de la guerrilla Araguaia durante las operaciones militares que tuvieron lugar en la década de 1970.¹¹ La Corte destacó que las disposiciones de la ley de amnistía de 1979 eran manifiestamente incompatibles con la Convención Americana, carecían de efectos jurídicos y no podían seguir siendo un obstáculo para la investigación de violaciones graves a los derechos humanos, o para la identificación y el castigo de los responsables. Hizo hincapié en que las leyes de amnistía en relación con violaciones graves a los derechos humanos son incompatibles con el derecho internacional y las obligaciones jurídicas internacionales asumidas por los Estados. Llegó a la conclusión, una vez más, que las leyes de amnistía violan la obligación internacional del Estado de investigar y sancionar violaciones graves a los derechos humanos.

En la misma línea, en 2011, en el caso *Gelman contra Uruguay*,¹² la Corte Interamericana decidió que la “Ley de Caducidad de la pretensión punitiva del Estado” carecía de efectos jurídicos debido a su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, no pudiendo impedir u obstaculizar la investigación de los hechos, la identificación y eventual sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos.

3) *Violaciones que reflejan desafíos acerca del fortalecimiento de instituciones y de la consolidación del Estado de Derecho (rule of law)*

Esta tercera categoría de casos remite al desafío del fortalecimiento de instituciones y de la consolidación del *rule*

¹¹ Caso *Gomes Lund y otros versus Brasil*, Sentencia de 24 de noviembre de 2010. El caso fue sometido a la Corte por la Comisión Interamericana, al reconocer que el caso “representaba una oportunidad importante para consolidar la jurisprudencia interamericana sobre las leyes de amnistía en relación con las desapariciones forzadas y la ejecución extrajudicial, y resultante obligación de los Estados de hacer conocer la verdad a la sociedad e investigar, procesar, sancionar graves violaciones de derechos humanos”.

¹² Caso *Gelman versus Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011.

of law, particularmente en lo que se refiere al acceso a la justicia, la protección judicial y el fortalecimiento e independencia del Poder Judicial.

Se destaca el caso del Tribunal Constitucional contra Perú (2001),¹³ que involucró la destitución de jueces, en el cual la Corte reconoció necesario asegurar la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho, especialmente en Tribunales Constitucionales, lo que demanda: a) un adecuado proceso de nombramiento; b) un mandato con plazo cierto; y c) garantías contra presiones externas.

Tal sentencia contribuyó decisivamente para el fortalecimiento de instituciones nacionales y para la consolidación del Estado de Derecho.

4) *Violaciones de derechos de grupos vulnerables*

Esta cuarta categoría de casos se refiere a decisiones que afirman la protección de derechos de grupos socialmente vulnerables, como los pueblos indígenas, los niños, los migrantes, los presos, entre otros.

En cuanto a los derechos de los pueblos indígenas, se destaca el relevante caso de la comunidad indígena Mayagna Awas Tingni contra Nicaragua (2001),¹⁴ en el cual la Corte reconoció los derechos de los pueblos indígenas a la propiedad colectiva de la tierra, como una tradición comunitaria, y como un derecho fundamental y básico a su cultura, a su vida espiritual, a su integridad y a su supervivencia económica. Agregó que para los pueblos indígenas la relación con la tierra no es solamente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

En otro caso —comunidad indígena Yakye Axa contra Paraguay (2005)—,¹⁵ la Corte sostuvo que los pueblos indí-

¹³ Caso Aguirre Roca y otros vs. Peru (Caso del Tribunal Constitucional). Sentencia de 31 de enero de 2001.

¹⁴ Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community vs. Nicaragua, Corte Interamericana, 2001, Ser. C, No. 79.

¹⁵ Yakye Axa Community vs. Paraguay, Corte Interamericana, 2005, Ser. C, No. 125.

genas tienen derecho a medidas específicas que garanticen el acceso a los servicios de salud, que deben ser adecuados bajo la perspectiva cultural, incluyendo cuidados preventivos, prácticas curativas y medicinas tradicionales. Añadió que para los pueblos indígenas la salud presenta una dimensión colectiva, pues la ruptura de su relación simbiótica con la tierra ejerce un efecto perjudicial sobre la salud de estas poblaciones.

En el caso de la comunidad indígena *Xákmok Kásek vs. Paraguay*,¹⁶ la Corte Interamericana condenó al gobierno de Paraguay por la violación de los derechos a la vida, la propiedad comunitaria y la protección judicial (artículos 4, 21 y 25 de la Convención Americana, respectivamente), entre otros derechos, en relación con la garantía del derecho a la propiedad ancestral de la aludida comunidad indígena, lo que afectaría su derecho a la identidad cultural. Al motivar la sentencia, la Corte estableció que los conceptos tradicionales de la propiedad privada y la posesión no se aplican a las comunidades indígenas, pues para estas personas existe un significado colectivo de la tierra, la relación de pertenencia no se centra en el individuo, sino el grupo y la comunidad. Añadió que el derecho a la propiedad colectiva estaría llamado a merecer igual protección en virtud del artículo 21 de la Convención (concerniente al “derecho a la propiedad privada”). Afirmando que es deber del Estado garantizar una protección especial para las comunidades indígenas, a la luz de sus propias particularidades, sus características económicas y sociales y su especial condición de vulnerabilidad teniendo como referencia el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de los

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena *Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C.N. 214. Nótese que en el sistema africano merece mención un caso emblemático sin precedentes, que en nombre del derecho al desarrollo, garantiza la protección de los pueblos indígenas a sus tierras. En 2010 la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos consideró que la manera en que la comunidad Endorois en Kenia fue privada de sus tierras tradicionales, y la negación al acceso a los recursos naturales, constituía una violación a los derechos humanos, especialmente al desarrollo.

pueblos indígenas, con el fin de garantizar su derecho a una vida digna, que abarca el acceso a agua potable, alimentos, salud, educación, entre otros.

En cuanto a los derechos de los niños, cabe mencionar el caso Villagrán Morales contra Guatemala (1999),¹⁷ en el que este Estado fue condenado por la Corte, en virtud de la impunidad relativa a la muerte de 5 menores habitantes de la calle, brutalmente torturados y asesinados por 2 policías nacionales de Guatemala. Entre las medidas de reparación ordenadas por la Corte están: el pago de indemnización pecuniaria a los familiares de las víctimas; la reforma en el ordenamiento jurídico interno, propugnando por una mayor protección de los derechos de los niños y adolescentes guatemaltecos; y la construcción de una escuela en memoria de las víctimas.

Encontramos también, las opiniones consultivas sobre la condición jurídica y los derechos humanos de los niños (OC 17, emitida en agosto de 2002, a solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) y sobre la condición jurídica y los derechos de migrantes indocumentados (OC18, emitida en septiembre de 2003, a solicitud de México).

Debe también mencionarse, la opinión emitida a solicitud de México (OC16, de 1 octubre de 1999), en la que la Corte consideró violado el derecho al debido proceso cuando el Estado no notifica al detenido extranjero de su derecho a la asistencia consular. En la hipótesis, si el detenido fue condenado a la pena de muerte, esto constituiría privación arbitraria del derecho a la vida. Nótese que México fundamentó su solicitud de consulta en los distintos casos de presos mexicanos condenados a la pena de muerte en los Estados Unidos.

Con relación a los derechos de las mujeres, se destacan relevantes sentencias del sistema interamericano sobre discriminación y violencia contra las mujeres, lo que fomentó la reforma del Código Civil de Guatemala, la adopción de

¹⁷ Villagrán Morales y otros versus Guatemala (Caso de los Niños de la Calle), Corte Interamericana, 19 de Noviembre de 1999, Serie C, No. 63.

una ley de violencia doméstica en Chile y en Brasil, entre otros avances.¹⁸ En el caso González y otra contra México (caso "Campo Algodonero"), la Corte Interamericana condenó a México por la desaparición y muerte de mujeres en Ciudad Juárez, con el argumento de que la omisión del Estado ayudaba a contribuir a la cultura de violencia y discriminación contra las mujeres. En el período 1993-2003, se estima que 260 a 370 mujeres han sido víctimas de homicidios en Ciudad Juárez. La sentencia de la Corte ha ordenado al gobierno de México a investigar, desde la perspectiva de género, las graves violaciones ocurridas, garantizando los derechos y tomando las medidas preventivas necesarias para combatir la discriminación contra las mujeres.¹⁹

En una sentencia sin precedentes, el 24 de febrero de 2012, la Corte Interamericana reconoció la responsabilidad internacional del Estado de Chile debido al tratamiento discriminatorio y la injerencia indebida en la vida privada y familiar de la víctima Karen Atala debido a su orientación sexual.²⁰ El caso fue objeto de un intenso litigio en Chile, que culminó con la decisión de la Corte Suprema en otorgar la custodia al padre de las tres hijas, con el argumento de que la Sra. Atala no debía retener la custodia por convivir con una persona del mismo sexo después del divorcio. En decisión unánime, la Corte Interamericana encontró que Chile violó los artículos 1, apartado 1, y el artículo 14 de la Convención, al vulnerar el principio de igualdad y la prohibición de la discriminación.

5) Violaciones a derechos sociales

Finalmente, en esta quinta categoría de casos, emergen decisiones de la Corte que protegen derechos sociales. Es importante reiterar que la Convención Americana de De-

¹⁸ Al respecto, véase el caso María Eugenia versus Guatemala y caso María da Penha versus Brasil.

¹⁹ Ver sentencia de 16 de noviembre de 2009. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

²⁰ Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile, CorteIDH, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C N. 239.

rechos Humanos establece derechos civiles y políticos, contemplando solamente la aplicación progresiva de los derechos sociales (artículo 26). El Protocolo de San Salvador, al disponer sobre derechos económicos, sociales y culturales, prevé que únicamente los derechos a la educación y a la libertad sindical serán amparados por el sistema de peticiones individuales (artículo 19, parágrafo 6º).

A la luz de una interpretación dinámica y evolutiva, comprendiendo la Convención Americana como un *living instrument*, en el ya citado caso Villagrán Morales contra Guatemala,²¹ la Corte sostuvo que el derecho a la vida no puede ser concebido restrictivamente. Introdujo la visión de que el derecho a la vida comprende no sólo una dimensión negativa —el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente—, sino una dimensión positiva, que demanda a los Estados medidas positivas apropiadas para la protección del derecho a la vida digna —el “derecho a crear y desarrollar un proyecto de vida”. Esta interpretación ha establecido un importante horizonte para la protección de los derechos sociales.

En otras decisiones, la Corte ha destacado el deber jurídico de los Estados de conferir una aplicación progresiva a los derechos sociales, con fundamento en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, especialmente si se tratan de grupos socialmente vulnerables. En el caso niñas Yean y Bosico *versus* República Dominicana, la Corte enfatizó el deber de los Estados en lo referente a la aplicación progresiva de los derechos sociales, con el fin de asegurar el derecho a la educación, destacando la especial vulnerabilidad de las niñas. Sostuvo que “*con relación al deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual.*”²²

²¹ Villagrán Morales *et al vs.* Guatemala (Caso Niños de la Calle), Corte Interamericana, 19 de Noviembre de 1999, Serie C, No. 63.

²² Caso de las niñas Yean y Bosico *vs.* República Dominicana, Corte Interamericana, 8 de Noviembre de 2005, Ser. C, N.130.

En la jurisprudencia interamericana existen además, un conjunto de decisiones que consagran la protección indirecta de derechos sociales mediante la protección de derechos civiles, lo que confirma la idea de la indivisibilidad y de la interdependencia de los derechos humanos.

En el caso Albán Cornejo y otros *versus* Ecuador,²³ referente a la supuesta negligencia médica en un hospital privado —la mujer fue internada en el hospital con cuadro de meningitis bacteriana y fue medicada, falleciendo al día siguiente, probablemente como resultado de la medicación prescrita—, la Corte decidió el caso con fundamento en la protección al derecho a la integridad personal y no en el derecho a la salud. En el mismo sentido, en el caso Myrna Mack Chang *versus* Guatemala,²⁴ concerniente a daños a la salud resultantes de condiciones de detención, una vez más la protección al derecho a la salud fue protegido bajo el argumento de la protección del derecho a la integridad física.

Otros casos de protección indirecta de derechos sociales se refieren a la protección al derecho al trabajo, con base en el derecho al debido proceso legal y a la protección judicial. Al respecto, se destaca el caso Baena Ricardo y otros *versus* Panamá,²⁵ relativo al despido arbitrario de 270 funcionarios públicos que participaron en una manifestación (huelga). La Corte condenó al Estado de Panamá por la violación de la garantía del debido proceso legal y protección judicial, condenando al pago de indemnización y la reintegración de los 270 trabajadores. En el caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *versus* Perú,²⁶ sobre el despido arbitrario de 257 trabajadores, la Corte condenó al Estado de Perú también por la violación

²³ Albán Cornejo y otros v. Ecuador, Corte Interamericana, 22 de Noviembre de 2007, Serie C n. 171.

²⁴ Myrna Mack Chang v. Guatemala, Corte Interamericana, 25 de Noviembre de 2003, Serie C n. 101.

²⁵ Baena Ricardo y otros v. Panamá, Corte Interamericana, 2 de Febrero de 2001, serie C n. 72.

²⁶ Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú, Corte Interamericana, 24 de Noviembre 2006, Serie C n. 158.

al debido proceso legal y protección judicial. En ambos casos, la condena de los Estados tuvo como argumento central la violación a la garantía del debido proceso legal y no la violación al derecho del trabajo.

Otro caso emblemático es el caso "Cinco Pensionistas" *vs.* Perú,²⁷ referente a la modificación del régimen de pensiones en Perú, donde la Corte condenó al Estado con fundamento en la violación al derecho de propiedad privada y no con base en la violación al derecho de seguridad social, ante los daños sufridos por los 5 pensionistas.

Finalmente, en el caso Acevedo Buendía *vs.* Perú,²⁸ la Corte reconoció que los derechos humanos deben ser interpretados desde la perspectiva de la integralidad e interdependencia, la combinación de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, la ausencia de jerarquía entre ellos siendo todos igualmente exigibles. Resaltó la aplicación progresiva de los derechos sociales susceptibles de control y supervisión de los organismos competentes, poniendo de relieve la obligación de los Estados de no regresividad en materia de derechos sociales.

III. EMPODERAMIENTO DEL SISTEMA INTERAMERICANO MEDIANTE LA EFECTIVIDAD DEL DIÁLOGO JURISDICCIONAL Y LA CRECIENTE LEGITIMACIÓN SOCIAL

El Sistema Interamericano es capaz de revelar las peculiaridades y especificidades de las luchas emancipadoras de los derechos y la justicia en la región latinoamericana. El sistema presenta una particular institucionalidad marcada por el protagonismo de los diferentes actores, en un escenario en el que interactúan los Estados, las víctimas, las organizaciones de la sociedad civil nacional e internacional, así como la Comisión y la Corte Interamericana en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos.

²⁷ Caso "Cinco Pensionistas" *v.* Perú, Corte Interamericana, 28 de Febrero de 2003, Serie C n. 98.

²⁸ Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") *vs.* Perú, Sentencia de 01 de julio de 2009.

En este contexto, el sistema interamericano se faculta gradualmente a través de los diálogos para permitir el fortalecimiento de los derechos humanos en un sistema multinivel. Es desde esta perspectiva que emergen dos vertientes de diálogo jurisdiccional, el diálogo con los sistemas nacionales (para incluir el control de convencionalidad) y el diálogo con la sociedad civil (para empoderar al sistema interamericano de una creciente legitimación social).

Al respecto del diálogo con los sistemas nacionales, se consolida el denominado "control de convencionalidad". Este control es el reflejo de un nuevo paradigma para orientar la cultura jurídica en América Latina hoy: de la hermética pirámide centrada en el *State approach* se ha pasado a la permeabilidad del trapecio centrado en el *Human rights approach*. Es decir, se añaden los parámetros constitucionales a los parámetros convencionales, la composición de un trapecio jurídico abierto al diálogo a los préstamos, y la interdisciplinariedad, para replantear el fenómeno jurídico bajo la inspiración de un *human rights approach*.

En el caso latinoamericano, el proceso de democratización en la región, iniciado en la década de los 80, propició la incorporación de importantes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos por parte de los Estados latinoamericanos. Hoy se constata que los países latinoamericanos suscribieron los principales tratados de derechos humanos adoptados por la ONU y por la OEA.

De otro lado, encontramos las constituciones latinoamericanas con cláusulas constitucionales abiertas, con especial énfasis en la jerarquía de los tratados de derechos humanos, y su incorporación automática, así como reglas de interpretación basadas en principio *pro persona*.

En efecto, las Constituciones latinoamericanas establecen cláusulas constitucionales abiertas, que permiten la integración entre el orden constitucional y el orden internacional, especialmente en el campo de los derechos humanos, ampliando y expandiendo el bloque de constitucionalidad. Al proceso de constitucionalización del Derecho Internacional se une el proceso de internacionalización del Derecho Cons-

tucional. A modo de ejemplo, encontramos la Constitución de Argentina, que desde la reforma constitucional de 1994, establece en su artículo 75, apartado 22 que, aunque los tratados en general tienen jerarquía infra-constitucional, no supra-legal, los tratados de protección a los derechos humanos tienen jerarquía constitucional, complementando los derechos y garantías constitucionalmente reconocidos. La constitución Brasileña de 1988, en su artículo 5, parágrafo 2, consagra que los derechos y garantías expresos en la Constitución no excluyen los derechos derivados de los principios y normas aplicable a los derechos enunciados en los tratados internacionales ratificados por Brasil, permitiendo, de esta manera, la expansión del bloque de constitucionalidad. La Constitución de Perú de 1979, en la misma dirección, determina en el artículo 105 que los preceptos contenidos en los tratados de derechos humanos tienen jerarquía constitucional y no pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige la reforma de la propia Constitución dado que la actual Constitución de Perú de 1993 establece que los derechos reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú. Decisión proferida en el 2005 por el Tribunal Constitucional de Perú en la cual se le otorgó jerarquía constitucional a los tratados internacionales de protección de derechos humanos, y agregó que los derechos humanos establecidos en los tratados constituyen el marco legal y vinculante para el gobierno.

La Constitución de Colombia 1991, reformada en 1997, dispone en su artículo 93 la jerarquía especial de los tratados de derechos humanos, afirmando que estos prevalecen en el orden interno y que los derechos humanos constitucionalmente consagrados se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el país. Asimismo, la Constitución de Chile de 1980, como resultado de la reforma constitucional de 1989 consagró el derecho de los organismos gubernamentales de respetar y promover los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por el país. Por su parte la Constitución de Bolivia de 2009, esta-

blece que los derechos y deberes reconocidos en la Constitución se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia, que prevalecen sobre la propia Constitución cuando se enuncian derechos más favorables (artículos 13, IV y 256). En la misma dirección, encontramos la Constitución de Ecuador de 2008, al consagrar que los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconocen derechos más favorables que los previstos en la Constitución tienen prioridad sobre cualquier otra norma jurídica o acto del Poder Público (artículo 424), adicionando que será aplicado el principio pro ser humano, sin restricción de los derechos de aplicabilidad directa y la disposición constitucional abierta (artículo 416). La Constitución de México, con la reforma de junio de 2011, pasó a contemplar la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos y la regla de interpretación fundada en el principio pro persona.

Por otro lado, el Sistema Interamericano revela permeabilidad y apertura al diálogo a través de las reglas de interpretación del artículo 29 de la Convención Americana, en especial para garantizar el principio de primacía de la norma más beneficiosa, más favorable y mayor protección para la víctima. Cabe señalar que los tratados de derechos humanos establecen parámetros mínimos de protección, proporcionando un piso mínimo y no un techo máximo de protección. Por lo tanto la hermenéutica de los tratados de derechos humanos respalda el principio pro persona. Las normas de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, desaparecen en los tratados del sistema global de derechos humanos —que, a su vez, también establecen el principio pro persona fundado en la prevalencia de la norma más beneficiosa, como lo demuestra el artículo 23 de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, artículo 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 16, párrafo 2 de la Convención contra la Tortura y el artículo 4, apartado 4, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Cláusulas de apertura constitucional y el principio pro ser humano inspirado en los tratados de derechos humanos componen los dos vértices —nacional e internacional— para promover el diálogo sobre los derechos humanos. En el sistema interamericano este diálogo se caracteriza por el fenómeno de “control de convencionalidad” en su forma difusa y concentrada.

Como enfatiza la Corte Interamericana: “*Cuando un Estado ratifica un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a cuidar para que los efectos de los dispositivos de la Convención no se vean mitigados por la aplicación de leyes contrarias a su objetivo, y que desde el inicio carecen de efectos jurídicos. (...) el poder Judicial debe ejercer una especie de “control de la convencionalidad de las leyes” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solo el tratado, como también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*”.²⁹

Como sostiene Eduardo Ferrer Mac-Gregor,³⁰ juez nacional y ahora también juez Interamericano, con el mandato de ejercer el control de convencionalidad en el modo difuso. Las cortes nacionales ejercen el control de convencionalidad en el ámbito interno, a través de la incorporación de las normas, principios y jurisprudencia internacional protectora de derechos humanos en el contexto latinoamericano. De este modo: cuando un Estado ratifica un tratado, todos los órganos del poder del Estado se vinculan a él, comprometiéndose a cumplirlo de buena fe.

La Corte Interamericana ejerce el control de convencionalidad en forma concentrada, teniendo la última palabra

²⁹ Ver Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 Septiembre de 2006.

³⁰ Eduardo FERRER MAC-GREGOR, Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El Nuevo paradigma para el juez mexicano, en: Armin VON BOGDANDY, Flávia PIOVESAN e Mariela MORALES ANTONIAZZI, *Estudos Avançados de Direitos Humanos – Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público*, São Paulo, ed. Campus Elsevier, 2013, pp. 627-705.

en la interpretación de la Convención Americana. Al llevar a cabo el control de convencionalidad, la Corte Interamericana se guía por el principio pro persona, dando prevalencia a las sentencias más beneficiosas, destacando en diversas sentencias, decisiones judiciales proferidas por las Cortes constitucionales latinoamericanas, así como mencionando disposiciones de las Constituciones latino-americanas, como se revela en los casos Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador (sentencia de 27 de junio de 2012), Atala Riffo y Niñas vs Chile (sentencia de 24 de febrero de 2012) y Gelman vs Uruguay (sentencia de 24 de febrero de 2012).³¹

Por último, se suma el profundo diálogo del sistema interamericano con la sociedad civil, lo que le confiere legitimidad social gradual y creciente empoderamiento. El sistema se enfrenta a la paradoja de su origen —nació en un entorno marcado por la voluntad de los regímenes autoritarios con la expectativa de su bajo impacto— y comenzó a ganar credibilidad, fiabilidad y alto impacto. La fuerza motriz del sistema interamericano ha organizado la sociedad civil a través de una transnational network, para llevar a cabo exitosos litigios estratégicos.

En la experiencia de Brasil, por ejemplo, el 100% de los casos sometidos a la Corte Interamericana fueron el resultado de reunir víctimas y organizaciones no gubernamentales locales e internacionales,³² con un papel intenso en la selección de casos paradigmáticos, en el litigio mis-

³¹ A título ilustrativo, cabe mencionar la sentencia proferida por la Corte Interamericana en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, de 27 de junio de 2012, en la cual la Corte incorporó precedentes judiciales en materia indígena de la Corte Constitucional Colombiana (sentencia C-169/01), en relación con el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas así como al pluralismo. Se presta mayor atención a las Constituciones Argentina, Bolivia, Brasil, Perú y de Chile. Otro ejemplo se puede ver en la sentencia del caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, del 24 de febrero del 2012, en la que la Corte Interamericana se refiere a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de México, la AI 2/2010, relativa a la prohibición de la discriminación por orientación sexual. En el caso Gelman vs. Uruguay, por su parte, la Corte resalta el caso de Venezuela, México, Chile, Argentina y Bolivia reconociendo la naturaleza pluriofensiva y permanente del delito de desaparición forzada, así como la jurisprudencia latinoamericana invalidando las leyes de amnistía.

³² Flávia PIOVESAN, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 13a. ed., Revista e atualizada, ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 431.

mo (que combina las estrategias legales y políticas) y la implementación doméstica de eventuales ganancias internacionales.

En la percepción de Kathryn Sikkink: “El trabajo de las ONG consiste en hacer las prácticas represivas de los estados más visibles y públicas, exigiendo de ellos, que permanecían en silencio, una respuesta. Cuando se enfrentan a las presiones cada vez mayores, los estados represivos intentan presentar justificaciones. (...) Cuando un Estado reconoce la legitimidad de la intervención internacional en el tema de derechos humanos y, en respuesta a la presión internacional, altera su práctica en relación con el asunto, se reconstituye la relación entre el Estado, los ciudadanos y los actores internacionales”.³³ Añade la autora: “Las presiones y las políticas transnacionales en el ámbito de los derechos humanos, incluida la red de organizaciones no gubernamentales, han ejercido una diferencia significativa al permitir avances en las prácticas de derechos humanos en países de todo el mundo. Sin los regímenes internacionales de protección de los derechos humanos y sus reglas, y sin la acción de las redes transnacionales que operan para hacer cumplir dichas normas, no se hubiesen producido cambios en la esfera de los derechos humanos”.³⁴

El éxito del sistema interamericano refleja el compromiso de las ONG (que implican los movimientos sociales y las estrategias de los medios de comunicación), la buena respuesta del sistema y la aplicación de sus decisiones por parte del Estado, proporcionando transformaciones y avances de los sistemas internos de protección de derechos humanos.

Transitando, por fin, a un enfoque del Sistema Interamericano en la pavimentación de un *ius constitutionale commune* latinoamericano en derechos humanos, con énfasis en sus potencialidades y desafíos.

³³ Ver Kathryn SIKKINK, *Human rights, principled issue-networks, and sovereignty in Latin America*, In: *International Organizations*, Massachusetts, IO Foundation and the Massachusetts Institute of Technology, 1993, pp. 414-415.

³⁴ Kathryn SIKKINK/Thomas RISSE, *Conclusions*, en: Thomas RISSE, Stephen C. Ropp e Kathryn SIKKINK, *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 275.

IV. EL SISTEMA INTERAMERICANO Y LA COMPOSICIÓN DE UN *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* LATINOAMERICANO: RIESGOS, RETOS Y POSIBLES DESAFÍOS

A partir del análisis del impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en América Latina, desde la perspectiva de un sistema multinivel y de diálogo que involucre las esferas regionales y locales, teniendo como fuerza de impulso el activismo transnacional de la sociedad civil, se vislumbra la pavimentación de un *ius constitutionale commune* latinoamericano en derechos humanos.

Es a la luz de esta dinámica que emergen tres desafíos centrales emergentes en la pavimentación de un *ius commune* latinoamericano en derechos humanos:

i) Desarrollar una cultura jurídica inspirada en los nuevos paradigmas jurídicos y la creación de un nuevo Derecho Público: estatalidad abierta, diálogo jurisdiccional y prevalencia de la dignidad humana en un sistema multinivel.³⁵

La existencia de cláusulas constitucionales abiertas para facilitar el diálogo entre los órdenes jurídicos local, regional y mundial, por sí solo, no garantiza la efectividad del diálogo jurisdiccional en derechos humanos. Por un lado, se constata un mayor refinamiento de las cláusulas de apertura constitucional —contemplando la jerarquía, y la incorporación de reglas de interpretación de instrumentos internacionales de derechos humanos— pero por otro lado, esta tendencia latinoamericana no es suficiente para el éxito del diálogo jurisdiccional en materia de derechos humanos.

Ello se debe a interpretaciones jurídicas reduccionistas y órdenes constitucionales restrictivos que pueden poner en peligro los avances y el potencial de las cláusulas abiertas.

³⁵ Ver Armin VON BOGDANDY, Flávia PIOVESAN y Mariela MORALES ANTONIAZZI (coord.), *Estudos Avançados de Direitos Humanos – democracia e integração jurídica: emergência de um novo Direito Público*, São Paulo, Campus Elsevier, 2013.

De ahí la necesidad de fomentar una doctrina y jurisprudencia emancipadoras en el campo de los derechos humanos, inspirados en la prevalencia de la dignidad humana³⁶ y la aparición de un nuevo Derecho Público marcado por la condición de un estado libre en un sistema jurídico multinivel. La formación de una nueva cultura jurídica, sobre la base de una nueva racionalidad e ideología, surge como una declaración imprescindible para la afirmación de un *ius commune* latinoamericano en derechos humanos.

ii) Fortalecer el sistema interamericano de derechos humanos: universalidad, independencia institucional, sostenibilidad y eficacia.

Otro desafío importante para la consolidación de un *ius commune* latinoamericano en derechos humanos se refiere al mejoramiento del sistema interamericano, considerando la agenda de reforma al sistema.³⁷

Con respecto a la universalidad del sistema interamericano, se ha ampliado el universo de Estados-parte en la Convención Americana (que contaba con 25 Estados-parte en 2012) y sobretodo del Protocolo de San Salvador en materia de derechos económicos, sociales y culturales (que contaba apenas con 14 Estados-parte en 2012).

Una medida esencial es ampliar el nivel de reconocimiento de jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual contaba con la aceptación de 22

³⁶ Para Habermas, el principio de la dignidad humana es la fuente moral de los derechos fundamentales, de los cuales se extrae su contenido. Adiciona Habermas: "The appeal to human rights feeds off the outrage of the humiliated at the violation of their human dignity (...) The origin of human rights has always been resistance to despotism, oppression and humiliation (...)". (Jürgen HABERMAS, *The Crisis of the European Union: A Response*, Cambridge, Polity Press, 2012, p. 75).

³⁷ En el debate sobre la reforma del sistema americano, hay propuestas controversiales de los Estados encaminadas a limitar la competencia de la Comisión Interamericana para otorgar medidas cautelares y la limitación de los relatores especiales, como el Relator Especial sobre la libertad de expresión y acceso a la información. Para un enfoque crítico de estas propuestas, ver Deisy Ventura, Flávia PIOVESAN e Juana KWEITEL, *Sistema Interamericano sob Forte Ataque*, Folha de São Paulo, p. A3, 07 de agosto de 2012.

estados, en 2012. Debemos recordar que la OEA cuenta con 34 Estados miembros.

Igualmente es relevante garantizar una alta independencia y autonomía de los miembros de la Comisión y de la Corte, que deben actuar a título personal y no a nombre del gobierno. Es necesario deben intensificar la participación de la sociedad civil en el seguimiento del proceso de nombramiento de dichos miembros, dándole más publicidad, transparencia y *accountability*.

También es fundamental fortalecer la eficacia del Sistema Interamericano, en lo que se refiere a la supervisión de las decisiones de la Corte y la Comisión.³⁸ A diferencia del Sistema Europeo, en el Sistema Interamericano son sus propios órganos quienes realizan el *follow up* de las decisiones que ellos mismos profieren. Esto se debe a que la Convención Americana no establece ningún mecanismo específico para supervisar la aplicación de las decisiones de la Comisión o de la Corte, aunque la Asamblea General tiene el amplio mandato en este sentido, de conformidad con el artículo 65 de la Convención Americana.³⁹ En la evaluación de Antônio Augusto Cançado Trindade "(...) la Corte Interamericana tiene actualmente una preocupación especial por el cumplimiento de sus sentencias. Los Estados, en general, cumplen con las reparaciones que se refieren a daños de carácter pecuniario, pero lo mismo no necesariamente ocurre con las reparaciones de carácter no pecuniario, en particular, las relativas a la investigación efectiva de los hechos que dieron lugar a tales violaciones, y la identificación y el castigo de los responsables, —esencial para

³⁸ En el sistema europeo, por ejemplo, el Comité de Ministros (órgano político) tiene la tarea de supervisar la ejecución de las sentencias de la Corte Europea, actuando colectivamente en nombre del Consejo de Europa. Para un análisis comparativo de los sistemas regionales, ver Flávia PIOVESAN, *Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*, São Paulo, 3a. ed., Saraiva, 2012.

³⁹ De acuerdo con el Art. 65 de la Convención: "La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos".

acabar con la impunidad (y sus consecuencias negativas para el tejido social en su conjunto). (...) En la actualidad, dada la falta de instituciones del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en esta área en particular, la Corte Interamericana ha ejercido *motu proprio* la supervisión de la ejecución de sus sentencias, dedicando uno o dos días de cada período de sesiones. Sin embargo, la supervisión —como un ejercicio de garantía colectiva— la fiel ejecución de las sentencias y resoluciones de la Corte es una tarea que recae sobre el conjunto de los Estados Partes en la Convención.⁴⁰

Por otra parte, las decisiones internacionales en materia de derechos humanos deben producir eficacia jurídica directa, inmediata y obligatoria en la jurisdicción interna, cumpliendo los Estados su fiel aplicación y cumplimiento, de conformidad con el principio de buena fe, que orienta al orden internacional. Para Antonio Augusto Cançado Trindade: “*El futuro del sistema internacional de protección a los derechos humanos está condicionado a los mecanismos nacionales de implementación*”.⁴¹

Otra medida de emergencia tiene que ver con la sostenibilidad del sistema interamericano, a través de la opera-

⁴⁰ Antônio Augusto Cançado Trindade propone: “Para asegurar el *monitoreo continuo* del fiel cumplimiento de todas las obligaciones convencionales de protección, y en particular de los fallos de la Corte, se debe, a mi juicio, acrecentar, al final del artículo 65 de la Convención, la siguiente frase: “La Asamblea General los remitirá al Consejo Permanente, para estudiar la materia y rendir un informe, para que la Asamblea General delibere al respecto. De ese modo, se suple una laguna en cuanto a un mecanismo, a operar en *base permanente* (y no solamente una vez por año ante la Asamblea General de la OEA), para supervisar la fiel ejecución, por los Estados Partes demandados, de las sentencias de la Corte. Obsérvese que, en el ámbito de la OEA, ya se formó el consenso en el sentido de que los Estados Partes en la Convención Americana son efectiva y conjuntamente los *garantes* de la integridad de la misma”, ver Antônio Augusto Cançado Trindade, “El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y su proyección hacia el futuro: La emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional”, en Antônio Augusto Cançado Trindade/Manuel E. Ventura Robles, *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª ed., CorteIDH/ACNUR, San José/Costa Rica, 2003, p. 83 y 84.

⁴¹ Antônio Augusto Cançado Trindade, “Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos”, San José de Costa Rica, 1996. Disponible en: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>.

ción continua de la Comisión y la Corte, con suficiente recursos financieros,⁴² técnicos y administrativos.

iii) Avanzar en la protección de los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho en la región

Finalmente, considerando el contexto latinoamericano marcado por una acentuada desigualdad social y violencia sistémica, es fundamental avanzar en la afirmación de los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho en la región.

Para hacer frente a los retos de las sociedades poscoloniales latinoamericanas, en donde los derechos humanos constituían una agenda contra el Estado, el sistema interamericano se empodera a sí mismo con su fuerza invasiva para contribuir al fortalecimiento de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho en la región.

El sistema interamericano rompe con la paradoja de su origen. Nacido en un contexto regional marcado por los regímenes dictatoriales —sin duda con la expectativa de un impacto reducido por los estados autoritarios— y luego el sistema se consolida y se fortalece como actor regional democratizador, provocado por las estrategias de litigio competentes de la sociedad civil en una *transnational network* para conferir alta carga de legitimidad social.

Como lo demuestra este artículo, el Sistema Interamericano permitió la desestabilización de los regímenes dictatoriales, exigió justicia y el fin de la impunidad en las transiciones democráticas, y ahora exige el fortalecimiento de las instituciones democráticas como un combate necesario contra las violaciones de derechos humanos y la protección de los grupos más vulnerables.

⁴² A modo de ejemplo, el presupuesto de la Corte Europea es de aproximadamente 20% del presupuesto del Consejo de Europa, con una participación de 41 millones, mientras que el presupuesto combinado de la Comisión y de la Corte representa aproximadamente el 5% del presupuesto de la OEA, con una participación de tan sólo 4 millones de dólares. Obsérvese también que el 5% del presupuesto de la OEA cubre tan sólo el 55% de los gastos de la Comisión y el 46% de los gastos de la Corte.

El impacto transformador del Sistema en la región —fruto sobre todo del papel vital de la sociedad civil organizada en su lucha por la justicia y por los derechos— ha fomentado la efectividad del diálogo regional-local en un sistema multinivel con apertura y permeabilidad mutua. Por un lado, el Sistema Interamericano se inspira en el principio pro ser humano, mediante reglas convencionales interpretativas basadas en principios de la norma más protectora y favorable a la víctima, apoyando los parámetros mínimos de protección humana. Por otro lado, las Constituciones latinoamericanas establecen cláusulas constitucionales abiertas para propiciar el diálogo en materia de derechos humanos, en relación con la jerarquía, incorporación e impacto de los tratados de derechos humanos.

En el sistema interamericano este diálogo se sigue caracterizando por el fenómeno del “control de convencionalidad” en su forma difusa y concentrada. También se observa la creciente apertura de la Corte Interamericana al incorporar en sus decisiones y la jurisprudencia, normativa de derechos humanos de América Latina con referencia a las disposiciones de las Constituciones latinoamericanas así como la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales latinoamericanos. El diálogo jurisdiccional se desarrolla en doble vía: movido por los vértices de las cláusulas constitucionales abiertas y el principio pro ser humano.

Es en este contexto que el Sistema Interamericano tiene la potencialidad de ejercer un impacto extraordinario en la pavimentación de un *ius constitutionale commune* latinoamericano, contribuyendo al fortalecimiento de los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho en la región más desigual y violenta del mundo.

**HACIA LA FORMACIÓN JURISPRUDENCIAL
INTERAMERICANA DE UN
IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE AMERICANUM**
**EFICACIA DE LA SENTENCIA INTERAMERICANA
Y LA COSA JUZGADA INTERNACIONAL:
VINCULACIÓN DIRECTA HACIA LAS PARTES
(RES JUDICATA) E INDIRECTA HACIA LOS
ESTADOS PARTE DE LA CONVENCION
AMERICANA (RES INTERPRETATA)**
(Sobre el cumplimiento del caso *Gelman vs. Uruguay*)¹

Eduardo FERRER MAC-GREGOR²

*A la memoria de JORGE CARPIZO,
en su primer aniversario luctuoso*

SUMARIO: I. Introducción: importancia de la presente resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia. II. Incidencia de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay de 22 de febrero de 2013 en el debido e integral cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH en el *Caso Gelman*. III. Eficacia de la sentencia interamericana y la autoridad de la cosa juzgada internacional: su proyección directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados Partes de la Convención Americana (*res interpretata*). IV. Autoridad de la “cosa juzgada internacional” y “control de convencionalidad”.

¹ El presente texto reproduce el voto razonado a la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, relativa a la supervisión de cumplimiento de sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*. La resolución puede verse en: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.doc. La Sentencia del *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones, de 22 de febrero de 2011 puede consultarse en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.doc.

² Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

I. INTRODUCCIÓN: IMPORTANCIA DE LA PRESENTE RESOLUCIÓN DE SUPERVISIÓN DE CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA

1. Una de las competencias más importantes que actualmente ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH” o “Tribunal Interamericano”) es la supervisión sobre el cumplimiento de sus propias decisiones, especialmente de las sentencias de fondo y reparaciones. Esta facultad deriva de sus atribuciones jurisdiccionales, teniendo una relación directa en la efectividad de los derechos humanos de los habitantes de nuestra región.

2. Considerando la importancia sobre esta cuestión, el Tribunal Interamericano ha implementado desde hace un lustro la realización de audiencias —públicas o privadas— de supervisión sobre el cumplimiento de sus fallos, particularmente cuando se involucran reparaciones múltiples, que implican actuaciones complejas y problemáticas para los Estados.³ En las audiencias de supervisión de sentencias se analizan las posiciones del Estado y de las víctimas y sus representantes, así como se escucha el parecer de la Comisión Interamericana. Lo anterior constituye una práctica importante, en la medida en que ha permitido a la Corte IDH cumplir con la función jurisdiccional que le señala la Convención Americana y que no culmina hasta tanto no se cumpla cabalmente y de manera íntegra con todos y cada uno de los aspectos ordenados en la sentencia respectiva. Las audiencias han contribuido a lograr la efectividad de las decisiones de la Corte IDH. No se trata de una mediación del fallo, sino de una actividad dinámica que permite contar con información reciente para que los jueces puedan realizar una adecuada valoración sobre el cumplimiento del fallo por el Estado concernido, a la vez de propiciar espacios de diálogo constructivo favoreciendo el entendi-

³ Desde el año 2007 a la fecha se han celebrado 77 audiencias sobre supervisión de cumplimiento de sentencia. La práctica de celebrar este tipo de audiencias quedó incorporada en el artículo S69.3 del nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vigente desde el 1º de enero de 2010.

miento entre las partes y lograr el debido cumplimiento de lo decidido en la sentencia, particularmente sobre las diversas formas de reparación para las víctimas.

3. En el presente asunto se convocó a una audiencia privada de supervisión de cumplimiento de la sentencia dictada por la Corte IDH en el Caso *Gelman vs. Uruguay* (en adelante “la Sentencia”),⁴ la cual se llevó a cabo el 13 de febrero de 2013 durante el 98º periodo ordinario de sesiones en la sede del propio Tribunal Interamericano.

4. La audiencia fue especialmente importante para llegar al convencimiento del cumplimiento parcial de la Sentencia, respecto de lo ordenado en los puntos Resolutivos 12,⁵ 13,⁶ 14⁷ y 17⁸ de la misma. Así, con la información proporcionada por las partes, el Tribunal Interamericano consideró en la Resolución de supervisión que nos ocupa, parcialmente cumplido el fallo debido a determinadas acciones del Estado, que consistieron en (i) la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional sobre los hechos del caso, conducido por el Presidente de la República y realizado en el Palacio Legislativo en presencia de las víctimas Juan Gelman y su nieta María Macarena Gelman García Iruretagoyena; (ii) la colocación de una placa en el edificio del Servicio de Información de Defensa y que funcionó como cárcel clandestina

⁴ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

⁵ “12. El Estado debe realizar, en el plazo de un año, un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso, de conformidad con el párrafo 266 de la Sentencia”.

⁶ “13. El Estado debe colocar en un espacio del edificio del Sistema de Información de Defensa (SID) con acceso al público, en el plazo de un año, una placa con la inscripción del nombre de las víctimas y de todas las personas que estuvieron detenidas ilegalmente en dicho lugar, de conformidad con el párrafo 267 de la Sentencia”.

⁷ “14. El Estado debe realizar, en el plazo de seis meses, las publicaciones dispuestas en el párrafo 271 de la Sentencia”.

⁸ “17. El Estado debe pagar, dentro del plazo de un año, las cantidades fijadas en los párrafos 291, 293, 296 y 304 de la presente Sentencia, por concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos, según corresponda, de conformidad con los párrafos 305 a 311 de la misma”.

(sede actualmente de la Institución Nacional de Derechos Humanos), “en memoria de María Claudia García de Gelman y de todas las personas víctimas del terrorismo de Estado que estuvieron privadas de su libertad en este edificio”; (iii) la publicación en el *Diario Oficial*, en diarios de amplia circulación nacional y en distintas páginas web oficiales, de la sentencia y del resumen respectivo; y (iv) el pago de las cantidades fijadas por concepto de indemnización —daño material e inmaterial— y por el reintegro de costas y gastos.

5. Las acciones anteriores emprendidas por el Estado uruguayo constituyen una manifestación clara de su compromiso para el cumplimiento de la Sentencia que debe resaltarse. Particularmente, respecto del acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en la que participó la máxima autoridad de dicho país con una amplia difusión por los medios de comunicación y de la colocación de la placa, el Tribunal Interamericano en la presente Resolución de supervisión destacó que “satisface plenamente el objeto y propósito de la reparación dispuesta, en uno de los actos más destacables entre los que han sido realizados por los Estados en cumplimiento de medidas de reparación de esa naturaleza”.⁹

6. Asimismo, en la propia audiencia privada la Corte IDH tuvo conocimiento de otros actos del Estado uruguayo dirigidos de manera importante al cumplimiento del fallo, fundamentalmente: a) la promulgación de la Ley 18.831 de 27 de octubre de 2011, denominada “Pretensión Punitiva del Estado: Restablecimiento para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985”,¹⁰ y b) el Decreto 323/2011 de 30 de junio

⁹ Considerando 8 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de Sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

¹⁰ Los cuatro artículos de esta Ley 18.831 (ley interpretativa de la Ley de Caducidad) establecen:

“**Artículo 1º.**— Se restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el

del mismo año, mediante el cual revoca los actos administrativos y mensajes del Poder Ejecutivo “en aplicación del artículo 3º., de la Ley de Caducidad, que consideran que los hechos denunciados estaban comprendidos en las disposiciones del artículo 1º de la referida Ley y en su lugar declarase que dichos hechos no estaban comprendidos en la citada norma legal”.

7. Estos actos de los Poderes Legislativo (Ley 18.831) y Ejecutivo (Decreto 323/2011) fueron valorados de manera positiva por el Tribunal Interamericano, al estar dirigidos al cumplimiento de la Sentencia del *Caso Gelman*, al estimar que tienen, aparentemente, la finalidad de remover el obstáculo principal que representa la Ley 15.848 (Ley de Caducidad),¹¹ declarada “sin efectos” en la Sentencia de la

1º de marzo de 1985, comprendidos en el artículo 1º. de la Ley No 15.848 de diciembre de 1986.

Artículo 2º.— No se computará plazo alguno, procesal, de prescripción o de caducidad, en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta ley, para los delitos a que refiere el artículo 1º de esta ley.

Artículo 3º.— Declárase que, los delitos a que refieren los artículos anteriores, son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte.

Artículo 4º.— Esta ley entrará en vigencia a partir de su promulgación por el Poder Ejecutivo”.

¹¹ Los Artículos 1º y 3º de la Ley No. 15.848 de 22 de diciembre de 1986 (Publicada D.O. 28 dic/86-Nº 22295) disponen: “Funcionarios militares y policiales. Se reconoce que ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985”, establecen lo siguiente:

“**Artículo 1º.**— Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de *facto*”.

“**Artículo 3º.**— A los efectos previstos en los artículos anteriores, el Juez interviniente en las denuncias correspondientes, requerirá al Poder Ejecutivo que informe, dentro del plazo perentorio de treinta días de recibida la comunicación, si el hecho investigado lo considera comprendido o no en el artículo 1º. de la presente ley. Si el Poder Ejecutivo así lo comunicare, el Juez dispondrá la clausura y el archivo de los antecedentes. Si en cambio, no contestare o informa que no se halla comprendido dispondrá continuar la indagatoria. Desde la fecha de promulgación de esta ley hasta que el Juez reciba la comunicación del Poder Ejecutivo

Corte IDH por su incompatibilidad con las obligaciones establecidas en la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Dicha normativa fue declarada incompatible con estos instrumentos internacionales.¹² La Ley de Caducidad impidió la investigación, el juzgamiento y eventual sanción a los responsables de los hechos en el *Caso Gelman*, así como también los de otros casos de graves violaciones de derechos humanos acontecidos en Uruguay en esa época.

8. Sin embargo, nueve días después de celebrada la audiencia privada de referencia, se produjo un “hecho nuevo” que ha sido motivo de especial atención por la Corte IDH al resolver sobre la supervisión de cumplimiento de sentencia. En efecto, el Tribunal Interamericano tuvo conocimiento del fallo de la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay de 22 de febrero de 2013,¹³ en la que por mayoría de votos declaró parcialmente procedente la excepción de inconstitucionalidad y declaró inaplicables a los excepcionantes los artículos 2o y 3o de la Ley 18.831.

9. Ante este estado de cosas, la Corte IDH en la presente Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, analizó las implicaciones y consecuencias que dicho fallo nacional tiene en el cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Interamericano y concluyó que la resolución de 22 de febrero de 2013 de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay afecta el debido cumplimiento de la Sentencia en el *Caso Gelman*; por lo que el Tribunal Interamericano se pronunció sobre varios aspectos de vital importancia para el futuro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Estas circunstancias motivan la necesidad de formular

quedan suspendidas todas las diligencias presumariales en los procedimientos mencionados en el inciso primero de este artículo”.

¹² *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párrafo 312, Punto Resolutivo 6, en relación con lo establecido en los párrafos 237 a 241 y 246.

¹³ Sentencia No. 20. IUE-2-109971/2011. Ministro Relator: Doctor Jorge O. Chediak González. Disidencia del Ministro Ricardo C. Pérez Manrique.

el presente voto concurrente razonado; en la inteligencia de que si bien el suscrito no integraba dicho órgano colegiado cuando se dictó la Sentencia de fondo y reparaciones en febrero de 2011, ahora como nuevo miembro del Tribunal Interamericano, al igual que mis pares, me encuentro no sólo facultado, sino obligado de velar por el debido cumplimiento de la misma.

10. De ahí que si bien comparto íntegramente los razonamientos y el sentido de la presente Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, adoptada por unanimidad de votos, estimo conveniente, dada la importancia de las consideraciones que la contienen, agregar a la Resolución el presente voto concurrente razonado, con la finalidad de profundizar y destacar tres cuestiones cruciales que influyen en el buen entendimiento de la función jurisdiccional de la Corte Interamericana como aplicador e intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esto, en la medida en que sus decisiones repercuten en la funcionalidad del Sistema Interamericano, particularmente en el debido cumplimiento y eficacia de sus sentencias. Así, se abordan a continuación tres temas: (i) la incidencia de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay de 22 de febrero de 2013 en el debido e integral cumplimiento de la Sentencia de la Corte IDH en el *Caso Gelman* (párrs. 11-21); (ii) la eficacia de la sentencia interamericana y la autoridad de la cosa juzgada internacional: su proyección directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados Partes de la Convención Americana (*res interpretata*) (párrs. 22-79); y (iii) la autoridad de la “cosa juzgada internacional” en relación con el “control de convencionalidad” (párrs. 80-100).

II. INCIDENCIA DE LA SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DEL URUGUAY DE 22 DE FEBRERO DE 2013 EN EL DEBIDO E INTEGRAL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA DE LA CORTE IDH EN EL CASO GELMAN

11. La sentencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay incide de manera directa en el debido e integral

cumplimiento de la Sentencia de la Corte IDH en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, en tanto confronta el derecho de las víctimas a la reparación integral amparadas en una sentencia internacional, que ha producido la autoridad de cosa juzgada.

12. En efecto, al declararse la inaplicabilidad de los artículos 2o. y 3o., de la Ley 18.831 en un caso similar al *Caso Gelman*, es decir, que versa sobre desaparición forzada de personas cuyos hechos acontecieron en el mismo periodo de dictadura militar, trae como consecuencia la prescripción de delitos que expresamente la Corte IDH en la Sentencia declaró como “imprescriptibles”, al constituir por su propia naturaleza una violación de normas *jus cogens*.¹⁴ Lo anterior es de particular importancia, debido a que actualmente se lleva a cabo (según lo informado por las partes) el procesamiento de varias personas por el “homicidio” de María Claudia García de Gelman, sin que comprenda hasta ahora otras conductas constitutivas de graves violaciones a los derechos humanos, ni se estén investigando los hechos de la desaparición forzada por supresión de identidad, por lo que el criterio interpretativo del Alto Tribunal uruguayo incide potencialmente en la investigación de los hechos en el *Caso Gelman*, al establecer dicho fallo nacional que la vigencia de la Ley de Caducidad no afectaría los términos de prescripción de los delitos referidos a hechos constitutivos de graves violaciones de derechos humanos.¹⁵ En la Sentencia de la Corte IDH en el *Caso Gelman vs. Uruguay* de 2011 se expresó que “el proceso iniciado por Juan Gelman y reabierto en 2008 por gestiones de María Macarena Gelman, lo ha sido bajo la figura de homicidio, excluyendo otros delitos como la tortura, desaparición forzada y sustracción de identidad, con

¹⁴ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párrs. 99, 183, 225 y 254.

¹⁵ Considerandos 32 y 48 de la Resolución de 20 de marzo de 2013 de supervisión de cumplimiento de Sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

la que se hace posible que la causa sea declarada prescrita, por los tribunales nacionales”.¹⁶ (Subrayado nuestro).

13. Si bien de conformidad con el derecho procesal constitucional uruguayo la sentencia de la Suprema Corte implica la desaplicación de las normas declaradas inconstitucionales para el caso particular —sin afectar la vigencia de la norma y otros casos judiciales—,¹⁷ en realidad el efecto interpretativo de la norma se expande, al crearse un criterio jurisprudencial del más alto valor en el ámbito nacional (al emitirse por el máximo órgano jurisdiccional nacional) y cuyas consideraciones difieren de las realizadas por la Corte IDH en la Sentencia del *Caso Gelman*; lo anterior provoca, evidentemente, que en la práctica los jueces nacionales que estén conociendo de violaciones graves de derechos humanos, tengan la falsa disyuntiva de aplicar de manera “directa” la interpretación que se deriva del fallo de la Corte IDH (que es lo que corresponde por la obligación derivada del artículo 68.1 de la Convención Americana) o bien la jurisprudencia de la Suprema Corte de su país.

14. En el *Caso Gelman*, la Sentencia de la Corte IDH calificó jurídicamente los hechos como “desaparición forzada de personas” que constituye una de las más claras y graves violaciones a los derechos humanos (con mayor razón cuando se realiza a través de un patrón sistemático por estructuras del Estado, calificado como “terrorismo de Estado”);¹⁸ y en el Resolutivo 11 de la propia Sentencia refiere a que el Estado debe “garantizar” que la Ley de Caducidad no vuelva a representar un “obstáculo” para la investigación, identificación y, si procede, sanción de los responsables. De ahí que derivado de este nuevo criterio

¹⁶ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 235.

¹⁷ El Artículo 259 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay establece: “El fallo de la Suprema Corte de Justicia se referirá exclusivamente al caso concreto y sólo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado”.

¹⁸ *Cfr. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 99.

interpretativo de la Suprema Corte de Justicia —que de seguirse por los jueces inaplicarían los artículos 2o y 3o de la Ley 18.831— existe en la práctica una real y potencial afectación a la obligación de investigar los hechos del presente caso y determinar las correspondientes responsabilidades, así como de la obligación del Estado de garantizar que la Ley de Caducidad (Ley 15.848), al carecer de efectos jurídicos, no vuelva a representar un obstáculo para esos efectos.

15. Así, a nuestro entender es clara la incidencia que el fallo de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay tiene en el debido y efectivo cumplimiento de la Sentencia del *Caso Gelman*, toda vez que permite que la desaparición forzada, tortura o sustracción de identidad y otros hechos, como violaciones graves de derechos humanos cometidas en dicho contexto, resulten prescriptibles;¹⁹ y, por consecuencia, representen un obstáculo real y potencial para que en el caso puedan realmente investigarse, identificarse y, eventualmente, sancionarse a los responsables por la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y María Macarena Gelman García Iruretagoyena, esta última como consecuencia de la sustracción, supresión y sustitución de su identidad de conformidad con lo establecido en la Sentencia. La Corte IDH en la Sentencia señaló: “Es necesario reiterar que este es un caso de graves violaciones de derechos humanos, en particular desapariciones forzadas, por lo que es ésta la tipificación que debe primar en las investigaciones que corresponda abrir o continuar a nivel interno. Como ya se ha establecido, por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de perso-

¹⁹ La sentencia de referencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay establece (pp. 18 y 19): “A esto corresponde añadir que, para los delitos cometidos durante la dictadura y amparados por la Ley de Caducidad, no se creó ninguna prescripción especial, sino que, simplemente, regían los mismos términos extintivos que para cualquier otro delito, por lo que, en la especie, no sería de aplicación la condena impuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a la remoción de las leyes de prescripción establecidas especialmente para esos casos, puesto que no se dictaron leyes de tal naturaleza.”

nas, la nueva ley resulta aplicable, sin que ello represente su aplicación retroactiva”.²⁰ (Subrayado nuestro).

16. En este sentido, debe destacarse que el precedente interpretativo que permite la prescripción de dichas violaciones graves de derechos humanos fue establecido por el máximo órgano jurisdiccional del Uruguay, lo que implica que puede ser simplemente reiterado sin más consideración a través del mecanismo de “resolución anticipada”²¹ o por nuevas decisiones similares;²² además, al ser jurisprudencia del máximo órgano judicial del país —si bien no constituye precedente obligatorio—, puede convertirse en la práctica en una guía interpretativa relevante para los jueces inferiores provocando que sigan la interpretación realizada por el máximo Tribunal uruguayo cuando conozcan de violaciones graves de derechos humanos, como lo es, por ejemplo, la desaparición forzada de personas; lo que llevaría a la inaplicación de los artículos 2o. y 3o., de la Ley 18.831 y, consecuentemente, provocaría la prescripción de los delitos de esa naturaleza, en clara discordancia con lo establecido en la sentencia internacional derivada del *Caso Gelman vs. Uruguay*, que dada su firmeza ha adquirido la autoridad de cosa juzgada internacional.

17. Además, en el supuesto en que los jueces que estén conociendo o que conozcan de las causas sobre violaciones

²⁰ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 236.

²¹ El artículo 519 del Código General del Proceso establece: Resolución anticipada.- En cualquier estado de los procedimientos y con prescindencia de la situación en que se encontrare el trámite respectivo, la Suprema Corte de Justicia podrá resolver la cuestión, acreditado que fuere uno de los siguientes extremos:

1° Que el petitorio hubiere sido formulado por alguna de las partes con la notoria finalidad de retardar o dilatar innecesariamente la secuela principal sobre el fondo del asunto;

2° Que existiere jurisprudencia en el caso planteado y se declarare por ese órgano judicial que mantendrá su anterior criterio.

²² Al menos en otros tres casos posteriores se ha seguido el mismo sentido y criterio interpretativo; *cf.* Considerando 52 y nota 23 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de Sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto concurrente razonado.

graves a derechos humanos apliquen la Sentencia del *Caso Gelman* —incluyendo, evidentemente, las consideraciones interpretativas que fundamentan la decisión, que es lo que corresponde al tener obligatoriedad y eficacia directa para todas las autoridades del Estado uruguayo en todos los niveles, en términos del artículo 68.1 de la Convención Americana—; y llegaran las causas ante la instancia de la Suprema Corte por medio de las vías impugnativas correspondientes, existe en la actualidad un criterio interpretativo que permitiría que la vigencia de Ley de Caducidad continúe, en la práctica, teniendo efectos, al permitirse la prescripción respecto de los delitos que resultan imprescriptibles en términos de la Sentencia del Tribunal Interamericano; y, consecuentemente, la jurisprudencia nacional constituye al día de hoy un obstáculo real y potencial para la investigación de los hechos, juzgamiento y eventual sanción de los responsables, cuestión que genera una situación jurídica contraria a lo previsto en la Sentencia del *Caso Gelman*, al establecer que “las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo”.²³ Sobre el particular, incluso, el propio Estado “reconoce que el reciente fallo del máximo órgano del Poder Judicial podría generar dificultades a los pronunciamientos judiciales vinculados a las causas por violaciones a los derechos humanos ocurridos en el pasado”.²⁴ (Subrayado nuestro).

²³ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 254.

²⁴ Informe CDH-12.607/176 suscrito por el Agente de la República Oriental del Uruguay, en relación al escrito presentado por CEJIL relativo a la presentación de la copia de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de Uruguay de 22 de febrero de 2013. En el mismo informe, se señala que “El caso planteado ante la Suprema Corte de Justicia y donde recayera la sentencia que se menciona no refiere concretamente al caso *Gelman* sino a otro juicio pero en el cual también se investigan hechos ocurridos en igual periodo dictatorial. Si bien, por lo dicho, en cuanto al alcance al caso particular de la decisión de la SCJ no afectaría la causa *Gelman*, es dable señalar que existen en este mismo momento otros numerosos casos presentados ante la Suprema Corte de Justicia, los que tratan también de denuncias de hechos ocurridos durante el periodo dictatorial, a la espera de pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia por iguales cuestionamientos en relación a la constitucionalidad de la ley 18.831” (Subrayado nuestro).

18. Por otra parte, la incidencia del fallo de la Suprema Corte de Justicia uruguayo también se advierte hacia el derecho de las víctimas de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay, más allá de las víctimas concretas del *Caso Gelman*. En efecto, no debe pasar inadvertido que en la Sentencia del *Caso Gelman* se declaró “sin efectos” la Ley de Caducidad. Lo anterior implica que al carecer de efectos jurídicos esa norma general, consecuentemente tiene incidencia en otros casos donde sea aplicada o pueda tener efectos. En la Sentencia del *Caso Gelman* así se consideró, al señalar: “En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga [a la Ley de Caducidad], como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* o cualquier excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo”.²⁵ (Subrayado nuestro).

19. Esta última consideración no sólo involucra a la investigación y eventual sanción de los responsables de las graves violaciones de derechos humanos cometidas a las víctimas del *Caso Gelman*; en efecto, la Corte IDH estableció en la Sentencia que “el Estado deberá asegurar que aquella [Ley de Caducidad], no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay”.²⁶ Esta última parte es clara y se refiere a que no se limita exclusivamente a las víctimas en el caso concreto, sino en general, se entiende referida a cualquier víctima derivada de la aplicación de la Ley de Caducidad al haberse declarado dicha ley “sin efectos”, precisamente para que no vuelva a constituir un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables por las

²⁵ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 254.

²⁶ *Ibidem*, párr. 253.

violaciones graves a los derechos humanos que, como la desaparición forzada de personas, resulta imprescriptible. Lo anterior se corrobora con los párrafos 231 y 232 de la propia Sentencia:

231. La falta de investigación de las graves violaciones de derechos humanos cometidas en este caso, enmarcadas en patrones sistemáticos, revelan un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, establecidas por normas inderogables.²⁷ (Subrayado nuestro).

232. Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Caducidad que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay.²⁸ (Subrayado nuestro).

20. Este criterio establecido con precisión y claridad en la Sentencia no es una novedad en la jurisprudencia interamericana. Así, desde el *Caso Barrios Altos* de 2001, la Corte IDH determinó en el fondo del asunto que en el caso peruano las leyes de amnistía “*carec[ían] de efectos jurídicos y no p[odían] seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos [del] caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni p[odían] tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consa-*

²⁷ “Cfr. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párrs. 93 y 128; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217, párrs. 61 y 197; y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 137”.

²⁸ “Cfr. *Caso Barrios Altos*. Fondo, *supra* nota 288, párr. 44; *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 175, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*, *supra* nota 16, párr. 174”.

grados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.”²⁹ Los alcances generales de esta declaratoria quedaron claros en la resolución de interpretación del mismo caso en donde el Tribunal Interamericano señaló que “*dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía No. 26479 y No. 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos t[enía] efectos generales*”.³⁰ (Subrayado nuestro).

21. En definitiva, a nuestro entender el fallo de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay de 22 de febrero de 2013, si bien parte de la aceptación y obligatoriedad de la Sentencia de la Corte IDH,³¹ por su particular interpretación, consideraciones y efectos que produce, incide de manera directa y potencial en el debido cumplimiento de la Sentencia del *Caso Gelman*, al constituir una interpretación contraria no sólo a la Sentencia internacional que adquirió la autoridad de cosa juzgada, sino en general al Derecho Internacional y, particularmente, al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que podría producir un quebrantamiento al acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, y podría representar un instrumento de perpetuación de la impunidad y el olvido de esos hechos al permitir la prescripción de dichos delitos;³² siendo que las violaciones graves a los derechos humanos, como lo es la desaparición forzada de personas, constituye “por la naturaleza de los derechos lesionados, una violación de una norma *jus cogens*, especialmente grave

²⁹ *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 44.

³⁰ *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párr. 18.

³¹ Expresa la sentencia en uno de sus pasajes: “*Por lo que viene de expresarse, no cabe duda que las sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son actos jurisdiccionales producidos por dicho órgano internacional, cuya jurisdicción y competencia ha sido reconocida expresamente por Uruguay, en el momento del depósito del instrumento de ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se deriva de ello que —en observancia de su obligación internacional— nuestro país, como Estado condenado, debe proceder de buena fe a dar cumplimiento a lo dictaminado por dicha Corte*”. (Sentencia No. 20 de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay, de 22 de febrero de 2013, página 13, segundo párrafo).

³² Cfr. Considerando 103 de la Resolución de cumplimiento de Sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

por haber acontecido como parte de una práctica sistemática de 'terrorismo de Estado' a nivel inter-estatal",³³ y revelan un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado establecidas por normas inderogables.

III. EFICACIA DE LA SENTENCIA INTERAMERICANA Y LA AUTORIDAD DE LA COSA JUZGADA INTERNACIONAL: SU PROYECCIÓN DIRECTA HACIA LAS PARTES (*RES JUDICATA*) E INDIRECTA HACIA LOS ESTADOS PARTES DE LA CONVENCIÓN AMERICANA (*RES INTERPRETATA*)

A) *Eficacia vinculante de la sentencia internacional*

22. De conformidad con los artículos 67 y 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el fallo de la Corte IDH será "definitivo" e "inapelable" y los Estados Partes en la Convención se comprometen a "cumplir la decisión" en todo caso en que sean partes. Estos dispositivos convencionales constituyen el fundamento principal en el marco del Pacto de San José para otorgar a las sentencias del Tribunal Interamericano su carácter "firme" y "con eficacia vinculante" en sus términos, por lo que no procede ningún medio de impugnación³⁴ y, en consecuen-

³³ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 99.

³⁴ Existe una instancia de interpretación de la sentencia, previsto en el artículo 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que pueden presentar las partes dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo. Esta instancia, sin embargo, no constituye propiamente un recurso, ya que sólo tiene como finalidad aclarar el sentido o alcance de la resolución, sin que pueda en modo alguno modificar o cambiar su sustancia. Así lo ha entendido de manera reiterada la Corte IDH. Véase, por ejemplo, la Resolución de 15 de mayo de 2011, *Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*, párrafo 11: "una solicitud de interpretación de sentencia no debe utilizarse como medio de impugnación de la decisión cuya interpretación se requiere. Dicha solicitud tiene como objeto, exclusivamente, determinar el sentido de un fallo cuando alguna de las partes sostiene que el texto de sus puntos resolutivos o de sus consideraciones carece de claridad o precisión, siempre y cuando esas consideraciones incidan en dicha parte resolutive. Por lo tanto, no se puede pedir la modificación o anulación de la sentencia respectiva a través de una solicitud de interpretación".

cia, no pueden ser revisadas en el ámbito nacional por ninguna autoridad.³⁵

23. La "eficacia vinculante" de las sentencias se corrobora, además, con el Artículo 68.2 del propio Pacto de San José, al señalar que la indemnización compensatoria "podrá ejecutarse en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado". Y también del Artículo 65, *in fine*, de la misma Convención,³⁶ que señala la posibilidad de la Corte IDH de someter a la consideración de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, dentro de su informe anual las recomendaciones pertinentes cuando "un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos". Es decir, en todo caso existe la obligación de los Estados de cumplir con el fallo internacional de manera directa, pronta, íntegra y efectiva, siendo la propia Convención Americana la que establece garantías para lograr su cumplimiento; en primer término, la posibilidad de que la Corte IDH supervise dicho cumplimiento derivada de su facultad jurisdiccional y, eventualmente, prevé la posibilidad del propio Tribunal Interamericano para someter a una instancia política el incumplimiento;³⁷ sin que ello signifique que la Corte IDH deje de conocer de la supervisión de cumplimiento respectivo, por lo que "podrá seguir requiriendo al Estado que presente información relativa al cumplimiento de la Sentencia respectiva cuando lo considere pertinente".³⁸

³⁵ Artículo 31.3 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

³⁶ En el mismo sentido se prevé esta posibilidad en el artículo 30 del Estatuto de la Corte Interamericana.

³⁷ En el último informe de labores del Presidente de la Corte Interamericana correspondiente al año 2012, página 68, precisamente se hace del conocimiento de la Asamblea General de la OEA que: "La Corte Interamericana con fecha 23 de noviembre de 2012 emitió una resolución en donde estableció la negativa de Venezuela a dar cumplimiento a la sentencia de fecha 5 de agosto de 2008 en el caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*. De conformidad con el artículo 65 de la Convención Americana, la Corte informa a la Asamblea General de la OEA que Venezuela, no ha dado cumplimiento a la sentencia mencionada, por lo que solicita que inste a dicho Estado a cumplir con la sentencia de la Corte".

³⁸ Supervisión de cumplimiento de sentencia. *Caso Apitz Barbera y Otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Resolución de 23 de noviembre de 2012, Considerando 48.

24. Como se enfatiza en la Resolución de supervisión de cumplimiento de Sentencia a que se refiere el presente voto razonado, la obligación de acatar el fallo de la Corte IDH de conformidad con las disposiciones convencionales anteriores, derivan del principio básico sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldada ampliamente por la jurisprudencia internacional, que implica el cumplimiento de buena fe de los instrumentos internacionales (*pacta sunt servanda*), sin que puedan invocarse razones de orden interno —incluso una norma constitucional o decisión judicial— para dejar de asumir la responsabilidad internacional en términos de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Desde hace tiempo la Corte IDH así lo ha considerado, al establecer que:

Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia [Caso de las Comunidades Greco-Búlgaras (1930), Serie B, No. 17, pág. 32; Caso de Nacionales Polacos de Danzig (1931), Series A/B, No. 44, pág. 24; Caso de las Zonas Libres (1932), Series A/B, No. 46, pág. 167; Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO) (1988), págs. 12, a 31-2, párr. 47]. Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.³⁹

25. Una vez que la sentencia interamericana es notificada a las partes de conformidad con el artículo 69 del

³⁹ Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Serie A No. 14, párr. 35. Asimismo, estas consideraciones han sido reiteradamente señaladas por el Tribunal Interamericano en casos contenciosos.

mismo Pacto, produce la “eficacia de la sentencia” y, por consecuencia, nace la obligación internacional del Estado que participó en el proceso internacional —donde tuvo la oportunidad procesal para su adecuada defensa—, de “cumplir la decisión de la Corte” de manera pronta, íntegra y efectiva, dentro de los plazos señalados en el propio fallo. La obligación internacional de cumplir con “la decisión” comprende al Estado en su conjunto, es decir, a todos los poderes, órganos y autoridades nacionales.⁴⁰

B) *Autoridad de la cosa juzgada internacional de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (formal y material)*

26. La “cosa juzgada” constituye una institución procesal que consiste en “la autoridad y eficacia que adquiere la sentencia judicial cuando no proceden contra ella recursos ni otros medios de impugnación, y cuyos atributos son la coercibilidad, la inmutabilidad y la irrevisibilidad en otro proceso posterior”.⁴¹

27. En el ámbito del derecho internacional público, desde la más temprana jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional, así como de la Corte Internacional de Justicia, se ha establecido que las decisiones de organismos de carácter jurisdiccional adquieren la fuerza de *cosa juzgada* y conllevan la obligación de ser cumplidas.⁴² Asimismo, en su momento, se determinó que se-

⁴⁰ Cfr. *Caso Albán Cornejo y otros. vs. Ecuador. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución 5 de Febrero de 2013, párr. 5; *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de 17 de noviembre de 1999, Considerando tercero; y *Caso Barrios Altos vs. Perú, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte de 7 de septiembre de 2012, Considerando cuarto.

⁴¹ COUTURE, Eduardo J., voz “cosa juzgada”, en *Vocabulario Jurídico, Español y Latín, con traducción de vocablos al francés, italiano, portugués, inglés y alemán*, 4a. ed., corregida, actualizada y ampliada por Ángel LANDONI SOSA, Julio César FAIRA-EDITOR, Montevideo, 2010, pp. 211 y 212.

⁴² Cfr. International Court of Justice, *Corfu Channel case* (preliminary objection), 1948, p. 28; International Court of Justice, *Corfu Channel case* (compensation), 1949, p. 248; y *Nottebohm case* (preliminary objection), 1953, p. 123.

ría imposible atribuir facultad a una corte nacional de invalidar una decisión de una corte internacional y de negar la existencia de una violación al derecho internacional ya declarada a nivel internacional en un caso concreto.⁴³

28. En el ámbito interamericano la sentencia de la Corte IDH produce “autoridad de cosa juzgada internacional”. Esto implica que una vez que la sentencia interamericana es notificada a las partes, produce una eficacia vinculante y directa hacia las mismas. En el supuesto de una sentencia estimatoria de condena a un Estado, todos los poderes, órganos y autoridades del Estado condenado están obligados a cumplir con la sentencia, sin que se requiera algún procedimiento o interpretación interno o nacional para ello.

29. Así, las sentencias de la Corte IDH adquieren la “autoridad de cosa juzgada internacional” debido al carácter “inimpugnable” del fallo que establece el artículo 67 del Pacto de San José; es decir, al no ser sujeta a revisión posible por no preverse ningún medio de impugnación, lo que le da “firmeza” a la sentencia, como acto jurisdiccional que pone fin al proceso internacional —no así al procedimiento que continúa la supervisión de la sentencia que deriva de la actividad jurisdiccional del Tribunal Interamericano hasta que se cumple de manera íntegra con la misma—.

30. Ahora bien, al producirse la “autoridad de la cosa juzgada internacional” (producto de la firmeza del fallo) deviene la “inmutabilidad” de la sentencia dictada por la Corte IDH, en tanto acto procesal y en cuanto a su contenido o substancia y sobre todos sus efectos. Así, la cosa juzgada internacional (formal y material) implica que ningún otro tribunal internacional o nacional —incluso la propia Corte IDH— en otro juicio posterior, puede volver a pronunciarse sobre el objeto del proceso. Esta institución

⁴³ Cfr. Permanent Court of Justice, *The Factory At Chorzow* (Claim for Indemnity) (The Merits), p. 84.

descansa en los principios generales del derecho de seguridad jurídica y de paz social, al permitir certeza a las partes —y a la sociedad en su conjunto—, al evitar que el conflicto se prolongue indefinidamente, elementos contenidos en los artículos 67 y 68 del Pacto de San José para coadyuvar al establecimiento de un orden público interamericano.

C) Eficacia de la sentencia interamericana como “cosa juzgada” (*res judicata*) con efectos *inter partes* y como “norma convencional interpretada” (*res interpretata*) con efectos *erga omnes*

31. La sentencia interamericana, en tanto adquiere la autoridad de la cosa juzgada internacional, despliega los contenidos y efectos de la sentencia en dos dimensiones: a) de manera subjetiva y directa hacia las partes en la controversia internacional; y b) de manera objetiva e indirecta hacia todos los Estados Parte en la Convención Americana.

32. En el primer supuesto se produce una eficacia *inter partes*, que consiste en la obligación del Estado de cumplir con todo lo establecido en la sentencia interamericana de manera pronta, íntegra y efectiva. Existe una vinculación total y absoluta de los contenidos y efectos del fallo, que se deriva como obligación de los artículos 67 y 68.1 de la Convención Americana.

33. En el segundo se produce una eficacia *erga omnes* hacia todos los Estados Parte de la Convención, en la medida en que todas las autoridades nacionales quedan vinculados a la efectividad convencional y, consecuentemente, al criterio interpretativo establecido por la Corte IDH, en tanto estándar mínimo de efectividad de la norma convencional, derivada de la obligación de los Estados de respeto, garantía y adecuación (normativa e interpretativa) que establecen los artículos 1o. y 2o., de la Convención Americana.

na; y de ahí la lógica de que la sentencia sea notificada no sólo “a las partes en el caso” sino también “transmitido a los Estados partes en la Convención” en términos del artículo 69 del Pacto de San José.

C.1) Eficacia subjetiva de la sentencia interamericana como “cosa juzgada internacional”: la vinculación directa “inter partes” implica la obligación del Estado de cumplir con la totalidad de la sentencia y no sólo con la parte dispositiva o resolutive

34. La eficacia vinculante de la sentencia que establece responsabilidad internacional a un Estado que fue parte material de la controversia, y en la que tuvo la oportuna y adecuada defensa en juicio, no sólo se proyecta hacia la parte “resolutiva” o “dispositiva” del fallo, sino que alcanzan los razonamientos, argumentos y consideraciones que fundamentan y dan sentido a la decisión. Sólo así se podría entender la buena fe del Estado de cumplir con lo que previamente y en uso de su soberanía se comprometió, esto es, a “cumplir la decisión de la Corte en todo caso” en que sea parte (artículo 68.1 de la Convención Americana); toda vez que no puede desvincularse la parte “dispositiva” o “resolutiva” de la “parte considerativa”, al implicar la sentencia un acto jurisdiccional que involucra, en general, “la decisión” como acto jurisdiccional decisorio.

35. La propia Convención Americana establece la obligación para la Corte IDH de “motivar” su fallo (Artículo 66), y es ahí donde se encuentran los “fundamentos de la sentencia”; es decir, el “conjunto de motivos, razones o argumentos de hecho y especialmente de derecho en que se apoya una decisión judicial”.⁴⁴ Constituyen las consideraciones jurídicas, de hecho y de derecho, aplicables al

⁴⁴ COUTURE, Eduardo J., voz “fundamentos de la sentencia”, en *Vocabulario Jurídico. Español y latín, con traducción de vocablos al francés, italiano, portugués, inglés y alemán*, 4ta. ed., corregida, actualizada y ampliada por Ángel LANDONI SOSA, Julio César FAIRA-EDITOR, Montevideo, 2010, p. 364.

caso para su resolución. De esta manera, en la motivación se encuentra el *thema decidendum* que se refleja en los dispositivos o resolutivos de la sentencia y, por lo tanto, constituye “la decisión” un acto complejo del acto decisorio del tribunal. Así, las *rationes decidendi* constituyen un elemento fundamental y necesario que debe considerar el Estado que fue “parte material” para cumplir adecuadamente y de manera íntegra con los resolutivos y dispositivos de la sentencia.

36. Lo anterior, incluso, fue motivo de reflexión por parte del Tribunal Interamericano desde los primeros casos que conoció, entendiendo que el alcance respectivo tiene su fundamento en un principio general del derecho procesal. Así, en la resolución de reparaciones y costas, en el *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, se precisó que:

35. Aunque estas obligaciones no quedaron expresamente incorporadas en la parte resolutive de la sentencia sobre el fondo, es un principio del derecho procesal que los fundamentos de una decisión judicial forman parte de la misma. La Corte declara, en consecuencia, que tales obligaciones a cargo de Honduras subsisten hasta su total cumplimiento.⁴⁵ (Subrayado nuestro).

37. Un ejemplo de lo anterior por parte de una Alta Corte nacional, se advierte con motivo del cumplimiento de la sentencia en el *Caso Radilla Pacheco vs. México*.⁴⁶ La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, *motu proprio* y sin que estuviera conociendo de un proceso judicial nacional, en cumplimiento de la sentencia interamericana, consideró que la misma le obliga en sus términos. En ese sentido, además de aceptar el “control de convencionalidad *ex officio*” en un modelo de control difuso de

⁴⁵ *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 35.

⁴⁶ *Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C, No. 209.

constitucionalidad”,⁴⁷ consideró que “las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional cuya jurisdicción ha sido aceptada por el Estado mexicano, son obligatorias para todos los órganos del mismo en sus respectivas competencias, al haber figurado como Estado parte en un litigio concreto. Por tanto, para el Poder Judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve ese litigio”.⁴⁸ Resulta relevante el criterio interpretativo que sobre el particular adoptó la Suprema Corte de Justicia mexicana en la Tesis núm. LXV/2011:⁴⁹

“SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO. El Estado Mexicano ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ello, cuando ha sido parte en una controversia o litigio ante esa jurisdicción, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada, correspondiéndole exclusivamente a ese órgano internacional evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado Mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma Corte o con las reservas y salvedades formuladas por aquél. Por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun como tribunal constitucional, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso. Por tanto, la Suprema Corte no

⁴⁷ En cumplimiento explícito al párrafo 339 de la Sentencia de la Corte IDH en el *Caso Radilla Pacheco vs. México* relativo a la obligación de ejercer “control de convencionalidad *ex officio*”. Cfr. Expediente Varios 912/2010, resuelto por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 14 de julio de 2011, párrs. 22 a 36.

⁴⁸ Expediente Varios 912/2010, resuelto por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 14 de julio de 2011, párr. 19.

⁴⁹ Tesis del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aprobada el 28 de noviembre de 2011 y publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, diciembre de 2011, tomo 1, pág. 556.

puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado Mexicano dichas sentencias constituyen cosa juzgada. Lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos. Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional son obligatorias para todos los órganos del Estado Mexicano, al haber figurado como parte en un litigio concreto, siendo vinculantes para el Poder Judicial no sólo los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en ella”. (Subrayado nuestro).

38. Ahora bien, el alcance de la vinculación de la *ratio decidendi* adquiere mayor certeza cuando en los propios dispositivos del fallo refieren de manera expresa a la parte considerativa que contiene los fundamentos jurídicos para la “decisión”, como suele ser una práctica reiterada por el Tribunal Interamericano y como aconteció en la Sentencia del *Caso Gelman*. En efecto, para los efectos que particularmente interesan, resulta relevante lo previsto en el Resolutivo 11:⁵⁰

“11. El Estado debe garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos, de conformidad con los párrafos 253 y 254 de la Sentencia” (subrayado nuestro):

39. El “Resolutivo 11” hace referencia precisa a una parte medular de la motivación realizada en el epígrafe

⁵⁰ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

“Reparaciones” identificado en los párrafos 253⁵¹ y 254⁵² de la Sentencia; lo cual no implica que sólo a dichas consideraciones argumentativas se deba atender para una comprensión adecuada de los fundamentos jurídicos sobre la cuestión decidida, sino en general a las *rationes decidendi* sobre el *thema decidendum* que se contienen a lo largo del acto decisorio; es decir, se extienden al conjunto de razonamientos contenidos en la totalidad del fallo que sirvieron al Tribunal Interamericano para decidir sobre la cuestión planteada y debatida en el proceso internacional.

40. De ahí que la motivación que contiene el conjunto de razones y fundamentos de hecho y de derecho plasmadas en la sentencia interamericana, generan la certeza específica para cumplir con lo dispuesto por el Tribunal Interamericano en la Sentencia y, consecuentemente, para cumplir con la Convención Americana en términos del artículo 68.1.

41. En el caso particular, esta certeza sobre lo previsto en el “Resolutivo 11” de la Sentencia, refiere a las consideraciones expuestas a lo largo y que implican la obligación del Estado de “garantizar” que la Ley de Caducidad no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos, identificación y, si procede, sanción de los responsables de las víctimas del *Caso Gelman y de otros casos*

⁵¹ “Para ello, dado que la Ley de Caducidad carece de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, el Estado deberá asegurar que aquélla no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay”. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 253.

⁵² “En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* o cualquier excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo”. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 254.

de violaciones graves de derechos humanos acontecidos en Uruguay en el período de la dictadura militar, al carecer de efectos jurídicos dicha norma general por contravenir el Pacto de San José y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, resultando imprescriptibles dichas conductas por estar amparadas en normas de *jus cogens* y por tratarse la desaparición forzada de personas de un delito continuado o permanente;⁵³ cuestiones abordadas en otras partes del fallo y específicamente en el acápite “VI.3. Derechos a las garantías judiciales y protección judicial en relación con la obligación de respetar los derechos, el deber de adoptar disposiciones en derecho interno y las obligaciones sobre investigación derivadas de la convención interamericana sobre desaparición forzada de personas”, comprendidas en los Considerandos 139 a 246 de la Sentencia. Además de lo previsto en el acápite VII. *Reparaciones*, especialmente los Considerandos 253 y 254 (a que expresamente se refiere el Resolutivo 11 de la Sentencia).

42. Es por ello que en la presente Resolución de supervisión de cumplimiento de la Sentencia, la Corte IDH estimó que “la decisión” que emitió —dictada en un caso contencioso concreto, respecto de un Estado Parte en la Convención y que reconoció expresamente su jurisdicción—,⁵⁴ no se limita en su efecto vinculante a la parte resolutive o dispositiva del fallo “sino que incluye todos los

⁵³ El Considerando 221 de la Sentencia expresamente señala: “La falta de investigación de las graves violaciones de derechos humanos cometidas en este caso, enmarcadas en patrones sistemáticos, revelan un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, establecidas por normas inderogables”. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 221.

⁵⁴ La República Oriental del Uruguay es Estado Parte de la Convención desde el 19 de abril de 1985 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH en esa misma fecha. Asimismo, también es parte en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura desde el 10 de noviembre de 1992; en la Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de Personas desde el 2 de abril de 1996; y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer desde el 2 de abril de 1996. Tratados sobre los cuales se pronunció y tiene competencia la Corte IDH en términos del artículo 62.3 de la Convención Americana.

fundamentos, motivaciones, alcances y efectos” del mismo;⁵⁵ es decir, la sentencia es vinculante para el Estado concernido en su integridad, incluyendo su *ratio decidendi*, toda vez que “la obligación de los Estados Parte de dar pronto cumplimiento a las decisiones de la Corte es parte intrínseca de la obligación de cumplir de buena fe con la Convención Americana y vincula a todos los poderes y órganos estatales”.⁵⁶

C.2) Eficacia objetiva de la sentencia interamericana como “norma convencional interpretada”: la vinculación indirecta “erga omnes” hacia todos los Estados Parte de la Convención Americana implica aplicar el estándar interpretativo mínimo de efectividad de la norma convencional

43. La proyección de la eficacia interpretativa de una sentencia hacia todos los Estados Parte que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y particularmente en aquellos que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH, consiste en la obligación por todas las autoridades nacionales de aplicar no sólo la norma convencional sino la “norma convencional interpretada” (*res interpretata*);⁵⁷ es decir, el criterio interpretativo que como estándar mínimo aplicó el Tribunal Interamericano al Pacto de San José y, en general al *corpus juris* interamericano, materia de su competencia, para resolver la controversia. Y así asegurar la efectividad (mínima) de la norma convencional. Lo anterior, al constituir precisamente el objeto del mandato y competencia del Tribunal Interamericano “la interpreta-

⁵⁵ Considerando 102 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de la Sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

⁵⁶ Considerando 62, *in fine*, de la Resolución de supervisión de cumplimiento de la Sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

⁵⁷ Considerandos 67, 69 y 72 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de la Sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

ción y aplicación” de la Convención Americana”,⁵⁸ y “de otros tratados que le otorguen competencia”.⁵⁹

44. La eficacia interpretativa de la norma convencional debe entenderse como la posibilidad de lograr una efectividad regional estándar mínima de la Convención Americana para ser aplicable por todas las autoridades en el ámbito nacional. Lo anterior se deriva de los artículos 1.1⁶⁰ y 20,⁶¹ del propio Pacto de San José, en virtud de que existe la obligación de los Estados Parte de “respetar” y “garantizar” los derechos y libertades, así como la obligación de “adecuación” —normativa e interpretativa— para lograr la efectividad de los derechos y libertades cuando no estén garantizados. Esta última obligación de los Estados Parte es de singular importancia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y constituye uno de los aspectos fundamentales que lo distingue del Sistema Europeo.⁶²

45. En efecto, el artículo 20., de la Convención Americana, que se inspira en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas de

⁵⁸ Artículos 62.1 y 3 de la Convención Americana y 1º del Estatuto de la Corte Interamericana. aprobado por la Asamblea General de la OEA en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979.

⁵⁹ *Cfr. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1º de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 199.

⁶⁰ “Art. 1. Obligación de Respetar los Derechos. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna o motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

⁶¹ “Art. 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

⁶² La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptada el 4 de noviembre de 1950 por el Consejo de Europa y en vigor desde 1953, no contiene una norma explícita de esta naturaleza.⁴

1966,⁶³ y también recoge el artículo 2o., del Protocolo adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988,⁶⁴ ha sido considerado por la Corte IDH no como una obligación implícita de las de “respeto” y “garantía” previstas en el artículo 1o. de la propia Convención, sino una obligación específica que complementa aquellas. Desde la Opinión Consultiva 7/86, el Tribunal Interamericano consideró que la obligación derivada del artículo 2o del Pacto de San José, constituye una “obligación adicional, que se suma a la impuesta por el artículo 1 de la Convención dirigida a hacer más determinante y cierto el respeto de los derechos y libertades que la Convención reconoce. Por eso es que la obligación que resulta del artículo 2o, complementa, pero de ninguna manera sustituye o suple, a la obligación general y no condicionada que resulta del artículo 1o.”⁶⁵

46. El carácter evolutivo de la jurisprudencia interamericana ha permitido interpretar el contenido obligacional

⁶³ Asamblea General de la ONU, Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, vigente a partir del 23 de marzo de 1976: “Art. 2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

⁶⁴ Suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988: “Art. 2o. *Obligaciones de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno*. Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo las medidas legislativas de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos”.

⁶⁵ Asimismo, se precisa por la Corte IDH que “se propuso la inclusión del actual artículo 2o en el Proyecto de Convención, en las observaciones del Gobierno de Chile al Proyecto de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos: ‘La argumentación de que la inclusión de esta cláusula en la Convención Interamericana podría justificar la alegación de un Estado en el sentido de no estar obligado a respetar uno o más derechos no contemplados en su legislación interna, no se sostiene dentro de los términos del proyecto; y menos aún si su alcance queda expresamente establecido durante la Conferencia’ (Actas y Documentos, *supra* 4, pág. 38).” *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-7/86* del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7.

derivado del artículo 2o., de la Convención Americana de “adoptar disposiciones de derecho interno” sean “medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos” los derechos y libertades. Esto ha motivado una jurisprudencia interamericana amplia sobre diversas temáticas;⁶⁶ por ejemplo, pueblos indígenas o tribales,⁶⁷ libertad de expresión y acceso a la información,⁶⁸ derecho del inculcado a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior en materia penal,⁶⁹ pena de muerte,⁷⁰ fuero militar,⁷¹

⁶⁶ Cfr. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Carlos María, “El deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Análisis del artículo 2o de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su impacto en el orden jurídico nacional”, en VON BOGDANDY, Armin, UGARTEMENDIA, Juan Ignacio, SAIZ ARNAIZ, Alejandro, y MORALES-ANTONIAZZI, Mariela (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2012, pp. 299-348.

⁶⁷ *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, No. 79; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005; *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, No. 127; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006; *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C, No. 214; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

⁶⁸ Cfr. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001 Serie C, No. 73; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, No. 135; *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177; *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C, No. 207.

⁶⁹ Cfr. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C, No. 206; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, No. 107.

⁷⁰ Cfr. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C, No. 94; *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C, No. 126; *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, No. 133; *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C, No. 169; *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Septiembre de 2009. Serie C, No. 204.

⁷¹ Cfr. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C, No. 33; *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y

derecho laboral,⁷² estabilidad e inamovilidad de jueces,⁷³ y sobre leyes de amnistía.⁷⁴ En esta última línea jurisprudencial sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistías, como sucedió en la Sentencia del *Caso Gelman*,⁷⁵ expresamente se concluye en el Resolutivo 6 que “El Estado ha incumplido la obligación de adecuar su derecho interno a

Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, No. 52; *Caso Las Palmeras vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C, No. 90; *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C, No. 209; *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, No. 215; *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, No. 216; *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, No. 220.

⁷² Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, No. 72; *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, No. 98, párr. 167 y 168; *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C, No. 158.

⁷³ Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C, No. 182; *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C, No. 197; *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C, No. 227.

⁷⁴ Cfr. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, No. 75; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154; *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, No. 162; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C, No. 219; *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C, No. 221; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C, No. 252.

⁷⁵ La Corte IDH expresamente considera a la Ley de Caducidad como una ley de amnistía. El párr. 240 de la Sentencia señala: “Adicionalmente, al aplicar la Ley de Caducidad (que por sus efectos constituye una ley de amnistía) impidiendo la investigación de los hechos y la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los posibles responsables de violaciones continuadas y permanentes como las desapariciones forzadas, se incumple la obligación de adecuar el derecho interno del Estado, consagrada en el artículo 2 de la Convención Americana”. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C, No. 221, párr. 240.

la Convención Americana” y específicamente dentro de la motivación, se expresa:⁷⁶

“En particular, debido a la interpretación y a la aplicación que se ha dado a la Ley de Caducidad, la cual carece de efectos jurídicos respecto de graves violaciones de derechos humanos en los términos antes indicados (*supra* párr. 232), ha incumplido su obligación de adecuar su derecho interno a la Convención, contenida en el artículo 2 de la misma, en relación con los artículos 8.1, 25 y 1.1 del mismo tratado y los artículos I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”. (Subrayado nuestro).

47. Así, la expresión “o de otro carácter” contenida la obligación convencional del artículo 2o., implica cualquier medida en la que se incluyen, evidentemente, las “interpretaciones” que las autoridades y especialmente los jueces realizan al Pacto de San José para “hacer efectivos” los derechos y libertades del Pacto, que están obligados a respetar y garantizar en términos del artículo 1.1 de la Convención. En el *Caso La Cantuta vs. Perú* se estableció:

“Ciertamente el artículo 2 de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta. Por ello, la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación, la derogación, o de algún modo

⁷⁶ *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C, No. 221, párr. 243.

anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda."⁷⁷ (Subrayado nuestro).

48. Lo anterior es relevante para advertir que si una interpretación constitucional o legal en el ámbito interno no se ajusta al estándar interpretativo establecido por la Corte IDH para otorgar un mínimo de efectividad a la Convención Americana, existe un incumplimiento de la obligación de "adecuación" previsto en el artículo 2º del Pacto de San José, es decir, al existir una inadecuada actuación interna con la Convención; en cuanto limita la efectividad de la norma convencional al realizar una interpretación de menores alcances a la realizada por el Tribunal Interamericano, lo cual, además, prohíbe su artículo 29, al permitir que una práctica nacional limite los alcances de la norma convencional en perjuicio de la efectividad de un derecho o libertad. Como lo ha expresado la Corte IDH "la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención".⁷⁸

49. La Corte IDH ha señalado que el deber general del Estado, establecido en el artículo 2º de la Convención, incluye la adopción de medidas para *suprimir* las *normas y prácticas de cualquier naturaleza* que impliquen una violación a los derechos previstas en dicho instrumento internacional, así como la *expedición de normas y el desarrollo de prácti-*

⁷⁷ *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, No. 162, párr. 172.

⁷⁸ *Cfr. Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 338. En el mismo sentido, véanse *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, No. 52, párr. 207; *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 83; y *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154, párr. 118.

cas conducentes a la observancia efectiva de los mismos.⁷⁹ Aquí la observancia de la "efectividad" cobra relevancia en términos del principio del *effet utile* "lo que significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido";⁸⁰ por lo que la Corte IDH ha considerado necesario reafirmar que dicha obligación, por su propia naturaleza, constituye una *obligación de resultado*.⁸¹

50. En este sentido "la obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales no se limita al texto constitucional o legislativo, sino que deberá irradiar a todas las disposiciones jurídicas de carácter reglamentario y traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos".⁸² Así, la observancia a lo dispuesto en el artículo 2º., del Pacto de San José trasciende el ámbito meramente legislativo, pudiendo y debiendo las autoridades administrativas y especialmente los jueces nacionales en todos los niveles, realizar interpretaciones que no limiten el estándar interpretativo establecido por la Corte IDH precisamente para lograr la efectividad mínima de la Convención Americana, que los Estados se comprometieron a aplicar.

51. De ahí que la Corte IDH ha entendido que tiene dentro de sus competencias la posibilidad de supervisar un "adecuado control de convencionalidad" sobre la interpretación que realiza una alta jurisdicción nacional, como lo hizo en la Sentencia del *Caso Gelman*. En efecto, el Tribunal Interamericano estimó que la Suprema Corte de Justicia del Uruguay en el *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet* de

⁷⁹ *Cfr. Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 137.

⁸⁰ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C, No. 125, párr. 101.

⁸¹ *Cfr. Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C No. 123, párr. 93.

⁸² *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 286.

2009⁸³ (criterio reiterado por lo menos en dos casos posteriores),⁸⁴ había realizado “un adecuado control de convencionalidad” respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que:

“el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general, ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”.⁸⁵

52. En todo caso las autoridades nacionales pueden válidamente ampliar la eficacia de la norma convencional a través de la interpretación más favorable en aplicación del principio *pro personae*, que además obliga al Estado debido a lo previsto en el artículo 29.b) del Pacto de San

⁸³ Sentencia No. 365 de 19 de Octubre de 2009. Caso “Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela —Denuncia de Excepción de Inconstitucionalidad”.

⁸⁴ Por medio del mecanismo de “resolución anticipada” el criterio se reiteró en la causa “Organización de los Derechos Humanos” de 29 de octubre de 2010 y en la causa “fusilados de Soca” de 10 de febrero de 2011. *Cfr.* Considerando 38 y nota 14 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto concurrente razonado.

⁸⁵ *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C, No. 239. En la nota al pie 298 del propio fallo, se sostiene lo siguiente:

“Suprema Corte de Justicia del Uruguay, *Caso de Nibia Sabalsagaray Curutchet*, *supra* nota 163:

[...] la ratificación popular que tuvo lugar en el recurso de referéndum promovido contra la ley en 1989 no proyecta consecuencia relevante alguna con relación al análisis de constitucionalidad que se debe realizar [...]

Por otra parte, el ejercicio directo de la soberanía popular por la vía del referéndum derogatorio de las leyes sancionadas por el Poder Legislativo sólo tiene el referido alcance eventualmente abrogatorio, pero el rechazo de la derogación por parte de la ciudadanía no extiende su eficacia al punto de otorgar una cobertura de constitucionalidad a una norma legal viciada “ab origine” por transgredir normas o principios consagrados o reconocidos por la Carta. Como sostiene Luigi Ferrajoli, las normas constitucionales que establecen los principios y derechos fundamentales garantizan la dimensión material de la “democracia sustancial”, que alude a aquello que no puede ser decidido o que debe ser decidido por la mayoría, vinculando la legislación, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y a los otros principios axiológicos establecidos por ella [...] El mencionado autor califica como una falacia metajurídica la confusión que existe entre el paradigma del Estado de Derecho y el de la democracia política, según la cual una norma es legítima solamente si es querida por la mayoría [...].”

José, en la medida en que ninguna disposición de esta Convención puede ser interpretado en el sentido de que “límite el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

53. Lo anterior es de importancia para comprender que la eficacia interpretativa de la norma convencional, al constituir un estándar mínimo regional de aplicabilidad nacional *constituye una pauta hermenéutica fundamental e imprescindible de mínimos en materia de derechos humanos*; de tal manera que pueden las autoridades nacionales (administrativas, legislativas o jurisdiccionales) de cualquier nivel (municipal, regional, estadual, federal o nacional) de los Estados Parte de la Convención, eventualmente apartarse del criterio interpretativo de la Corte IDH cuando se realice de manera razonada y fundada una interpretación que permita lograr un mayor grado de efectividad de la norma convencional a través de una interpretación más favorable de la “jurisprudencia interamericana” sobre el derecho humano en cuestión.

54. La eficacia interpretativa de la jurisprudencia interamericana (*res interpretata*) deriva directamente de la obligación de los Estados Parte de la Convención del respeto, garantía y adecuación (normativa/interpretativa) a que se refieren los artículos 1o y 2o del propio Pacto, teniendo en consideración que, conforme a la propia Convención Americana, la “Corte [Interamericana] tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido”⁸⁶ y “dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” cuando de-

⁸⁶ Artículo 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cual se corrobora con el propio Artículo 62.1 y el Artículo 33.b) del mismo Pacto de San José; además de los Artículos 1o y 2.1 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, este último instrumento internacional aprobado por la Asamblea General de la OEA.

cida que hubo violación de los mismos.⁸⁷ Así, la aplicación nacional del estándar interpretativo interamericano asegura el mínimo de efectividad de la norma convencional.

55. En otras palabras, la eficacia interpretativa de la jurisprudencia interamericana hacia todos los Estados Parte de la Convención Americana deriva de la misma eficacia jurídica de este instrumento internacional, al desplegar sus efectos en un Estado por el sólo hecho de ser Parte del mismo;⁸⁸ y, consecuentemente, para cumplir con su obligación convencional de respeto, garantía y adecuación (normativa/interpretativa) a que se refieren los artículos 1o. y 2o. se requiere una efectividad mínima de la propia Convención Americana, que sólo podría lograrse con la adecuación interpretativa mínima que las autoridades nacionales realicen de la norma convencional a la luz de la jurisprudencia interamericana. Lo anterior, debido a que es el propio Pacto de San José el que establece como único órgano competente de naturaleza “jurisdiccional” para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Parte de la Convención Americana, con competencia para “interpretar” y “aplicar” la Convención,⁸⁹ y en caso de existir una violación garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcado; es decir, la jurisprudencia de la Corte IDH condiciona el mínimo de efectividad de la norma convencional que deben aplicar las autoridades nacionales del Estado Parte para poder cumplir con sus obligaciones convencionales que derivan de los artículos 1o y 2o del Pacto de San José, relacionado también con el principio

⁸⁷ Artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁸⁸ Como se desprende de los Considerandos 69, 71 y 72 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de la Sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

⁸⁹ Sin menoscabo de las importantes atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como uno de los dos órganos de protección del Sistema Interamericano, si bien su función principal es la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, en términos del artículo 41 del propio Pacto de San José.

pro personae contenido en el artículo 29 de la propia Convención Americana.

56. Así, en la Resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia en el *Caso Gelman*, a que se refiere el presente voto razonado, se explicita la obligación de los Estados Parte de la Convención Americana sobre la vinculación de la “norma convencional interpretada” (*res interpretata*) como una de las manifestaciones en que puede desplegarse el “control de convencionalidad” en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte material en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia interamericana.⁹⁰ En ese sentido “por el solo hecho de ser parte en la Convención Americana, toda autoridad pública y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana”.⁹¹

57. En el *Caso Gelman* no estamos en esta situación, debido a que al existir sentencia internacional con carácter de autoridad de cosa juzgada, produce una vinculación total y absoluta a la Sentencia, por lo que todas las autoridades del Estado uruguayo —incluyendo a sus jueces en todos los niveles— deben aplicar de manera “directa” los

⁹⁰ Cfr. Considerandos 67, 69 y 72 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de la Sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

⁹¹ Considerando 69 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de la Sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

contenidos, fundamentos y efectos de la Sentencia (véase *supra* párrs. 34 a 42); siendo el “control de convencionalidad” un instrumento útil, efectivo y necesario para lograrlo y de ahí la relación existente entre esta institución con la autoridad de la “cosa juzgada internacional” (véase *infra* párrs. 80 a 100).

58. Sobre la eficacia de la jurisprudencia interamericana, fueron motivo de reflexiones en el voto razonado que emitimos a una sentencia derivada de un caso contencioso anterior:⁹²

51. El juez nacional, por consiguiente, debe aplicar la jurisprudencia convencional incluso la que se crea en aquellos asuntos donde no sea parte el Estado nacional al que pertenece, ya que lo que define la integración de la jurisprudencia de la Corte IDH es la interpretación que ese Tribunal Interamericano realiza del *corpus juris interamericano* con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad.⁹³ Lo anterior lo consideramos de la mayor importancia para el sano entendimiento del “control difuso de convencionalidad”, pues pretender reducir la obligatoriedad de la jurisprudencia convencional sólo a los casos donde el Estado ha sido “parte material”, equivaldría a nulificar la esencia misma de la propia Convención Americana, cuyos compromisos asumieron los Estados nacionales al haberla suscrito y ratificado o adherido a la misma, y cuyo incumplimiento produce responsabilidad internacional.

52. Así, la “fuerza normativa” de la Convención Americana alcanza a la interpretación que de la misma realice la Corte IDH, como “intérprete última” de dicho Pacto en

⁹² Voto razonado emitido en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrs. 51, 52 y 63.

⁹³ De esta manera, por ejemplo, pueden formar parte de su jurisprudencia los estándares establecidos por la Corte Europea de Derechos Humanos, tratados internacionales del sistema universal, las resoluciones de los Comités de Naciones Unidas, las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o incluso los informes de los relatores especiales de la OEA o de Naciones Unidas, entre otros, siempre y cuando la Corte IDH los utilice y los haga suyos para formar su interpretación del *corpus juris interamericano* y crear la norma convencional interpretada como estándar interamericano.

el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. La interpretación emprendida por el Tribunal Interamericano a las disposiciones convencionales *adquiere la misma eficacia que poseen éstas*, ya que en realidad las “normas convencionales” constituyen el resultado de la “interpretación convencional” que emprende la Corte IDH como órgano “judicial autónomo cuyo objetivo es la aplicación e interpretación”⁹⁴ del *corpus juris* interamericano. Dicho en otras palabras, el resultado de la interpretación de la Convención Americana conforma la jurisprudencia de la misma; es decir, “constituyen normas que derivan de la CADH, de lo cual se obtiene que gocen de la misma eficacia (directa) que tiene dicho tratado internacional”.

63. No pasa inadvertido que el artículo 68.1 establece que los Estados parte del Pacto de San José “se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Lo anterior no puede ser limitante para que la jurisprudencia de la Corte IDH adquiera “eficacia directa” en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como “parte material”, ya que al ser la Corte IDH el órgano jurisdiccional internacional del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, cuya función esencial es la aplicación e interpretación de la Convención Americana, *sus interpretaciones adquieren el mismo grado de eficacia del texto convencional*. En otras palabras, la norma convencional que deben aplicar los Estados es el resultado de la interpretación de las disposiciones del Pacto de San José (y sus protocolos adicionales, así como otros instrumentos internacionales). Las interpretaciones que realiza la Corte IDH se proyectan hacia dos dimensiones: (i) en lograr su eficacia en el caso particular *con efectos subjetivos*, y (ii) en establecer la eficacia general *con efectos de norma interpretada*. De ahí la lógica y necesidad de que el fallo, además de notificarse al Estado parte en la controversia particular, deba también ser “transmitido a los Estados parte de la Convención”,⁹⁵ para que tengan pleno conocimiento del contenido normativo convencional deri-

⁹⁴ Artículo 1o. del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por resolución núm. 448 de la Asamblea General de la OEA, en la Paz, Bolivia (octubre de 1979).

⁹⁵ Artículo 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

vado de la interpretación de la Corte IDH, en su calidad de “intérprete última” del *corpus juris* interamericano.

59. En ese sentido, un tema sobre el cual seguramente el Tribunal Interamericano tendrá en el futuro que reflexionar consiste en determinar si la “norma interpretada” alcanza eficacia *erga omnes* más allá de los “casos contenciosos” donde se produce la autoridad de la cosa juzgada; por ejemplo, en las “opiniones consultivas” donde no realiza una función “jurisdiccional” en sentido estricto, emitiendo una opinión interpretativa de la norma convencional, de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos o incluso sobre la compatibilidad de leyes internas con aquéllos;⁹⁶ con una amplia participación de todos los Estados de la OEA (y no sólo de la Convención Americana), incluso, con la posibilidad de realizar audiencias públicas, recibir *amici curiae* y aplicar por analogía las disposiciones del procedimiento escrito en casos contenciosos en lo que sean aplicables.⁹⁷

60. Por otra parte, no debe perderse de vista que la eficacia interpretativa de la norma convencional ha sido resaltada desde hace tiempo por la doctrina europea con la denominación de “cosa interpretada” o *chose interprétée*, que en términos generales alude a la eficacia *erga omnes* que producen las sentencias del Tribunal de Estrasburgo hacia todos los Estados Parte en la Convención Europea que no intervinieron en el proceso internacional, en la medida en que el criterio interpretativo, como lo ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos “sirve no sólo para decidir sobre los casos que conoce el Tribunal sino en general, para aclarar, proteger y desarrollar las normas previstas en la Convención” (*Caso Irlanda contra el Reino Unido*, de 18 de enero de 1978).⁹⁸

⁹⁶ Cfr: Artículos 64 de la Convención Americana y 70 a 73 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁹⁷ Cfr: Artículos 73 y 74 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁹⁸ En esta conocida sentencia se establece (§ 154): “Nevertheless, the Court considers that the responsibilities assigned to it within the framework of the sys-

61. Este “principio de solidaridad” —en los términos empleados por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa— que se ha venido consolidando en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, fue incluso reconocido por aquel órgano en su importante resolución 1226 de 28 de septiembre de 2000 sobre la “Ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”:⁹⁹

3. El principio de solidaridad implica que la jurisprudencia de la Corte [Europea de Derechos Humanos] forma parte de la Convención, extendiendo así la fuerza legalmente vinculante de la Convención erga omnes (a todas las otras Partes). Esto significa que los Estados Parte no sólo deben ejecutar las sentencias de la Corte pronunciadas en casos en que son parte, sino también deben tomar en consideración las posibles implicaciones que las sentencias pronunciadas en otros casos puedan tener en sus propios ordenamientos jurídicos y prácticas legales. (Subrayado nuestro).

tem under the Convention extend to pronouncing on the non-contested allegations of violation of Article 3 (art. 3). The Court's judgments in fact serve not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties (Article 19)” (Subrayado nuestro). Asimismo, véase la sentencia en el *Caso Opuz contra Turquía* de 2009 (§ 163): “...gardant à l'esprit qu'elle a pour tâche de donner une interprétation authentique et définitive des droits et libertés énumérés dans le titre I de la Convention, la Cour doit déterminer si les autorités nationales ont dûment pris en compte des principes découlant des arrêts qu'elle a rendus sur des questions similaires, y compris dans des affaires concernant d'autres États”. También véase la sentencia en el *Caso Rantsev contra Chipre y Rusia* (párr. 197): “Les arrêts de la Cour servent en effet non seulement à statuer sur les affaires dont elle est saisie, mais plus généralement à clarifier, sauvegarder et étoffer les normes de la Convention, contribuant ainsi au respect par les États des engagements pris par eux en leur qualité de Parties contractantes” (§ 197).

⁹⁹ Nota 38 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de la Sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado. El texto original puede verse en <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=16834&Language=EN> “Execution of judgments of the European Court of Human Rights”: “[...] (“3. The principle of solidarity implies that the case-law of the Court forms part of the Convention, thus extending the legally binding force of the Convention erga omnes (to all the other parties). This means that the states parties not only have to execute the judgments of the Court pronounced in cases to which they are party, but also have to take into consideration the possible implications which judgments pronounced in other cases may have for their own legal system and legal practice”).

62. El “principio de solidaridad”, conjuntamente con la consolidada doctrina jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo sobre la vinculación a sus propios precedentes (por ejemplo, véase el *Caso Mamatkoulov y Askarov contra Turquía*),¹⁰⁰ ha ido progresivamente generando convicción y práctica de los propios Estados sometidos a la jurisdicción del Tribunal a la hora de considerar obligatoria su jurisprudencia como parte de las obligaciones convencionales.

63. Incluso, el propio Tribunal de Estrasburgo se ha referido a la Convención Europea de Derechos Humanos como un *instrument constitutionnel de l'ordre public européen*.¹⁰¹ De ahí que se hable —cada vez con mayor frecuencia— en el seno de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de la autoridad interpretativa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos;¹⁰² incluso como una necesidad apremiante ante el incremento del número de casos desde que existe acceso directo al Tribunal de Estrasburgo al desaparecer la Comisión por el Protocolo II del Convenio Europeo.

64. En este sentido, cabe destacar el reciente voto concurrente del Juez Paulo Pinto de Albuquerque de Portugal, en el *Caso Fabris contra Francia* de febrero de 2013, donde

¹⁰⁰ De febrero de 2005, § 121: “121. Sans que la Cour soit formellement tenue de suivre ses arrêts antérieurs, il est dans l'intérêt de la sécurité juridique et de la prévisibilité qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable de ses propres précédents (voir, par exemple, *mutatis mutandis*, *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], no 27238/95, § 70, CEDH 2001-I, et *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], no 28957/95, § 74, CEDH 2002-VI). Cependant, il est d'une importance cruciale que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives et non pas théoriques et illusoirs. En outre, elle est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions actuelles (voir, par exemple, *Tyrer c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 avril 1978, série A no 26, pp. 15-16, § 31, et *Christine Goodwin*, précité, § 75)”.

¹⁰¹ *Cfr. Caso Loizidou contra Turquía, Grand Chambe*, 23 de marzo de 1995, excepciones preliminares, § 75.

¹⁰² Por ejemplo, *cfr. Committee on Legal Affairs and Human Rights. Contribution to the Conference on the Principle of Subsidiarity, Skopje, 1-2 October 2010*: “Strengthening Subsidiarity: Integrating the Strasbourg Court's Case law into National Law and Judicial Practice”. Puede consultarse en www.assembly.coe.int/.../2010/20101125_skopje.pdf

reflexiona sobre *L'effet direct et erga omnes des arrêts de la Cour*:¹⁰³

El efecto directo y *erga omnes* de las sentencias de la Corte. A primera vista, el Convenio establece que los efectos de las sentencias de la Corte se limitan a las partes en el caso, es decir, al solicitante (s) y al Estado o a los Estados demandados. Esta primera lectura es engañosa, y requiere de una correcta interpretación del artículo 46 leído conjuntamente con el artículo 1. A la luz de esas disposiciones, leídas conjuntamente, las sentencias de la Corte tienen un efecto directo y *erga omnes*.

65. En una de sus notas al pie de página del referido voto, se hace referencia a una cita del antiguo presidente del Tribunal de Estrasburgo, que señala que “la autoridad de la cosa interpretada por la Corte va más allá de la *res judicata* en sentido estricto”.¹⁰⁴ Expresión sobre la “cosa interpretada” que el Tribunal de Estrasburgo en 2010 recoge en la sentencia del *Caso Taxquet contra Bélgica* citando a la *Cour de Cassation* belga.¹⁰⁵

66. No debe pasar inadvertido que en el Sistema Interamericano existe una obligación no prevista explícitamente en la Convención de Roma —claramente identificable en el Pacto de San José— como es la necesidad de “adoptar disposiciones de derecho interno” (medidas legislativas o de otro carácter) para lograr la efectividad de los derechos y libertades, que establece el artículo 2o de la Convención Americana en los términos analizados (véase *supra* párrs. 44-50).

¹⁰³ Grande Chambre, *Affaire Fabris c. France* (Requête no 16574/08), Sentencia de fondo, 7 de febrero de 2013, p. 28.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 29, nota al pie de página 6: “...L'autorité de la chose interprétée par la Cour va au-delà de la *res judicata* au sens strict. Une telle évolution ira de pair avec l'« effet direct » de la Convention en droit interne et avec son appropriation par les Etats. » Cette idée, inscrite au point 4 c) de la Déclaration d'Interlaken, constitue la pratique des Etats parties (Avis de la Commission de Venise, précité, § 32)” (Subrayado nuestro).

¹⁰⁵ Grande Chambre, *Affaire Taxquet c. Belgique* (Requête no 926/05), Sentencia de 16 de noviembre de 2010, § 33.

C.3) *Diferencia en los alcances y grado de vinculación entre la eficacia subjetiva de la sentencia “inter partes” y la eficacia objetiva de la sentencia “erga omnes”*

67. En los epígrafes anteriores se analizó la eficacia de la sentencia en dos dimensiones: hacia las partes que intervinieron en el proceso internacional (*res judicata*); y hacia todos los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*). En ambos casos se produce una “eficacia vinculante” si bien difieren cualitativamente.

68. Cuando existe una sentencia interamericana que involucra la responsabilidad internacional de un Estado en concreto, se produce una eficacia vinculante directa, completa y absoluta por parte de las autoridades nacionales de cumplir en sus términos con el fallo, incluyendo las *rationes decidendi* (véase *supra* párrs. 34-42), debido a lo establecido en los artículos 67 y 68.1 de la Convención Americana y de la “autoridad de cosa juzgada” (material y sustancial) que adquiere la sentencia.

69. En cambio, diversa eficacia de vinculación produce la sentencia interamericana para los demás Estados Parte que no intervinieron en el proceso internacional, al sólo limitarse a la “jurisprudencia interamericana”, es decir, a la “norma convencional interpretada” y no así a la totalidad del fallo. Esta eficacia interpretativa es “relativa”, en la medida en que se produce siempre y cuando no exista una interpretación que otorgue mayor efectividad a la norma convencional en el ámbito nacional. Esto es así, ya que las autoridades nacionales pueden ampliar el estándar interpretativo; incluso, pueden dejar de aplicar la norma convencional cuando exista otra norma nacional o internacional que amplíe la efectividad del derecho o libertad en juego, en términos del artículo 29 de la Convención Americana. Además, deben considerarse las reservas, declaraciones interpretativas y denuncias en cada caso, si bien en esos supuestos la Corte IDH puede, eventualmente, pro-

nunciarse sobre su validez y adecuada interpretación,¹⁰⁶ como lo ha realizado en algunas ocasiones.¹⁰⁷

70. Para el debido cumplimiento de la Sentencia en el *Caso Gelman*, el Tribunal Interamericano consideró necesario explicitar el diverso grado de eficacia que producen las sentencias interamericanas, dependiendo si el Estado Parte de la Convención ha sido parte material en el proceso internacional.¹⁰⁸ Lo anterior es fundamental para distinguir la “eficacia vinculante” que adquiere el fallo para el Estado uruguayo, que comprende la sentencia en su integridad —*res judicata*— (véase *supra* párrs. 34 a 42); de la diversa “eficacia vinculante” indirecta derivada de la misma Sentencia y proyectada hacia todos los Estados Parte de la Convención Americana —*res interpretata*— (véase *supra* párrs. 43 a 66).

71. En la primera no existe posibilidad de interpretación de la norma convencional, en la medida en que todos los órganos, poderes y autoridades del Estado del Uruguay quedan vinculados en su integridad por la Sentencia del *Caso Gelman*, precisamente porque el Estado uruguayo participó en calidad de “parte material” en la controversia internacional. Existe una eficacia vinculante directa, completa y absoluta de la sentencia internacional, incluyendo

¹⁰⁶ La Corte IDH ha establecido que “una reserva que suspenda todo el derecho fundamental cuyo contenido es inderogable debe ser considerada como incompatible con el objeto y el propósito de la Convención y, consecuentemente, incompatible con la misma. La situación podría ser diferente si la reserva solamente restringe ciertos aspectos del derecho interno inderogable sin privar al derecho de su contenido básico” (*Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 310*). Al realizar esta determinación el Tribunal debe examinar si aun cuando la reserva sólo restringe algunos aspectos de un derecho inderogable, ésta impide darle pleno sentido y efecto útil al tratado. *Cfr. Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 61; y Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 30.*

¹⁰⁷ *Cfr.*, por ejemplo, *Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párrs. 311 y 312.*

¹⁰⁸ *Cfr.* Considerando 67 de la Resolución de supervisión de sentencia del *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

su parte considerativa como ya se estableció. De ahí que el Estado no puede invocar una norma o interpretación constitucional para dejar de cumplir con la sentencia internacional, debido a las obligaciones convencionales previstas en el artículo 68.1 de la Convención Americana, en relación con los preceptos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, incluso cuando conoce y resuelve un medio de “control de constitucionalidad”.¹⁰⁹

72. En cambio, la Sentencia del *Caso Gelman* produce una eficacia vinculante de la jurisprudencia interamericana hacia los demás Estados Parte de la Convención Americana. Eficacia que se proyecta sólo en cuanto al estándar mínimo de interpretación de la norma convencional para asegurar el mínimo de efectividad de la misma; lo cual, como ya se estableció (véase *supra* párr. 69), es una eficacia vinculante “relativa” en la medida en que puede diferir de la jurisprudencia de la Corte IDH cuando se efectivice la norma a través de una interpretación más favorable en sede nacional. En ese sentido, existe un “margen interpretativo nacional” que pueden realizar las autoridades para favorecer con la interpretación nacional la efectividad del derecho o libertad fundamental, siempre y cuando sea para potencializar la efectividad de la norma convencional; circunstancia que no aplica cuando un Estado fue “parte material” en el proceso internacional, quedando vinculado de manera íntegra al fallo en todos sus aspectos, debido a los alcances de la autoridad de la cosa juzgada internacional.

73. En el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos existe una obligación de los Estados Parte de

¹⁰⁹ La Suprema Corte de Justicia del Uruguay estimó que: “Por ello, lo sustentado en el fallo internacional referido [Sentencia del *Caso Gelman vs. Uruguay*] no consigue alterar los parámetros preceptivos sobre los cuales corresponde resolver la cuestión de inconstitucionalidad de autos (art. 256 a 259 de la Carta). Y se agrega que “Abundando en el tema, reiteran, en el caso a estudio la cuestión a resolver dice relación —exclusiva— con la comprobación o no de la adecuación de la norma legal a los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional. Y sólo al órgano jerarca del Poder Judicial es a quien corresponde efectuar ese juicio de comprobación”. Sentencia No. 20 de 22 de febrero de 2013, págs. 18 y 19.

cumplir con la sentencia. La “fuerza obligatoria y ejecución de sentencias” deriva de manera expresa del artículo 46.1 y 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.¹¹⁰ Aquí se advierte otra de las trascendentales diferencias con el Sistema Interamericano, en la medida en que no es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el encargado de hacer cumplir sus fallos, sino que lo es el Comité de Ministros, como órgano político, el que tiene la competencia de la supervisión de las sentencias. En ese sentido, el Comité de Ministros puede solicitar la intervención del Tribunal de Estrasburgo para que se pronuncie cuando exista un obstáculo en la ejecución de la sentencia definitiva derivado de un problema de interpretación del fallo.¹¹¹

74. Cuando la Corte IDH supervisa el cumplimiento de una sentencia, como lo está haciendo ahora en el *Caso Gelman*, puede también advertir que existen obstáculos en su cumplimiento debido a una inadecuada interpretación en sede nacional de la Convención Americana, de la propia Sentencia o, en general, del *corpus juris* interamericano. Pareciera que ese es el caso de la sentencia de 22 de febrero de 2013 de la Suprema Corte de Justicia del Uru-

¹¹⁰ “ARTÍCULO 46. Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias 1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes. 2. La sentencia definitiva del Tribunal se transmitirá al Comité de Ministros, que velará por su ejecución. 3. Cuando el Comité de Ministros considere que la supervisión de la ejecución de una sentencia definitiva resulta obstaculizada por un problema de interpretación de dicha sentencia, podrá dirigirse al Tribunal con objeto de que éste se pronuncie sobre dicho problema de interpretación. La decisión de dirigirse al Tribunal se tomará por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité. 4. Si el Comité considera que una Alta Parte Contratante se niega a acatar una sentencia definitiva sobre un asunto en que es parte, podrá, tras notificarlo formalmente a esa Parte y por decisión adoptada por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité, plantear al Tribunal la cuestión de si esa Parte ha incumplido su obligación en virtud del párrafo 1. 5. Si el Tribunal concluye que se ha producido una violación del párrafo 1, remitirá el asunto al Comité de Ministros para que examine las medidas que sea preciso adoptar. En caso de que el Tribunal concluya que no se ha producido violación alguna del párrafo 1, reenviará el asunto al Comité de Ministros, que pondrá fin a su examen del asunto.

¹¹¹ Cfr. Art. 46.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

guay, que le imprime distintas interpretaciones y alcances al fallo de la Corte IDH; y es por ello que en la Resolución de supervisión a que se refiere el presente voto razonado, se precisan y enfatizan los alcances interpretativos de la Sentencia en el *Caso Gelman*, la manera en que el fallo de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay constituye “un obstáculo para el pleno acatamiento de la Sentencia”,¹¹² lo que podría producir “un quebrantamiento al acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos que se encuentran amparadas por una sentencia de la Corte Interamericana y podría representar un instrumento de perpetuación de la impunidad y el olvido de esos hechos”.¹¹³

D) *Eficacia objetiva de la sentencia como parte del sistema de “garantía colectiva”*

75. También se produce una relación directa entre la eficacia de la sentencia (consecuencia de la cosa juzgada internacional) y el sistema de “garantía colectiva” derivada de la propia Convención Americana. Todos los Estados Parte del Pacto se encuentran obligados, en su conjunto, a lograr el cumplimiento y eficacia de los pronunciamientos que emite el Tribunal Interamericano en tanto que los Estados Parte de la Convención y, en general, todos los Estados que conforman la Organización de Estados Americanos, se encuentran interesados en coadyuvar en el establecimiento de un orden público interamericano que garantice el desarrollo democrático de los pueblos. La Convención Americana establece la posibilidad de garantizar el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Interamericano en términos del artículo 65 del Pacto de San José.

¹¹² Cfr. punto Resolutivo 2 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de Sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

¹¹³ Considerando 102, *in fine*, de la Resolución de supervisión de cumplimiento de Sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

76. En este sentido, cobran vigencia las acertadas palabras del antiguo presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antônio Augusto Cançado Trindade, pronunciadas hace más de una década ante el Consejo Permanente de la OEA:¹¹⁴

El ejercicio de la garantía colectiva por los Estados Partes en la Convención no debería ser sólo reactivo, cuando se produjera el incumplimiento de una sentencia de la Corte, sino también proactivo, en el sentido de que todos los Estados Partes adoptaran previamente medidas positivas de protección en conformidad con la normativa de la Convención Americana. Es indudable que una sentencia de la Corte es ‘cosa juzgada’, obligatoria para el Estado demandado en cuestión, pero también es ‘cosa interpretada’, válida erga omnes partes, en el sentido de que tiene implicaciones para todos los Estados Partes en la Convención, en su deber de prevención. Sólo mediante un claro entendimiento de esos puntos fundamentales lograremos construir un *ordre public* interamericano basado en la fiel observancia de los derechos humanos. (Subrayado nuestro).

77. En efecto, el Tribunal Interamericano ha señalado que los propios Estados Americanos han dispuesto un “sistema de garantía colectiva” que significa que los Estados Parte del Pacto de San José deben procurar todos los esfuerzos para que abonen al cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH. Así, ha señalado que:¹¹⁵

46. El importante rol de la noción de garantía colectiva para la implementación de las decisiones internacionales de órganos de derechos humanos ha sido resaltada en

¹¹⁴ 17 de abril de 2012, reproducido dos días después en la Sesión de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, celebrada el 19 de abril de 2012, con motivo de la presentación que como Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos realizó en la reunión conjunta de la Corte IDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Presentación denominada “Hacia la consolidación de la capacidad jurídica internacional de los peticionarios en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”.

¹¹⁵ Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2012. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, Considerandos 46 y 47.

otros casos emitidos por esta Corte,¹¹⁶ por el Comité de los Derechos Humanos¹¹⁷ y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.¹¹⁸ La noción de garantía colectiva también ha sido utilizada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa al valorar el incumplimiento de algunas sentencias¹¹⁹ y constituye uno de los fundamentos de la

¹¹⁶ "Al respecto, en casos contenciosos como *Goiburú y otros vs. Paraguay, La Cantuta vs. Perú*, y *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, la Corte ha aplicado este concepto para establecer que los Estados Partes en la Convención deben colaborar entre sí para erradicar la impunidad de las violaciones cometidas en estos casos, mediante el juzgamiento y, en su caso, sanción de sus responsables. En consecuencia, la Corte declaró que el mecanismo de garantía colectiva establecido bajo la Convención Americana, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales y universales en la materia, vinculaban a los Estados de la región a colaborar de buena fe en ese sentido, ya sea mediante la extradición o el juzgamiento en su territorio de los responsables de los hechos de dichos casos".

¹¹⁷ "[T]odo Estado Parte tiene un interés jurídico en el cumplimiento por todos los demás Estados Partes de sus obligaciones. Esto se deduce del principio de que 'las normas relativas a los derechos básicos de la persona humana' son obligaciones *erga omnes* y que, como se indica en el párrafo cuarto del preámbulo del Pacto, existe una obligación estipulada en la Carta de las Naciones Unidas de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales". Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004), párr. 2".

¹¹⁸ "A diferencia de los tratados internacionales del tipo clásico, la Convención comprende más que simples compromisos recíprocos entre los Estados Partes. Crea, por encima de un conjunto de compromisos bilaterales, mutuos, obligaciones objetivas que, en los términos del Preámbulo, cuentan con una 'garantía colectiva'". TEDH, *Caso Irlanda vs. Reino Unido*, (No. 5310/71), Sentencia de 18 de enero de 1978, párr. 239. En igual sentido, TEDH, *Caso Mamathulov y Askarov vs. Turquía*, (No. 46827/99 y 46951/99), Sentencia de 4 de febrero de 2005, párr. 100. Igualmente, en el caso *Soering vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo declaró que la Convención Europea debe ser interpretada "en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de derechos humanos y libertades fundamentales. [...] De este modo, el objeto y fin de la Convención como instrumento de protección de seres humanos exigen interpretar y aplicar sus disposiciones de manera que dicha protección sea práctica y efectiva". TEDH, *Caso Soering vs. Reino Unido*, (No. 14038/88), Sentencia de 7 de julio de 1989, párr. 87. De igual forma, TEDH, *Caso İlhan vs. Turquía*, (No. 22277/93), Sentencia de 27 de junio de 2000, párr. 51; *Caso Glase-napp vs. Alemania*, (No. 9228/80), Sentencia de 28 de agosto de 1986, párr. 48, y *Caso Shamayev y otros vs. Georgia y Rusia*, (No. 36378/02), Sentencia de 12 de abril de 2005. Final, 12 de octubre de 2005, párr. 302".

¹¹⁹ "TEDH, *Caso Loizidou vs. Turquía*, (No. 15317/89), Sentencia de 23 de marzo de 1995 y Consejo de Europa, Comité de Ministros, Resolución (Res DH (2001) 80) respecto a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de julio de 1998 en el caso *Loizidou vs. Turquía*, adoptada por el Comité de Ministros el 26 de junio de 2001".

enmienda del artículo 46 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, establecida en 2009 con el objeto de fortalecer el mecanismo de supervisión e implementación de las sentencias a través de la asignación de nuevas facultades al Comité de Ministros y al Tribunal Europeo.¹²⁰

47. Al respecto, este Tribunal ha señalado que la Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes.¹²¹ Dicha noción de garantía colectiva se encuentra estrechamente relacionada con el efecto útil de las Sentencias de la Corte Interamericana, por cuanto la Convención Americana consagra un sistema que constituye un verdadero orden público regional, cuyo mantenimiento es de interés de todos y cada uno de los Estados Partes. El interés de los Estados signatarios es el mantenimiento del sistema de protección de los derechos humanos que ellos mismos han creado, y si un Estado viola su obligación de acatar lo resuelto por el único órgano jurisdiccional sobre la materia se está quebrantando el compromiso asumido hacia los otros Estados de cumplir con las sentencias de la Corte. Por tanto, la labor de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos cuando se le presenta un incumplimiento manifiesto por parte de uno de los Estados de una Sentencia emitida por la Corte Interamericana, es precisamente la de proteger el efecto útil de la Convención Americana y evitar que la justicia interamericana se torne ilusoria al quedar al arbitrio de las decisiones internas de un Estado (Subrayado nuestro).

78. Evidentemente, no estamos en ese supuesto en la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia que motiva el presente voto razonado. Por el contrario, la Corte

¹²⁰ "Los Estados Parte de la Convención tienen el deber colectivo de preservar la autoridad de la Corte —y por tanto la credibilidad y efectividad del sistema de la Convención— siempre que el Comité de Ministros considere que uno de los Estados Parte se rehúsa a cumplir, de manera expresa o a través de su conducta, con la Sentencia emitida por la Corte en un caso en el cual es parte". Consejo de Europa, Comité de Ministros, Exposición de motivos del Protocolo 14 al Convenio Europeo. Disponible en: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/194.htm>".

¹²¹ "Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia*, párr. 96".

IDH ha valorado el esfuerzo y las acciones realizadas por el Estado uruguayo en el cumplimiento de la Sentencia en el *Caso Gelman*,¹²² y ha dado por satisfactoriamente cumplidos aspectos muy importantes del fallo (véase *supra* párrs. 4 y 5).¹²³ Asimismo, ha considerado relevante “determinadas acciones dirigidas al cumplimiento de los puntos resolutivos 9 y 11 de la Sentencia” (véase *supra* párrs. 6 y 7);¹²⁴ advirtiendo también del “obstáculo” para el pleno cumplimiento de la Sentencia que supone el fallo de 22 de febrero de 2013 de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay (véase *supra* párrs. 8 y 9).¹²⁵

79. En ese sentido, debe destacarse la buena voluntad del Estado del Uruguay para cumplir sus obligaciones internacionales, lo cual se advierte, además, al haber admitido parcialmente la responsabilidad internacional durante el proceso internacional,¹²⁶ teniendo “un alto valor simbólico en aras de que no se repitan hechos similares”.¹²⁷

IV. AUTORIDAD DE LA “COSA JUZGADA INTERNACIONAL” Y “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD”

80. Cuando se produce autoridad de la cosa juzgada internacional debido a la firmeza de la sentencia de la Corte IDH —que implica su carácter “inmutable”— existe una eficacia directa y subjetiva de la sentencia (*res judicata*) hacia las partes en su integridad (véase *supra* párrs. 34 a 42); y una eficacia interpretativa objetiva e indirecta de la norma convencional (*res interpretata*) hacia todos los Esta-

¹²² Considerandos 8, 12, 13, 27, 42, 43, 44, 45, 46, 103 y Punto Declarativo 2 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de la Sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

¹²³ Resolutivo 1 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de la Sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

¹²⁴ Cfr. Resolutivo 2 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

¹²⁵ Cfr. *Idem*.

¹²⁶ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párrs. 19-31.

¹²⁷ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 30.

dos Parte de la Convención Americana (véase *supra* párrs. 43 a 66).

81. En la presente Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, el Tribunal Interamericano realiza una distinción para efectos del adecuado ejercicio del “control de convencionalidad” en sede nacional de la mayor trascendencia para el Sistema Interamericano “dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional”.¹²⁸

82. Esto implica dos manifestaciones distintas en el ejercicio del “control de convencionalidad” en sede nacional que involucra directamente a las partes que intervinieron en el proceso internacional (*res judicata*); y de manera indirecta a todas las autoridades de los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*).

A) *Res judicata* y “control de convencionalidad”

83. Cuando en una sentencia de la Corte IDH se ha determinado la responsabilidad internacional de un Estado, la autoridad de la cosa juzgada produce, necesariamente, vinculación absoluta en la manera en que las autoridades nacionales del Estado condenado deben interpretar la norma convencional y, en general, el *corpus juris* interamericano aplicado en la sentencia que decide el caso. Esto significa que todos los órganos, poderes y autoridades del Estado concernido —legislativas, administrativas y jurisdiccionales en todos los niveles—, se encuentran obligados por la sentencia internacional en sus términos, incluyendo los fundamentos, consideraciones, resolutivos y efectos que produce.

¹²⁸ Párr. 67 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de Sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

84. En ese supuesto, el “control de convencionalidad” constituye una herramienta útil, adecuada y necesaria para lograr el cumplimiento y debida implementación de la sentencia internacional, en la medida en que esta institución permite aplicar no sólo el Derecho Internacional y particularmente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino también posibilita cumplir con la obligación internacional derivada de la sentencia interamericana de conformidad con el artículo 68.1 de la Convención Americana. Lo anterior adquiere especial relevancia cuando el cumplimiento de la sentencia internacional implica “dejar sin efectos” una norma general, en tanto que todas las autoridades y con mayor razón las que realizan funciones jurisdiccionales —en todos los niveles— “tienen la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso”.¹²⁹

85. De ahí se deriva la importancia que adquiere un adecuado ejercicio y entendimiento del “control de convencionalidad” para el debido cumplimiento de una sentencia interamericana. En la Sentencia del *Caso Gelman*, al haberse declarado por la Corte IDH “sin efectos” la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (Ley 15.848),¹³⁰ todas las autoridades uruguayas —incluyendo sus jueces en todos los niveles— deben “garantizar” que dicha norma no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos, juzgamiento y, si procede, sanción de los responsables de las víctimas del *Caso Gelman*,

¹²⁹ Párr. 73 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de Sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

¹³⁰ Por ser contraria a la Convención Americana y a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. En el Resolutivo 6 de la Sentencia se declaró que el Estado incumplió la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana (contenido en el art. 2o, en relación con los artículos 8.1, 25 y 1.1 de la misma y con los artículos I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de Personas), como consecuencia de la *interpretación y aplicación* que le ha dado a la ley de Caducidad Punitiva del Estado respecto de graves violaciones de derechos humanos.

así como de otros casos de violaciones graves de derechos humanos acontecidos en Uruguay en el periodo de la dictadura militar (1973-1985). Lo anterior, debido a que:

231. La falta de investigación de las graves violaciones de derechos humanos cometidas en este caso, enmarcadas en patrones sistemáticos, revelan un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, establecidas por normas inderogables.¹³¹

232. Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Caducidad que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay.¹³² (Subrayado nuestro).

86. Las autoridades y especialmente los jueces uruguayos que estén investigando las violaciones graves a los derechos humanos durante el periodo de dictadura militar (1973-1985), tienen la obligación, para poder cumplir con la sentencia interamericana, *de aplicar directamente las consideraciones que la fundamentan*. En este sentido, las *rationes decidendi* que fundamentan los puntos resolutivos de la Sentencia del *Caso Gelman* resultan indispensables para su adecuado entendimiento y lograr el debido, efectivo e íntegro cumplimiento de la misma.

87. Lo anterior significa que para el adecuado ejercicio del control de convencionalidad *ex officio*, las autoridades y

¹³¹ “Cfr. *Caso Goiburú y otros*, *supra* nota 23, párrs. 93 y 128; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, *supra* nota 9, párr. 61 y 197, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*, *supra* nota 16, párr. 137”.

¹³² “Cfr. *Caso Barrios Altos. Fondo*, *supra* nota 288, párr. 44; *Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 175, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*, *supra* nota 16, párr. 174.”

especialmente los jueces uruguayos de todos los niveles, deben considerar, en términos de la Sentencia internacional donde la República Oriental del Uruguay fue parte material y, por tanto, obliga en sus términos:

(i) que la Ley de Caducidad fue declarada “sin efectos jurídicos” por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos en el *Caso Gelman* y de otros casos de graves violaciones de derechos humanos ocurridos en Uruguay en el mismo periodo;¹³³

(ii) que los efectos de la Ley de Caducidad o de normas análogas, como las de prescripción, caducidad, irretroactividad de la ley penal u otras excluyentes similares de responsabilidad o cualquier interpretación administrativa o judicial al respecto, no se constituyan en un impedimento u obstáculo para continuar las investigaciones;¹³⁴

(iii) que la sentencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay de 22 de febrero de 2013 “constituye un obstáculo para el pleno acatamiento de la Sentencia” del *Caso Gelman*.¹³⁵

(iv) que las violaciones graves a los derechos humanos —como lo es la desaparición forzada de personas, entre otras— resultan “imprescriptibles” al constituir, por su propia naturaleza, una violación de normas *jus cogens*, amparadas en normas de derecho internacional de carácter inderogable;¹³⁶

¹³³ Cfr. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párrs. 246, 253 y punto Resolutivo 11.

¹³⁴ Cfr. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 254 y Considerando 104 de la Resolución de la Corte Interamericana de 20 de marzo de 2013, relativa a la supervisión de cumplimiento de sentencia del *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

¹³⁵ Punto Declarativo 2 y Considerandos 54, 55, 56, 57, 90 y 103 de la Resolución de la Corte Interamericana de 20 de marzo de 2013, relativa a la supervisión de cumplimiento de sentencia del *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

¹³⁶ Cfr. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párrs. 99, 183, 225 y 254.

(v) que la desaparición forzada de personas constituye un delito permanente o continuado;¹³⁷

(vi) que el *Caso Gelman* “es un caso de graves violaciones de derechos humanos, en particular desapariciones forzadas, por lo que es ésta la tipificación que debe primar en las investigaciones que corresponda abrir o continuar a nivel interno. Como ya se ha establecido, por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas, la nueva ley resulta aplicable, sin que ello represente su aplicación retroactiva”;¹³⁸

(vii) que la desaparición forzada de María Macarena Gelman García Iruretagoyena, resulta como consecuencia de la sustracción, supresión y sustitución de su identidad;¹³⁹ y

(viii) que el deber de “garantizar” que la Ley de Caducidad no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos, juzgamiento y eventual sanción de las violaciones graves a derechos humanos, se refiere no sólo a los responsables de las víctimas del *Caso Gelman*, sino también de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay en el mismo periodo.¹⁴⁰

88. El adecuado ejercicio del control de convencionalidad por las autoridades uruguayas resulta fundamental para el debido e integral cumplimiento de la Sentencia en el *Caso Gelman* y no puede quedar supeditado a la interpretación constitucional que realice un órgano nacional, ni siquiera invocando una norma constitucional o el ejercicio propio de su competencia al ejercer “control de constitucionalidad”. Lo anterior, debido al carácter vinculante que tienen las sentencias de la Corte IDH en los términos del artículo 68.1 y

¹³⁷ Cfr. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párrs. 71, 72, 73, 78, 233, 236 y 240.

¹³⁸ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 236.

¹³⁹ Cfr. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párrs. 60, 120, 13, 163, 230, 235 y 252.

¹⁴⁰ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párrs. 232 y 253.

de las reglas previstas en los artículos 26¹⁴¹ y 27¹⁴² de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

89. Los principios de derecho internacional público de *buena fe* y *effet utile*, que involucra a su vez al principio *pacta sunt servanda*, constituyen fundamentos internacionales para que los tratados internacionales sean cumplidos por parte de los Estados nacionales y han sido reiterados de manera constante por la jurisprudencia del Tribunal Interamericano. La obligación del cumplimiento del derecho convencional obliga a todas las autoridades y órganos nacionales, toda vez que el Estado responde en su conjunto y adquiere responsabilidad internacional ante el incumplimiento de los instrumentos internacionales que ha asumido.

90. Eso implica que derivado del *Caso Gelman*, todas las autoridades uruguayas (incluyendo los órganos de administración de justicia y jueces en todos los niveles) quedan vinculadas directamente por la sentencia internacional, que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada en los términos analizados (véase *supra* párrs. 26 a 30). En consecuencia, todas las autoridades uruguayas deben, dentro de sus respectivas competencias, cumplir y aplicar de manera “directa” lo establecido expresamente en los puntos Declarativos 2 y 3 de la Resolución de 20 de marzo de 2013 relativa a la supervisión de cumplimiento de Sentencia a que se refiere el presente voto razonado; así como con los puntos Resolutivos 9, 10, 11, 15 y 16 de la Sentencia del Caso Gelman vs. Uruguay de 24 de febrero de 2011, sobre los aspectos pendientes de cumplimiento, teniendo en cuenta, además, la parte considerativa que fundamenta dichos resolutivos. En este sentido, la obligación de ejercer adecuadamente “control de convencionalidad” en este caso donde existe

¹⁴¹ “Art. 26: *Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

¹⁴² “Art. 27. *El derecho interno y la observancia de los tratados*. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

cosa juzgada internacional resulta esencial para el debido cumplimiento de la Sentencia interamericana.

B) *Res interpretata* y “control de convencionalidad”

91. En cambio, la segunda manifestación del ejercicio del “control de convencionalidad” en sede nacional, se produce aplicando la jurisprudencia interamericana derivada del presente caso —incluyendo la de su cumplimiento— por los demás Estados Parte del Pacto de San José. En este sentido, adquiere eficacia interpretativa la norma convencional hacia los demás Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*). La eficacia vinculante de la “norma convencional interpretada” —como explícitamente se advierte de los considerandos 67, 69 y 72 de la presente Resolución de cumplimiento a que se refiere este voto razonado— constituye una obligación convencional derivada de los artículos 1o. y 2o., de la Convención Americana en los términos previamente analizados (véase *supra* párrs. 43 a 66).

92. La Corte IDH consideró en la Resolución de supervisión de cumplimiento a que se refiere el presente voto razonado, que el “control de convencionalidad” constituye “una obligación” de toda autoridad de los Estados Parte de la Convención de garantizar el respeto y garantía de los derechos humanos, dentro de las competencias y regulaciones procesales correspondientes.¹⁴³ En este sentido, el fundamento de esta obligación deriva de la eficacia jurídica de la propia Convención, fundamentalmente de las obligaciones convencionales de “respeto”, “garantía” y “adecuación” (normativa/intrepretativa) previstas en los artículos 1o. y 2o., del Pacto de San José, en relación con el artículo 29 del mismo Pacto, con la finalidad de lograr la mayor efectividad del derecho humano involucrado.

¹⁴³ Considerando 72 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de Sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

93. Así, la segunda manifestación del ejercicio del “control de convencionalidad”, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, toda autoridad pública y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas,¹⁴⁴ jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, lo cual les obliga a ejercer *ex officio* un control de convencionalidad, teniendo en cuenta el propio tratado y la interpretación que del mismo ha realizado la Corte Interamericana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, sea “en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos”.¹⁴⁵

94. La eficacia interpretativa de la norma convencional interamericana resulta relativa, en la medida en que en todo caso las autoridades nacionales podrán efectivizar la

¹⁴⁴ “La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet*, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que ‘el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley’. Otros tribunales nacionales se han ido también a los límites de la democracia en relación con la protección de derechos fundamentales” (Sentencia del *Caso Gelman vs. Uruguay*, párr. 239).

¹⁴⁵ Considerando 69 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de Sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

norma convencional mediante una interpretación más favorable de conformidad con el principio *pro personae* que establece el artículo 29 del Pacto de San José (véase *supra* párrs. 52 a 55).

95. No debe pasar inadvertido que la Corte IDH se ha pronunciado con anterioridad sobre la incompatibilidad a la Convención Americana respecto de leyes de amnistía o auto amnistía que involucran la responsabilidad internacional de otros Estados en particular.¹⁴⁶ En esos supuestos concretos, evidentemente, estamos en la primera manifestación del “control de convencionalidad” al vincular directamente la sentencia interamericana a las partes que intervinieron en el proceso internacional, al adquirir el fallo la autoridad de la cosa juzgada.

96. Además, en más de veinte casos contenciosos el Tribunal Interamericano se ha pronunciado sobre diversos aspectos del “control de convencionalidad” en sentencias que involucran la responsabilidad internacional de trece Estados distintos: Argentina,¹⁴⁷ Barbados,¹⁴⁸ Boliva,¹⁴⁹ Brasil,¹⁵⁰

¹⁴⁶ *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, No. 75; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154; *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, No. 162; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C, No. 219; *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C, No. 221; y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C, No. 252.

¹⁴⁷ *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párrs. 93, 94 y 113; y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246, párrs. 303 a 305.

¹⁴⁸ *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 79.

¹⁴⁹ *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1º de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 202.

¹⁵⁰ *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párrs. 49 y 106.

Chile,¹⁵¹ Colombia,¹⁵² Guatemala,¹⁵³ México,¹⁵⁴ Panamá,¹⁵⁵ Paraguay,¹⁵⁶ Perú,¹⁵⁷ Uruguay¹⁵⁸ y Venezuela;¹⁵⁹ lo que significa más de la mitad de los Estados Parte de la Convención que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH. Desde el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 2010,¹⁶⁰ la Corte IDH ha venido ejemplificando la manera en que tribunales de la más alta jerarquía en va-

¹⁵¹ *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas.* Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124; y *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas.* Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 282 a 284.

¹⁵² *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 208, nota al pie 307; y *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 30 de noviembre de 2012 Serie C No. 259, párrs. 142 a 144.

¹⁵³ *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250, párr. 262; y *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. 253, párr. 330.

¹⁵⁴ *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 339 y nota al pie 321; *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párrs. 236 y 237; *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párrs. 219 y 220; y *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párrs. 21 y 225 a 233.

¹⁵⁵ *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 180; y *Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.* Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 287.

¹⁵⁶ *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 311.

¹⁵⁷ *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128; *Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 173.

¹⁵⁸ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párrs. 193 y 239.

¹⁵⁹ *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.* Sentencia de 1º de julio de 2011. Serie C No. 227, párrs. 164, 165 y 172; y *Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párrs. 226 a 28.

¹⁶⁰ *Cfr. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párrs. 226 a 232.

rios Estados de la región se refieren al carácter vinculante de las sentencias del Tribunal Interamericano y la manera en que han recibido o aplicado el control de convencionalidad teniendo en consideración la jurisprudencia interamericana, como ahora se realiza en la presente Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, a que se refiere el presente voto razonado, citando los casos de Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Guatemala, México, Panamá, Perú y República Dominicana.¹⁶¹ Asimismo, el propio Tribunal Interamericano retoma jurisprudencia nacional para fundamentar y conceptualizar en sus resoluciones la violación de la Convención Americana.¹⁶²

97. La Sentencia del *Caso Gelman vs. Uruguay* de 24 de febrero de 2011, constituye un precedente de la mayor importancia para el Sistema Interamericano y para el carácter evolutivo de la jurisprudencia interamericana sobre la doctrina del "control de convencionalidad", toda vez que con claridad explicitó que este tipo de control debe realizarse *ex officio* por todas las autoridades nacionales—incluyendo las instancias democráticas—"en las cuales también debe primar un 'control de convencionalidad', que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial".¹⁶³ En esta misma línea se estableció en el *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* de noviembre de 2012, que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un "control de convencionalidad".¹⁶⁴

98. Así, se ha generado un "control dinámico y complementario" de las obligaciones convencionales de los Es-

¹⁶¹ Considerandos 74 a 86 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de Sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

¹⁶² Considerando 71 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de Sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

¹⁶³ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párrs. 193 y 239.

¹⁶⁴ *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 30 de noviembre de 2012 Serie C No. 259, párr. 142.

tados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades nacionales (que tienen la obligación primaria y fundamental en la garantía de los derechos y de ejercer “control de convencionalidad”) y las instancias internacionales —en forma subsidiaria y complementaria—;¹⁶⁵ de modo que los criterios de decisión pueden ser conformados y adecuados entre sí,¹⁶⁶ mediante el ejercicio de un control “primario” de convencionalidad por parte de todas las autoridades nacionales y, eventualmente, a través del control “complementario” de convencionalidad en sede internacional. En todo caso, no debe perderse de vista que el Estado “es el principal garante de los derechos de las personas” y tiene la obligación de respetarlos y garantizarlos.

99. Lo anterior está produciendo un nuevo entendimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos al concebirse ahora como un “sistema integrado”, debido a que involucra no sólo a los dos órganos de protección a que se refiere la Convención Americana —Comisión y Corte IDH—, sino ahora comprende con particular intensidad y de manera concomitante a todas las autoridades nacionales de los Estados Parte del Pacto de

¹⁶⁵ Cfr. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012 Serie C No. 259. En el Considerando 142 se expresa: *La responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”. Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”.* (Subrayado nuestro).

¹⁶⁶ Considerando 71 de la Resolución de supervisión de cumplimiento de Sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

San José, al deber participar activamente en la garantía efectiva de los derechos humanos, sea en su dimensión nacional o internacional a manera de un “sistema integrado” de protección de derechos.

100. En definitiva, transitamos hacia un “Sistema Interamericano Integrado” —con un “control de convencionalidad” dinámico y complementario—, lo que está forjando progresivamente un auténtico *Ius Constitutionale Commune Americanum* como un núcleo sustancial e indisoluble para preservar y garantizar la dignidad humana de los habitantes de la región.

OBRAS DE LA BIBLIOTECA PORRÚA
DE DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL

Director: Eduardo FERRER MAC-GREGOR

SE TERMINÓ ESTA OBRA EL DÍA 20 DE SEPTIEMBRE DE 2013 EN
CASA ALDO MANUZIO
Tennessee núm. 6, Col. Nápoles - 03810 México, D. F.



1. *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina.* Néstor Pedro Sagüés.
2. *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI.* Humberto Nogueira Alcalá.
3. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional...* Konrad Hesse y Peter Haberle.
4. *Los problemas de la legitimación en los procesos constitucionales.* Osvaldo Alfredo Gozaíni.
5. *La jurisdicción constitucional de la libertad...* Joaquín Brage Camazano.
6. *Introducción al Derecho Procesal Constitucional.* Rubén Hernández Valle.
7. *El amparo social.* Juventino V. Castro y Castro.
8. *Escritos sobre justicia constitucional.* Pablo Pérez Tremps.
9. *Introducción al Derecho Procesal Constitucional.* Iván Escobar Fornos.
10. *La Corte constitucional en Italia...* Alfonso Celotto.
11. *Propuesta sobre el Ministerio Público y la función de investigación de la Suprema Corte.* Jorge Carpizo.
12. *Breve historia del ombudsman en México.* José Ramón Narváez Hernández.
13. *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades.* Lucio Pegoraro.
14. *Interpretación y Neoconstitucionalismo.* Hernán Alejandro Olano García.
15. *Estudios sobre Derecho Procesal Constitucional.* César Landa.
16. *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional.* Giancarlo Rolla.
17. *Estudios sobre el neoconstitucionalismo.* Luis M. Cruz.
18. *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.* Javier Mijangos y González.
19. *El debido proceso constitucional.* Juan Colombo Campbell.
20. *La justicia constitucional...* Allan R. Brewer-Carías.

21. *¿El tercero ausente? Escritos sobre el poder judicial.* Miguel Carbonell.
22. *El tribunal constitucional peruano y su dinámica jurisprudencial.* Luis Castillo Córdova.
23. *La prueba en los procesos constitucionales.* Ana Giacomette Ferrer.
24. *El derecho procesal constitucional en perspectiva.* Domingo García Belaunde.
25. *La prueba de irregularidades determinantes en el derecho electoral.* Arturo Bárcena Zubieta.
26. *Control de convencionalidad de las leyes y Derechos Humanos.* Ernesto Rey Cantor.
27. *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México.* Carlos Báez Silva.
28. *Derechos fundamentales. Interpretación constitucional.* Enrique Carpizo.
29. *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008).* Andry Matilla (comp.).
30. *Las sentencias de los tribunales constitucionales.* H. Fix-Zamudio y E. Ferrer Mac-Gregor.
31. *Interpretación de la constitución y justicia constitucional.* Francisco Javier Díaz Revorio.
32. *El control de legalidad y de constitucionalidad en Francia.* Janine Otálora Malassis.
33. *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México.* Laura Rangel Hernández.
34. *La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España.* Javier García Roca.
35. *Ensayos de justicia constitucional sobre derechos y libertades.* Ángela Figueruelo Burrieza.
36. *Constitución, democracia y jurisdicción electoral.* José Ramón Cossío Díaz.
37. *La magistratura estatal.* Víctor Manuel Collí Ek.
38. *El amparo en la Argentina: origen y trayectoria.* Carlos A. Valleffín.
39. *La justicia constitucional en Eslovenia.* Ame Marjan Mavéié.
40. *La cláusula de supremacía constitucional.* Marcos del Rosario Rodríguez.
41. *Introducción al estudio del juicio de revisión constitucional electoral.* S. Nieto y C. De los Cobos.
42. *Argumentación constitucional.* M. Atienza y R. Vigo
43. *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado.* Giovanni A. Figueroa Mejía.
44. *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional.* F. Javier Díaz Revorio.
45. *Derechos fundamentales y justicia constitucional.* César Landa.
46. *Marbury vs. Madison. Una sentencia bicentenaria.* Pablo L. Manili (coord.).
47. *En torno al derecho procesal constitucional.* Domingo García Belaunde (coord.).
48. *El juez constitucional en el mundo.* Julio Bustillos.
49. *El diálogo entre los tribunales constitucionales.* Rodrigo Brito Melgarejo.
50. *Para acabar con los "modelos" de jurisdicción constitucional.* Guillaume Tusseau.
51. *Justicia constitucional y modelos de reconocimiento de los pueblos indígenas.* Gonzalo Aguilar, Sandra Lafosse, Hugo Rojas y Rébecca Steward.
52. *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial.* Rafael Bustos Gisbert.
53. *1857, Rabasa y otros ensayos de historia y control constitucional.* Rafael Estrada Sámano y Rafael Estrada Michel.
54. *La defensa del núcleo intangible de la Constitución.* Francisco Vázquez-Gómez Bisogno.
55. *El desarrollo del derecho procesal constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.* Gerardo Eto Cruz.
56. *El juicio para la protección de los derechos políticos-electorales del ciudadano.* S. Nieto y L. Espíndola.
57. *Derecho procesal constitucional alemán.* Leonardo Martins.
58. *Suprema Corte y controversias constitucionales.* María Amparo Hernández Chong Cuy.
59. *Medidas provisionales en situaciones de vida o muerte.* Clara Burbano Herrera.
60. *Jurisprudencia del tribunal constitucional español.* Roberto Niembro Ortega, Luis Pomed Sánchez y Luis Alberto Trejo Osornio (coords.).
61. *Justicia constitucional y políticas públicas sociales.* Juan Manuel Acuña.
62. *Derechos humanos y su protección constitucional.* José Luis Sobreres.
63. *El control judicial de la reforma constitucional.* Sabrina Ragone.

64. *Neoconstitucionalismo y control de constitucionalidad de la ley*. José Ignacio Núñez Leiva.
65. *La Suprema Corte y la transición democrática*. Roberto Ávila Ornelas.
66. *Glosario de derecho público comparado*. Lucio Pegoraro (coord.).
67. *Constitución, neoconstitucionalismo y derechos*. Juan Cianciardo (coord.).
68. *Los amparos primigenios (1848-1865)*. Manuel González Oropeza.
69. *El acceso de las víctimas a la justicia de la Corte Penal Internacional*. Jorge Rivero Evia.
70. *La garantía del ne bis in idem*. Santiago Ottaviano.
71. *Escritos procesales constitucionales*. Rubén Sánchez Gil.
72. *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*. Carlos Ayala Corao.
73. *Igualdad y orientación sexual*. Armin von Bogdandy, Flavia Povesan y Mariela Morales Antniazzi (coord).
74. *La dignidad humana en serio*. Fernando Rey Martínez.
75. *Oralidad y debido proceso*. Luis A. I. Montesano.
76. *Interpretación y garantías constitucionales*. Raúl Canosa Usera.
77. *El Diálogo judicial*. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos. Laurence Burgogue-Larsen.
78. *La tutela de los derechos constitucionales*. Giancarlo Rolla.
79. *La introducción del juicio de amparo en el sistema jurídico francés*. Ana Ruth Herrera Gómez.
80. *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva ley de amparo*. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rubén Sánchez Gil.
81. *Control de convencionalidad: de la dogmática a la implementación*. Nash Claudio.
82. *Selección y designación de jueces de distrito*. Angulo Jacobo.
83. *Derecho procesal constitucional brasileiro*. Luis Guilherme Marioni.
84. *Procesalistas, proceso y constitución*. Alberto Said.
85. *El amparo del siglo XXI*. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Giovanni A. Figueroa Mejía.
86. *Jueces y derechos humanos. Hacia un sistema judicial transnacional*. Mara Gómez.
87. *La tutela de los derechos humanos en la jurisdicción interamericana*. Sergio García Ramírez.
88. *Interpretación judicial de la constitución*. Néstor Pedro Sagües.
89. *La protección de los derechos fundamentales en la novena época de la suprema corte*. Alberto Abad Suárez Avila.
90. *Interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*. Luis Caballero Ochoa.
91. *Derecho procesal de los derechos humanos*. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Sonia Escalante.