

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA:

RASGOS, POTENCIALIDADES
Y DESAFÍOS

ARMIN VON BOGDANDY
HÉCTOR FIX-FIERRO
MARIELA MORALES ANTONIAZZI
Coordinadores

Universidad Nacional Autónoma de México
Max-Planck-Institut für ausländisches
öffentliches Recht und Völkerrecht
Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional



IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE
EN AMÉRICA LATINA
RASGOS, POTENCIALIDADES Y DESAFÍOS

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 688

Edición: Héctor Fix-Fierro

Coordinadora editorial: Elvia Lucía Flores Ávalos

Asistente editorial: Karla Beatriz Templos Núñez

Formación en computadora: Karla Beatriz Templos Núñez y José Antonio Bautista Sánchez

Revisión: Miguel López Ruiz

Diseño y elaboración de forro: Jessica Quiterio Padilla

*IUS CONSTITUTIONALE
COMMUNE*
EN AMÉRICA LATINA
RASGOS, POTENCIALIDADES
Y DESAFÍOS

ARMIN VON BOGDANDY
HÉCTOR FIX-FIERRO
MARIELA MORALES ANTONIAZZI
Coordinadores



Max-Planck-Institut
für ausländisches öffentliches Recht
und Völkerrecht



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES
ÖFFENTLICHES RECHT UND VÖLKERRECHT
INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
MÉXICO, 2014

Primera edición: 4 de julio de 2014

DR © 2014, Universidad Nacional Autónoma de México

DR © 2014, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado
y Derecho Internacional

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-5537-3

CONTENIDO

Presentación	XI
Introducción. El principio mayoritario y la democracia presidencial en América Latina.	XV
Dieter NOHLEN	

CONSTRUCCIÓN DEL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE*

<i>Ius constitutionale commune latinoamericanum</i> . Una aclaración conceptual	3
Armin VON BOGDANDY	
Fundamentos del <i>ius constitutionale commune</i> en América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional	25
Rodolfo ARANGO	
La disputa por los derechos y el <i>ius constitutionale commune</i>	37
Pedro SALAZAR UGARTE	
<i>Ius constitutionale commune</i> latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos.	61
Flávia PIOVESAN	

CONTEXTO Y PROBLEMAS COMUNES

El periodo colonial y su legado	85
María del Refugio GONZÁLEZ	

El contexto del diálogo jurídico interamericano: fragmentación y diferenciación en sociedades más prósperas	107
Andrés MALAMUD	
La nación dividida: rasgos, potencialidades y desafíos de la integración regional en América Central	125
Alexander AIZENSTATD L.	
El enfoque politológico y contextual del derecho común latinoamericano	147
René VALDIVIEZO SANDOVAL	
Formación y transformación del sistema presidencial en América Latina. Una reflexión sobre el <i>ius constitutionale commune</i> latinoamericano.	169
Diego VALADÉS	
El concepto del <i>ius commune</i> latinoamericano en derechos humanos: elementos para una agenda de investigación	199
José Ma. SERNA DE LA GARZA	
De la inclusión como igualdad en clave de redistribución y reconocimiento. Rasgos, potencialidades y desafíos para el derecho constitucional interamericano	219
Laura CLÉRICO	
Martín ALDAO	

PRESENTE Y FUTURO

El Estado abierto como objetivo del <i>ius constitutionale commune</i> . Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	265
Mariela MORALES ANTONIAZZI	
La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del <i>ius constitutionale commune</i> latinoamericano.	301
Manuel Eduardo GÓNGORA MERA	

Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un <i>ius constitutionale commune americanum</i> . Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional (sobre el cumplimiento del Caso <i>Gelman vs. Uruguay</i>)	329
Eduardo FERRER MAC-GREGOR	
El impacto de las decisiones interamericanas. Notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al “empoderamiento institucional”	383
Óscar PARRA VERA	
La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional	421
Laurence BURGORGUE-LARSEN	
La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un <i>ius commune</i>	459
Sergio GARCÍA RAMÍREZ	
Epílogo	501
Héctor FIX-FIERRO	

PRESENTACIÓN

Esta obra tiene por objeto presentar los rasgos, potencialidades y desafíos del proyecto *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 y expertos latinoamericanos. En particular, la publicación que el lector o lectora tiene en sus manos, compila las ponencias dictadas en los Encuentros celebrados en la ciudad de México y en Heidelberg, en 2012 y 2103, bajo la cooperación académica entre el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y el referido Instituto Max Planck. El interés es perfilar las características, tendencias, tensiones y potencialidades del *ius constitutionale commune* en derechos humanos en la región latinoamericana. Este proyecto jurídico, político y cultural 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.

En el espacio jurídico latinoamericano se está conformando una cultura jurídica común en base al cuerpo normativo, doctrinario y jurisprudencial en derechos humanos y el proyecto de investigación sobre el *ius constitutionale commune* se propone su sistematización. El ámbito interamericano se caracteriza por un fenómeno de construcción de una comunidad jurídica alrededor de la Convención Americana de Derechos Humanos y de todo el *corpus iuris* interamericano, al que se integran las decisiones de los órganos guardianes del sistema, tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dicha construcción tiene como pilar que las Constituciones de los países del sistema interamericano comparten una serie de valores y principios centrados en la dignidad de la persona humana y los derechos que de ella irradian. Sin embargo, el *ius constitutionale commune* trasciende la esfera meramente regional, ya que opera en un modelo multinivel de protección, con un desarrollo progresivo y expansivo, aunque no uniforme ni necesariamente a la misma velocidad. Se observa que los sistemas jurídicos propios de cada país de la región se enriquecen con el sistema interamericano y, a la vez, el sistema interamericano se nutre de los impulsos de los países miembros, pero todo ello a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y regidos por el principio de la norma más favorable para la defensa y protección de los derechos humanos.

Los desafíos que genera el proyecto del *ius constitutionale commune* abarcan no sólo el contenido terminológico y conceptual propio, la técnica de razonamiento jurídico o el método para la argumentación lógica, sino principalmente los nuevos paradigmas que derivan del diálogo e interacción entre la actividad judicial y la doctrina. Se procura contribuir a integrar elementos procedentes de diferentes bloques normativos, poniendo de relieve las nuevas instituciones jurídicas que coadyuvan a la mejor protección de los derechos humanos en la región. Los autores de este libro reflexionan sobre los rasgos del *ius commune* latinoamericano sobre derechos humanos para definir su construcción jurídica, tomando en cuenta la categoría conformada por los instrumentos normativos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como un eje transversal de la investigación, indagando sobre las posibilidades que ofrece. En dicho sistema, el diálogo con la sociedad civil juega un papel fundamental, ya que empodera al sistema interamericano de una creciente legitimación social y lo diferencia de otros sistemas de protección de derechos humanos.

En la era de la llamada globalización resulta esencial analizar los fenómenos y procesos que han producido transformaciones importantes en lo que es la base misma de las concepciones tradicionales del derecho consti-

tucional. 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 de 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 un pluriverso normativo.

Diversos ensayos de esta publicación se orientan a enfatizar los aportes de la jurisprudencia interamericana en la construcción de un derecho común latinoamericano sobre derechos humanos en América Latina, tanto en base a los principios de universalidad, igualdad y no discriminación del derecho internacional de los derechos humanos, como aplicando el principio de especificidad, a fin de asegurar el efectivo ejercicio de derechos y libertades de los grupos vulnerables, en el marco de una sociedad democrática, en la que legalidad y legitimidad se hallan indisolublemente vinculadas. En un contexto regional en el que la desigualdad y la vulnerabilidad no son excepción, sino regla, los autores destacan las contribuciones jurisprudenciales reivindicadoras y la fuerza transformadora del derecho de los derechos humanos, bajo un enfoque de protección multinivel. Se afirma el alto impacto del *ius constitutionale commune* en lo concerniente a niños, mujeres, personas con discapacidad, indígenas e integrantes de grupos étnicos como los afrodescendientes, migrantes, desplazados, personas privadas de libertad o miembros de minorías por orientación sexual. Los estándares interamericanos, gradual y progresivamente, son recibidos en los órdenes internos. Asimismo, las cláusulas de apertura constitucional y el principio *pro homine* inspirado en los tratados de derechos humanos conforman dos fundamentos básicos para promover el diálogo jurisdiccional, al que se suma el mecanismo del control de convencionalidad, en su modalidad difusa y concentrada. De allí la relevancia de visibilizar el enorme conjunto de impactos indirectos o no previstos que pueden alcanzar las decisiones interamericanas en los órdenes estatales, como revela esta publicación.

La obra se estructura en tres partes, a saber, la conceptualización del *ius constitutionale commune*, el contexto y los problemas comunes como elementos

de la gestación de ese derecho común y la propuesta a futuro que se focaliza no sólo en la Convención Americana y las reacciones nacionales, sino también en el derecho que es entendido como producto del acervo jurídico común en la región en materia de derechos humanos, por citar un ejemplo, en la protección de los pueblos indígenas. El proyecto del *ius constitutionale commune* describe una utopía útil de avanzar en un constitucionalismo democrático. En cada una de las partes se constata el carácter propositivo de esta obra. El enfoque metodológico buscó combinar el análisis jurídico-constitucional con elementos empíricos.

Queremos dejar constancia de nuestra gratitud hacia todos los que han hecho posible esta publicación. Un sincero reconocimiento a las instituciones que auspiciaron con su cooperación financiera la realización de los intercambios académicos. Asimismo, es de justicia agradecer al Departamento de Publicaciones del Instituto de Investigaciones Jurídicas su valiosa contribución para la edición de esta obra. Por último, pero no menos importante, reiteramos nuestra profunda gratitud a todos los autores, quienes de manera comprometida, optimista y generosa entregaron sus ensayos. Ante el proceso inédito de sistematización del *ius constitutionale commune*, cada autor da su respuesta con reflexiones que giran en la órbita de los rasgos, potencialidades y desafíos del proyecto en cada uno de los temas específicos abordados. Este libro aporta algunas nuevas ideas que pueden contribuir a avanzar en esta dirección y concretizar los objetivos del respeto 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, el diálogo, la inclusión y promoviendo el pluralismo normativo y poniendo en práctica una concepción integral del derecho público, argumentando en base a principios y otorgando una mayor relevancia al derecho comparado. Objetivos, conceptos y desafíos del *ius constitutionale commune* invitan a la efectivización del proyecto.

INTRODUCCIÓN.
EL PRINCIPIO MAYORITARIO Y LA DEMOCRACIA
PRESIDENCIAL EN AMÉRICA LATINA

Dieter NOHLEN*

Estimadas señoras, estimados señores:

Reciban mi cordial saludo. Muchísimas gracias a Armin von Bogdandy y a Mariela Morales por haberme invitado a participar en el aniversario del Coloquio Iberoamericano en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público (MPI) y a dirigir unas palabras a los aquí presentes. Quisiera expresar mis felicitaciones por estos primeros diez años de exitosa vida académica y también mis deseos de que el Coloquio siga creciendo en su misión de promover el intercambio entre Heidelberg y el mundo iberoamericano. Por cierto, me complace que la iniciativa haya provenido de algunos de mis alumnos. Me alegra la presencia de Richard Ortiz entre nosotros, cofundador del Coloquio. Aprovecho la oportunidad para agradecer al Instituto MPI el haber ofrecido a mis alumnos una calurosa hospitalidad durante más de treinta años, un provechoso ambiente de diálogo y una excelente infraestructura de investigación, condiciones que han resultado en unas treinta tesis de doctorado, que he tenido el gusto de asesorar, quince de ellas de alumnos provenientes de América Latina.

Me complace también la presencia de Pedro Cruz Villalón, abogado general del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a quien conozco desde la década de los setenta cuando se encontraba en el MPI. Asimismo, me alegra la presencia de Diego Valadés, destacado constitucionalista me-

* Discurso con motivo del Décimo aniversario del Coloquio Iberoamericano del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público celebrado en el Alte Aula de la Universidad de Heidelberg, el 13 de marzo de 2014. Agradezco el apoyo lingüístico de José Reynoso Núñez y de Mariela Morales Antoniazzi.

xicano, con quien he sostenido múltiples encuentros en México, cuando era director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. En esa época, había soñado con un mayor intercambio entre ese importante instituto mexicano y el MPI, que efectivamente pudo establecerse en los últimos años, gracias a la visión y al sentido de cooperación de José María Serna de la Garza, Jorge Carpizo, Héctor Fix-Fierro, Mariela Morales y Armin von Bogdandy.

Con Jorge Carpizo y Diego Valadés he compartido el interés por el presidencialismo y su atenuación o parlamentarización como alternativa a la propuesta de sustituirlo por el parlamentarismo. Veo en Diego un defensor de la misma causa, de modo que me ha complacido mucho escucharle de nuevo sobre el tema de nuestro fructífero intercambio científico.

*

Sin embargo, desde entonces, ya ha pasado casi una década, y mis consideraciones al respecto han tenido que tomar en cuenta el desarrollo político en América Latina. Por un lado, he visto fortalecida mi postura de que “el contexto hace la diferencia”, título de un libro mío publicado justamente por el Instituto de Investigaciones Jurídicas hace diez años. En todo el debate sobre lo institucional, lo que más importa es el contexto. Muchas generalizaciones institucionalistas no lo consideran. Por ejemplo, cuando Norberto Bobbio apunta que los mecanismos de la democracia directa son compatibles con la democracia representativa, el maestro italiano no toma en cuenta las condiciones de contexto, necesarias para que la realidad confirme su tesis.

Por otro lado, en vez de un desarrollo institucional que hemos preconizado con la idea de atenuar o parlamentarizar el presidencialismo en función de mejorar la gobernabilidad democrática y fortalecer la consolidación de la democracia representativa en América Latina, en otras palabras, en función de un desarrollo más equilibrado entre los principios mayoritario y de consenso, se ha producido a nivel de las reformas constitucionales (salvo en México) exactamente lo contrario. Las democracias presidenciales, ya por sí más proclives al principio mayoritario en comparación con el parlamentarismo, como correctamente sostiene Arend Lijphart (1994), han fortalecido este principio como rector de la política a través de la introducción, primero, del sistema de mayoría absoluta para las elecciones presidenciales; segundo, de la posibilidad de reelegir al presidente, y tercero, de los elementos de la democracia directa como el referéndum, el *recall* y la

consulta popular. A pesar de que se presentan en el debate político como elementos para fortalecer o democratizar la democracia en América Latina, todos estos instrumentos institucionales dependen en cuanto a sus efectos democráticos o no del contexto. Así, conviene recordar las advertencias de autores latinoamericanos que ubican estas reformas constitucionales en el contexto latinoamericano. En relación con el sistema de mayoría absoluta, Jorge Lanzaro (2008) señaló que su introducción (incluso en el caso uruguayo de una cultura consensualista) podría “caer en un presidencialismo más «duro», generando desencuentros entre los partidos y vaivenes antagónicos entre los poderes del Estado, sin descartar las cadencias populistas y las pretensiones de hegemonía. Las circunstancias se agravan si atrapado por el «mito del mandato» popular, el presidente se siente portador de una «voluntad general» y no cultiva las lógicas negociales”. Respecto a la reelección presidencial, Mario Serrafiero (1997) sostuvo que su combinación “con un diseño institucional de presidencialismo fuerte o hipertrófico no es la mejor de las opciones, sino el riesgo más cierto contra la vigencia auténtica de los derechos de los ciudadanos, el equilibrio de poderes y la estabilidad de las instituciones”. En relación con los elementos de la democracia directa, Jorge Lazarte (2009) sentenció que ellos fortalecen el establecimiento de un Poder Ejecutivo fuera de dimensiones compatibles con la democracia y el Estado de derecho. Asevera el autor que el “participacionismo no es la participación ciudadana, sino un recurso de los autoritarismos plebiscitarios”.

Mientras que en unos países latinoamericanos este proceso de dar mayor peso al principio mayoritario en el proceso de formación de la voluntad política se desarrolló dentro de la democracia constitucional del Estado de derecho, en otros países pasó estos límites. El principio mayoritario resultó ser, dentro de la llamada democracia participativa, el medio para convertir la democracia presidencial en una dictadura plebiscitaria. Se cumplió lo que Alexis de Tocqueville temió: la aplicación tiránica del principio mayoritario. Esta evolución divergente ha implicado un quiebre conceptual en el estudio de la política latinoamericana. El contenido de los conceptos básicos como el de la democracia ya no es el mismo; sin embargo, es a través de los conceptos que se describe y se conoce la realidad.

**

En un estudio sobre el principio mayoritario y la democracia presidencial en América Latina que actualmente estoy finalizando, trato de demostrar que el alcance del principio mayoritario es un criterio clave para dife-

renciar entre democracias y dictaduras. El principio mayoritario tiene una larga historia desde la antigüedad hasta hoy en día, pasando desde su imposición (frente a la unanimidad), por su cuestionamiento (durante la ilustración francesa), hasta su sustitución como principio de representación (en el ámbito de los sistemas electorales parlamentarios) y su limitación como principio de toma de decisión. A partir de la Revolución Francesa, o sea, a partir de la implementación lenta del sufragio universal, el principio mayoritario ha entrado en relación con distintos modelos de democracia: la democracia representativa, la directa, la radical rousseauiana, la jacobina, la republicana, la deliberativa. En cada uno de los modelos el principio mayoritario muestra un alcance distinto. En algunos de ellos, vinculado con el plebiscito como medio para activar la participación directa de la ciudadanía, es el instrumento técnico para establecer y legitimar una dictadura, conforme a lo que señaló Max Weber (1991), cuando desencantó la democracia plebiscitaria como “la ideología de la dictadura contemporánea”.

Para efectos comparativos, sintetizamos rápidamente los límites del principio mayoritario en las modernas democracias representativas que no invalidaron, sino legitimaron su permanencia como principio de decisión. En primer lugar, una Constitución no expresa la voluntad de la mayoría, sino revela un acuerdo básico entre las fuerzas sociales y políticas de un país. Es una condición crucial para que la minoría acepte las decisiones mayoritarias que obligan a todos. En segundo lugar, los derechos humanos y las libertades políticas no están a disposición de ninguna mayoría, son garantizados por la propia Constitución y protegidos por un tribunal constitucional. En tercer lugar, los poderes del Estado son independientes uno del otro. Hay separación de poderes. En el juego entre mayoría y minoría existen contrapesos al poder de la mayoría electoral. Y en cuarto lugar, la minoría puede convertirse en mayoría. Sobre quién es mayoría, deciden periódicamente las elecciones que son libres y honestas.

Estos principios del desarrollo democrático de las democracias avanzadas no son ajenos a las convicciones democráticas que hasta hace poco expresaban el consenso en América Latina, como demuestra la Carta Democrática Interamericana, aprobada el 11 de septiembre de 2001. El artículo 3o. dispone:

Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como

expresión de la soberanía del pueblo, el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.

Comparando el catálogo de principios vigentes en las democracias representativas con las prácticas políticas en las democracias presidenciales participativas de América Latina, de origen radical rousseauiano y jacobino, se desprende lo siguiente:

— Primero, las Constituciones no son de consenso, sino impuestas por la mayoría. En Bolivia, por ejemplo, “la bancada oficialista aprobó una propuesta de nueva Constitución sin concertar con la oposición y violando las normas del (...) reglamento interno” de la Asamblea Constituyente” (Mayorga, 2010) al aprobarla con una mayoría absoluta, mientras que el reglamento interno exigía una mayoría de dos tercios.

— Segundo, no hay límites al principio mayoritario, sino el poder de la mayoría es absoluto. No hay protección (en forma de bloque de constitucionalidad) de los derechos humanos, fundamentales y políticos. “La Constitución no opera como freno, con base en la cual se controla el poder y la tentación de la mayoría de imponerse arbitrariamente; “muy por el contrario”, como decía Norberto Bobbio (1985)”, el derecho (constitucional) es un instrumento de poder, dicho con otras palabras, el poder no crea el poder con el propósito de ser por éste limitado”. La decisión mayoritaria del pueblo está por encima de cualquier legislación o institución, y su voluntad la ejerce el presidente.

— Tercero, se quiebra la separación de poderes. El Poder Ejecutivo coloniza todas las instituciones de posible control del poder. El poder usurpa sobre todo el tribunal constitucional, con lo que, en palabras del politólogo venezolano Ricardo Combellas (2010) “la jurisdicción constitucional se (pone) al servicio del régimen, por encima de los principios y valores constitucionales” y abandona “su rol de protectora de los derechos humanos”, a veces se vuelve “un instrumento de persecución política de la disidencia”. Un ejemplo puede constatarse en las decisiones del Poder Judicial usadas como armas contra los alcaldes de la oposición.

— Cuarto, la minoría está impedida de convertirse en mayoría. No se garantiza una competencia libre e igualitaria por parte de la mayoría; la mayoría gobernante trata por todos los medios de defender el poder.

Si recordamos los preceptos democráticos de la Carta Democrática Interamericana, que sostiene en su artículo 2o. que “el ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes

constitucionales de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos”, las democracias participativas no cumplen prácticamente con ninguno de ellos: no se respetan las libertades fundamentales, el ejercicio del poder no está sujeto al Estado de derecho, desprecian el pluralismo político, no se celebran elecciones libres, cierran el acceso al poder de la minorías. Las democracias participativas deducen su legitimidad del principio mayoritario. Sin embargo, el voto mayoritario no convierte a una dictadura en una democracia. Como apunta Amartya Sen (2009), no es tan importante qué se vota, sino el contexto en el que se vota. Dependiendo del contexto, el pueblo puede votar contra la democracia, como advertía el politólogo francés Guy Hermet (1989). El contexto tiene que ser democrático, para que unas elecciones aporten legitimidad democrática a un gobierno.

A pesar de esto, las dictaduras plebiscitarias son tratadas como democracias, a nivel de la OEA, incluso hasta alterar los calificativos, cuando su secretario general José Miguel Insulza (7 de marzo de 2014) declara que las protestas callejeras de la oposición democrática contra la dictadura en Venezuela “no ponen en peligro la democracia”. Parece que en la OEA ya nadie sabe qué es la democracia. Me abstengo aquí de explorar las razones que explican esta significativa confusión.

La presencia de dos modelos de democracia, el democrático y el autoritario, significa que el concepto de democracia en América Latina se ha heterogeneizado. Este reciente proceso va en contra de la idea de que se extiende una tendencia hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina. Y no es que las realidades discrepan de los enunciados constitucionales, fenómeno nada nuevo en la región. La norma misma sufre discrepancias internas. Como consecuencia, todos los fenómenos institucionales que parecen tener un sentido unitario, sufren significados distintos según los tipos de régimen, democrático o no. Por ejemplo, en las democracias participativas, las Constituciones ya no se perciben y operan como límites del poder, sino más bien se les entiende y utiliza como instrumentos de poder, lo que hace más que cuestionable hablar de un nuevo constitucionalismo en América Latina, cuando las inovaciones constitucionales, a las que se refiere el concepto, van en su práctica en contra de la esencia misma de una Constitución. Asimismo, las elecciones no abren el acceso al poder, sino lo cierran. La gobernabilidad no se alcanza mediante compromisos entre la mayoría y la minoría, entendida como gobernabilidad democrática, sino es

algo impuesto por la mayoría autoritaria, ejercida por el líder político. La justicia no es un producto de equilibrio de intereses y de la aplicación de la ley, sino un arma en contra de la minoría u oposición. En principio, lo que se observa es una perversión de los conceptos a través de las prácticas políticas. Esta circunstancia constituye un reto enorme para el derecho público y las ciencias sociales.

En el ámbito del derecho público, el proyecto del MPI aparece como un intento serio de corresponder a este desafío. Se propone

...la reconstrucción del *ius constitutionale commune latinoamericano* (que) se basa 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 normativo. 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 (von Bogdandy, 2014).

En las ciencias sociales, sin embargo, se observa cómo su corriente empírica-cuantitativa se muestra poco preparada para tal desafío. En el campo de la demoscopia, el problema de la validez, es decir, de la consistencia del contenido de algo que se mide, es en general ya un problema de primer orden (Falter, 2006). Tal relevancia es aún mayor cuando precisamente el concepto de democracia no existe. Así, Latinobarómetro en su último informe de 2013 constata “que la palabra democracia significa distintas cosas”. A pesar de esta advertencia, mide el apoyo de la democracia en Venezuela en el último decenio sumando las respuestas positivas de los demócratas y de los que apoyan al autoritarismo chavista. Demócratas y autoritarios confluyen en el apoyo a la democracia que para cada parte significa algo distinto. De allí concluir que “el chavismo ha desmantelado completamente a los autoritarios”, es negar el problema y llevar las conclusiones a la confusión. En el mismo sentido, Latinobarómetro compara entre los países de la región e identifica a Venezuela y a Ecuador como “los países que más han aumentado el apoyo a la democracia en América Latina”. Este resultado hay que calificarlo como un disparate analítico: el autoritarismo presentado como mejor *performer* democrático. Analizar encuestas no consiste en repetir porcentajes, sino en tratar de comprender significados.

El flamante Electoral Integrity Project (2014) de Pippa Norris y otros autores incurre en problemas similares. En su primer informe recién publi-

cado, los expertos nacionales miden la calidad democrática de las elecciones, e incluyen a Cuba en su *ranking* de naciones según el rendimiento que muestran, pese a que allí no hay elecciones libres. Por cierto, parece incuestionable que el partido único comunista gana seguro por altísima mayoría. Pero esto no justifica adjudicar al país caribeño en cuanto a la certeza de los resultados un valor que iguala al respectivo desempeño de Alemania, Islandia, Israel, y supera el de Estados Unidos, Austria e Italia, entre otros. En su desempeño electoral general, Cuba resulta ubicado en el medio del *ranking* en el grupo de países con moderada integridad electoral. Comparando esta evaluación con otros países de América Latina, Cuba aparece como un modelo exitoso para la democracia “electoral” en América Latina. Obviamente, en el quehacer comparativo, la medición no puede sustituir la lógica de la comparación que impone respetar las categorías básicas de democracia y dictadura.

Mi estudio sobre el principio mayoritario y la democracia presidencial en América Latina quiere llamar la atención de las ciencias sociales y del derecho público a cuidar los conceptos, su significado y su función en el proceso de conocimiento. Es a través de la reflexión conceptual que el análisis trasciende la descripción de la realidad (*Kenntnis*) y lleva a la comprensión (*Erkenntnis*) de los fenómenos. La comprensión, por su parte, se manifiesta en saber hacer distinciones. En el campo comparativo respecto al gobierno, disponemos de las categorías básicas de clasificación de democracia y dictadura que esperan ser tomadas estrictamente en cuenta. Como criterio de distinción propongo el principio mayoritario que cuenta con un alto grado de abstracción. Puntualizar las cosas en este principio, encontrar en su forma de aplicación la diferencia que hace la diferencia, por cierto simplifica la complejidad, reduce la variedad de la realidades, además que permite una clara delimitación entre democracias y dictaduras, según si está aplicado con o sin límites. En su relación con la democracia presidencial, el principio mayoritario es el criterio categorial para tratar el tema del desarrollo democrático en América Latina.

CONSTRUCCIÓN
DEL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE*

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE LATINOAMERICANUM. UNA ACLARACIÓN CONCEPTUAL*

Armin VON BOGDANDY**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El derecho común latinoamericano como proyecto jurídico, político y cultural*. III. *Objetivos y desafíos del ius constitutionale commune latinoamericano*. IV. *Conceptos clave*. V. *Rasgos esenciales*.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace varios años se ha gestado un fructífero intercambio en torno al *ius constitutionale commune* en América Latina, entre el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional y prestigiados colegas latinoamericanos.¹ La idea de un *ius constitutionale commune latinoame-*

* Ponencia presentada en el Encuentro “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*”, celebrado el 20 de septiembre 2012 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Una versión inicial fue publicada por la UNAM. Cfr. Bogdandy, Armin von, “*Ius constitutionale commune latinoamericanum*”. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea”, en González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, 2013, pp. 39-66.

** Director del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional de Heidelberg, Alemania.

¹ Entre las citas al *ius constitutionale commune*, véase Arango, Rodolfo, “*Ius constitutionale commune*”, *El espectador*, 4 de noviembre de 2009; 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*, del 26 de noviembre de 2010; Sagüés, Néstor, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Estudios constitucionales*, Santiago de Chile, año 8, núm. 1, 2010, pp. 117-136; García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Puebla, año V, núm. 28, julio-diciembre de 2011, pp. 123-159; 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*, San José, IIDH, 2011;

*ricanum*² tiene larga data, pero ha adquirido un renovado perfil en este siglo XXI, a casi cuatro décadas de que se fundara, en 1974,³ el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, con el propósito de construir canales de comunicación para intercambiar experiencias sobre las diversas normas y realidades constitucionales en aquella difícil época de las dictaduras, y a fin de colaborar con “los medios académicos” al restablecimiento de la democracia.⁴ El respeto de los derechos humanos, del principio democrático y del 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, con fundamento en los aportes recogidos en los diversos encuentros académicos celebrados en América Latina y en Alemania, así como en sus respectivas publicaciones.⁵ Primeramente me refiero a la contribución de la academia en su configuración, para luego sistematizar los tres objetivos, los tres conceptos clave y los tres rasgos esenciales de este *ius constitutionale commune*.

II. EL 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

Piovesan, Flávia, “Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano”, *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, vol. 77, No. 4, octubre-diciembre, 2011; *idem*, “Direitos humanos e diálogo entre jurisdições”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, No. 19, janeiro-junho 2012, pp. 67-93.

² Se utilizan como términos sinónimos “derecho constitucional común latinoamericano”, derecho común o *ius commune*.

³ El soporte institucional de un *ius commune* se encuentra en los propios Estatutos del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y en las memorias de sus congresos.

⁴ Carpizo, Jorge, “Treinta años del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional”, *Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Estatuto*, México, UNAM-IIDC, 2005, p. 18.

⁵ Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM-MPIL-IIDC, 2010, 2 vols.; Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, UNAM-MPIL-IIDC, 2011; Carpizo, Jorge, “Prólogo”, en Bogdandy, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM, 2011, pp. X y siguiente.

público en esta región. A mi parecer, tal proyecto está basado en la convicción de que el derecho público y su ciencia pueden confrontar exitosamente los desafíos contemporáneos sólo bajo una mirada transformadora. Con este propósito, me permito definir mi entendimiento sobre 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.⁶ El 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”.⁷ 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 la soberanía nacional, la igualdad entre ciudadanos nacionales y extranjeros, y la jurisdicción territorial.⁸

⁶ Así, el resultado de una serie de estudios comunes: Bogdandy Armin von *et al.* (eds.), *Estudios avanzados de Direitos Humanos. Democracia e integração jurídica: Emergência de um novo Direito Público*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2013; *idem* (eds.), *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012; *idem* (eds.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica. Avançando no diálogo constitucional e regional*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011; *idem* (eds.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010; Bogdandy, Armin von, César Landa Arroyo y Mariela Morales Antoniazzi (eds.), *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, CEPC, 2009.

⁷ Jellinek, Georg, *Die Lehre von den Staatenverbindungen* (1882), edición e introducción de Walter Pauly, Keip, Goldbach, 1996, pp. 16 y siguientes (36). Sobre los conceptos paralelos en Latinoamérica, Serna de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 2012, pp. 9-15.

⁸ Según sus postulados, los estados soberanos gozan del derecho de no ser sometidos a ninguna forma de injerencia (*ingérence d'aucune sorte*) por parte de otros estados; 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. *Cfr.* Tamburini, Francesco, “Historia y destino de la ‘Doctrina Calvo’: ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, núm. 24, 2012, pp. 81-101.

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 provisto 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”,⁹ y fundamenta la validez del derecho internacional público de la misma manera que da fundamento a la validez del derecho estatal: 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 sigue teniendo gran importancia, tanto en el derecho del Estado como en el derecho internacional, lo mismo que en la teoría de la legitimidad.¹⁰ 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 la globalización socavan la famosa premisa del principio clásico de soberanía según la cual los estados son “comunidades independientes”.¹¹ Con una imagen, Eyal Benvenisti describe claramente este cambio de paradigma: la vieja soberanía se asemejaba a la propiedad sobre una villa aislada 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 la globalización hacen surgir la pregunta de cómo entender las estructuras fundamentales del derecho público. Entiendo el concepto del derecho común latinoamericano como una estrategia para dar respuesta a tal interrogante.¹² Se trata de una noción parecida al concepto del

⁹ Muy influyente la obra de Carlos Calvo, *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, (1863), 2 vols.

¹⁰ 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)*, No. 57, por lo que se refiere al derecho internacional.

¹¹ Clásicamente, en el caso Lotus de la Corte Permanente de Justicia Internacional, CPJI, del 7 de noviembre de 1927. *The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey*, Series A, No. 10, 1927, p. 18.

¹² Véase, *supra*, nota 1.

derecho común europeo.¹³ Similares son también las estrategias que sustentan a otros conceptos, como los de un supuesto derecho de la humanidad,¹⁴ un derecho cosmopolita,¹⁵ un derecho global,¹⁶ un derecho mundial,¹⁷ un derecho mundial interno (*Weltinnenrecht*),¹⁸ o un derecho transnacional.¹⁹ Corresponde a la academia la tarea de profundizar, a nivel teórico, en dichos conceptos e investigar cómo se puede desarrollar, sobre tal base, un nuevo derecho público.

En virtud de su labor intelectual, los académicos no solamente son testigos, sino también actores en este proceso de transformación, en el que asumen varios papeles.²⁰ Un rol relevante es precisamente el de la conceptualización, para entender el alcance de las realidades jurídicas con los cuales nos confrontamos, como son las normas, los fallos, las opiniones, las consultas. En el mural del Auditorio “Antonio Martínez Bález” de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM se lee que no hay revolución sin teoría revolucionaria. Siendo reformistas, no compartimos la vocación revolucionaria, pero 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 lograr la victoria en el sentido de que se convierta en un fundamento generalmente aceptado por la dogmática jurídica. Pero ya sería un logro si es útil para nutrir el debate sobre cómo conceptualizar más adecuadamente la realidad normativa en la región.

¹³ 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*.

¹⁴ Cançado Trindade, Antônio A., “International Law for Humankind. Towards a New *Jus Gentium* (I)”, *Recueil des Cours*, núm. 316, 2005, pp. 9-439; “International Law for Humankind. Towards a New *Jus Gentium* (II)”, *Recueil des Cours* núm. 317, 2005, pp. 9-312; Jenks, Clarence Wilfred, *The Common Law of Mankind*, Nueva York, Frederick C. Praeger, 1958.

¹⁵ Benhabib, Seyla, “The Philosophical Foundations of Cosmopolitan Norms”, en Benhabib, Seyla, *Another Cosmopolitanism. Berkeley Tanner Lectures 2004*, editadas por Robert Post, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 13.

¹⁶ Domingo, Rafael, *The New Global Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

¹⁷ Delmas-Marty, Mireille, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Scuil, 1998.

¹⁸ Habermas, Jürgen, *Der gespaltene Westen: Kleine politische Schriften*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 2004, pp. 143, 159 y siguiente.

¹⁹ Jessup, Philip C., *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956.

²⁰ Con más detalle Bogdandy, *Hacia un nuevo derecho público*, cit., supra nota 5, pp. 18-23, 132-144; muy parecida es la idea de la dogmática teológica protestante: Barth, Karl, *Die kirchliche Dogmatik* (1932), 10a. ed., 1981, vol. 1,1, pp. 1-3.

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 la función esencial de criticar o cuestionar, tanto las políticas y actos legislativos como las decisiones jurisdiccionales. El nuevo derecho público confiere un papel preponderante 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 en 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 a ser progresivo y propositivo.

Este texto hace una reconstrucción del derecho común o *ius commune* latinoamericano con base en tres objetivos, tres conceptos clave y tres rasgos esenciales. Los tres objetivos son: a) avanzar en el respeto de los principios de los derechos humanos, del Estado de derecho, y de la democracia; b) desarrollar el Estado abierto, y c) construir instituciones internacionales eficaces y legítimas. Los tres conceptos claves son 1) diálogo, 2) inclusión y 3) pluralismo normativo. Por último, los tres rasgos esenciales se dirigen a presentar i) una ciencia del derecho público que abarca el derecho nacional y el internacional, ii) la argumentación se realiza con base en los principios y iii) la asignación de mayor importancia al derecho comparado.

III. OBJETIVOS Y DESAFÍOS DEL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* LATINOAMERICANO

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

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

ser corrompido por el poder político,²¹ pero se postula que también tiene un potencial emancipador.

Para dar cumplimiento a dichos principios de protección de los derechos humanos, del Estado de derecho y de la democracia, el *ius constitutionale 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 promueva el derecho común latinoamericano propaga un derecho público que no reconozca un papel central a las instituciones estatales. Pero también se afirma que éstas no son suficientes: la garantía y el 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, es decir, abierto a las normas e instituciones internacionales. Ello no significa que la apertura sea la panacea o el remedio a todos los problemas. Seguramente numerosos asuntos necesitan ser resueltos a nivel nacional, y las instituciones nacionales son las responsables de actuar en primer término. Al mismo tiempo, el concepto de un derecho común latinoamericano tiene la convicción de que es necesario que el Estado esté abierto al derecho internacional, a las instituciones internacionales, así como a la comparación jurídica como 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,²² han otorgado a los tratados de derechos humanos rango constitucional y primacía sobre la ley. Para citar sólo algunos ejemplos, el artículo 75, inciso 22, de la Constitución argentina de 1994 enumera una serie de instrumentos a los que asigna rango constitucional.²³ La Constitución boliviana de 2009 dispone que los tratados de

²¹ Neves, Marcelo, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, WFM Martins Fontes, 2009.

²² Fix-Zamudio, Héctor, “El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, México, año 1, núm. 1, enero-junio de 2004, pp. 141-180.

²³ Constitución argentina, artículo 75: “Corresponde al Congreso: ... 22. Aprobar o desear tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

derechos humanos prevalecen en el orden interno, agrega que los derechos y deberes consagrados en esa Constitución se interpretarán de conformidad con dichos tratados,²⁴ y que éstos se aplicarán de manera preferente cuando declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución.²⁵ En México, con la reforma constitucional de junio de 2011, el artículo 1o., párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, amplió, mediante el 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.²⁶

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 de soberanía. Esta rama del derecho se funda en el concepto clásico de soberanía del Estado, según el cual, todo el sistema jurídico

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 Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

²⁴ Constitución de Bolivia, artículo 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”.

²⁵ Constitución de Bolivia, artículo 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”.

²⁶ Mediante la decisión relativa al expediente “Varios 912/2010”, del 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.

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 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.

Las resistencias frente al Estado abierto se plantean también desde la perspectiva internacional de la soberanía. 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, como por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o el Banco Mundial.

3. *Instituciones internacionales fuertes y legítimas*

El tercer objetivo que persigue el *ius constitutionale 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 realizan, sobre todo, una contribución sustancial a un sólido sistema de derechos humanos a través del fortalecimiento y el respaldo que provienen del exterior. 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 de 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 éste 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. Evidentemente, a nivel nacional representa un desafío crear sociedades verdaderamente democráticas, 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 de 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*.²⁷ Ciertamente, como órgano del sistema interamericano de derechos humanos, la Corte desarrolla, a través de su jurisprudencia, un mecanismo de protección y consolidación de la democracia en los Estados sometidos a su jurisdicción.²⁸ 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 éste no es un objetivo convincente, porque la diversidad y la conciencia de la complejidad son una consideración de gran valor. En este sentido, el nuevo universalismo que sirve de pilar al concepto de un derecho común latinoamericano no es un universalismo que señale que el Estado, entendido como constelación nacional, deba desaparecer. El Estado sigue siendo un elemento central en esta visión del nuevo derecho público, que tiene 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.²⁹ Por tanto, la nueva constelación se vincula con las nuevas formas de articulación del espacio político.³⁰

²⁷ En detalle, Binder, Christina, “The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights”, en Bogdandy, Armin von e Venzke, Ingo (eds.), *International Judicial Lawmaking. On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2012, p. 293.

²⁸ Detalladamente, Morales Antoniazzi, Mariela, *Protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune*, Heidelberg, MPIL, 2013 (tesis doctoral inédita).

²⁹ Desde hace más de un década la doctrina alemana se refiere a una situación “flotante” de la soberanía. Cfr. Di Fabio, Udo, *Das Recht offener Staaten. Grundlinien einer Staats- und Rechts-theorie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, p. 94; Oeter, Stefan, “Souveränität – ein überholtes Konzept?”, en Cremer, Hans-Joachim et al. (eds.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts. Festschrift für Helmut Steinberger*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2002, pp. 259 y siguientes.

³⁰ Bayón, Juan Carlos, *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,³¹ 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 del 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 data, con Maquiavelo, Carl Schmitt y Samuel Huntington entre sus sostenedores más distinguidos. En cambio, los más famosos en el debate contemporáneo son los neoconservadores americanos que sustentaron las políticas de George W. Bush.³² 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 es posible un Estado regional.

Por el contrario, el universalismo argumenta que es posible un derecho público eficaz y legítimo más allá del Estado-nación, y ésta es también una tradición con gran 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.³³ Hoy, el universalismo lo representan personajes como Antônio Cançado Trindade o Jürgen Habermas. Es un pensamiento extendido, según el cual hay la posibilidad de lograr un orden mediante un derecho público que trascienda al Estado-nación. Dada la relevancia que reconocen a los derechos humanos universales, me parece evidente que los autores de un *ius commune* latinoamericano se inscriben en la tradición universalista.³⁴

³¹ Con más Grote, Rainer, “Los esfuerzos integradores en el contexto histórico suramericano”, y Fischer, Thomas, “Las iniciativas de integración en la segunda mitad del siglo xx”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Integración suramericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, CEPC, 2009, pp. 3, 23.

³² Rabkin, Jeremy A., *Why Sovereignty Matters*, Washington, D. C., AEI Press, 1998; Kagan, Robert, “America’s Crisis of Legitimacy”, *Foreign Affairs*, vol. 83, No. 2, marzo-abril de 2004, pp. 65, 73; también Goldsmith, Jack L. y Eric A. Posner, *The Limits of International Law*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2005.

³³ Suárez, Francisco, *De legibus, ac Deo legislatore*, en *Selections from three Works*, Oxford, Clarendon Press, 1944, pp. 1 y ss.; Vitoria, Francisco de, *Relectio prior de Indis recenter inventis, De Indis recenter inventis et de jure belli Hispanorum in Barbaros*, Oxford, Clarendon Press, 1952, pp. 1 y ss.

³⁴ Carpizo, Jorge, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 25, julio-diciembre de 2011, p. 4; Piovesan, Flávia, “A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e Perspectivas”, en Bakdi, César Augusto (org.), *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*, Rio de Janeiro, 2004, p. 49.

IV. CONCEPTOS CLAVE

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

1. *Diálogo*

El concepto de diálogo se utiliza para calificar varios fenómenos del nuevo derecho público.³⁵ Aquí nos limitamos al diálogo entre tribunales.³⁶ Para los órganos jurisdiccionales, el concepto conlleva ante todo la necesidad de justificar sus resoluciones fundamentándolas en argumentos suficientes. Tradicionalmente, los tribunales decidían principalmente a partir de su autoridad, por lo que argumentaban poco sus resoluciones. No se veían llamados a sustentar la solución adoptada, ni tampoco justificaban que fuera la mejor entre otras opciones jurídicamente posibles. En cambio, en el nuevo derecho público, los tribunales deben argumentar para convencer a otros actores jurídicos y justificar la toma de determinada decisión. Tal justificación representa un elemento primordial en este modelo de derecho público, pues la autoridad del ente jurisdiccional en sí misma no basta para sustentar el fallo. En la actualidad se puede constatar la tendencia a adaptarse a este cambio de paradigma en muchos tribunales.

Otro elemento determinante es el diálogo entre los distintos tribunales. La decisión de un tribunal 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 un tribunal nacional.³⁷ Cuando la Corte Interamericana dicta una sentencia, su implementación puede ser anulada por los tribunales nacionales, pues una resolución de cualquier tribunal puede ser controlada por otro tribunal. En el escenario actual no hay

³⁵ Burgorgue-Larsen, Laurence, “La formación de un Derecho Constitucional europeo a través del diálogo judicial”, en Ugartemendia Ezeizabarrena, J. I. y Jáuregui Bereciartu, G. (coords.), *Derecho constitucional europeo (Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas españoles (4-6 de febrero de 2010))*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 41-76; Burgorgue-Larsen, Laurence, “De l’internationalisation du dialogue des juges”, *Le dialogue des juges. Mélanges en l’honneur du président Bruno Genevois*, París, Dalloz-Sirey, 2009, pp. 95-130; Neves, Marcelo, *Transconstitucionalismo*, *cit.*, *supra* nota 21; Bogdandy, Piovesan y Morales Antoniazzi (eds.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica...*, *cit.*, *supra* nota 6, pp. 255, 279 y ss.

³⁶ 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.* Serna, *Impacto e implicaciones constitucionales...*, *cit.*, *supra* nota 7, pp. 243 y ss.

³⁷ Para un ejemplo elocuente véase el Tribunal Supremo de Justicia venezolano.

ya “últimas palabras”. Ello impulsa 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 tribunales. Es evidente que los tribunales no sólo buscan la mejor solución, sino que también desean preservar, o incluso afianzar, su propio posicionamiento en la nueva constelación, o bien, pretenden hacer realidad los proyectos normativos que juzgan importantes. Los tribunales muestran preocupación por su papel público y son cuidadosos de la posición que ocupan frente a otros tribunales. De este modo, es habitual que existan tensiones en torno al diálogo y que éste no siempre conduzca al acuerdo. El concepto de diálogo no exige armonía, pero solamente funciona si las partes están involucradas en un proyecto común. De no haber aceptación de esta premisa, existe sólo interacción, pero no diálogo.

Hay que admitir que la nueva situación generada por la inexistencia de una “última palabra” por parte de un tribunal no deja de producir temores 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 los tribunales entienden que, en este nuevo contexto, tienen una responsabilidad compartida, tanto respecto de la aplicación como del desarrollo del derecho.

2. Inclusión

El segundo concepto clave es la inclusión. Se trata de la idea de inclusión de *todos* en los grandes sistemas sociales: en el sistema de la salud, en el de la educación, en el económico y laboral, en el 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.³⁸ La exclusión es

³⁸ Habermas, Jürgen, *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 2011, p. 54; Luhmann, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1993, pp. 582-585; Sen, Amartya, *The Idea of Justice*, Londres, Harvard University Press, 2009, p. 117.

un reto que debe ser abordado desde el derecho público y la lucha a su favor debe realizarse a la luz de los derechos humanos.³⁹

El concepto de inclusión lleva a la visión de una sociedad más pacífica y por ello 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 la representación. Un ejemplo son las audiencias públicas de la Corte Interamericana en sus sesiones itinerantes en otros países, lo que puede verse como una forma de inclusión,⁴⁰ pues ofrece 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.⁴¹ Estos conceptos representan, quizá, 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 quizá el de “constructivismo jurídico”. He venido sosteniendo que, como ocurre a menudo con las elaboraciones jurídicas, el contexto de sus orígenes ha sido olvidado en gran medida. 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 espectacular desarrollo del derecho internacional y, sobre todo, la introducción de disposiciones constitucionales específicas

³⁹ Carpizo, Jorge, “Perspectiva de la protección de los derechos humanos en el México de 2010”, en Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (coords.), *Formación y perspectivas del Estado en México*, México, UNAM-El Colegio Nacional, 2010, pp. 98 y ss.

⁴⁰ Saavedra Alessandri, Pablo y Pacheco Arias, Gabriela, “Las sesiones ‘itinerantes’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar por América”, en García Ramírez, Sergio y Castañeda Hernández, Mireya (eds.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, UNAM-Secretaría de Relaciones Exteriores-Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009, pp. 37-74.

⁴¹ Triepel, Heinrich, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, C. L. Hirschfeld, 1899, pp. 12-22; Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, Wien, F. Deuticke Verlag, 1934, pp. 129-154; Scelle, Georges, *Précis de droit des gens: principes et systématique*, París, Sirey, 1932, pp. 31 y 32.

relativas al papel del derecho internacional en los ordenamientos jurídicos nacionales.⁴² Como teorías, el monismo y el dualismo son hoy en día insatisfactorias: sus 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. En tanto que doctrinas, son igualmente insatisfactorias, ya que no contribuyen a la solución de los problemas jurídicos concretos: las varias elaboraciones actuales no se diferencian casi nada en cuanto a la respuesta jurídica que aportan respecto a cómo resolver un conflicto concreto.⁴³

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 del monismo y el dualismo. Tal vez puedan ser útiles para indicar una disposición política más o menos abierta hacia el derecho internacional,⁴⁴ 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 sobre otra base conceptual.⁴⁵

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 tomar el ejemplo de Alemania, uno de los países en los que dichas teorías encontraron arraigo. Alemania se ha convertido en un Estado constitucional consolidado. Ya no existen las rivalidades con sus países vecinos por los territorios coloniales ni la lucha por convertirse en potencia mundial; es un país que más bien se ha insertado, junto con esos mismos vecinos, en una red altamente interconectada de organizaciones supranacionales e internacionales, justamente para superar tal rivalidad destructiva.

⁴² Véase Peters, Anne, “The Globalization of State Constitutions”, en Nollkaemper, André y Nijman, Janne E. (eds.), *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, 2007, pp. 260-266, 293-305; una visión panorámica de las reacciones de las constituciones nacionales frente al derecho internacional y sus técnicas en Ginsburg, Tom, “Locking in Democracy: Constitutions, Commitment, and International Law”, *New York University Journal of International Law and Policy*, vol. 38, 2006, p. 707.

⁴³ Tomuschat, Christian, “International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century”, *Recueil des Cours*, vol. 281, 1999, pp. 9, 363.

⁴⁴ Véase Wet, Erika de, “The Reception Process in the Netherlands and Belgium”, en Keller, Helen y Alec Stone-Sweet (eds.), *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR in National Legal Systems*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 11, 25.

⁴⁵ Bogdandy, *Hacia un nuevo derecho público...*, cit., supra nota 5, pp. 287 y ss.

La idea del dualismo partía de la premisa de que, en principio, las normas internacionales y las normas nacionales regulan materias distintas.⁴⁶ Sin embargo, en la actualidad muchas normas internacionales regulan cuestiones internas que, a menudo, también son objeto de regulación por normas nacionales.⁴⁷ 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; sin embargo, 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.⁴⁸

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 consiste en 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.

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 que 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

⁴⁶ Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, cit. *supra* nota 41, pp. 11-15; Cfr. Gassner, Ulrich, *Heinrich Triepel: Leben und Werk*, Berlín, Duncker und Humblot, 1999, pp. 446-451. El monismo de Kelsen nace de la debilidad de esta premisa.

⁴⁷ Tomuschat, “International Law...”, cit., *supra* nota 43, p. 63 (el derecho internacional como un “modelo de vida social”).

⁴⁸ Carpizo, “Los derechos humanos...”, cit., *supra* nota 34, p. 13.

no como un ordenamiento único, sino como una forma de relación entre normas de varios sistemas que comparten una misma finalidad. Ese derecho estaría compuesto por normas internacionales como la Convención Americana sobre 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,⁴⁹ 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 son los conceptos de “multinivel”, “red” y “*Verbund*”.⁵⁰ Estas propuestas conceptuales forman parte del debate internacional que concibe estas nuevas constelaciones a partir del pluralismo jurídico. De Iberoamérica y de América Latina emerge también una nueva doctrina orientada 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”,⁵¹ “interconstitucionalidad”,⁵² “metaconstitucionalidad recíproca”,⁵³ red de Constituciones,⁵⁴ influjos y lecturas simultáneas,⁵⁵ nor-

⁴⁹ Góngora Mera, Manuel Eduardo, “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano”, en este mismo volumen.

⁵⁰ Itzcovich, Giulio, “Legal Order, Legal Pluralism, Fundamental Principles. Europe and Its Law in Three Concepts”, *European Law Journal*, vol. 18, 2012, pp. 358, 370. Schmidt-Abmann utiliza distintas expresiones como asociación unión, conjunto interrelacionado o estructura asociativa para describir el término alemán *Verbund*. Véase Schmidt-Abmann, Eberhard, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos”, en Barnes, Javier (ed.), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Sevilla, Global Law Press, 2006, pp. 15 y ss.

⁵¹ Pampillo Baliño, Juan Pablo, “The Legal Integration of the American Continent: An Invitation to Legal Science to Build a New *Ius Commune*”, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, vol. 17, No. 3, 2010, pp. 517-553, p. 519.

⁵² Gomes Canotilho, José Joaquim, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Dykinson, 2003.

⁵³ Cruz Villalón, Pedro, “El papel de los tribunales constitucionales nacionales en el futuro constitucional de la Unión”, en Colneric, Ninon et al. (coords.), *Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlín, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003, pp. 271-282.

⁵⁴ Bustos, Rafael, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012, pp. 13 y ss.

⁵⁵ Como zona de convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional, véase Nikken, Pedro, “El derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Caracas, núm. 72, 1989; Bidart Campos, Germán y Herrendorf, Daniel, *Principios de derechos humanos y garantías*, Buenos Aires, 1991, pp. 195 y ss.

mativismo supranacional,⁵⁶ transconstitucionalismo.⁵⁷ 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 del entrelazamiento normativo.⁵⁸ Una explicación teórica convincente sobre cómo reconstruir la pirámide kelseniana provendrá probablemente de una teoría del pluralismo jurídico,⁵⁹ pues ésta 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 derecho supranacional o del derecho estatal nacional, como parte de un ordenamiento jurídico unitario; por tanto, rechazan 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 e intrínsecamente políticos, por lo que el razonamiento jurídico tiene en ellos un papel insignificante.⁶⁰ 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

⁵⁶ Gordillo, Agustín, *Derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. III.10.

⁵⁷ Neves, *Transconstitucionalismo*, *cit.*, *supra* nota 21, pp. 115 y ss.

⁵⁸ Piovesan, “Direitos humanos e diálogo entre jurisdições”, *cit.*, *supra* nota 1, p. 67.

⁵⁹ *Cfr.* Burke-White, William, “International Legal Pluralism”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2004, p. 963; Benda-Beckmann, Franz von, “Who’s Afraid of Legal Pluralism”, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 47, 2002, p. 37; Benda-Beckmann, Keesbet von, “Globalisation and Legal Pluralism”, *International Law FORUM du Droit International*, vol. 4, 2002, pp. 19-25; Öhlinger, Theo, “Unity of the Legal System or Legal Pluralism: The Stufenbau Doctrine in Present-Day Europe”, en Jyränki, Antero (ed.), *National Constitutions in the Era of Integration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 1999, pp. 163-174; Berman, Paul Schiff, “Global Legal Pluralism”, *Southern California Law Review*, vol. 80, 2007, p. 1155; Fischer-Lescano, Andreas y Gunther Teubner, *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 2006, pp. 163-169.

⁶⁰ Teubner, Gunther, “Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus”, *Rechtshistorisches Journal*, vol. 15, 1996, pp. 255, 261 y siguiente, 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 las 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 No. 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>>.

conflictos entre ellos. Esta posición sostiene que los conflictos graves son más bien la excepción, ya que la regla es el trabajo conjunto y fructífero.⁶¹ 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 constitutionale commune* latinoamericano.

V. 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 jurídicamente 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 relevantes tanto en la Constitución nacional como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la jurisprudencia interamericana. En el campo económico ocurren igualmente numerosas situaciones que generan la confluencia del derecho nacional y otros órdenes normativos, como por ejemplo el derecho de la Organización Mundial de Comercio (OMC) o, en México, el derecho del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

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 de derecho constitucional y derecho internacional. En efecto, en la mayoría de los Estados, el derecho constitucional y el derecho internacional se han desarrollado como dos ámbitos de estudio separados, dos áreas de conocimiento distintas y, en cuanto disciplinas académicas, con identidades 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

⁶¹ Burgorgue-Larsen, Laurence (ed.), *Les interactions normatives*, París, Pedone, 2012.

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 radica en la argumentación basada en principios. Ello significa también un cambio trascendente, porque va contra el normativismo tradicional, focalizado principalmente en las reglas. El nuevo derecho público conlleva una cultura jurídica que concede mayor espacio a los principios, es decir, a las normas más amplias con elevado contenido ético.

Un argumento a favor de la conceptualización jurídica de los conflictos políticos y sociales como conflictos de principios es que ello permite su canalización y tal vez su racionalización. Los principios también pueden generar apoyo a los discursos democráticos,⁶² sin dejar de tener en cuenta los problemas que se derivan de un protagonismo pretoriano. Asimismo, una decisión judicial que plantea un conflicto real como conflicto de principios y emplea la ponderación para resolverlo, es más inteligible, para la mayoría de los ciudadanos, que un razonamiento “técnico-jurídico” formulado en un 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 constitutionale 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 aprender de otros sistemas. Sin duda, en Latinoamérica existe una gran diversidad, pero existen también similitudes y convergencias, aportes, experiencias y evoluciones comunes en los distintos países de la región, los

⁶² Siedentop, Larry, *Democracy in Europe*, Nueva York-Chichester, Columbia University Press, 2001, p. 100.

que permiten a unos aprender de los otros, favoreciendo y dando sentido a un derecho común. Así, el nuevo derecho público y, sobre todo, el concepto de derecho común latinoamericano, tienen entre sus pilares a la comparación jurídica, con la finalidad de que los operadores jurídicos se entiendan como parte de un mundo jurídico que es más amplio que el Estado-nación, así como de activar la capacidad del derecho de hacer progresar a las sociedades, de lo cual otras regiones pueden también tomar inspiración. Sin duda, Europa puede ser una de ellas.

Para concluir, quiero subrayar que no pretendo que estas ideas de un nuevo derecho público sean del todo innovadoras. Por el contrario, el desarrollo del *ius commune* se enmarca dentro de un proceso de evolución contemporánea de la ciencia jurídica en sí misma. 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 América Latina.

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

Rodolfo ARANGO**

SUMARIO: I. *Introducción: tres fundamentos del ius constitutionale commune en América Latina.* II. *Derechos fundamentales: la sustancia.* III. *Democracia: el procedimiento.* IV. *Jurisdicción constitucional: la garantía.* V. *Conclusiones.*

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

El filósofo John Searle, en un reciente libro,¹ 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 que en sí no tiene se requiere, por sobre todo, una intencionalidad colectiva, esto es, el reconocimiento y la

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

** Profesor asociado, Departamento de Filosofía, Universidad de los Andes, Bogotá.

¹ Searle, John, *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

aceptación de que el objeto o la persona tienen una función de estatus.² 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 deónticos³ forman 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.⁴

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,

² *Ibidem*, p. 8.

³ *Ibidem*, pp. 8-9, 174 y ss.

⁴ 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* (1795) (edición española, Madrid, Tecnos, 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* (1787) (edición española, Barcelona, Ariel, 1996) con la afirmación de que no hay nada en el mundo ni fuera de él “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.

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, eran impensables 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. 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 constitucionales 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 en el orden interno, con rango supra-constitucional, el derecho internacional de los derechos humanos, bajo la figura del bloque de constitucionalidad.

Las realidades de inequidad social y desigualdad económica hacen la diferencia específica con los países bien ordenados del norte. En el sur existe, en principio, una conciencia colectiva que otorga mayor prioridad a la igualdad sobre la libertad, mientras que en el norte la relación es la inversa. Emblemática es la tesis de John Rawls sobre la prioridad de la libertad,⁵ brillantemente cuestionada por Herbert Lionel Adolphus Hart en 1973.⁶ Como Partha Dasgupta ha sostenido, el desarrollo económico de una sociedad es parámetro de su contrato social: “es posible que a los derechos en el contrato social de las sociedades periféricas —en clara alusión a John

⁵ Rawls, John, *Una teoría de la justicia* (1970), México, Fondo de Cultura Económica, 1979.

⁶ Hart, H. L. A., *Essays in Philosophy and Jurisprudence* (1973), Oxford, Clarendon Press, 1983.

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”.⁷

A continuación quisiera 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, características que distinguen la construcción de la realidad social del derecho en el continente.

II. DERECHOS FUNDAMENTALES: LA SUSTANCIA

Siguiendo a Tugendhat⁸ 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, etcétera), a que las exigencias de grupos o individuos se plasmen en forma de derechos humanos o fundamentales en declaraciones internacionales o en Constituciones 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 cul-

⁷ Dasgupta, Partha, *An Inquiry into Well-Being and Destitution*, Oxford, Oxford University Press, p. 47.

⁸ Tugendhat, Ernst, *Lecciones de ética* (1993), Barcelona, Gedisa, 1997.

turales— 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, bien 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 tengan cabida la cooperación y la solidaridad. 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 ciernen sobre la pequeña aldea global. No hay 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 H. Kelsen,⁹

⁹ Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia* (1929), Granada, Comares, 2002.

o más recientemente de Jürgen Habermas,¹⁰ 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.¹¹ 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 les reconozca una fundamentación relativa al paradigma de Estado que se adopte democráticamente por cada sociedad, como en Habermas.¹² Ello supone reconocer un estatus funcional a los derechos negativos o de libertad que difiere del de los derechos positivos o prestacionales, siendo que todos los derechos cuestan (como lo han mostrado Holmes y Sunstein)¹³ y todos los derechos exhiben tanto facetas positivas como negativas.¹⁴

En resumen, los tribunales constitucionales en Latinoamérica conciben los derechos fundamentales como un todo integral, lo cual añade complejidad y mayores exigencias metodológicas¹⁵ 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

¹⁰ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez* (1992), Madrid, Trotta, 1998.

¹¹ Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales* (2001), 2a. ed. ampliada, Bogotá, Legis, 2012.

¹² Habermas, *op. cit.*, nota 10.

¹³ Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *El costo de los derechos* (1999), Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011.

¹⁴ Véase Abramovich, Victor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

¹⁵ Arango, Rodolfo, “Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial”, *El Otro Derecho*, Bogotá, núm. 28, julio de 2002, *e id.*, *op. cit.*, nota 11; Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2009.

periódicas; 2) el establecimiento de periodos 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.¹⁶ 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 a 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 parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por masacres o desaparecimientos, 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 negativa¹⁷ 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

¹⁶ Véase Arango, Rodolfo, *Democracia social. Un proyecto pendiente*, México, Fontamara, 2012.

¹⁷ Berlin, Isaiah, *Dos conceptos de libertad y otros escritos* (1958), Madrid, Alianza, 2005.

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.¹⁸

El modelo deliberativo de democracia presenta grandes ventajas.¹⁹ 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 coactivos. 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 Sunstein²⁰ 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

¹⁸ Shklar, Judith, *American Citizenship: The Quest for Inclusion*, New Haven, Harvard University Press, 1998; *Los rostros de la injusticia* (1990), Barcelona, Herder, 2010.

¹⁹ Habermas, Jürgen, *La inclusión del otro* (1996), Barcelona, Paidós, 1999.

²⁰ Sunstein, Cass, *Designing Democracy: What Constitutions Do*, Nueva York, Oxford University Press, 2002, pp. 239 y ss.

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 las injusticias históricas contra grupos de población²¹ 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—²² 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 en 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. JURISDICCION CONSTITUCIONAL: LA GARANTÍA

Un tercer pilar del *ius constitutionale commune* en Latinoamérica lo constituye la jurisdicción constitucional como garantía para la realización de los

²¹ Habermas, *op. cit.*, nota 10.

²² Dworkin, Ronald, *La democracia posible*, Barcelona, Paidós, 2006.

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.²³ 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 argumentativamente²⁴ a 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.²⁵ Los jueces, si actúan con integridad en el foro de los principios que son los tribunales constitucionales,²⁶ 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 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*, etcétera); 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 depende 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 dialógico²⁷ exige adoptar nuevas herramientas metodoló-

²³ Landau, David, "Instituciones políticas y función judicial en derecho constitucional comparado", *Revista de Economía Institucional*, vol. 13, núm. 24, 2011, pp. 13-83.

²⁴ Alexy, Robert, "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", en Andrés Ibáñez, Perfecto y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2006, pp. 12-18.

²⁵ Sunstein, *op. cit.*, nota 20.

²⁶ Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985.

²⁷ Young, Iris Marion, *Intersecting Voices*, Princeton; Princeton University Press, 1997, pp. 60 y ss.

gicas para impedir actuaciones deficientes u omisivas²⁸ que violen 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, por diferentes o extrañas que sean, tengan cabida en la comunidad y puedan ser cobijadas por la protección constitucional. Buen ejemplo de jurisdicción constitucional participativa son las sentencias colombianas que reconocen un derecho fundamental a la consulta previa en cabeza de los grupos étnicos, en directa aplicación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (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 la década de los 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 Comparado y Derecho Internacional 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 apuesta a una construcción colectiva de la realidad social en Latinoamérica a partir del derecho constitucional, como una alter-

²⁸ Clérico, *op. cit.*, nota 15; Clérico, Laura, “Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternativa”, en Clérico, Laura *et al.* (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011.

nativa 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.

LA DISPUTA POR LOS DERECHOS Y EL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE*

Pedro SALAZAR UGARTE*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Desprotección de derechos y democracia aparente*. III. *Premisas y garantías de los derechos*. IV. *Los derechos y la cultura de los jueces*. V. *La cultura y la moral de los derechos*. VI. *La justicia como terreno de batalla de los derechos*. VII. *La reforma de derechos humanos en México*. VIII. *La disputa por los derechos en México*. IX. *La Suprema Corte de Justicia de la Nación en el debate*. X. *Epílogo*.

I. INTRODUCCIÓN

El ideal de un *Ius Commune* en materia de derechos humanos, en principio regional —europeo, africano o latinoamericano—, pero tendencialmente universal, tiene asideros teóricos sólidos en el pensamiento liberal ilustrado. Baste con pensar que uno de los postulados torales del liberalismo (el liberalismo político sustentado en las premisas filosóficas del liberalismo igualitario) es que los derechos humanos o fundamentales son universales. Ese atributo no supone ignorar que los titulares de los mismos se encuentran ubicados en contextos sociales, geográficos y culturales concretos, pero sí implica afirmar que, independientemente de ello, en cuanto personas, comparten en condiciones de igualdad la titularidad de un conjunto de derechos fundamentales. Este postulado teórico se encuentra en la base del proyecto del *Ius Commune*, que vendría a ser su materialización jurídica. Pero, como ha sostenido Armin von Bogdandy, no se trata solamente de un proyecto jurídico, sino también de un proyecto político y cultural.¹

* Investigador de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ Cfr. Bogdandy, A. von, “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea”, en González Pérez, L. R. y Valadés, D. (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, 2013, p. 44.

En el fondo de ese proyecto descansa una vinculación que Norberto Bobbio trazó con nitidez a lo largo de su obra: la democracia, los derechos humanos y la paz son tres etapas de un mismo movimiento histórico.² Desde esta perspectiva, la idea del *Ius Commune* en derechos humanos se inserta como garantía de un proceso hacia la convivencia democrática al interior y entre los Estados y, en esa medida, se orienta hacia la paz mundial. La conexión entre los tres conceptos —democracia, derechos y paz— tiene sustento teórico pero, sobre todo, una dimensión práctica. De hecho, para Bobbio, no sólo se trataba de implicaciones conceptuales y de nexos lógicos sino de una agenda política —todavía vigente y palpable en la idea del *Ius Constitutionale Commune*— dentro de la cual los tres elementos son interdependientes, ya que cada uno de ellos requiere de los otros para su plena realización. La conexión que me interesa en este ensayo es la que existe entre los dos primeros eslabones de la cadena: la democracia y los derechos.

La tesis que retomaré es sencilla y no es original, pero sí relevante: la democracia necesita de los derechos para consolidarse como una forma de gobierno sustentada por la autonomía política de las personas. Desde la perspectiva inversa, esta forma de gobierno constituye una garantía institucional para que la agenda de los derechos se mantenga vigente. Se trata, por un lado, de la vieja idea —desarrollada, entre otros, por Michelangelo Bovero— de las precondiciones de la democracia: la garantía de algunos derechos sociales como condición de las libertades que, a su vez, ofrecen soporte a los derechos políticos. Y, en paralelo, por el otro, de la tesis según la cual la participación política de los ciudadanos constituye un instrumento para inhibir la concentración del poder e impedir los abusos en el ejercicio del mismo, lo que la convierte en una herramienta que ofrece garantía a los derechos. Al final, el círculo se cierra: los derechos son condición de la democracia y ésta les ofrece protección.

Así las cosas, tenemos que todas las democracias son, necesariamente, constitucionales, porque el connubio entre el constitucionalismo de los derechos y la forma de gobierno democrática es lógicamente necesario y no meramente contingente. “Sin derechos garantizados no hay democracia posible”, sería la fórmula que recoge esta ecuación. Por ello, cuando las reglas de la democracia —los universales procedimentales bobbianos—,³

² Cfr. Bobbio, N., *El tercero ausente*, Madrid, Cátedra, 1997.

³ Los “universales procedimentales”, según Norberto Bobbio, son: 1) todos los ciudadanos que hayan alcanzado la mayoría de edad sin distinción de raza, religión, condición económica, sexo, etcétera, deben gozar de los derechos políticos, o sea, del derecho de manifestar a través del voto su opinión y de elegir a quien la exprese por ellos; 2) el sufragio de cada ciudadano debe tener un peso igual al de los demás (debe contar por uno); 3) todos los

operan en contextos en los que los derechos no están garantizados, decimos que se trata de “democracias aparentes”.⁴ Al trasladar estos postulados a la dimensión internacional —y, en este caso, regional— tenemos que el *Ius Commune* de derechos humanos puede ser una garantía para la democracia —por ejemplo en la región latinoamericana— pero, al mismo tiempo, sabemos que la desprotección de los derechos al interior de los Estados debilita a la democracia en cada uno de ellos y, en esa medida, desfonda las condiciones que harían posible al *Ius Commune*.

Parece paradójico pero no lo es. Si se quiere avanzar hacia un *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano, que serviría como garantía de las democracias constitucionales en los países de la región, es necesario, en paralelo, garantizar los derechos fundamentales de las personas en cada uno de los Estados nacionales. Esto es así porque si los derechos no están garantizados, las democracias nacionales se desfondan y la idea de un *Ius Constitutionale et Democratico Commune* se torna irrealizable. Por eso, para que este proyecto sea posible, resulta fundamental garantizar a los derechos *desde abajo* en cada uno de los Estados. Sólo así es posible consolidar a la forma de gobierno democrática que, a su vez, constituye una precondition para que las alianzas regionales basadas en el ideal kantiano de la *Paz Perpetua* —que amalgama una agenda de libertades con el ideal de la autonomía de las personas— sea siquiera imaginable.

II. DESPROTECCIÓN DE DERECHOS Y DEMOCRACIA APARENTE

Los riesgos que enfrentan las democracias de nuestros días en buena medida provienen desde la desprotección de los derechos —humanos o fun-

ciudadanos que gocen de los derechos políticos deben ser libres de votar de acuerdo con su propia opinión formada libremente, es decir, en el contexto de una competencia *libre* entre grupos políticos organizados; 4) los ciudadanos deben ser libres también en el sentido de que han de ser puestos en condición de seleccionar entre opciones diferentes; 5) tanto para las decisiones colectivas como para las elecciones de representantes vale la regla de la mayoría numérica; 6) ninguna decisión tomada por mayoría debe limitar los derechos de la minoría (en particular el derecho de convertirse, en paridad de circunstancias, en mayoría). *Cfr.* Bobbio, N., *Teoría Generale della Política*, Turín, Einaudi, 1999, p. 381. En el mismo sentido, aunque con algunas diferencias más o menos relevantes, otros autores, como Giovanni Sartori o Robert Dahl, han enlistado las reglas e instituciones que, desde su perspectiva, caracterizan a la democracia moderna. *Cfr.* Sartori, G., *Partidos y sistemas de partidos*, Madrid, Alianza Editorial, 1988; Dahl, R., *Los dilemas del pluralismo democrático, autonomía versus control*, México, Conaculta y Alianza Editorial, 1991.

⁴ Se trata de otra expresión acuñada por Bovero.

damentales—⁵ que les ofrecen sustento. Esa falta de garantía no se traduce inmediata y necesariamente en una violación activa de los derechos por parte del poder público sino que, en múltiples circunstancias, se materializa mediante omisiones estatales que generan contextos en los que los derechos son vulnerados por otros actores. Por lo mismo, es posible afirmar que pueden existir *situaciones de desprotección* de los derechos humanos que no coinciden con su violación directa.

Esto es así porque, con frecuencia, los Estados suelen reconocer un amplio catálogo de derechos humanos o fundamentales en sus Constituciones (o documentos normativos equivalentes), pero ello no implica que las leyes secundarias y, sobre todo, las políticas públicas estén orientadas a brindar garantías efectivas a los mismos. Así las cosas, aunque se encuentren constitucionalmente reconocidos, los derechos pueden encontrarse políticamente desprotegidos. En ese supuesto —que es muy común en los países de la región latinoamericana— nos encontramos, como sostiene Riccardo Guastini, ante “derechos de papel”.

Esta situación provoca que la situación de “apariencia” trascienda a la democracia y alcance al constitucionalismo de los derechos. Existen Estados que son *aparentemente* democrático-constitucionales porque, si bien las instituciones de este modelo de organización político estatal se encuentran formalmente vigentes, operan en contextos marcados por la desigualdad, la discriminación, la arbitrariedad, la opresión, etcétera. Si pensamos en los países de América Latina, encontraremos múltiples casos de esta simulación. De hecho, hace algunos años el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) advertía que los estados latinoamericanos tendrían que sortear un desafío inédito de cara al siglo XXI, que consistía en conjugar su democratización con la desigualdad y la pobreza que los caracteriza. A ello habría que agregarle la consolidación de una cultura clientelar y del privilegio. Hoy sabemos que el reto no ha sido sorteado de forma promisorio —al menos no en la mayoría de los países— por lo que, cuando imaginamos el proyecto ideal del *Ius Constitutionale Commune*, debemos tener como marco de referencia esta realidad.

Pero también es cierto que, al menos desde la década de los noventa del siglo XX, casi todos los países latinoamericanos adoptaron Constituciones democráticas que recogen múltiples derechos humanos. Con la excepción

⁵ El tema de la terminología de los derechos es teóricamente interesante pero, en la práctica, ha sido superado por la dinámica de los ordenamientos jurídicos comparados. Desde mi perspectiva, el concepto de derechos fundamentales es el que mejor se adhiere al constitucionalismo contemporáneo, pero múltiples Constituciones e instrumentos internacionales han adoptado el de los derechos humanos.

de Cuba, en la región se plasmaron las instituciones democráticas —competencia, partidos y elecciones— en documentos constitucionales que también reconocen amplios catálogos de derechos. Algunos países siguieron el modelo democrático constitucional europeo de posguerra (como en el caso de Colombia y México), otros adoptaron diseños constitucionales originales con rasgos autóctonos que han dado lugar al llamado “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano” (Venezuela, Bolivia y Ecuador, fundamentalmente) y unos más asumieron diseños intermedios (como Brasil o Argentina), pero lo cierto es que todos colocaron a los derechos humanos o fundamentales como eje de su proyecto institucional.

Desde una perspectiva institucional se trata sin duda de una buena noticia —que, de hecho, ofrece sustento al proto-*Ius Constitutionale Commune* que ya existe en la región y que tiene su expresión institucional en el Sistema Interamericano—, pero, en los hechos, la región sigue siendo tierra de privilegios y feudo de clientelas. La ola del constitucionalismo democrático llegó a las normas, pero no ha impactado en la realidad. Por diferentes razones y mediante procesos que no es posible conjuntar sin incurrir en simplificaciones inadmisibles, en general, en América Latina los derechos sirven como moneda de cambio en las transacciones políticas, como fórmulas discursivas utilizadas retóricamente desde el poder y como promesas institucionalizadas que, al no materializarse, van perdiendo legitimidad o mutan de significado. Por ello, lo que predomina en la región son los presidencialismos fuertes y la retórica de los derechos. De ahí que las democracias sean frágiles y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se encuentre permanentemente amenazado.

Esta contradicción estructural entre los diseños institucionales y las realidades políticas y sociales de los países latinoamericanos es el principal obstáculo para lograr los objetivos que encauzan a la idea del *ius commune* latinoamericano: “avanzar en el respeto de los principios de los derechos humanos, del Estado de derecho, y de la democracia”⁶ en nuestra región. En lo que sigue de este ensayo ofrezco algunas reflexiones sobre algunos de los obstáculos culturales que enfrenta el primero de estos objetivos, sobre todo en el contexto del México actual. La premisa eje de mis reflexiones es que, en el gremio jurídico mexicano (en particular en el ámbito jurisdiccional), está abierta una disputa por los derechos que es política y cultural al mismo tiempo, y de cuyos derroteros depende, en buena medida, la consolidación de la democracia mexicana y su contribución a la edificación del derecho común en América Latina.

⁶ Bogdandy, *op. cit.*, nota 1, p. 49.

III. PREMISAS Y GARANTÍAS DE LOS DERECHOS

Para eludir la retórica de los derechos, cuando hablamos de los mismos y de sus garantías, es útil recuperar algunas premisas que ofrece la teoría jurídica. Sintetizo algunas de las más relevantes relacionadas, primero, con el concepto: a) una cosa es “el *derecho*” (*the law*) y otra “un derecho subjetivo” (*a right*);⁷ b) los derechos subjetivos adquieren su significado en el ámbito del *derecho*; c) no todos los derechos subjetivos son “derechos fundamentales”; d) pero todos los derechos fundamentales son derechos subjetivos; e) los derechos fundamentales y los “derechos humanos” son equivalentes; f) los derechos subjetivos son expectativas (a recibir prestaciones o a que no se nos causen lesiones); g) dichas expectativas, para ser derechos subjetivos, deben estar jurídicamente sustentadas; h) los derechos fundamentales suelen estar en las Constituciones pero también pueden encontrarse en otros documentos (por ejemplo en un tratado internacional o en una ley secundaria).

Si pensamos ahora en las garantías, el elenco continúa con las siguientes premisas: i) la garantía de un derecho es la obligación que el ordenamiento impone a un sujeto determinado; j) esa obligación es el contenido del derecho; k) el sujeto obligado puede ser el Estado o un sujeto particular; l) en el caso de los derechos fundamentales, el sujeto obligado suele ser —aunque no necesariamente es— el Estado; m) existen derechos sin garantías (lo que se traduce en una obligación para el legislador que debe crearlas);⁸ n) los derechos pueden entrar en colisión con otros derechos o con otros principios relevantes del ordenamiento; o) cuando esto sucede, es necesario echar mano de técnicas de interpretación y de argumentación jurídicas; p) los sujetos obligados en ocasiones incumplen su obligación; q) la labor de interpretar y velar por el cumplimiento de los derechos corresponde a los órganos garantes; r) estos órganos constituyen las “garantías secundarias” de los derechos y vigilan a los sujetos obligados; s) los jueces son los órganos garantes en última instancia.

Podría objetarse que trata de una construcción teórica proveniente del ámbito jurídico y que, en esa medida, simplifica las cosas ignorando que los derechos son constructos sociales con implicaciones políticas y económicas. Sin embargo, si se observa con atención, el sentido de esas premisas trasciende al ámbito del derecho e incide en esas otras dimensiones. Al sostener

⁷ Cfr. Guastini, R., *Distinguendo*, Turín, Giappichelli, 1996.

⁸ Ésta tesis, al igual que la mayoría de las premisas expuestas, proviene de la teoría garantista de Luigi Ferrajoli sobre los derechos fundamentales. Cfr. Ferrajoli, L., *Principia Iuris. Teoría del Derecho e della Democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007. Existe una traducción al castellano (Madrid, Trotta, 2010).

que los derechos se encuentran recogidos en normas, que son obligaciones para el Estado, que requieren de garantías institucionales, etcétera, se evoca su carácter multidimensional. Ésta es una conclusión ineludible, porque, para convertirse en realidades, los derechos, demandan acciones complejas que incluso trascienden al Estado e involucran a la sociedad.

En lo que sigue argumentaré que la cultura en general y, en particular, la cultura de los juristas, es un factor relevante en este terreno. Subrayaré, sobre todo, el papel que tiene el Poder Judicial como garante institucional último de los derechos humanos o fundamentales y la importancia de que sus integrantes asuman un compromiso jurídico pero también ideológico con los mismos.

IV. LOS DERECHOS Y LA CULTURA DE LOS JUECES

No pienso que los jueces por sí solos puedan ofrecer garantías plenas a los derechos ni creo que éstos demanden únicamente una protección jurídica o jurisdiccional. Ya he afirmado que los derechos, como fenómenos complejos, requieren de garantías políticas, económicas e incluso sociales. Necesitan, además, de un contexto cultural que les ofrezca sustento. Sin embargo, también es cierto que la función judicial es clave en los Estados constitucionales para superar conflictos de manera pacífica y para procesar los reclamos de manera institucional. Los jueces, además de dirimir conflictos, son los responsables de garantizar en última instancia que los derechos de las personas sean respetados. Si fallan en la realización de esta función, el entramado institucional en su conjunto comienza a perder legitimidad. En esa medida, los jueces, al ser la garantía última de los derechos, también son garantes del sistema democrático constitucional en su conjunto.

Por eso es tan relevante el tema de la independencia judicial. Un atributo que debe distinguir a todos los jueces ante todos los poderes. A los juzgadores les corresponde colocarse del lado de los derechos y oponer las normas constitucionales a los poderes públicos y privados que, en su tendencia a la concentración y a la extralimitación jurídica, tienden a vulnerarlos. Esa misión es estratégica porque, como sostenía MacIlwain, “la única institución esencial para defender el derecho siempre ha sido y todavía es un poder judicial honesto, hábil, preparado e independiente”.⁹ Al realizar esta tarea, de hecho, los jueces operan desde el derecho, pero realizan una actividad que conlleva una dimensión política. Esto es inevitable, dadas las características

⁹ MacIlwain, Ch. H., *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Nueva York, Cornell University Press, 1947.

de los ordenamientos constitucionales contemporáneos y el papel que les toca a los jueces como garantes de los mismos. El propio Hans Kelsen, en su *Teoría pura del derecho*, advertía esta politización ineludible de la justicia:

La pregunta de cuál sea la posibilidad “correcta” en el marco del derecho aplicable —decía Kelsen—, no es ninguna pregunta dirigida al conocimiento del derecho positivo, no es una pregunta teórico-jurídica, sino que es un problema político. La tarea de lograr, a partir de la ley, la única sentencia correcta, el único acto administrativo correcto, en lo esencial, la misma que la de crear, dentro el marco constitucional, la única ley correcta.¹⁰

Detrás de esta advertencia se encuentra la premisa bobbiana de que el poder y el derecho son las dos caras de una misma moneda. Cuando se trata de la labor jurisdiccional, esta implicación recíproca emerge con claridad. Ello, en particular, cuando las decisiones de los jueces —en particular de los llamados jueces constitucionales— tienen que ver con la garantía de los derechos humanos o fundamentales. Al buscar la mejor solución para un dilema jurídico que involucra derechos, los jueces, tienen que optar entre soluciones posibles alternativas y, al decidir, además, deben tener presente que provocarán consecuencias que trascienden al ámbito estrictamente jurídico, porque tendrán implicaciones políticas, económicas, sociales. Por eso es importante garantizar que los juzgadores, además de ser técnicamente diestros en cuestiones legales, tengan un bagaje cultural comprometido con la agenda de los derechos y de la democracia.

La ignorancia, la negligencia o la oposición ideológica de algunos jueces hacia la agenda de los derechos humanos representa un riesgo para la democracia. Y, en esa medida, si nos colocamos desde el mirador regional, esas actitudes también constituyen un obstáculo para el proyecto del *Ius Constitutionale Commune*.

V. LA CULTURA Y LA MORAL DE LOS DERECHOS

La ignorancia de lo que son los derechos y de cuál es su importancia, en contubernio con la oposición ideológica abierta hacia éstos por parte de actores sociales relevantes (líderes de opinión, intelectuales, juristas), son factores que desfondan a las democracias constitucionales. Se trata de enemigos silenciosos de la agenda de los derechos y de sus garantías que —como bien

¹⁰ Kelsen, H., *La teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1982, p. 353.

nos enseña la historia reciente y presente de nuestro continente—¹¹ generan contextos proclives a las regresiones autoritarias. Por eso, cuando hablamos de los derechos humanos, es importante tomar en consideración también los factores culturales que definen las coordenadas axiológicas dominantes. No perdamos de vista que las sociedades políticas tienen una moral positiva que interactúa con la moral individual de los miembros que las componen.¹²

Ambos tipos de moral —positiva e individual— son contingentes y están históricamente determinadas, por lo que inciden una sobre las otras y se redefinen de manera recíproca y simultánea. Si los principios y valores concretos que dotan de contenido a los derechos humanos (autonomía, dignidad, libertad, igualdad, básicamente), forman parte de la moral positiva de la sociedad, es muy probable que también formen parte del acervo axiológico de muchas personas y lo mismo vale en la dirección opuesta: si las personas hacen suya y promueven la agenda de los derechos, seguramente, ésta se afirmara como un punto de referencia moral compartido. Pero lo contrario también es posible y, por desgracia, frecuente. La ignorancia o el abierto desprecio hacia los principios y valores que se articulan en clave de derechos suelen colonizar —devaluándola— la moral positiva de muchas sociedades y en ese proceso inciden y se refuerzan las morales individuales.

En el difícil proceso de construcción de una cultura de los derechos resulta fundamental la socialización y difusión de las razones que dotan de sustento y sentido a los derechos humanos y, en paralelo, es necesario combatir, con la ayuda de la historia y la fuerza de los argumentos, a los detractores y enemigos de los mismos. En esa gesta intelectual y política se disputa en buena medida la disyuntiva que separa a la democracia de las múltiples opciones autocráticas. O, en otros términos pero con igual sentido, está en juego la afirmación de la libertad frente al autoritarismo.

Los jueces, al menos desde la perspectiva institucional, son actores estelares en el destino de este proceso. Ello, en particular, en los Estados que han delegado en sus manos la función última de garantía de los derechos humanos. Las sentencias —sobre todo de los jueces constitucionales—, además de resolver litigios concretos, tienen una función pedagógica que incide en la moral positiva de un tiempo histórico determinado. Esto vale en el ámbito nacional, pero también —como demuestra la historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos— en el nivel internacional. Una senten-

¹¹ A mi juicio, el mejor ejemplo de esta situación es el caso venezolano, desde el “chavismo” hasta el “madurismo”.

¹² Sobre este tema, *cf.*, Pozzolo, S., “Un constitucionalismo ambiguo”, en Carbonell, M., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 187-210.

cia garantista puede detonar transformaciones insospechadas a favor de los derechos y una decisión equivocada puede ser demoleadora para su agenda.

Por lo mismo, el bagaje cultural de los jueces es tan relevante. Después de todo, así como la politización de la justicia es ineludible, los jueces constitucionales deciden echando mano también de sus convicciones personales. Ésta es una tesis desarrollada por distintas aproximaciones teóricas al fenómeno jurídico —destacadamente el realismo, pero también desde otros enfoques que abrevan de las ciencias sociales— que no puede ignorarse, mucho menos en contextos normativos como los que caracterizan a las democracias constitucionales, en las que los derechos están recogidos a través de principios abstractos susceptibles de múltiples interpretaciones (igualdad, dignidad, libertad, autonomía, etcétera). Esto supone que los jueces, al momento de resolver los casos concretos, cuentan con un margen de apreciación que conlleva una cuota de discrecionalidad inevitable. Por lo mismo, al momento de emitir una sentencia, la moral individual de los juzgadores tendrá un peso relevante, sobre todo si la decisión versa sobre cuestiones controvertidas.

Por ejemplo, la distancia que separa a la sentencia *Dred Scott versus Sandford*¹³ —probablemente la más lamentable decisión de la Corte norteamericana en más de un siglo— de la sentencia *Brown versus Board of Education*,¹⁴ encapsula el paso de una sociedad esclavista a una sociedad dispuesta a dar la batalla en contra de la discriminación racial. En América Latina

¹³ El protagonista de este caso, Dred Scott, era un esclavo que —después de un largo proceso judicial— elevó a la Suprema Corte de los Estados Unidos dos peticiones fundamentales: su libertad y el reconocimiento de su calidad de ciudadano de ese país. El 6 de marzo de 1856 se hizo pública la sentencia de la Corte que, por amplia mayoría y siguiendo la línea argumentativa planteada por su presidente, el *justice* Taney, concluyó, básicamente, que: a) las personas de color, aunque fueran libres, no podían ni podrían obtener la ciudadanía estadounidense; b) Scott debía seguir siendo esclavo, aunque hubiese vivido temporalmente en un estado que había abolido la esclavitud (Illinois); c) su situación jurídica dependía de la legislación del Estado en el que entonces vivía (Missouri). Algunos estudiosos han considerado que esta decisión fue uno de los muchos factores que propiciaron la Guerra Civil. *Cfr.*, Beltrán de Felipe, M., J. González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, CEPC, 2005.

¹⁴ Se trata de una de las sentencias más conocidas y celebradas de las emitidas por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el siglo XX. Linda Brown era una niña negra que tenía que caminar varios kilómetros para llegar a la escuela, a pesar de que existía un colegio a pocas cuadras de su casa. El problema era que este último era un colegio para niños blancos. Su caso, entre otros similares —que quedaría simbólicamente representados por el “caso Brown”— llegó a la Corte en 1954 y provocó una decisión histórica que terminó con la segregación racial en las escuelas americanas. Gracias a este asunto, la “Corte Warren” superó el paradigma “iguales pero separados” dominante hasta entonces y lo substituyó por un paradigma verdaderamente igualitario.

sucede algo similar, por ejemplo, cuando pensamos en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos vs. Chile)*¹⁵ y ubicamos la decisión en el cambio de paradigma constitucional que acompañó al paso de las dictaduras hacia las democracias electorales en la región. Ésa y otras decisiones de esta instancia jurisdiccional regional son las que alientan y proyectan a la idea del *Ius Constitutionale Commune* que orienta nuestras reflexiones. Mediante esta clase de decisiones se activa una transformación de la moral positiva dominante.

En México se detonó una disputa cultural alrededor del derecho y de los derechos —a la que me referiré más adelante— en buena medida a partir de una decisión de la Corte Interamericana. Me refiero a la sentencia del caso *Rosendo Radilla vs. México*¹⁶ y a su aterrizaje nacional, primero mediante el expediente Varios 912/2010 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁷ y, después, a través de otras decisiones orientadas a definir el lugar de los derechos humanos de fuente internacional en el ordenamiento jurídico mexicano, así como los alcances de las resoluciones de la Corte Interamericana en el ámbito nacional.¹⁸

¹⁵ La sentencia de la Corte Interamericana conocida como “La Última Tentación de Cristo” es relevante por varias razones. En primer lugar, porque versa sobre un caso de censura y libertad de expresión, y que las autoridades chilenas —el Consejo de Calificación Cinematográfica, primero y el Poder Judicial después— habían prohibido, en 1988, la difusión de la película de ese nombre. En segundo lugar, porque se trató de un caso acacido al cabo de la dictadura de Augusto Pinochet y, por lo mismo, en pleno proceso de transición democrática en Chile. Finalmente, porque la Corte IDH, en 1997, condenó al Estado chileno, entre otras medidas, a modificar su legislación —reformando su Constitución y las leyes correspondientes— para garantizar la libertad de pensamiento y de expresión en el país.

¹⁶ La sentencia al Caso *Rosendo Radilla vs. México* fue la primera resolución condenatoria al Estado mexicano emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al comprobar la desaparición forzada del señor Radilla, un militante político de izquierda en los años setenta del siglo XX, por el Ejército mexicano, los jueces de la Corte IDH ordenaron, entre otras medidas, reformar la legislación vigente para terminar con el fuero militar, buscar el cuerpo del señor Radilla, indemnizar a sus familiares, realizar un acto de reconocimiento y disculpa público. El caso también fue relevante, porque sentó las bases para que los jueces mexicanos llevaran a cabo el llamado “control de convencionalidad” y ajustaran sus interpretaciones a las emitidas por la propia Corte IDH.

¹⁷ Se trata del posicionamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación frente a la sentencia de la Corte IDH al caso Radilla. Después de intensas discusiones entre sus integrantes —aun no solventadas del todo—, una mayoría de ministros determinó que las resoluciones de esa corte internacional son vinculatorias para todos los poderes en México y que los jueces nacionales sí están obligados a llevar a cabo un “control de convencionalidad” a partir de la Convención Americana y las interpretaciones que hace de la misma la Corte IDH.

¹⁸ He reconstruido el debate sobre estos temas entre los ministros de la SCJN en los siguientes textos consultables en línea: <<http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3021>, <http://>

Esa disputa tiene que ver directamente con el tema del *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano, porque se refiere al alcance que deben tener las normas, discusiones y decisiones de las instancias regionales —en particular de la Corte Interamericana— en el ordenamiento jurídico y, a través de éste, en las dinámicas políticas y sociales en México. Para algunos, las decisiones de la Corte Interamericana, aunadas a los cambios constitucionales nacionales en materia de derechos humanos, representan todo un cambio de paradigma que va desde el nacionalismo soberano de los poderes hacia el universalismo garantista de los derechos, es decir, que camina en la dirección que haría posible el ideal del *Ius Commune*. Pero, para otros, en cambio, se trata de decisiones anodinas que aportan muy poco o, de plano, de sentencias peligrosas que amenazan a la soberanía nacional y, en esa medida, al *Ius Nationale* que es el único que les interesa defender.¹⁹ Ahí reside la disputa por los derechos.

VI. LA JUSTICIA COMO TERRENO DE BATALLA DE LOS DERECHOS

Es un hecho sabido que a los derechos humanos los amenazan y los vulneran los poderes. Tradicionalmente el Estado —dentro del que se cuenta y se encuentra al propio Poder Judicial— que durante siglos ha sido la entidad causante de torturas, censuras, discriminaciones, desapariciones, etcétera. Pero también, como la teoría contemporánea ha venido afirmando, las organizaciones privadas poderosas, esos poderes que Ferrajoli llama *poderes salvajes* y que suelen crecer de la mano del dinero y del control ideológico o mediático. Por legales o ilegales que sean, todos los poderes, al menos en potencia, constituyen una amenaza para los derechos de millones de personas en todo el mundo. Esto se comprende con mayor facilidad si recordamos que el trabajo, la alimentación, la vivienda, la educación, el medio ambiente sano, entre otros, también son derechos humanos. Porque no sólo se trata de evitar violaciones a las libertades o a la integridad personal por parte del Estado o de otros actores con capacidad de violar derechos humanos o fun-

eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3043, <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3090>>.

¹⁹ Creo que esa es la postura de la ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Margarita Luna Ramos, quien sostuvo que la afirmación de que en México existe un “bloque de constitucionalidad” —que incluye a los derechos humanos constitucionales y convencionales— es un acto de “traición a la patria”. Esta afirmación la realizó en la Ciudad de Morelia, Michoacán durante una conferencia el 9 de agosto de 2013. Algunas notas periodísticas y comentarios sobre sus dichos pueden consultarse en: <<http://www.quadratin.com.mx/principal/Traicion-a-la-patria-comparar-tratados-internacionales-con-Constitucion/>> o en <<http://m.eluniversal.com.mx/notas/articulistas/2013/08/66155.html>>.

damentales, sino también de crear normas e instituciones que salvaguarden a los derechos sociales.

De hecho, las Constituciones contemporáneas previenen que es una obligación de todos los poderes del Estado promover, respetar, proteger y garantizar todos los derechos. Se trata de un reto mayúsculo que coloca a los Estados democráticos en una situación difícil pero ineludible si pretenden consolidar esa forma de gobierno. Por un lado, los Estados deben diseñar instituciones e implementar políticas que inhiban las violaciones a los derechos que provienen del propio poder estatal y, por el otro, deben impedir las violaciones provocadas por los poderes privados.²⁰ Sólo así se logra evitar que los ciudadanos se conviertan en súbditos y las personas en clientes. También en este terreno emerge una disputa cultural, porque la “cultura de los derechos” es la opuesta a la “cultura del poder”.

Para lograr que impere la primera es fundamental, como sabemos, garantizar la independencia judicial. Sin embargo, en nuestros países se encuentra permanentemente amenazada. Tanto en los países que han adoptado al llamado “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano” como en las naciones en la que se transitó desde las dictaduras a través de modelos democráticos constitucionales tradicionales, la justicia se ha convertido en un terreno de batalla.²¹ El asalto contra su independencia se ha orquestado de diferentes maneras. En algunos países esta operación se ha construido desde la Constitución (por ejemplo, contemplando la elección directa de los jueces constitucionales) y, en otros, a través de acciones políticas (por ejemplo, reduciendo o ampliando el número de integrantes de las Cortes para favorecer los intereses del gobierno en turno). De esta forma, por una u otra ruta, en los hechos la independencia judicial se ha venido neutralizando.

Ciertamente, esta tendencia no es igual en todos los países de la región, porque existen casos, como el de Colombia, en donde existe un Tribunal Constitucional que se ha convertido en un punto de referencia internacional,²² pero la tentación de la politización de la justicia —y, mediante la misma, de su neutralización—, está latente en la región. En Argentina, por ejemplo, en junio de 2013, la Corte Suprema declaró incons-

²⁰ He desarrollado algunas de estas tesis en Salazar, P., *Política y derecho. Derechos y garantías. Cinco ensayos latinoamericanos*, México, Fontamara, 2013, en particular en los capítulos I y II.

²¹ Me permito remitir a una crónica de viaje en la que narro mi experiencia en Venezuela, en los tiempos de Hugo Chávez: <<http://www.nexos.com.mx/?P=leerarticulo&Articulo=73044>>.

²² Si bien existe alguna polémica en torno a los alcances que los jueces de ese país le han dado a la garantía de algunos derechos sociales, se trata de un tribunal constitucional independiente y técnicamente muy sólido.

titucional una ley impulsada por el gobierno para elegir democráticamente a los miembros del Consejo de la Magistratura. La respuesta desde el Poder Ejecutivo a la decisión de la Corte fue virulenta. La presidenta Cristina Fernández afirmó lo siguiente:

Es tan maravilloso creer que la voluntad popular está por encima de cualquier otro poder, que me cuesta que en este siglo XXI, en este tercer centenario de la República, estén impidiendo a los argentinos votar.

Cualquiera tiene derecho a preguntarse si hubo malos gobiernos. Podemos decirlo eso en tiempos donde los argentinos no teníamos el derecho a votar y nos imponían el yugo de las dictaduras. Pero los argentinos podemos votar y elegir libremente, al menos dos de nuestros poderes, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.²³

Semanas más tarde, al celebrar el día de la Independencia (el 9 de julio), remató su posicionamiento mostrando la tesis de la supuesta (¿o real?) dependencia de la justicia al poder económico:

Ya democratizamos al Ejecutivo y al Legislativo (...). Nos falta la otra reforma, la que queremos hacer, la de la Justicia (...) Qué nadie me venga a hablar de seguridad si antes no me habla de reformar la Justicia.

Que la justicia no dependa de plata que le ponen (...) No se puede tener independencia de los intereses de la Nación y del pueblo.

Estas y otras declaraciones —que trazan una estrategia y encierran un proyecto ya implementado en los países como Venezuela y Ecuador—, fueron acompañadas de fuertes críticas y amenazas veladas a los jueces constitucionales. Se trata de un buen ejemplo que encapsula los desafíos que enfrenta la independencia judicial. Desafíos que son políticos pero que también, como las declaraciones de la presidenta Fernández evidencian, tienen un sustrato cultural que coloca al poder por encima del derecho.

VII. LA REFORMA DE DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

En México la transición democrática se procesó e impactó sobre todo en el ámbito legislativo y ejecutivo. Sin embargo, a la par de ese proceso de transformación política se fue gestando también una evolución de la justicia que, al menos en el ámbito federal, se ha traducido en mayor independencia

²³ Ambas declaraciones provienen del discurso pronunciado en el marco del aniversario de la Constitución (21 de junio de 2013) y pueden consultarse en la cuenta de Twitter de la presidenta argentina.

de los jueces ante los poderes del Estado. En particular la Suprema Corte de Justicia de la Nación —que es a la vez Tribunal de Casación y Tribunal Constitucional— ha visto fortalecido su rol institucional como entidad garante de la Constitución. Sin embargo, los rezagos y desafíos siguen siendo importantes. No sólo porque lo que vale para la Suprema Corte no puede afirmarse de las instancias judiciales inferiores sino, sobre todo, porque la justicia local —que es la más cercana a los ciudadanos— sigue dependiendo políticamente de los ejecutivos estatales y es deficiente desde el punto de vista técnico.

Al desafío que supone el fortalecimiento institucional de la justicia —mayor independencia y mejores capacidades— debemos agregarle el reto cultural. En lo que sigue me propongo reconstruir las coordenadas de la disputa que encuadra ese reto en el México actual. El momento es especialmente interesante por las siguientes razones: a) porque en 2011 se aprobó una ambiciosa reforma constitucional en materia de derechos humanos; b) porque el contenido de esa reforma, en principio, apuesta por la inserción de México en el proyecto del *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano; c) porque este aspecto de la reforma —junto con las decisiones de la Corte Interamericana a las que ya hemos hecho referencia— ha sido el detonador de la disputa cultural por los derechos que he venido anunciando.

Los alcances potenciales de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos residen en cinco ejes estratégicos: a) la ampliación del conjunto de derechos humanos; b) el ensanchamiento de la titularidad de los derechos; c) la especificación de las obligaciones de las autoridades; d) el fortalecimiento de las instituciones de protección (jurisdiccionales y no jurisdiccionales); e) el énfasis en la protección de los derechos desde las políticas públicas,²⁴ en particular el artículo 1o. de la Constitución, que conviene citar en extenso, traza las coordenadas de lo que algunos hemos llamado “un nuevo paradigma constitucional”:²⁵

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozaran de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su

²⁴ Tomo esta idea de los comentarios expuestos por Alan García en el seminario sobre la Reforma de Derechos Humanos organizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversas sedes nacionales el 23 de septiembre de 2011. El profesor García participó, junto con el autor de este ensayo, en la Casa de la Cultura Jurídica de León, Guanajuato.

²⁵ Carbonell, M. y Salazar, P. (coords.), *La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Para los efectos que nos interesan, vale la pena resaltar las siguientes piezas constitucionales (que, en su mayoría, son verdaderas novedades) incluidas en la disposición: a) los derechos son llamados por su nombre y no “garantías individuales”, como lo hacía la redacción precedente; b) se establece que los derechos son reconocidos y no otorgados como sucedía anteriormente;²⁶ c) se amplía la base normativa en la que se recogen los derechos con la incorporación expresa de los tratados internacionales en la materia (a esta determinación se le conoce como “bloque de constitucionalidad”); d) con lo anterior, en principio, cambia la jerarquía normativa en México, lo que se complementa con el llamado principio *pro persona* (la interpretación en la materia deberá hacerse “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”); e) dicho principio se complementa con una interpretación “de conformidad” con la propia Constitución y los tratados; f) el Estado —todas sus autoridades— tiene obligaciones específicas y responsabilidades concretas que están vinculadas con los principios que caracterizan a los derechos humanos; g) ello en adición a las prohibiciones de la esclavitud y de la discriminación que ya existían desde antes.

Los alcances de esta transformación —sobre todo en los aspectos que tienen que ver con la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el marco constitucional mexicano— son objeto de disputa

²⁶ Esta decisión conlleva un enfoque de talante iusnaturalista que merece ser advertido.

en el foro, la academia y, sobre todo, en la judicatura. Merece la pena documentar las posiciones de algunos actores relevantes en esta disputa. Aunque lo que está en juego no es directamente la independencia judicial —como en los países a los que he hecho referencia— sí es la capacidad de los operadores jurídicos (en particular, de los jueces) para ofrecer garantías efectivas a los derechos humanos o fundamentales.

VIII. LA DISPUTA POR LOS DERECHOS EN MÉXICO

No me parece exagerado sostener que, actualmente en México, al menos en el ámbito de la comunidad jurídica, se encuentra en disputa la moral positiva de la sociedad mexicana en torno a los derechos humanos o fundamentales. Por un lado, existen voces que subrayan la importancia de las nuevas normas constitucionales y su potencial transformador y, en contrapartida, otros actores relevantes minimizan los cambios, promueven reformas regresivas o proponen interpretaciones restrictivas. A continuación intercalaré las voces de algunos abogados y juristas que ofrecen un fresco de esta relevante discusión.

Ante la pregunta, realizada por la revista *El Mundo del Abogado*, “¿Cómo estamos en materia jurídica en México?”, Luis Robles Miaja, presidente del Consejo de Administración de BBVA Bancomer, uno de los bancos más grandes de México y parte de un grupo financiero internacional, respondió, en mayo de 2013, lo siguiente:

Hay un tema que me preocupa como miembro de la industria bancaria pero más como ciudadano y abogado: la implementación que se está haciendo de la reforma de derechos humanos. (...) Estamos abriendo la caja de Pandora. Para empezar nadie sabe cuántos derechos humanos hay. (...) A eso súmale el tipo de redacción política que abunda en la materia y te darás cuenta de que estamos en graves problemas. Para darte un ejemplo: hay un gran proyecto de infraestructura, una termoeléctrica: miles de empleos. Te llega un grupo que busca extorsionarte y no le haces caso. Le piden a un juez estatal que detenga la construcción basándose en una interpretación *mala fide* del Pacto de San José de Costa Rica, ¡y el juez suspende la obra por dos años!²⁷

En el mismo sentido, el abogado Fernando Gómez Mont, profesor de la Escuela Libre de Derecho y secretario de Gobernación durante el gobierno del presidente Felipe Calderón, precisamente cuando la reforma fue aprobada, ha sostenido en diversos foros académicos que hablar de un nuevo

²⁷ Luis Robles Miaja: “Con la reforma de derechos humanos, estamos abriendo la caja de Pandora”, entrevista en *El Mundo del Abogado*, México, mayo de 2013, p. 17.

paradigma constitucional “es una pedantería académica”,²⁸ porque, en realidad, la reforma conlleva cambios relevantes y lo que importa es que, junto con los derechos, se nos recuerde cuáles son nuestros deberes ciudadanos. Se trata de dos posturas significativas por el talante de los juristas que las emiten pero, sobre todo, por el sentido conservador que las inspira. Ambos juristas —que merecen ser citados, entre otras razones, por ser personajes respetables que no promueven una agenda autoritaria— ven a los derechos como piezas de un modelo en el que deben llevar otros elementos como la inversión económica o los deberes republicanos.

Se trata de una lógica que ha permeado en muchas instituciones académicas y que ha conducido, por ejemplo, a la organización de un seminario en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, convocado para discutir la pertinencia de regresar el texto de la Constitución a la terminología anterior y restablecer el término de “garantías individuales” en lugar del de “derechos humanos”.²⁹ Ese evento —más allá de su escaso impacto real— es sintomático, porque anuncia resistencias en un nicho crucial para la transformación cultural que se requiere, como lo es la enseñanza del derecho.

También en sede legislativa se ha hecho presente la tendencia regresiva. Líderes parlamentarios del Partido Revolucionario Institucional (el presidente de la Cámara de Diputados y el de la Cámara de Senadores) presentaron iniciativas de reformas constitucionales para que los tratados internacionales no tengan rango constitucional. Al explicar las causas de su proceder, han aludido a preocupaciones que provienen desde el foro y la política, pero también desde la judicatura. Las iniciativas de reforma no han procedido, pero tampoco han sido descartadas. Así que tenemos evidencias de que las resistencias al cambio de paradigma son intelectuales, pero también políticas y judiciales, lo que nos obliga a concluir que la idea del *Ius Constitutionale Commune* enfrenta resistencias.

Pero lo cierto es que también existen actores relevantes que defienden la causa de los derechos. Como prueba de que se trata de una disputa genuina y abierta tenemos, por ejemplo, las siguientes posiciones de algunos investigadores universitarios. Las referencias, más allá de su contenido, son intere-

²⁸ La idea fue sostenida con insistencia en el seminario “Alcances de la interpretación del artículo 1o. constitucional” que tuvo lugar en la Escuela Libre de Derecho (ELD) el 29 de abril de 2013. En ese evento, moderado por Ricardo Sepúlveda, participaron, además de Gómez Mont, el magistrado Jean Claude Tron Petit, el rector de la ELD, Fauzi Hamdan, el autor de este texto y el académico Santiago Corcuera.

²⁹ El “Encuentro de Ideas y de Debate” tuvo lugar el 21 de marzo de 2013 y llevó como título “¿Derechos humanos o garantías?”.

santes, porque demuestran que no se trata de un forcejeo generacional sino netamente cultural. Héctor Fix Zamudio —el decano de la investigación jurídica en México— y Salvador Valencia Carmona, en su libro dedicado a esta reforma y a otra modificación constitucional complementaria en materia de amparo, han sostenido que:

Las reformas en amparo y derechos humanos (...) se inspiran en una concepción de avanzada y entrañan un nuevo paradigma constitucional, en virtud de que se ha ensanchado el horizonte de los derechos humanos, reforzando las garantías jurisdiccionales y fortaleciendo de manera decidida el estado de derecho.³⁰

En sintonía con esta posición, Miguel Carbonell y el autor de este ensayo, en la introducción al volumen que hemos coordinado sobre la reforma, sostuvimos que:

En su conjunto las normas reformadas delinean un nuevo paradigma en el constitucionalismo mexicano porque, por un lado, introducen al concepto de los derechos humanos como eje central de la articulación estatal (sustituyendo la figura arcaica de las “garantías individuales”) y, por el otro, incorporan como normas de máximo rango en el ordenamiento jurídico mexicano a las disposiciones en materia de derechos de origen internacional. De esta manera imponen una nueva exigencia a los actores políticos de todos los niveles para transformar a la realidad en clave democrática y constitucional.³¹

Es difícil decir cuál de estas interpretaciones terminará por imponerse, pero no parece errado afirmar que de ello dependerá el éxito o el fracaso de la reforma constitucional y, en buena medida, del impulso que pueda ofrecerse desde México al proyecto del *Ius Commune* latinoamericano.

IX. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN EL DEBATE

Observemos ahora el calado de la misma discrepancia en sede jurisdiccional. Primero reproduzco las posiciones de un ex ministro (en ese entonces presidente de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación) y de otros dos ministros que, en 2013, siguen en funciones. Leamos

³⁰ Fix-Zamudio, H. y Valencia Carmona, S., *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2013, p. XIII.

³¹ Carbonell, M. y Salazar, P. (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, UNAM-Porrúa, 2011.

las palabras del entonces presidente de la Segunda Sala, Sergio Aguirre Anaguano, al concluir el año 2011, en el que la reforma fue aprobada:

...es riesgoso desoír al pasado, recludéndolo en la alacena de lo demodé, cegados muchas veces por el brillo de la novedad (...). Desvarío peligroso y empobrecedor el de intentar magnificar el presente y apuntar al futuro sin tomar en cuenta que lo que somos es producto de nuestros ayeres. En este sentido no debemos pensar que las últimas reformas constitucionales (en materia de derechos humanos) fueron producto de una suerte de prestidigitador o de un momento visionario del Constituyente reformador (...). No puede negarse que estamos ante la presencia de reformas muy valiosas. Sin embargo, estimo desproporcionado aceptar que con ellas se configura un “nuevo paradigma” de nuestro constitucionalismo, como se nos quiere hacer ver en diferentes foros y tribunas...³²

Vale la pena subrayar el talante conservador y minimalista de la lectura de la reforma que hacía el ex ministro Aguirre, sobre todo porque su posición ha sido retomada por otros jueces constitucionales todavía en funciones. Ese es el caso de los ministros Luis María Aguilar Morales y Margarita Luna Ramos. A continuación se reproducen —en ese orden— dos intervenciones suyas que no versan sobre el significado y el valor general de la reforma, sino sobre sus alcances concretos, al determinar la jerarquía que corresponde a los tratados internacionales en materia de derechos humanos en el ordenamiento jurídico mexicano:

(...) No puedo estar de acuerdo y así lo he manifestado en muchas otras ocasiones, en que una interpretación con base en un convenio pueda simple y sencillamente hacer que una disposición constitucional no se aplique, como si las disposiciones constitucionales no fueran las normas máximas supremas de este país que dan origen inclusive a todo el marco legal que nos rige, incluyendo los propios tratados internacionales; no en balde los tratados internacionales tienen su origen, su legitimidad, en la propia Constitución y tan es así que en el artículo 105 de nuestra Constitución, estos tratados internacionales pueden ser ponderados, valorados y analizados conforme a las propias disposiciones constitucionales. ¿Por qué? Porque en este régimen, en este sistema de nuestra Constitución, aun los tratados internacionales están sometidos a las disposiciones constitucionales (ministro Aguilar Morales).

³² Segunda Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Informe de labores 2011*, México, SCJN, 2011, pp. X y XI.

¿Qué es lo que nos está diciendo el artículo 1o. constitucional? Está elevando a rango constitucional el control de convencionalidad, pero esto no quiere decir, de ninguna manera, que el hecho de que ahora se establezca la obligación de llevar a cabo control de convencionalidad, porque la Constitución nos lo está obligando, quiera decir que los tratados internacionales, primero, estén a la par de la Constitución o por encima de ella; no, el control de convencionalidad es establecer que el acto o la ley que estamos juzgando, está o no acorde con el tratado internacional (ministra Luna Ramos).³³

Se trata de posicionamientos de mucha relevancia porque los emiten dos de los once ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. De hecho, su posición fue cobrando fuerza al interior de la Suprema Corte y, en cierta medida, logró imponerse en septiembre de 2013, cuando el Pleno de la Corte, a pesar de reconocer la existencia de un “bloque de constitucionalidad”,³⁴ determinó que las restricciones o límites que la Constitución mexicana impone a algunos derechos humanos —en principio y sin importar su contenido y efectos— deben surtir efectos preferentemente, ello incluso en los casos en los que existan normas internacionales que apunten en la dirección opuesta. Para algunos observadores, de hecho, esta decisión materializó la regresión propuesta en sede legislativa, pero por la vía jurisdiccional.

Pero lo cierto es que la disputa sigue abierta. Por lo mismo es importante rescatar y difundir también la posición opuesta defendida por otros de los ministros de la propia Suprema Corte. Ese es el caso de la posición del ministro Arturo Zaldívar quien, por ejemplo, cuando era presidente de la Primera Sala, el mismo día en el que Sergio Aguirre sostuvo lo que acabamos de leer, advirtió lo siguiente:

Este año ha sido de enorme relevancia para el constitucionalismo mexicano. A partir de las reformas constitucionales (...) en materia de derechos humanos y amparo es válido sostener que se generó un nuevo paradigma constitucional, que modifica radicalmente la forma de comprender el fenómeno jurídico (...). Un nuevo paradigma que exige una nueva mentalidad en jueces, abogados, autoridades y académicos. Un nuevo paradigma que fortalece la centra-

³³ *Cfr.*, versiones de la discusión del Amparo Directo en Revisión promovido en contra de la sentencia dictada el 10 de enero de 2012 por la Cuarta Sala Penal del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán 2809/2012, en sesiones celebradas los días 3 y 4 de junio de 2013. Retomo ambas referencias del artículo de Guillermo J. García, *La integración de “otros” tratados internacionales por medio del artículo 1 constitucional*, al que tuve acceso en su versión preliminar.

³⁴ Pero sin usar dichas palabras, porque el concepto no agrada a algunos de los ministros.

lidad de los derechos humanos como la finalidad última de toda la ingeniería constitucional. (...) Los derechos humanos son la ética de la democracia (...). El respeto a los derechos fundamentales distingue a la democracia del autoritarismo. No importa la seriedad de los problemas; el reto de los estados democráticos es resolverlos a través del derecho y con vigencia plena de los derechos fundamentales.³⁵

El contraste de criterios que encierran estos párrafos trasciende al debate intelectual entre juristas y está teniendo consecuencias jurídicas concretas porque, como lo afirmaron otro de los ministros, José Ramón Cossío, y uno de sus secretarios, Raúl Mejía, existe:

...una diferente interpretación y aproximación a los casos dependiendo de cuál sea la Sala que en última instancia revise los casos que se le presenten dependiendo, fundamentalmente, de la materia de que se traten (Civil y penal, para la Primera; laboral y administrativa, para la Segunda). Las diferencias no son menores y, al magnificarse en los tribunales inferiores, pueden generar una imagen de desorden interpretativo con una potencial afectación a los casos concretos y, por ende, a los justiciables. Una cosa es que los tribunales al conocer casos concretos en primera instancia puedan tener divergencias sobre la manera de resolver ciertos temas, lo que finalmente puede homologarse al subir de instancia y llegar a los tribunales de última interpretación en el ordenamiento jurídico, y otra es que sean estos últimos los que tengan la diferencia de criterio y provoquen que los tribunales inferiores resuelvan en sentido diverso dependiendo de la materia y del tribunal que en última instancia les corresponda como revisor.³⁶

En efecto, las divergencias de interpretación entre los ministros de la Suprema Corte —que tienen sustento en concepciones ideológicas o en culturas jurídicas disímboles y que sólo han sido parcialmente resueltas mediante la decisión comentada de septiembre de 2013— ponen en riesgo otros principios fundamentales de todo sistema jurídico, como lo son la certeza y la seguridad jurídicas. Se trata de principios tan relevantes como lo es la independencia judicial cuando lo que está en juego es la garantía de los derechos fundamentales. Esto es así porque, si la dependencia ante los poderes socava la capacidad de los jueces para proteger a los derechos, la inestabilidad en la interpretación sobre la garantía de los mismos erosiona

³⁵ Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Informe de labores 2011*, México, SCJN, 2011, pp. XXVII y XXVIII.

³⁶ Cossío, J. R. y Mejía, R., “Derechos descafeinados”, *Nexos*, México, junio de 2013.

la certidumbre de las personas sobre cuáles son sus derechos y cómo pueden defenderlos.

X. EPÍLOGO

Si es verdad que la efectiva garantía de los derechos humanos es una condición para la consolidación de las democracias y que la vigencia de las mismas es necesaria para ampliar los horizontes espaciales y humanos del constitucionalismo, entonces, la disputa por los derechos en el contexto mexicano y los embates contra la independencia judicial en países de la región, tienen mucha importancia para el proyecto del *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano. La proyección efectiva de este ideal regional depende de la vigencia efectiva de las garantías de los derechos humanos en cada uno de nuestros países. Una garantía que es política, social y jurisdiccional y no depende sólo de dinámicas técnicas e institucionales porque demanda un sustrato cultural.

Lo que sucede es que el triunfo en la batalla por los derechos también se juega en la disputa por la moral positiva de la sociedad. El reto, cuando pensamos en esta dimensión, reside en lograr que la lógica de los derechos impere sobre las lógicas de los poderes y los privilegios. Eso, como sabemos los latinoamericanos, no es fácil. Pero, como enseñan los grandes ideales, tampoco es imposible. De lo contrario, ¿qué sentido tendría pensar, discutir y escribir sobre el *Ius Constitutionale et Democratico Commune* en América Latina?

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE LATINOAMERICANO
EN DERECHOS HUMANOS E IMPACTO
DEL SISTEMA INTERAMERICANO: RASGOS,
POTENCIALIDADES Y DESAFÍOS*

Flávia PIOVESAN**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Impacto transformador del Sistema Interamericano en el contexto latinoamericano*. 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 latinoamericano: 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 configuración de un *ius constitutionale commune* latinoamericano, destacando las transformaciones promovidas en el contexto latinoamericano, 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 la acentuada desigualdad y la violencia 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 de Derechos Humanos.

* Un especial agradecimiento a la Fundación “Alexander von Humboldt” por la concesión de la beca que permitió la realización de este estudio en el Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público en Heidelberg, Alemania, 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 Nacional Autónoma de México (UNAM) el 20 de septiembre de 2012. Traducción del portugués por Yira Segrera Ayala.

** Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo, Brasil.

Adicionalmente, se analiza 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 (inclusivo del control de convencionalidad) y el diálogo con la sociedad civil (para empoderar al Sistema Interamericano mediante una creciente legitimación social).

Por último, se pretende evaluar el impacto del Sistema Interamericano en la construcción de un *ius constitutionale 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, cinco de los diez países más desiguales del mundo se encuentran en América Latina, incluyendo el Brasil.¹

Además del acentuado grado de desigualdad, la región también destaca por ser la más violenta del mundo, pues concentra el 27% de los homicidios, teniendo sólo el 9% de la población mundial. Diez de los veinte países con las tasas de homicidios más altas del mundo se encuentran en Latinoamérica.²

A medida que la región ha 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 Latina. En 11 de los 18 países encuestados por el *Latinobarómetro*, 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 el *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%.³

¹ Lagos, Marta y Dammert, Lucía, “La seguridad ciudadana: el problema principal de América Latina”, *Latinobarómetro*, 9 de mayo de 2012, p. 3.

² *Idem*.

³ *Latinobarómetro. Informe 2011*, Santiago de Chile, 28 de octubre de 2012.

La región latinoamericana se ha caracterizado 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 y dictatoriales, con una cultura de violencia y de impunidad, con una baja densidad del Estado de derecho y con una precaria tradición de respeto a los derechos humanos en el ámbito doméstico.

Dos periodos delimitan el contexto latinoamericano: el periodo de los regímenes dictatoriales, y el periodo de transición política hacia los regímenes democráticos, marcado por el fin de las dictaduras militares en la década de 1980 en Argentina, Chile, Uruguay y Brasil.

En 1978, cuando la Convención Americana sobre Derechos Humanos entró en vigor, muchos de los Estados de Centro y Sudamérica eran gobernados por dictaduras. De los once Estados Parte 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.⁴ De manera diferente del sistema regional europeo, que tuvo como fuente inspiradora la tríada indisoluble de *Estado de derecho, democracia y derechos humanos*, el sistema regional interamericano tiene en su origen la paradoja de haber nacido en un ambiente autoritario, que no permitía ninguna asociación directa e inmediata entre estos tres elementos. Además, en este contexto, los derechos humanos eran tradicionalmente concebidos como una agenda contra el Estado. A diferencia del sistema europeo, que surge como fruto del proceso de integración europea y ha servido como instrumento principal 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 mecanismo 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 estrategias de litigio articuladas y competentes, el Sistema Interamericano tiene la fuerza catalizadora para promover avances en el régimen de derechos humanos, pues ha contribuido a cuestionar los regímenes dictatoriales, ha exigido justicia y el fin de la impunidad en las transiciones democráticas, y

⁴ 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 reconocido la competencia jurisdiccional de la Corte”. “Prefacio” a Pasqualucci, Jo M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. XV.

ahora demanda el fortalecimiento de las instituciones democráticas con el necesario combate a las violaciones de derechos humanos, así como la 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 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 prevenir arbitrariedades y controlar el uso excesivo de la fuerza, imponiendo límites al poder punitivo del Estado.

A título de ejemplo, destaca el *leading case* *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, concerniente a la desaparición forzada de personas. En 1989, la Corte condenó al Estado de Honduras a pagar una compensación a los familiares de las víctimas, y le impuso la obligación de prevenir, investigar, procesar, sancionar y reparar las violaciones cometidas.⁵

Encontramos también resoluciones de la Corte que han condenado a los Estados debido a las precarias y crueles condiciones de detención y de violación a la integridad física, psíquica y moral de las personas detenidas; o con motivo de la práctica de la ejecución sumaria y extrajudicial o la tortura. Estas decisiones han subrayado el deber del Estado de investigar, procesar y castigar 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 Guatemala,⁶ así como de la imposibilidad de suspensión de la garantía judicial del *habeas corpus*, incluso en situaciones de emergencia, según el artículo 27 de la Convención Americana.⁷

2. *Violaciones que reflejan cuestiones de la justicia de transición*

En esta categoría de casos se encuentran las decisiones relativas a la lucha contra la impunidad, las leyes de amnistía y el derecho a la verdad.

⁵ Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia del 21 de julio de 1989 (reparaciones y costas).

⁶ Opinión Consultiva 3/83, 8 septiembre de 1983.

⁷ Opinión Consultiva 8/87, 30 de enero de 1987.

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 primera ley destinada a conceder amnistía general a los militares, policías y civiles, y otra ley que regulaba la interpretación y alcance de la amnistía), Perú fue condenado a reabrir las investigaciones judiciales sobre los hechos en cuestión, relativos a la “Masacre de Barrios Altos”, de manera que la Corte Interamericana ordenó derogar o dejar 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.⁸

Esta decisión tuvo un elevado impacto sobre la anulación de las 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, castigar y reparar las violaciones a los derechos humanos.

La Corte concluyó que las leyes de “autoamnistía” perpetúan la impunidad, propician una injusticia continuada, impiden a las víctimas y a sus familiares el acceso a la justicia y al derecho a conocer la verdad, así como a recibir la reparación correspondiente, lo que constituiría una evidente violación de 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 destaca el Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*,⁹ relativo a la validez del Decreto-ley 2191/78 —que perdonaba los crímenes cometidos entre 1973 y 1978 durante el gobierno del general Pinochet—, a la luz de las obligaciones resultantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte decidió invalidar el mencionado Decreto-ley de “autoamnistía”, porque implicaba la denegación de justicia a las víctimas, así como por ser contrario a los deberes del Estado de investigar, procesar, castigar y reparar las graves violaciones de derechos humanos que constituyen crímenes de lesa humanidad. Cabe mencionar también, en este contexto, 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.

En 2010, en el Caso *Gomes Lund y otros vs. Brasil*, la Corte Interamericana condenó a Brasil debido a la desaparición de miembros de la guerrilla

⁸ Caso *Barrios Altos* (*Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú*), sentencia del 14 de marzo de 2001.

⁹ Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006.

Araguaia durante las operaciones militares que tuvieron lugar en la década de 1970.¹⁰ 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 sanción de los responsables. La Corte hizo hincapié en que las leyes de amnistía en relación con violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con el derecho internacional y las obligaciones jurídicas internacionales asumidas por los Estados. Se llegó a la conclusión, una vez más, que las leyes de amnistía violan la obligación internacional del Estado de investigar y sancionar las violaciones graves de los derechos humanos.

En la misma línea, en 2011, en el Caso *Gelman vs. Uruguay*,¹¹ 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 a los derechos humanos.

3. *Violaciones que reflejan desafíos acerca del fortalecimiento de las instituciones y de la consolidación del Estado de derecho*

Esta tercera categoría de casos remite al desafío del fortalecimiento de instituciones y de la consolidación del Estado de derecho, particularmente en lo que se refiere al acceso a la justicia, la protección judicial y el fortalecimiento e independencia del Poder Judicial.

En este rubro destaca el caso del *Tribunal Constitucional vs. Perú* (2001),¹² que involucró la destitución de jueces, y en el que la Corte sostuvo que era necesario asegurar la independencia de todo juez en un Estado de derecho, especialmente en los Tribunales Constitucionales, lo que exige a) un

¹⁰ Caso *Gomes Lund y otros vs. Brasil*, sentencia del 24 de noviembre de 2010. El caso fue sometido a la Corte por la Comisión Interamericana, al reconocer que “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”.

¹¹ Caso *Gelman vs. Uruguay*, sentencia del 24 de febrero de 2011.

¹² Caso *Aguirre Roca y otros vs. Perú* (Caso del Tribunal Constitucional), sentencia del 31 de enero de 2001.

adecuado proceso de nombramiento; b) un mandato con plazo cierto, y c) garantías contra presiones externas. Tal sentencia contribuyó decisivamente al fortalecimiento de las instituciones nacionales y a la consolidación del Estado de derecho.

4. *Violaciones de los derechos de grupos vulnerables*

Esta cuarta categoría de casos se refiere a las decisiones que afirman la protección de los derechos de grupos socialmente vulnerables, como los pueblos indígenas, los niños, los migrantes, las personas privadas de su libertad, entre otros.

En cuanto a los derechos de los pueblos indígenas, destaca el relevante caso de la *Comunidad Indígena Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua* (2001),¹³ 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 a su cultura, a su vida espiritual, a su integridad y a su supervivencia económica. Se sostuvo 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 el caso de la *Comunidad Indígena Yákye Axa vs. Paraguay* (2005),¹⁴ la Corte determinó que los pueblos indígenas tienen derecho a medidas específicas que garanticen el acceso a los servicios de salud, los cuales deben ser adecuados bajo la perspectiva cultural, incluyendo cuidados preventivos, prácticas curativas y medicinas tradicionales. La Corte añadió que para los pueblos indígenas la salud presenta una dimensión colectiva, ya que 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* (2010),¹⁵ la Corte Interamericana condenó al gobierno de este país por la violación de los derechos a la vida, la propiedad comunitaria y la protección

¹³ Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia del 31 de agosto de 2001 (fondo, reparaciones y costas).

¹⁴ Caso *Comunidad Indígena Yákye Axa vs. Paraguay*, sentencia del 17 de junio de 2005 (fondo, reparaciones y costas).

¹⁵ Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, sentencia del 24 de agosto de 2010. 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,

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 afectaba su derecho a la identidad cultural. La Corte, al motivar la sentencia, estableció que los conceptos tradicionales de la propiedad privada y la posesión no son aplicables a las comunidades indígenas, pues para ellas existe un significado colectivo de la tierra, y su relación de pertenencia no se centra en el individuo, sino en el grupo y la comunidad. Se 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”. Aseveró la Corte 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, así como su especial condición de vulnerabilidad, teniendo como referencia el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de los 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 vs. Guatemala* (1999),¹⁶ en que este Estado fue condenado por la Corte en virtud de la impunidad relativa a la muerte de cinco menores habitantes de la calle, brutalmente torturados y asesinados por dos policías nacionales. Entre las medidas de reparación ordenadas por la Corte destacan el pago de una indemnización pecuniaria a los familiares de las víctimas; la reforma del ordenamiento jurídico interno, procurando una mayor protección de los derechos de los niños y adolescentes guatemaltecos, y la construcción de una escuela en memoria de las víctimas.

En esta misma constelación de la protección de grupos vulnerables, encontramos también la opinión consultiva 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 (OC-18, emitida en septiembre de 2003, a solicitud de México).

Debe también mencionarse la opinión emitida a solicitud de México (OC-16, de 1o. de octubre de 1999), en la que la Corte consideró que se vulnera el derecho al debido proceso cuando el Estado no notifica al deteni-

y la negación del acceso a los recursos naturales, constituían una violación a los derechos humanos, especialmente al derecho al desarrollo.

¹⁶ Caso *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala* (Caso de los Niños de la Calle), sentencia del 19 de noviembre de 1999.

do extranjero sobre su derecho a la asistencia consular. En la hipótesis, si el detenido fue condenado a la pena de muerte, esto constituiría la 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, las relevantes decisiones del Sistema Interamericano sobre discriminación y violencia contra mujeres han promovido la reforma del Código Civil de Guatemala, la adopción de una ley de violencia doméstica en Chile y en Brasil, entre otros avances. En el Caso *González y otras vs. México* (“Campo Algodonero”), la Corte Interamericana condenó a México por la desaparición y muerte de varias 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 periodo 1993-2003, se estima que de 260 a 370 mujeres han sido víctimas de homicidio en Ciudad Juárez. La sentencia de la Corte ha ordenado al gobierno de México 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 de ese país.¹⁷

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.¹⁸ El caso fue objeto de un intenso litigio en Chile, que culminó con la sentencia de la Corte Suprema de otorgar la custodia al padre de las tres hijas, con el argumento de que la señora Atala no debía retener la custodia por convivir con una persona del mismo sexo después del divorcio. En decisión unánime, la Corte Interamericana determinó que Chile había violado los artículos 1o., inciso 1, y 14 de la Convención, al vulnerar el principio de igualdad y la prohibición de discriminación.

5. *Violaciones a los derechos sociales*

Finalmente, en esta quinta categoría de casos se ubican las decisiones de la Corte que protegen derechos sociales. Es importante reiterar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece derechos civiles y

¹⁷ Sentencia del 16 de noviembre de 2009.

¹⁸ Caso *Atala Riffó e hijas vs. Chile*, sentencia del 24 de febrero de 2012.

políticos, contemplando solamente la aplicación progresiva de los derechos sociales (artículo 26). El Protocolo de San Salvador, en sus disposiciones 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, inciso 6).

A la luz de una interpretación dinámica y evolutiva, comprendiendo la Convención Americana como un *living instrument*, en el ya citado Caso *Villagrán Morales vs. Guatemala*¹⁹ 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 resoluciones, la Corte ha endosado a los Estados el deber jurídico de conferir una aplicación progresiva a los derechos sociales, con fundamento en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, especialmente si se trata de grupos socialmente vulnerables. En el caso *Niñas Yean y Bosico vs. 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. En efecto, el tribunal internacional 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”.²⁰

En la jurisprudencia interamericana existe, además, un conjunto de decisiones que consagran la protección indirecta de los 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 vs. Ecuador*,²¹ relativo a una presunta negligencia médica en un hospital privado —una mujer fue internada en el hospital con cuadro de meningitis bacteriana, fue medicada pero falleció al día siguiente, probablemente como resultado de la medicación prescrita—,

¹⁹ Caso *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala* (Caso Niños de la Calle), sentencia de 19 de noviembre de 1999.

²⁰ Caso de las *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia del 8 de noviembre de 2005.

²¹ Caso *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, sentencia del 22 de noviembre de 2007.

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 vs. Guatemala*,²² concerniente a daños a la salud resultantes de condiciones de detención, una vez más el derecho a la salud fue protegido bajo el argumento de la protección del derecho a la integridad física.

Otros casos de protección indirecta de los 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 destaca el Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*,²³ 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 de protección judicial, condenando al pago de indemnización y el reintegro a sus puestos de trabajo. En el Caso *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*,²⁴ sobre el despido arbitrario de 257 trabajadores, la Corte condenó también al Estado de Perú por la violación al debido proceso legal y la 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 *Cinco Pensionistas vs. Perú*,²⁵ referente a la modificación del régimen de pensiones en ese país, en el que la Corte condenó al Estado con fundamento en la violación al derecho de propiedad privada y no con base en la violación al derecho a la seguridad social, ante los daños sufridos por los cinco pensionistas.

Finalmente, en el Caso *Acevedo Buendía vs. Perú*,²⁶ 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, y la ausencia de jerarquía entre ellos, siendo todos igualmente exigibles. Asimismo, 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.

²² Caso de *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2003.

²³ Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia del 2 de febrero de 2001.

²⁴ Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia del 24 de noviembre de 2006.

²⁵ Caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*, sentencia del 28 de febrero de 2003.

²⁶ Caso *Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*, sentencia del 10. de julio de 2009.

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 Interamericanas en el ámbito de la Organización de Estados Americanos (OEA).

En este contexto, el Sistema Interamericano se empodera gradualmente a través del diálogo jurisprudencial 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 mediante una creciente legitimación social).

En el marco 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 a los parámetros constitucionales 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 ochenta, 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 han suscrito los principales tratados de derechos humanos adoptados por la ONU y la OEA. Por otro lado, las Constituciones latinoamericanas presentan 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 el principio *pro persona*.

En efecto, las Constituciones latinoamericanas establecen cláusulas constitucionales abiertas que permiten la integración del orden constitucional y el orden internacional, especialmente en el campo de los dere-

chos humanos, ampliando y expandiendo el bloque de constitucionalidad. Al proceso de constitucionalización del *derecho internacional* se une el proceso de internacionalización del *derecho constitucional*. A modo de ejemplo, encontramos la Constitución de Argentina, que desde la reforma constitucional de 1994 establece, en su artículo 75, inciso 22, que, si bien los tratados en general tienen jerarquía infra-constitucional, aunque superior a las leyes, 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 5o., párrafo 2, dispone que los derechos y garantías regulados expresamente en la Constitución no excluyen los derechos derivados de los principios y normas aplicables 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 disponía, en el artículo 105, que los preceptos contenidos en los tratados de derechos humanos tenían jerarquía constitucional y no podían ser modificados sino por el procedimiento que rige la reforma de la propia Constitución. Sin embargo, dado que la vigente Constitución de Perú de 1993 sólo establece que los derechos reconocidos en el texto constitucional deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú, el Tribunal Constitucional de Perú, mediante resolución dictada en 2005, 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 de 1991, reformada en 1997, dispone en su artículo 93 la jerarquía especial de los tratados de derechos humanos, afirmando que éstos 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. Por su parte, la Constitución de Bolivia de 2009 establece 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, que determina que los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconocen derechos más favorables que los previstos en la Constitución privan sobre cualquier otra norma jurídica o acto del Poder Público (artículo 424). El mismo texto constitucional prevé 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, incorporó 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 benéfica, más favorable y de 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 salvaguarda de los derechos. Por tanto, la hermenéutica de los tratados de derechos humanos respalda el principio *pro persona*. Los tratados del sistema global de derechos humanos también regulan el principio *pro persona*, fundado en la prevalencia de la norma más benéfica, como lo demuestra el artículo 23 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el artículo 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 16, párrafo 2, de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y el artículo 4o., apartado 4, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Las 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 del “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.²⁷

Como sostiene Eduardo Ferrer Mac-Gregor,²⁸ juez interamericano, con el mandato de ejercer el control de convencionalidad en el modo difuso, los tribunales nacionales ejercen el control de convencionalidad en el ámbito interno, a través de la incorporación de las normas, los principios y la jurisprudencia internacional protectora de los 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 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 benéficas, destacando en diversos fallos las decisiones judiciales proferidas por las Cortes constitucionales latinoamericanas, así como mencionando disposiciones de las Constituciones latinoamericanas, como se revela en los casos *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (sentencia del 27 de junio de 2012), *Atala Ríffo y Niñas vs. Chile* (sentencia del 24 de febrero de 2012) y *Gelman vs. Uruguay* (sentencia del 24 de febrero de 2012).²⁹

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

²⁷ Véase Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia del 26 septiembre de 2006.

²⁸ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Von Bogdandy, Armin *et al.*, *Estudios Avanzados de Derechos Humanos – Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público*, São Paulo, Campus Elsevier, 2013, pp. 627-705.

²⁹ A título ilustrativo, cabe mencionar la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el Caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, del 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 jurídico. Se presta mayor atención a las constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Perú y Chile. Otro ejemplo se puede ver en la sentencia del Caso *Atala Ríffo y Niñas vs. Chile*, del 24 de febrero del 2012, en la que la Corte Interamericana se refiere a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, sentada en la Acción de Inconstitucionalidad AI 2/2010, relativa a la prohibición de la discriminación por orientación sexual. En el caso *Gelman vs. Uruguay*, por su parte, la Corte Interamericana resalta los casos de Venezuela, México, Chile, Argentina y Bolivia, reconociendo la naturaleza *pluriofensiva* y permanente del delito de desaparición forzada, así como la jurisprudencia latinoamericana que declara la invalidez de las leyes de amnistía.

en un entorno marcado por la voluntad y la expectativa de los regímenes autoritarios de que tuviera un bajo impacto— y comenzó a ganar credibilidad, fiabilidad y alto impacto. La fuerza motriz del Sistema Interamericano ha organizado a la sociedad civil a través de una *transnational network* para llevar a cabo litigios estratégicos exitosos.

En la experiencia de Brasil, por ejemplo, todos los casos sometidos a la Corte Interamericana han sido el resultado de la reunión de víctimas y organizaciones no gubernamentales locales e internacionales,³⁰ con un papel intenso en la selección de casos paradigmáticos, en el litigio mismo (que combina las estrategias legales y políticas), y la implementación doméstica de los resultados alcanzados a nivel internacional.

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.³¹

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.³²

³⁰ Piovesan, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 13a. ed. revisada y actualizada, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 431.

³¹ Véase Sikkink, Kathryn, “Human Rights, Principled Issue-networks, and Sovereignty in Latin America”, *International Organizations*, Boston, IO Foundation-Massachusetts Institute of Technology, 1993, pp. 414-415.

³² Sikkink, Kathryn, Thomas Risse, “Conclusions”, en Risse, Thomas *et al.*, *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 275.

El éxito del Sistema Interamericano refleja el compromiso de las ONG (que comprenden 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.

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 abre una vía para el *ius constitutionale commune* latinoamericano en derechos humanos.

A la luz de esta dinámica emergen tres desafíos centrales para el *ius constitutionale commune* latinoamericano en derechos humanos:

1. *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*³³

La existencia de cláusulas constitucionales abiertas para facilitar el diálogo entre los órdenes jurídicos local, regional y mundial, por sí sola, no garantiza la efectividad del diálogo jurisdiccional en derechos humanos. Si, 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—, por otro lado, esta tendencia latinoamericana no es suficiente para garantizar el éxito del diálogo jurisdiccional en materia de derechos humanos. Mediante interpretaciones jurídicas reduccionistas y restrictivas se pueden poner en peligro los avances y el potencial de las cláusulas abiertas.

³³ Véase Von Bogdandy *et al.* (coords.), *op. cit.*, *supra* nota 28.

De ahí la necesidad de fomentar una doctrina y una jurisprudencia emancipadoras en el campo de los derechos humanos, inspiradas en la prevalencia de la dignidad humana³⁴ y la aparición de un nuevo derecho público marcado por la condición de un Estado abierto 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 constitutionale commune* latinoamericano en derechos humanos.

2. *Fortalecer el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: universalidad, independencia institucional, sostenibilidad y eficacia*

Otro desafío importante para la consolidación de un *ius constitutionale commune* latinoamericano en derechos humanos se refiere al mejoramiento del Sistema Interamericano, considerando la agenda de reforma al sistema.³⁵

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, sobre todo, del Protocolo de San Salvador en materia de derechos económicos, sociales y culturales (que contaba apenas con 14 Estados Parte en 2012).

Otra medida esencial es ampliar el nivel de reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual contaba con la aceptación de 22 Estados en 2012. Debemos recordar que la OEA cuenta con 34 Estados miembros.

Igualmente es necesario 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 indispensable intensificar

³⁴ Para Habermas, el principio de la dignidad humana es la fuente moral de los derechos fundamentales, de los cuales extrae su contenido. Agrega 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 (...)” (“La invocación de los derechos humanos se alimenta de la indignación de los humillados por la violación de su dignidad humana... El origen de los derechos humanos siempre ha estado en la resistencia al despotismo, la opresión y la humillación...”). Habermas, Jürgen, *The Crisis of the European Union: A Response*, Cambridge, Polity Press, 2012, p. 75.

³⁵ 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. Un enfoque crítico sobre estas propuestas puede verse en Ventura, Deisy *et al.*, “Sistema Interamericano sob forte ataque”, *Folha de São Paulo*, 7 de agosto de 2012, p. A3.

la participación de la sociedad civil en el seguimiento del proceso de nombramiento de dichos miembros, dándole más publicidad, transparencia y *accountability*.

Del mismo modo 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.³⁶ A diferencia del Sistema Europeo, en el Sistema Interamericano son sus propios órganos quienes realizan el seguimiento de las decisiones que ellos mismos dictan. Esto se debe a que la Convención Americana no establece ningún mecanismo específico para supervisar la ejecución de las decisiones de la Comisión o de la Corte, aunque la Asamblea General tiene un amplio mandato en este sentido, de conformidad con el artículo 65 de la Convención Americana.³⁷ 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 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 a esta actividad uno o dos días de cada período de sesiones. Sin embargo, la supervisión —como un ejercicio de garantía colectiva— y la fiel ejecución de las sentencias y resoluciones de la Corte es una tarea que recae sobre el conjunto de los Estados parte en la Convención.³⁸

³⁶ 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, véase Piovesan, Flávia, *Direitos humanos e justiça internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*, 3a. ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

³⁷ De acuerdo con el artículo 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”.

³⁸ 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

Asimismo, las decisiones internacionales en materia de derechos humanos deben producir eficacia jurídica directa, inmediata y obligatoria en la jurisdicción interna, acatando 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”.

Otra medida clave está relacionada con la sostenibilidad del Sistema Interamericano, dotando la operatividad permanente de la Comisión y la Corte a través de suficientes recursos financieros,³⁹ técnicos y administrativos.

3. *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.

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”. Véase Trindade, Antônio Augusto Cançado, “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 Trindade, Antônio Augusto Cançado y Ventura Robles, Manuel E., *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2a. ed., San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos-ACNUR, 2003, pp. 83 y 84.

³⁹ 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 de euros, mientras que el presupuesto combinado de la Comisión y de la Corte Interamericanas 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 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—, más tarde 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 ha permitido la desestabilización de los regímenes dictatoriales, ha exigido justicia y el fin de la impunidad en las transiciones democráticas, y ahora demanda el fortalecimiento de las instituciones democráticas como un combate necesario contra las violaciones de derechos humanos y la protección de los grupos más vulnerables.

Su impacto transformador 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 a incorporar en sus resoluciones referencias a las disposiciones de las Constituciones y a la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales latinoamericanos. El diálogo jurisdiccional se desarrolla en una doble vía: movido por los vértices de las cláusulas constitucionales abiertas y a través del principio *pro ser humano*.

En este contexto, el Sistema Interamericano tiene la potencialidad de ejercer un impacto extraordinario en el desarrollo 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.

CONTEXTO Y PROBLEMAS COMUNES

EL PERIODO COLONIAL Y SU LEGADO

María del Refugio GONZÁLEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las Indias en la monarquía hispana*. III. *El nuevo orden y las dos repúblicas*. IV. *El choque de culturas*. V. *El nuevo orden institucional*. VI. *Las reformas del siglo XVIII y la independencia*. VII. *Perspectivas, retos y riesgos en la construcción de un Ius Commune latinoamericano en materia de derechos humanos*.

I. INTRODUCCIÓN

Casi seis décadas después de la donación realizada por el papa Alejandro VI a los Reyes Católicos y a sus sucesores en la Corona de Castilla, de las tierras descubiertas y por descubrir en “la mar oceánica”, constituyéndolos en “señores con plena, libre y absoluta autoridad y jurisdicción”, las Indias, en general, y la Nueva España, en particular, habían adquirido el perfil que las caracterizaría a lo largo de casi tres siglos.¹

Durante el periodo colonial, también llamado indiano, el supremo gobierno (Rey, Consejo y Casa de Contratación), se hallaba asentado en la metrópoli; localmente, cada territorio tuvo a la cabeza virreyes, gobernadores o capitanes generales, según fuera el caso, que constituían el gobierno superior y actuaban en uso de facultades delegadas por el monarca, quien era el único que las tenía originarias en su carácter de soberano. Las normas eran dictadas en la metrópoli, aunque las autoridades locales siempre se ocuparon de resolver las cuestiones de la vida cotidiana a través de mandamientos

* Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad de las Américas, Puebla.

¹ Excluyo el caso de Brasil, ya que no formó parte de dicha Monarquía; por tanto, la herencia colonial es diversa aunque España y Portugal compartieran muchas de las características que tuvieron los reinos y coronas de la Baja Edad Media y la época de formación del Estado moderno. Advierto al lector que el eje de la exposición es la Nueva España, aunque se hace referencia a lo común y a lo diverso de otros lugares.

de gobernación; al hacerlo, privilegiaban el casuismo y la paz social, sin perjuicio de los intereses de la Corona.

A partir de 1492, fecha del descubrimiento de América, la conquista y la colonización de las Indias Occidentales siguieron patrones semejantes que se vieron influidos por la existencia o no existencia de población aborigen y el grado de desarrollo que ésta tenía. Aunque el primer territorio descubierto y colonizado se encuentra en el Caribe, en la hoy República Dominicana, fue el virreinato de la Nueva España el lugar en el que se desplegaron los más importantes elementos para lograr tanto la conquista material como la espiritual o evangelización.

La Nueva España fue eso, una España nueva, desde que se le abrió un espacio particular en los libros registro de lo que llegaría a ser el Real y Supremo Consejo de las Indias. Aquí, se pusieron a prueba las instituciones que después se implantarían en otras regiones; aquí se decidirían los caminos a seguir sobre la base de la experiencia adquirida; aquí mandó el rey a sus mejores hombres, aunque jerárquicamente, por la mayor producción de plata, la *Ciudad de los Reyes*, hoy Lima, constituyera un ascenso en el *cursus honorum* de la empresa americana.

En toda América, lo que se vivió fue un encuentro, a veces violento, a veces pacífico, de dos mundos distintos, ajenos, desconocidos el uno para el otro antes del descubrimiento. De ese encuentro quisiera destacar algo que ha dejado su impronta en varios de nuestros países: a pesar de que existía un océano de por medio, el rey siempre estuvo presente en el imaginario de los americanos; es el interlocutor; recibe las loas, peticiones o quejas de sus vasallos; es a quien reclaman justicia los naturales y a quien agradecen las mercedes recibidas. Los fastos reales se celebran como si estuviera presente, aunque las noticias tardan varios meses en ser conocidas.

En virtud de la donación pontificia de Alejandro VI se concede el señorío del territorio de las Indias y se otorga el mandato apostólico de evangelizar a los naturales a Isabel de Castilla y Fernando de Aragón. Así, por lo menos formalmente, son señores y reyes; hecho significativo en la conformación de las diversas regiones. En la bula de donación se establecía el Real Patronato, institución que creó una distancia difícil de ignorar entre la Iglesia americana, sus prelados, las órdenes religiosas, los curas, y la Santa Sede, cuyo titular, en muchas ocasiones sólo ratifica lo que realiza el rey. Las autoridades civiles cuidaban de manera especial la relación con la Iglesia ya que ésta era la otra cara del poder. Por su competencia, estos órdenes de gobierno constituyen el gobierno temporal y el gobierno espiritual, aunque en los hechos ambos tienen los mismos objetivos.

Conforme avanza la colonización, los antiguos y los nuevos pobladores van ubicándose en el lugar que les correspondía de la pirámide social y la jurídica:² indios, españoles, criollos, mestizos, negros, mulatos, zambos, entre otros, constituyeron un abigarrado conjunto, más complejo en los virreinos de la Nueva España y el Perú.

En la península, las cuestiones relativas al mundo americano no involucraron más que a los reducidos sectores de la población, sobre todo castellana, vinculados a la empresa de las Indias, aunque el oro que llegaba en las flotas circulara por todo el mundo conocido.³ Sin embargo, los problemas planteados por el descubrimiento, la conquista y colonización de las tierras americanas a gobernantes, teólogos y juristas castellanos fueron muy arduos por no tenerse conocimiento previo de la existencia del llamado Nuevo Mundo.⁴

Durante el siglo XV se vivieron intensas convulsiones sociales, derivadas del ocaso de los valores medievales y del abatimiento económico, lo que produjo nuevas formas de organización política y social que dieron paso a la monarquía del Renacimiento. Esa monarquía llevaría el signo de la cruz y los emblemas de Castilla, ya que contaba con los recursos, sobre todo demográficos, que constituyeron el factor determinante en la expansión hacia los territorios americanos.⁵

La *Monarchia hispana* participó en el reordenamiento político europeo e inició la conquista y colonización de las tierras americanas descubiertas en la búsqueda de nuevas rutas comerciales hacia el Oriente, aunque la mirada ha de centrarse en Castilla,⁶ ya que las Indias se incorporaron a su dominio.

² Mörner, Magnus, *La mezcla de razas en la historia de América Latina*, Buenos Aires, Paidós, 1969.

³ Bernard, Carmen y Gruzinski, Serge, *Historia del Nuevo Mundo. Del descubrimiento a la conquista. La experiencia europea, 1492-1550*, trad. de María Antonia Neira Bigorra, México, FCE, 1996.

⁴ Tomo elementos de mi libro *Historia del derecho mexicano*, México, UNAM-McGraw Hill, 1998, pp. 9-35; para esta versión se modificó el orden y se adaptaron numerosas cuestiones, a fin de abarcar a las culturas de las Antillas y América del Sur. Se incorpora nueva información de referencias bibliográficas: Dougnac, Antonio, *Manual de historia del derecho indiano*, 2a. ed., México, UNAM-McGraw Hill, 1998, y Sánchez-Arcilla, José, *Instituciones político-administrativas de la América Hispánica (1492-1810)*, Madrid, Universidad Complutense (Facultad de Derecho), 1999, 2 vols.; las específicas están citadas a pie de página.

⁵ Vicens Vives, Juan (dir.), *Historia de España y América*, Barcelona, 1957, vol. II, *passim*; Morales Padrón, Francisco, *Historia del descubrimiento y conquista de América*, 4a. ed., Madrid, Editora Nacional, 1981; Pérez Herrero, Pedro, *Comercio y mercados en América Colonial*, Madrid, Mapfre, 1991.

⁶ En 1504, por la muerte de Isabel, Aragón queda fuera; las coronas se vuelven a reunir en 1517, en su nieto Carlos I, de España y V, de Alemania, hijo de la reina doña Juana y

Todo ello el mismo año en que culmina la reconquista con la derrota de los moros en Granada y se descubre América.

II. LAS INDIAS EN LA MONARQUÍA HISPANA

Sobre la base de la doctrina canónica medieval, la donación que el Papa Alejandro VI —como jefe de la cristiandad— hizo a los Reyes Católicos de las islas y tierra firme del mar océano invistiéndolos: “como señores con plena, libre y omnimoda potestad, autoridad y jurisdicción”, no tenía nada de novedoso. Las donaciones de tierras concedidas por el papado a los gobernantes cristianos, con el fin de convertir infieles, estaban amparadas por una larga tradición medieval; la expansión portuguesa por la costa de África había tenido el mismo origen. Pero la trascendencia de la donación pontificia a favor de los Reyes Católicos se deriva de haberles quedado reservados a dichos monarcas el descubrimiento y colonización de casi todo un continente. Por ello, ya desde el siglo XVI, las Bulas Alejandrinas han sido objeto de constante atención por parte de canonistas, internacionalistas, historiadores y juristas.⁷

La donación y la legitimación de la conquista y la colonización tuvieron en el mundo jurídico una consecuencia sumamente importante: la implantación del derecho castellano en los vastos territorios de las Indias.⁸ Este hecho constituye uno de los elementos capitales del legado colonial, ya que a lo largo de todo el territorio americano se establecieron facultades de derecho, tanto civil como canónico, para enseñar el *Corpus Iuris Civilis* y el *Corpus Iuris Canonici*, lo que permitió la formación de una cultura jurídica

Felipe el Hermoso. Don Carlos reinó muchos años y en 1556 abdicó el trono a favor de su hijo Felipe II, quien consolidó la presencia castellana en las Indias.

⁷ Castañeda Delgado, Paulino, *La teocracia pontifical en las controversias sobre el Nuevo Mundo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996; García-Gallo, Alfonso, “Las Indias en el reinado de Felipe II. Una solución del problema de los justos títulos”, *Estudios de historia del derecho indiano*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972, pp. 425-471; “Las Bulas de Alejandro VI y el ordenamiento jurídico de la expansión portuguesa y castellana en África e Indias”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1958, pp. 1-369; Manzano Manzano, Juan, “La adquisición de las Indias por los Reyes Católicos y su incorporación a los reinos castellanos”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, t. XXI, 1951, pp. 5-170; *La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1948.

⁸ A partir del reinado de Alfonso XI ya hay un ordenamiento jurídico castellano en los territorios de la Corona, a pesar de los matices que se le pueden señalar. La conquista de Canarias, de Granada y de las Indias, incorporó al sistema político y jurídico de Castilla estos territorios; en las provincias vascongadas, agrupadas también en torno a la misma Corona, se respetaron sus propios ordenamientos.

común que coexistió de desigual manera con la que tenían los naturales en tiempos de su gentilidad.⁹

Las bulas expedidas por Alejandro VI fueron tres y su contenido puede ser resumido de la siguiente manera: se hace la donación a los Reyes Católicos de las islas y tierras que se descubrieron navegando hacia Occidente y que no estuvieran en poder de otro príncipe cristiano; se fija una línea de demarcación de las tierras que podían ser descubiertas por los reyes de Castilla y de Portugal; se concede a los primeros los mismos privilegios que los segundos tenían en las suyas. Habrían sido expedidas los días 3 y 4 de mayo de 1493 y, por ellas, los sucesores de Isabel La Católica en el trono de Castilla gobernaron las tierras americanas por casi trescientos años.

Paralela a la facultad de gobernar las tierras descubiertas se hallaba el mandato apostólico de evangelizar a sus habitantes. Esta cuestión fue el motivo de que en varias ocasiones se pusiera en tela de juicio la naturaleza de la donación pontificia, ya que, salvo excepción, los aborígenes no quisieron someterse pacíficamente ni aceptar que, en adelante, estaban sujetos a los reyes de España, quienes serían sus legítimos señores.¹⁰

La expansión hacia tierras americanas produjo fuertes tensiones entre Castilla y Portugal; por el encono que alcanzaron fue necesario buscar una solución pactada. El Tratado de Tordesillas del 7 de junio de 1494 puso punto final a la controversia. En su texto se establecía la línea de demarcación dentro de la cual cada uno realizaría sus descubrimientos; los contratantes en aras de la paz y la concordia: “y por conservación del deudo y amor” que se tenían, dirimieron políticamente sus conflictos. Lo que se había descubierto no fue puesto en entredicho; los propios descubrimientos y los documentos papales eran prueba suficiente de que la cuestión no estaba sujeta a debate. Por lo anterior, Brasil y una parte de las Antillas no formaron parte de la corona de Castilla ni de la monarquía hispana, y aunque encontremos numerosas coincidencias culturales, los legados son distintos. La línea divisoria fue conocida como “línea alejandrina” y de hecho y de derecho partió el mundo americano de esa época en dos ámbitos distintos que fueron ocupados por dichas coronas. Fuera quedaron los inmensos territorios del Norte del Continente, de los que por entonces nada se sabía.

⁹ Salvo Cuba y Puerto Rico, que permanecieron bajo el dominio español varias décadas más, después de la independencia de las otras naciones.

¹⁰ El caso peruano fue de tal manera cruento que llevó a replantear la doctrina imperante sobre los justos títulos para el dominio de las Indias; incluso se ha dicho que el propio Carlos V (I de España) estuvo a punto de abandonar la empresa americana, *vid.* García Gallo, “Las Indias en el reinado de Felipe II...”, pp. 439-441.

Desde los primeros años que siguieron al descubrimiento se ensayan opciones institucionales que se utilizaron en la expansión continental. Es precisamente en esa época cuando se crea el instrumento que legitima la conquista. La concesión pontificia donaba, concedía y asignaba las “islas y tierras firmes” descubiertas y por descubrir a los Reyes Católicos y a sus herederos en Castilla y León, los hacía y constituía “señores con plena, libre y omnímoda potestad, autoridad y jurisdicción”. Estos reyes tenían la obligación de “inducir los pueblos, que viven en las tales Islas, y tierras, a que reciban la Religión Cristiana”, y aunque el derecho de la época permitía hacer esclavos a los infieles, los indígenas fueron considerados vasallos libres que no habían recibido nunca predicación cristiana, por lo que se consideraron “gentiles” y su condición jurídica era la de “miserables” o menores de 25 años. Por esta razón, como en el antiguo derecho romano, debían tener un curador para la realización de buena parte de sus actos jurídicos. Este curador era, por supuesto, el Estado.

Lo anterior se decidió después de numerosas juntas en las que se discutía la validez de la donación, la legitimidad de la conquista y la forma en que habría de convertirse a los naturales a la fe de Cristo. A medida que avanza la conquista, avanza también la argumentación contra ella por parte de los miembros de algunas órdenes religiosas, por los desmanes de los españoles en la penetración y primeros asentamientos. Estas voces en contra de la “guerra justa” aducían que la penetración debía ser pacífica, y la instrucción, paulatina y voluntaria.

Nuevas juntas y nuevos argumentos no resolvieron la cuestión; entretanto, la penetración española avanzaba y, voluntariamente o no, también la llamada conquista espiritual. La solución final se dio en 1570 en el reinado de Felipe II, “al armonizar la concesión de las Indias hecha por la Bula de Alejandro VI con la libertad natural de los indios, y al distinguir entre los territorios ya ocupados por los españoles y los aún no descubiertos y ocupados por éstos”. Al tiempo en que se lograron conciliar formalmente las posiciones encontradas, el dominio español abarcaba prácticamente toda el área mesoamericana y la andina y se había iniciado la expansión hacia el norte de la Nueva España y hacia el Río de la Plata, el Orinoco y el Amazonas. Como en muchas otras ocasiones, la realidad se impuso sobre los marcos formales.¹¹

Las dudas, controversias, juntas, cartas y documentos anteriores tuvieron un resultado que interesa destacar aquí por su repercusión en el mundo

¹¹ García Gallo, “La solución del problema de los justos títulos”, *Estudios de historia del derecho indiano...*, pp. 446-451.

jurídico: el ordenamiento castellano se implantó en la Nueva España, al igual que en el resto de América, y el rey Carlos V dispuso en 1530 que “los Virreyes, o Audiencias, guarden sus buenos usos, y costumbres en lo que no fueren contra nuestra Sagrada religión” y en 1555 mandó que:

[...] las leyes y buenas costumbres, que antiguamente tenían los Indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son Christianos, y que no se encuentran con nuestra Sagrada Religión, ni con las leyes de este libro y las que han hecho y ordenado de nuevo se guarden y executen, y siendo necesario, por la presente las aprobamos y confirmamos...

El nuevo orden jurídico reconocía, en los términos señalados por el monarca, el derecho que los indios habían tenido en tiempos de su idolatría. Lo anterior es el origen de un amplio sincretismo cultural que se manifiesta no sólo en materia jurídica, sino también en la religiosa.

III. EL NUEVO ORDEN Y LAS DOS REPÚBLICAS

A distancia, se puede percibir que la empresa de las Indias revistió muy diversas formas, y que las ensayadas en el llamado “periodo antillano” proporcionaron las bases para la conquista y la colonización del resto del continente. Pronto se puso de manifiesto que en los nuevos territorios, eran inoperantes los sistemas empleados por los peninsulares en la Reconquista y en la expansión mediterránea. Así, se puede afirmar que las estructuras sociales, políticas y religiosas que encontraron los peninsulares en las tierras americanas les resultaron tan ajenas que no pudieron acomodarlas a la cultura europea, por ello, “haciendo casi tabla rasa de lo que hallaron, implantaron con absoluta naturalidad sus formas de vida”.¹²

La expansión hacia las Indias se planteó, en su origen, como una empresa mercantil lucrativa en la que participaron tanto los reyes españoles como empresarios y mercaderes privados, castellanos y extranjeros. Los primeros contactos con los pueblos americanos hicieron que la realidad desbordara el marco formal del que se había partido y hubieron de idearse nuevas formas para la penetración. Pero el balance de esta primera etapa, que va de 1492 a 1550, fue positivo, ya que a partir de los resultados que obtuvo la corona en su experiencia antillana se perfiló el marco legislativo e institucional con que empezaría a estructurarse el imperio español en América.

¹² Céspedes del Castillo, Guillermo, “Las Indias en tiempo de los Reyes Católicos”, en Vicens Vives, J. (dir.), *Historia de España y América social y económica*, Barcelona, Editorial Vicens Vives, 1972, vol. II, pp. 430-481.

El descubrimiento y la conquista fueron empresas en las que, a los aspectos mercantiles, debe sumarse la presencia del rey en todos los actos jurídicos que las generaron y permitieron su desarrollo. No debe olvidarse que era con el rey que se pactaban las capitulaciones; era el monarca quien autorizaba la fundación de villas y lugares, y a su benevolencia se debían todas las acciones vinculadas con ambas tareas; por eso, desde el primer momento, estuvieron presentes los funcionarios del rey. Esto permitió que, a medida que se iba penetrando en las tierras americanas, se fuera introduciendo un aparato burocrático, portavoz de los intereses reales, del que dependieron la colonización y la evangelización. De esta manera, el conquistador fue cediendo su papel protagónico al encomendero, al misionero, al criollo y, como es obvio, al funcionario real.¹³

Las características jurídicas, sociales y políticas de finales del siglo XV marcaron los rumbos que habían de seguirse en la creación de una nueva sociedad que, aunque vinculada a su matriz, bien pronto, en virtud de la realidad que tuvo que enfrentar, adquirió perfiles propios. Vale la pena señalar aquí una de las diferencias capitales entre la sociedad peninsular y la nueva: en la primera, un monarca cada vez más fuerte trataba de extender su poder sobre la Iglesia, la nobleza y las autoridades municipales; en la segunda, la figura del rey es desde el primer momento dominante. En los nuevos territorios, por lo menos formalmente, el rey decidía qué debía sembrarse, qué libros podían leerse, qué habría de producirse, quiénes eran merecedores de los cargos burocráticos, qué privilegios y a quiénes podían otorgarse¹⁴ y, finalmente, en qué forma se debía llevar al cabo la evangelización de los pueblos aborígenes, encomendados a su Real Patronato por disposición expresa del romano pontífice.¹⁵

¹³ García-Gallo, Alfonso, *Manual de historia del derecho español*, 4a. ed., Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, 1971, 2 vols.; Leonard, Irving A., *Los libros del conquistador*, trad. de Mario Monteforte Toledo, revisada por Julián Calvo, México, FCE, 1953; Ots Capdequí, José María, *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*, Madrid, Aguilar, 1968; Prieto, Alfonso, “El proceso de formación del derecho canónico”, en *Derecho canónico*, Pamplona, EUNSA, 1975, pp. 89-137; Tomás y Valiente, Francisco, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, Tecnos, 1979 y Sánchez Arcilla, José, *Instituciones político-administrativas de la América Hispánica...*, *passim*.

¹⁴ Alvarado Armando, Guillermo Beato *et al.*, *La participación del Estado en la vida económica y social mexicana, 1767-1910*, México, INAH, 1993, *passim*.

¹⁵ Hera, Alberto de la, *Iglesia y Corona en la América española*, Madrid, Editorial MAPFRE, 1992; Garrido Aranda, Antonio, *Organización de la Iglesia en el Reino de Granada y su proyección en Indias*, Sevilla, EEHA-CSIC y Universidad de Córdoba, 1979.

A medida que se fueron ampliando los dominios en las “islas y tierra firme del mar océano”, el rey fue delegando funciones para su gobierno en diversos organismos. De esta suerte, se fueron creando cuerpos colegiados, virreinos, audiencias y demás tribunales, gobernaciones, capitanías generales etcétera, para ocuparse del gobierno y administración de los distintos territorios. Tanto los pobladores originales como quienes se fueron trasladando con el fin de conquistar, colonizar y evangelizar, estaban sujetos —según se dijo— a los designios del monarca; sin embargo, las distancias, el desconocimiento que en la metrópoli se tenía de la realidad americana y los intereses políticos y económicos que se fueron estableciendo en las colonias, permitieron que la vida en ellas transcurriera con bastante independencia y libertad, sobre todo hasta antes del siglo XVIII, en que una nueva dinastía tomó las riendas del trono español.¹⁶

El gran desplazamiento de peninsulares a las tierras americanas fue un factor decisivo para que en ellas se implantaran todas las instituciones, incluso las de carácter cultural, que formaban parte del bagaje de los nuevos pobladores. Al operar en la realidad americana, estas instituciones cobraron vida propia, y fue éste el nuevo substrato sobre el que se constituyeron, varios siglos después, los países americanos.

En la operación de las instituciones castellanas en América fueron factor determinante las culturas que se hallaban asentadas en los diversos territorios. La vida del virreinato de la Nueva España transcurrió por cauces muy distintos que la del virreinato del Río de la Plata, por ejemplo. Allí donde las culturas aborígenes no habían alcanzado un amplio grado de desarrollo, la empresa de las Indias fue, sobre todo, colonizadora. Mucho más compleja resultó en aquellos en que, a la presencia de pueblos con alto grado de desarrollo cultural, ha de agregarse la gran riqueza minera, como México y Perú, nada despreciable para los intereses privados y reales.

Dentro de los vastos dominios castellanos en las Indias Occidentales la Nueva España se caracteriza por ser ahí donde se ensayaron instituciones que después de haber probado su eficacia se trasladaron a otros territorios; lo que ya había sucedido en las Antillas en menor escala. En el virreinato, la heterogeneidad de la población y la variedad de recursos fueron factores que influyeron tal proceso.

En todas las Indias, desde la segunda mitad del siglo XVI, la población quedó dividida en dos repúblicas: una de españoles y otra de indios, cada una con su territorio, gobierno y régimen jurídico particular. En la mayor

¹⁶ Brading, David, *Orbe Indiano. De la monarquía católica a la República criolla, 1492-1867*, trad. de Juan José Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1991.

parte de las ciudades vivieron los españoles, rodeados de la población aborigen, lo que orilló a un intercambio más grande del que deseaba la Corona. Aunque en la realidad las dos repúblicas no estuvieran separadas tajantemente, la diferenciación se mantuvo en el orden jurídico hasta el final de la época colonial. El virreinato se volvió un mosaico étnico en el que cada grupo tenía su lugar de acuerdo a las condiciones del nacimiento, el origen y el género. Sólo los españoles, hijos legítimos y varones tuvieron acceso a los cargos de la burocracia civil, la eclesiástica y de las corporaciones.¹⁷

Como antes se dijo, los indígenas eran considerados “miserables” o menores de 25 años, por lo que en la mayor parte de los actos jurídicos que realizaban debían contar con la aprobación de su curador, que era el Estado. Así, se constituye un régimen proteccionista que los diferenció de los otros grupos sociales, salvo si habían formado parte de la “nobleza indígena”, en cuyo caso, jurídicamente se consideraban españoles.

Lo anterior es especialmente notorio en los casos de los virreinos de la Nueva España¹⁸ y el Perú,¹⁹ ya que en ellos se asentaron culturas de amplio desarrollo económico antes del descubrimiento de América. En el área mesoamericana de la Nueva España los españoles encontraron diversos tipos de asentamientos con complejos sistemas políticos y económicos; el área constituía en sí misma un entramado de alianzas y dominaciones, con complicados sistemas tributarios y de prestación de servicios.²⁰ Algo semejante

¹⁷ Alberro, Solange, *Del gachupín al criollo, o de cómo los españoles dejaron de serlo*, México, El Colegio de México, 1992, y *Orígenes religiosos de la conciencia criolla, México, siglos XVI-XVII*, México, FCE-El Colegio de México, 1992; Tanck de Estrada, Dorothy, *Pueblos de indios y educación en el México colonial, 1750-1821*, México, El Colegio de México, 1999; Menegus Bornemann, Margarita y Aguirre, Salvador *Los indios, el sacerdocio y la Universidad en la Nueva España, siglos XVI-XVIII*, México, UNAM, 2006; Lohman Villena, Guillermo, *El corregimiento de Indios en el Perú bajo los Austrias*, Madrid, Ediciones de Cultura Hispánica, 1957.

¹⁸ Carrasco, Pedro, *Estructura político territorial del Imperio tenochca. La Triple Alianza de Tenochtitlan, Tetzoco y Tlacopan*, México, El Colegio de México-Fondo de Cultura Económica, 1996; Manzanilla, Linda y López Luján, Leonardo, *Historia Antigua de México*, México, INAH-UNAM-Miguel Ángel Porrúa, 1994-1995, 3 vols.; Landa, Fray Diego de, *Relación de las cosas de Yucatán*, por el padre, ..., obispo de esa diócesis, introducción por Ángel Ma. Garibay K., 10a. ed., México, Porrúa, 1973; *The Chronicles of Michoacán*, traducción y edición de Eugene R. Craine and Reginald C. Reindorp, Norman, University of Oklahoma Press, 1970.

¹⁹ Hemming, John, *La conquista de los incas*, trad. de Stella Mastrangelo, México, Fondo de Cultura Económica, 1982; Prescott, Guillermo H., *Historia de la conquista del Perú. Con observaciones preliminares sobre la civilización de los Incas*, trad. de Nemesio Fernández Cuesta, prólogo de Luis Aznar, Buenos Aires, Ediciones Imán, 1955.

²⁰ No así la llamada zona árida americana en la que se asentaron culturas con menor grado de desarrollo, véase Mota y Escobar, Alonso de la, *Descripción geográfica de los reinos de Nueva Galicia, Nueva Vizcaya y Nuevo León*, introducción de Joaquín Ramírez Cabañas, 2a. ed.,

sucedió en el Perú, en donde los incas dominaban un extenso territorio, pero se encontraban en un proceso de transformación política derivada de rivalidades entre ellos.

La conquista de estos territorios fue distinta y todo indica que en la Nueva España logró consolidarse el mestizaje de manera más amplia, quizá por el enorme desplazamiento de españoles que hubo en la primera centuria, ya que en el siglo XVII la zona norte del Perú atrajo la migración por el descubrimiento de las minas del Potosí. Otros lugares, como la hoy Colombia, apenas estaban habitados y en el caso de los países del llamado “conosur”, la colonización fue el fenómeno dominante por la escasez o franca ausencia de culturas aborígenes, salvo el caso de Chile y la Patagonia, que también contaron con población aborigen.

IV. EL CHOQUE DE CULTURAS

Con lo que se lleva expuesto, se podrá comprender con facilidad los resultados del enfrentamiento de las culturas indígenas y la española. Salta a la vista que no fueron los mismos en todo el territorio ni de la Nueva España ni de toda América. En el caso de la primera, las culturas del área mesoamericana, al entrar en contacto con los peninsulares, perdieron buena parte de las características que habían tenido, y aunque se conservó su derecho, en los términos señalados anteriormente, se les impusieron nuevos patrones de conducta sociales, políticos, jurídicos y religiosos. Ha de tenerse presente que paralela a la conquista material se produjo la conquista espiritual.²¹

En el área áridamericana los resultados fueron un tanto diversos, ya que las características de la población aborigen no permitieron sobreponer los patrones nuevos. Los pueblos de esta área resistieron con mayor éxito la conquista, y sólo muy lentamente, algunos de ellos, pudieron ser reducidos a congregaciones, a cargo de misioneros. La conquista del norte nuevamente planteó el problema de la “guerra justa”, y otra vez las opiniones de juristas, teólogos y misioneros fueron diversas. Pero el área se dominó, sobre todo la que contenía riquezas argentíferas.

En todo el territorio, en forma gradual, el derecho del más fuerte fue sustituido por un orden institucional con características muy peculiares. Los ordenamientos castellanos se implantaron en toda América, y por supuesto

México, Pedro Robredo, 1940; Pérez de Ribas, Andrés, S. J., *Historia de los triunfos de nuestra Santa Fe entre gentes las más bárbaras y fieras del nuevo orbe*, México, Ayac, 1944, 3 vols.

²¹ Ricard, Robert, *La conquista espiritual de México*, trad. de Ángel María Garibay K., México, Jus-Polis, 1947.

en la Nueva España, y a su lado sobrevivieron, en mayor o menor medida, las leyes y costumbres de los pueblos aborígenes. Para todo lo que no estaba previsto ni por aquéllos ni por éstas, se fueron dictando disposiciones de diverso tipo, que en conjunto, han sido denominadas “derecho indiano”,²² que constituyó a lo largo de trescientos años una especie de derecho común que se aplicaba en todo el territorio americano, con las especificidades que requería cada lugar en particular.²³

En palabras de Tau Anzoátegui, el derecho indiano surge en el marco del *ius commune*, como especialidad del derecho castellano que impera en las Indias a consecuencia “del principio jurídico por el cual las tierras conquistadas deben regirse por las leyes del reino conquistador”. Es “fruto tanto de una elaboración normativa desarrollada por las diferentes instancias administrativas y de la incidencia del derecho castellano, del derecho común y de elementos filosófico-jurídicos con el resultado de un conjunto dispositivo de obligado cumplimiento, bien a nivel general, bien a nivel provincial o local”.²⁴

Antes del final de la época colonial, en pocas ocasiones el rey se dirigía “a todos los habitantes de las Indias”, ya que acostumbraba identificar o individualizar a las autoridades o corporaciones que eran los destinatarios de sus mandatos. La *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias* de 1680 es una prueba clara de lo que se afirma, ya que en ella encontramos, organizados por temas, textos que en su tiempo estuvieron dirigidos “al virrey del Perú”, “al presidente y gobernador de Yucatán”, a los “alcaldes mayores de la Nueva Granada”; con estos materiales se va conformando un derecho específico para cada lugar que podemos denominar “provincial”.²⁵ Adelante abundaré sobre este tema.

En el enfrentamiento entre las distintas culturas indígenas con la española, tocó a las primeras a someterse a las reglas del juego de la última.

²² Pueden verse las memorias de los numerosos Congresos del Instituto Internacional de Derecho Indiano, celebrados en forma continua desde hace más de treinta años. Algunos de los autores que más han escrito sobre estos temas son miembros de dicho Instituto. Para una explicación muy general puede verse de Tau Anzoátegui, Víctor, *¿Qué fue el Derecho Indiano?*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1980.

²³ La compilación más importante sobre el tema, se encuentra en la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, Madrid, Viuda de Joaquín Ibarra, 1681 y en materia doctrinal en: Solórzano Pereira, Juan de, *Política indiana sacada en lengua castellana de los dos tomos del derecho y gobierno municipal de las Indias occidentales...*, cit., Madrid, 1803, obra editada, corregida e ilustrada con notas por Francisco Ramiro de Venezuela, Madrid, 1736.

²⁴ Cruz Barney, Óscar, *Historia del derecho Indiano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 14.

²⁵ González, María del Refugio, *El derecho indiano y el derecho provincial novohispano. Marco historiográfico y conceptual*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, *passim*.

Sin embargo, los patrones jurídicos que se impusieron en nombre del rey, no pudieron sobreponerse cabalmente sobre los que existían antes de la irrupción española. Dentro del ordenamiento jurídico de los pueblos aborígenes, sus normas relativas a lo que hoy llamaríamos “derecho de familia” fueron las más combatidas por los misioneros y los funcionarios del rey. La conversión a la fe cristiana llevaba aparejada la admisión de la regulación canónica sobre matrimonio y filiación. Las costumbres “licenciosas” de los indígenas también resultaron contrarias a la nueva fe. Se aprovecharon, por el contrario, en beneficio del rey, las normas relativas a la tributación y se establecieron los servicios personales.

Algunos grupos pronto se acomodaron a las nuevas reglas del juego, y son incontables los testimonios que dan fe de la manera en que los indígenas defendieron sus derechos. Otros, perecieron en el proceso de aculturación, o se mantuvieron ajenos a él. De cualquier modo, toda la población aborígen fue objeto de la evangelización, mezclando su cultura religiosa con la de los conquistadores.

La población española, por su parte, vivió conforme a los patrones jurídicos que ella misma había aportado y aunque no todos resultaron adaptables al nuevo mundo, en buena medida, se conservaron las bases fundamentales de la cultura jurídica española, tamizada con los elementos del mundo indígena que lograron sobrevivir.²⁶

V. EL NUEVO ORDEN INSTITUCIONAL

La naturaleza del fenómeno, que en el orden jurídico significó la aplicación del derecho castellano en las Indias, ha sido descrita por distintos autores de diversa manera. Algunos han visto un fenómeno de recepción política, esto es, la adopción más o menos plena de un derecho no elaborado localmente que se extiende por conquista; otros, explican que se trata de un trasplante, ya que desde antes del descubrimiento, los Reyes Católicos pensaron que en las tierras que se descubrieran rigiese el derecho de Castilla. Por mi parte, me parece más bien que se trata de una implantación, porque cualesquiera que hayan sido el método, el derecho y las instituciones que se trajeron a las Indias, está fuera de duda que las raíces se quedaron en España. Por otra parte, si la implantación es “la acción o efecto de implantar”, e implantar es “establecer y poner en ejecución doctrinas nuevas, instituciones, prácticas o costumbres”, por lo menos desde el punto de vista

²⁶ Remito a la bibliografía del libro *Historia del derecho mexicano*, de quien esto escribe, y a la de la obra *Historia del derecho indiano*, de Óscar Cruz Barney.

americano, el fenómeno ocurrido fue la implantación del derecho castellano, ya que el establecimiento corrió a cargo de Castilla.

Para comprender el alcance de dicha implantación y los resultados a que dio lugar, debe tenerse en cuenta que, después de la conquista, el derecho de los naturales no desapareció del todo, pero quedó sujeto al nuevo orden jurídico. Orden que se constituye con el derecho que se implanta en la América en general y en cada circunscripción política en particular, el de los pueblos indígenas que sobrevivió a la conquista y el que se fue dictando para regular la situación de los territorios americanos. Esto último sucedió porque el marco jurídico castellano resultó insuficiente para regular buena parte de los conflictos que las situaciones inéditas generaron. Al conjunto de ordenamientos y disposiciones de diversos tipo, cuyos destinatarios eran los habitantes de las Indias, se le ha denominado, como antes se dijo, derecho indiano,²⁷ dentro del cual habría tantos derechos provinciales como circunscripciones políticas, tales como virreinos, presidencias-gobernaciones o, simplemente, gobernaciones.²⁸

En todos los reinos americanos, aunque cuantitativamente la población aborigen, a pesar del descenso demográfico de la primera época, fue mayoritaria en relación a la española, la toma de decisiones estaba siempre en manos de esta última. Por otra parte, la interacción de indios y españoles produjo un mestizaje no sólo étnico, sino también cultural, en los territorios americanos, que no fue igual en cada lugar; de ahí que, después de la independencia, en las nuevas repúblicas los fenómenos políticos y culturales comiencen a diferenciarse. Al margen de la forma en que sea ha caracterizado el fenómeno, el hecho real es que había surgido un nuevo orden institucional, vinculado todo lo que se quiera a España, pero que no podía ignorar que por lo menos en las zonas densamente pobladas antes de la llegada de los españoles, una buena parte de los habitantes no había nacido en la península y tenía un bagaje cultural propio.²⁹

²⁷ Basadre, Jorge, *Los fundamentos de la historia del derecho*, Lima, Perú, Editorial Universitaria, 1967; García-Gallo, Alfonso, “La Constitución Política de las Indias españolas”, en *Estudios de historia del derecho indiano*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972, pp. 489-514; “Los orígenes de la administración territorial de las Indias”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 15, 1944, pp. 16-106; Lalinde Abadía, Jesús, *Derecho histórico español*, Barcelona, Ariel, 1974; Pietschmann, Horst, *El Estado y su evolución al principio de la colonización española en América*, México, FCE, 1989; Sánchez Bella, Ismael, Alberto de la Hera y Carlos Díaz Rementería, *Historia del derecho indiano*, Madrid, Mapfre, 1992.

²⁸ Véanse notas 22 a 26.

²⁹ De este enunciado hay que excluir a Chile, Argentina, Uruguay y Paraguay, ya que en ellos domina la colonización.

Este nuevo orden institucional partía de una serie de supuestos, dados por la peculiar situación de las Indias, y en nuestro caso, la Nueva España, en el seno de la monarquía española. Se ha tratado de explicar si eran provincias, colonias, reinos, dominios o qué. En virtud de que la literatura jurídica de la época no se refiere a las Indias como colonias, y los análisis, sobre todo de tipo económico, muestran que sí lo eran, desde muy temprano los estudiosos han explicado el fenómeno de diversa manera. Por mi parte, y ya que el análisis jurídico no es suficiente para esclarecer la cuestión, diré con las mismas palabras que utilizó un jurista novohispano para caracterizar la propiedad de las minas en el siglo XVIII, que la relación entre España y las Indias era “de su propia y singular naturaleza”. Con lo cual, no lo ignoro, no aclaro nada, pues el marco legal es terminante al no referirse a los nuevos territorios como colonias. Pero ese marco no fue estático, y los diversos monarcas le dieron la dimensión que pareció adecuada al momento que, cada vez, les tocó vivir. Así, a finales del siglo XVIII, los monarcas de la dinastía borbónica se referían a las Indias utilizando sin ambages y en forma inequívoca el vocablo “colonias”.

El orden institucional que se fue implantando en las Indias fue muy complejo, y no es fácil caracterizarlo de una sola plumada.³⁰ Fue enormemente pragmático y casuístico, y a través del “ensayo y error” comenzó a tomar perfiles propios, que se fueron particularizando cada vez más durante el largo periodo de la dominación española. Por lo demás, no fue inamovible, sino inmensamente dinámico y flexible, y en la configuración de la política legislativa fueron muy numerosos los factores que hubo de considerarse, y muchos los intereses que había que conciliar, enfrentar, o dejar a salvo. Poco a poco, el interés que llegó a ser dominante fue el real. Lo que había surgido como una empresa de carácter mercantil, de aventura y de cruzada, diversificó sus objetivos, aunque algunos no se modificaron sustancialmente a lo largo de la época.

So riesgo de borrar los matices, podría afirmarse que la empresa americana se manifiesta en tres direcciones, por lo menos: evangelización; beneficio para la Corona española —siempre inmersa en el complejo tablero político europeo—, y colonización. Esta manera de apreciar el fenómeno permite caracterizar a los grupos sociales que se movían en la realidad americana. Respecto al primero, el clero regular y los indígenas serían los personajes centrales. El segundo estaría personificado por los funcionarios reales; los altos cargos de la burocracia americana siempre estuvieron representando los intereses del monarca. El tercero comprendería a la población espa-

³⁰ Dougnac Rodríguez, Antonio, *Manual de historia del derecho indiano...*, pp. 43-162.

ñoa que se asentó y produjo el mestizaje en las Indias, y que poco a poco fue teniendo sus propios intereses, desvinculados, por lo general, de los del rey. Los indígenas, por su parte, fueron objeto de la política legislativa en cualquiera de sus manifestaciones, pero no participaron —salvo contadas excepciones— como sujetos activos de los diversos factores que la conformaban. En beneficio de la población indígena se designaron “protectores de naturales” y en algunos lugares, como es el caso de la Nueva España, se creó un Juzgado General de Naturales para dirimir los conflictos jurisdiccionales en los que participaba la población aborígen.³¹

El nuevo orden institucional, dirigido desde la metrópoli, tuvo que conciliar los intereses de antiguos y nuevos pobladores, dejando a salvo los propios. Los matices de este esquema se dieron en función de las peculiares circunstancias demográficas y económicas de cada lugar.

Un último elemento es necesario para caracterizar a la empresa de las Indias: la relación entre la Iglesia y el Estado. Desde el inicio de la época colonial el rey ejerció el Real Patronato de la Iglesia y, hacia los tiempos de Felipe II, la relación entre ambas potestades había adquirido características muy peculiares. Los sucesores de este monarca se encargaron de consolidar la posición del Estado español frente a la curia romana. Los sucesivos monarcas españoles fueron interpretando el Patronato en forma cada vez más amplia, hasta convertirlo en vicariato.³²

La estructura de gobierno tuvo características propias en cada lugar, pero a lo largo de toda la época colonial los virreyes y las audiencias fueron las instancias de mayor jerarquía; los primeros, representaban al rey en las funciones de gobierno, justicia, guerra y hacienda y eran vicepatrones de la Iglesia; las segundas se encargaban de la administración de justicia, aunque, en ausencia del virrey podían ser gobernadoras. El sistema se caracterizó por la acumulación de funciones, de manera que el virrey, representante o *alter ego* del monarca en el virreinato era gobernador, presidente, capitán general, supervisor de los asuntos hacendarios, y vicepatrono de la Iglesia novohispana. En esta función, los virreyes no siempre marcharon en armonía con la Iglesia local, ya que los arzobispos los vieron de “igual a igual” y solían inmiscuirse en asuntos de gobierno, justicia y guerra.

Al virrey correspondían también las funciones de protección y justicia respecto a los indios, y la de gracia, que le permitía crear empleos y vender-

³¹ Borah, Woodrow, *El juzgado general de indios en la Nueva España*, trad. de Juan José Utrilla, México, FCE, 1985.

³² Gómez Hoyos, Rafael, *La Iglesia de América en las Leyes de Indias*, Madrid, Instituto Gonzalo Fernández de Oviedo-Instituto de Cultura Hispánica de Bogotá, 1961; Hera, Alberto de la, *Iglesia y Corona en la América española*, Madrid, Mapfre, 1992.

los, salvo los de jurisdicción y hacienda, que se “beneficiaban”; asimismo, gozó de la facultad reglamentaria, que abarcaba prácticamente a toda la vida social y económica local. Hasta el siglo XVIII perduró la organización a base de dos virreinos: México, con cinco audiencias y diecinueve gobernaciones, y Perú, con cinco audiencias y diez gobernaciones. Pero lo desmesurado del territorio, el peligro extranjero, el contrabando y la misma política reformista, determinaron una subdivisión que originó la existencia ya de cuatro virreinos en ese siglo.

Por lo demás, en las instrucciones que los virreyes dejaban a sus sucesores se aprecia que una de las tareas más importantes por el tiempo y el esfuerzo que demandaba, fue la de escuchar y atender a los vasallos que se los solicitaran.

La audiencia, cuyas primeras facultades fueron jurisdiccionales, tanto civiles como criminales, en la práctica operó como tribunal administrativo; revisó las funciones gubernativas del virrey; reemplazó a éste en casos de enfermedad o muerte; legisló incluso en materia de gobierno a través de los autos acordados; informó de los excesos cometidos con los naturales, y otras muchas cosas. Los oidores auxiliaron al virrey en la labor administrativa, y fueron sus brazos en misiones difíciles, como los alzamientos y las visitas de regiones, por ejemplo.

En el caso del virreinato de la Nueva España, las audiencias de México y Guadalajara fueron el órgano superior de la administración de justicia local, aunque ciertos casos podían ser revisados por el Consejo de Indias. En relación a las jurisdicciones privativas, este tribunal, a través de alguno de sus oidores, se hizo presente en los órganos de revisión o de alzada de comerciantes, mineros, eclesiásticos y militares.

El gobierno provincial y el distrital estuvieron a cargo de los gobernadores, y corregidores y alcaldes mayores, respectivamente y el gobierno local era ejercido por los cabildos españoles e indígenas. Los primeros en ciudades, villas y lugares, y los segundos en los pueblos de indios. A diferencia de los peninsulares, los cabildos novohispanos tuvieron poca autonomía, porque sus ordenanzas debían ser aprobadas por el monarca desde el inicio de la colonización.

La otra cara de la moneda del gobierno virreinal era la Iglesia. Por ser el patrono de la Iglesia de las Indias, y en nuestro caso, de la Nueva España, el monarca tuvo una amplia injerencia en los asuntos temporales de la institución eclesial. Todas las autoridades asentadas en el virreinato tenían mayor o menor responsabilidad en el cumplimiento del mandato apostólico, otorgado al monarca, de evangelizar a los naturales y debían velar por el buen tratamiento de los indios, frenando los abusos de los encomenderos.

La evolución del Patronato llevó a la práctica de que el rey designara a los obispos y los enviara a su nueva sede, mientras el Romano Pontífice expedía las bulas correspondientes. Con esta designación, el monarca descargaba su real conciencia, ya que transfería a los obispos la obligación de evangelizar. Éstos tenían el deber de visitar su diócesis, predicar el evangelio, administrar los sacramentos y convertir a los naturales. Algunas de estas funciones fueron desempeñadas por los miembros de las órdenes religiosas, quienes no se sometían fácilmente a la jurisdicción ordinaria del obispo.

Dado que la empresa de Indias tuvo carácter misional, entre otros, la Iglesia se vio siempre favorecida para cumplir su cometido. No hay que olvidar que también los reyes españoles buscaban la unidad religiosa, la conversión de los naturales, la fundación de parroquias y mantener la fe. Así, los conflictos Iglesia-Estado revistieron sobre todo carácter político, y no ideológico. La Iglesia llegó a adquirir un amplio poder; su contacto con las clases humildes y su dispersión por todo el territorio le otorgaban, por un lado, una fuerza moral de la que muchas veces carecían las autoridades civiles, y por el otro, la posibilidad de influir en todo el ámbito del virreinato. Esto último quedó muy claro en la lucha por la Independencia, algunos de cuyos principales protagonistas fueron eclesiásticos.

VI. LAS REFORMAS DEL SIGLO XVIII Y LA INDEPENDENCIA

En el siglo XVIII se produjeron grandes transformaciones, a un lado y otro del Atlántico, con el objeto de hacer más operativa la administración de los territorios ultramarinos, en beneficio del rey.³³ En 1717 se creó la Secretaría del Despacho de Indias, la cual cercenó al Consejo de Indias buena parte de sus facultades ejecutivas, legislativas y administrativas. En adelante, aquélla, se ocupó de lo relativo a hacienda, guerra, comercio y navegación de Indias, y a éste le quedaron reservadas las cuestiones relativas al gobierno municipal, el Real Patronato, la facultad de conceder licencias para pasar a Indias, y otras de menor cuantía. Sucesivas reformas disminuyeron todavía

³³ Castro Gutiérrez, Felipe, *Nueva ley y nuevo Rey. Reformas borbónicas y rebelión popular en Nueva España*, México, El Colegio de Michoacán-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996; Hernández Sánchez Barba, Mario, "Las Indias en el siglo XVIII", *Historia de España y América...*, cit., vol. 4, pp. 259-428; Rees Jones, Ricardo, *El despotismo ilustrado y los intendentes en la Nueva España*, México, UNAM-IIIH, 1979; Vázquez, Josefina Zoraida (coord.), *Interpretaciones del siglo XVIII mexicano. El impacto de las reformas borbónicas*, México, Nueva Imagen, 1992 y García Ayuardo, Clara (coord.), *Las reformas borbónicas, 1750-1808, México*, CIDE-FCE-Conaculta-INEHRM-FCCM, 2010 [*Historia crítica de las modernizaciones en México*, vol. 1].

más las facultades del Consejo en beneficio de la Secretaría, que llegó a ser el organismo principal para conocer y decidir en todos los asuntos de las Indias.

De las reformas que se implantaron en la Nueva España fue la creación de las intendencias la que más trastrocó la vida colonial. Tras muchos titubeos, el 4 de diciembre de 1786, Carlos III mandó que se aplicara la *Ordenanza para el establecimiento e instrucción de Intendentes de ejército y provincia del reino de la Nueva España*. El sistema modificaba sustancialmente el perfil político y administrativo hasta entonces imperante. A la cabeza del gobierno, junto al virrey, se hallaba un superintendente, quien ejercía las funciones que habían correspondido al primero. Al frente de cada una de las doce provincias-intendencias se puso un funcionario de cuño nuevo: el intendente del ejército y provincia, cuyo nombramiento y salario corrían a cargo del rey. Gobiernos, corregimientos y alcaldías mayores quedaban refundidos en las intendencias, por lo general, en calidad de subdelegaciones. La ordenanza comenzó a modificarse poco después de publicada, hasta dejar a salvo la figura del virrey, bajo cuya dirección quedó la reforma.

La implantación del sistema no produjo todos los cambios deseados por la Corona, pero mejoró mucho la administración novohispana. Se aumentaron las rentas del erario, se reordenó la administración de justicia que quedó a cargo de los subdelegados; pero no se logró la reforma total de la administración territorial. En los reinos y provincias norteños se creó, en 1776, la Comandancia de Provincias Internas, gobierno separado que llevaba anejos la superintendencia de la Real Hacienda y el vicepatronato real. En el ámbito de la audiencia, se creó el cargo de regente, quien venía a compartir o sustituir algunas de las funciones que tenía el virrey.

Las reformas proporcionaron buenos resultados económicos a la Corona, pero lastimaron los intereses de los criollos, protagonistas del proceso que llevó a la independencia.

En relación a la Iglesia se puede añadir que su injerencia en asuntos económicos y políticos y los obstáculos que en materia intelectual puso para la renovación y evolución de la cada vez más pujante colonia, llevaron a los hombres de finales de siglo XVIII y de principios del XIX, a buscar soluciones que, sin tocar el credo religioso, permitieran el avance por nuevos rumbos. El camino había sido preparado por los reyes españoles de la dinastía borbónica.

La vacancia del trono español, como consecuencia de la invasión napoleónica, llevó a discutir, a un lado y otro del Atlántico, a quién correspondía la soberanía en ausencia del rey, y desencadenó los levantamientos que llevaron a la primera proclamación de Independencia. Dos textos reflejan,

de diverso modo, el ideario del movimiento constitucionalista: la *Constitución Política de la Monarquía Española*, expedida en Cádiz en 1812, y el *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana*, sancionado en Apatzingán en 1814. Ambos recogen las posiciones políticas de los hombres de la época, quienes lucharon por implantar un nuevo orden basado en algunos de los postulados que dieron origen al Estado de derecho: limitación del poder absoluto y reconocimiento de los derechos del hombre; todo ello plasmado en un texto constitucional.

Por la independencia, que se consiguió en 1821, a la nación mexicana se le restituyó “el ejercicio de cuantos derechos le concedió el autor de la naturaleza”. A partir de entonces se consideraría a sí misma “nación soberana e independiente de la antigua España”. Sin embargo, la independencia fue un acto político y poco influyó en la modificación de las condiciones reales de la sociedad que iniciaba apenas el largo camino para constituir un nuevo orden basado en un nuevo ideario.³⁴

A partir de 1821, en México comenzaron a darse los pasos para transitar de un sociedad corporativa y estamental a una igualitaria; de un régimen de acumulación de funciones a la división de poderes; de un sistema corporativo de administración de justicia al que proclamaba y se basaba en la unidad de jurisdicción; de unas estructuras fiscales casuísticas y pragmáticas a un sistema tributario que había de servir de sustento al nuevo orden de cosas; y, sobre todo, en el lugar que había ocupado el soberano tenía que estar, a partir de entonces, la nación.

En cada una de las naciones americanas, salvo Cuba y Puerto Rico, sucedió lo mismo, pero sólo en Uruguay y en México la Independencia va precedida de un movimiento popular que trastoca la estructura de la sociedad. En la mayoría de las provincias fueron los criollos quienes declararon la Independencia con dificultades, pero sin luchas populares. En casi todos los reinos y provincias del antiguo imperio español influyeron de manera notable las ideas ilustradas que desembocaron en la Revolución francesa y el movimiento constitucionalista.

La cultura ilustrada de finales del siglo XVIII influyó más en los miembros de la República de los Españoles que en la de los Indios, aunque en

³⁴ Ávila, Alfredo, “Sin independencia no hay soberanía”, en Schiavon, Jorge A. *et al.* (eds.), *En busca de una nación soberana. Relaciones internacionales de México, siglos XIX y XX*, México, CIDE-SRE, 2006, pp. 29-62; Palti, Elías José, “Nación y región en el discurso de la emancipación”, en Oikión Solano, Verónica (ed.), *Historia, nación y región*, México, El Colegio de Michoacán, 2007, vol. I, pp. 43-66 y Annino, Antonio (coord.), *La revolución novohispana, 1808-1821*, México, CIDE-FCE-Conaculta-INEHRM-FCCM, 2010 [*Historia crítica de las modernizaciones en México*, vol. 2].

el caso de México, los naturales no se mantuvieron al margen de los movimientos populares. Sin embargo, entre más amplio el mosaico cultural, más complejas las dificultades para la construcción de las nuevas naciones. Por ello, en los nuevos países se enfrentaron mayores obstáculos cuando la población fue más heterogénea, la cultura más variada y la riqueza más desigual.

En todos los casos, el modelo colonial tenía que ser sustituido por el nuevo, el del Estado nacional que, salvo el caso del Brasil, que fue gobernado por la casa de Braganza, basó la fuente de legitimidad de sus nuevos gobernantes en el voto, bien que indirecto. En México hubo dos intentos de monarquía, fallidos, y en todo el continente, a lo largo de la primera mitad del siglo XIX, las guerras intestinas mostraron que la independencia de España no condujo en forma automática a la construcción de las nuevas naciones.

Por lo que toca al legado, espero que a lo largo de estas páginas haya ido quedando claro que lo que distingue a las Indias de otros territorios es el hecho de haberse otorgado el señorío de las tierras y los indígenas a los monarcas castellanos; es también significativo el alcance de la evangelización y el sincretismo religioso que produce; es de gran importancia la implantación del derecho castellano en las Indias, con todos los matices que demandaron las circunstancias, porque al lado de la unidad religiosa constituye un elemento de uniformidad en los vastos territorios americanos. Sin embargo, es imposible soslayar las especificidades de cada región porque fueron el origen de las peculiaridades en la recepción de los movimientos ilustrados, y el constitucionalismo.

VII. PERSPECTIVAS, RETOS Y RIESGOS EN LA CONSTRUCCIÓN DE UN *IUS COMMUNE* LATINOAMERICANO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Para concluir este ensayo, hay que referir cuáles son las perspectivas para la construcción de un *ius commune* en América Latina a partir del legado jurídico y cultural que se ha analizado en las páginas anteriores. No en todas las materias se podrá lograr la unificación jurídica, por lo menos de principios, que requiere tal derecho, pero hay áreas en que las perspectivas son halagüeñas; es el caso de los derechos humanos.

Este tema es quizá el que permitirá o está permitiendo mayor sincronía en países que en su construcción, a lo largo del siglo XIX, se fueron sepa-

rando al recibir la influencia cultural de sistemas jurídicos disímboles. Sin embargo, la tendencia hacia la unificación en la materia de derechos humanos está realizándose de afuera hacia dentro en países en los que los códigos y las leyes elaborados a lo largo del siglo XIX, a pesar de provenir de raíces semejantes, cuentan con muchas diferencias. Esta sincronía no está exenta de riesgos, ya que la realidad política del continente es compleja, y procede de que en toda América Latina hay un reconocimiento creciente de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969 y su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocido como “Protocolo de San Salvador” de 1998.

El reto para los países americanos es hacer cada día más amplia la utilización, en sus cuerpos jurídicos locales y en la interpretación de las normas que emiten sus tribunales, de los principios incluidos en las opiniones y las sentencias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ahí es donde está la gran oportunidad de construir un *Ius Commune Latinoamericano*; ahí se encuentran también los retos a vencer. La reciente muerte del Presidente de Venezuela es una muestra de los riesgos que habrá que sortear para consolidar ese *Ius Commune* sobre la base del reconocimiento de los derechos humanos. Hay que recordar que Venezuela, y antes el Perú de Fujimori, han puesto en tela de juicio las decisiones de la Corte Interamericana.³⁵

³⁵ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha sido informada de que Venezuela presentó al secretario general de la Organización de los Estados Americanos (OEA) un instrumento de denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, fechado el 6 de septiembre de 2012. [...] Si el Estado lleva a término el procedimiento iniciado, los y las habitantes de Venezuela perderán una instancia de protección de sus derechos humanos, quedarán más vulnerables a los abusos y tendrán menos recursos disponibles para defenderse. <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/117.asp>>, consulta el 6 de marzo de 2013.

EL CONTEXTO DEL DIÁLOGO JURÍDICO INTERAMERICANO: FRAGMENTACIÓN Y DIFERENCIACIÓN EN SOCIEDADES MÁS PRÓSPERAS*

Andrés MALAMUD**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Progreso*. III. *Diferenciación*. IV. *Fragmentación*. V. *El caso paraguayo y la relatividad de las normas legales en el Mercosur*. VI. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) fue establecido entre 1948 y 1978, cuando la democracia en América Latina era infrecuente o inestable, las sociedades significativamente más pobres y las violaciones de derechos masivas. Hoy, la región exhibe enormes progresos en esas tres áreas, pero el panorama es heterogéneo: democracias consolidadas y sociedades de clase media conviven con regímenes híbridos y grandes desigualdades, sea entre países o en el interior de cada uno de ellos. El SIDH, que alguna vez se pensó homogéneo y abarcador, tiene que enfrentar situaciones diferenciadas entre un Estado y otro y abocarse a resolver los problemas de diversas minorías en vez de los de grandes mayorías. Indígenas, homosexuales, discapacitados, población carcelaria y otros grupos privados de derechos en sus países recurren al Sistema Interamericano en búsqueda de justicia. Por eso, el SIDH, gradualmente y a veces sin conciencia de ello, se ha transformado: de guardián de los derechos universales en una región en desarrollo ha pasado a tutelar derechos particulares en una región fragmentada, sí, pero más próspera. El crecimiento económico y el fortalecimiento institucional de

* Trabajo preparado para el seminario “Diálogo sobre diálogos jurisdiccionales. *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*”, 3-4 de diciembre 2012, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Heidelberg.

** Instituto de Ciências Sociais, Universidad de Lisboa.

buena parte de los Estados latinoamericanos han tornado menos urgente la reforma global de las sociedades y más apremiante la inclusión de los sectores aún marginados. La progresiva diferenciación, tanto doméstica como entre países, ha conducido a una reevaluación de las prioridades de la justicia desde lo general a lo particular y desde la igualdad a la solidaridad. Es en este contexto que el diálogo interjurisdiccional y académico tiene lugar, y es por estas razones que se torna más complejo: porque los objetivos de los actores, tanto públicos como privados, han tendido a divergir. La consecuencia es el aumento de los “diálogos de sordos”, en que unos dicen una cosa y sus interlocutores escuchan otra. Si se pierden de vista los cambios tectónicos del último medio siglo, que establecen las condiciones materiales y cognitivas del diálogo, se corre el riesgo de hablar para públicos que ya no escuchan en un mundo que ya no existe. Progreso, fragmentación y diferenciación: este trípede define a los nuevos actores y sienta las bases sobre las cuales se desarrolla el diálogo entre ellos y con el mundo. El presente capítulo describe cada pata del trípede y concluye con un análisis de la suspensión de Paraguay en el Mercosur que, cristalizando los procesos de fragmentación cognitiva y diferenciación política, pone descarnadamente de manifiesto los límites del diálogo jurídico regional.

II. PROGRESO

Un estudio emprendido antes del colapso argentino de 2001 por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) proyectó dos escenarios para la región: el optimista modelaba condiciones favorables y estimaba que 16 de los 18 países estudiados podría reducir la pobreza a la mitad hacia 2015.¹ El segundo escenario, basado en las tendencias históricas reales antes que en condiciones idealizadas, predecía que sólo siete países podrían alcanzar esa meta, mientras seis reducirían la pobreza más lentamente y cinco la verían incrementarse. Entre los países exitosos estarían Argentina y Uruguay, que después de la debacle de 2001 redujeron sus perspectivas. Pasada una década desde la publicación del estudio y a dos años del plazo de 2015, la realidad se acerca al primer escenario en sus resultados promedio, pero al segundo en lo que se refiere a la ampliación de la brecha entre los países exitosos y los otros.

¹ CEPAL-IPEA-PNUD, *Hacia el objetivo del milenio de reducir la pobreza en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile, febrero de 2003. Disponible en <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/4/12544/lcg2188e.pdf>>.

TABLA 1
PBI PER CÁPITA A PARIDAD DE PODER ADQUISITIVO

Países latinoamericanos en perspectiva comparada (Europa y África), 2012

País	PBI per capita (PPP) 2012	Región
 Alemania	39,000	Unión Europea
Unión Europea (27)	32,000	Promedio UE
 Portugal	23,300	Unión Europea
 Chile	18,400	
 Letonia	18,200	Unión Europea
 Argentina	18,100	
 Uruguay	15,900	
 Panamá	15,600	
 México	15,300	
 Bulgaria	14,300	Unión Europea
 Venezuela	13,600	
 Rumania	12,800	Unión Europea
 Costa Rica	12,600	
 Brasil	11,800	Unión Europea
América Latina y Caribe (32)	11,700	Promedio UE
 Colombia	10,800	
 Perú	10,700	
 Ecuador	10,000	
 Túnez	9,700	Norte de África
 República Dominicana	9,600	
 El Salvador	7,400	
 Paraguay	6,100	
 Guatemala	5,200	
 Bolivia	5,000	
 República del Congo	4,700	África subsahariana
 Honduras	4,600	
 Nicaragua	4,000	
 Burkina Faso	1,500	África subsahariana
 Hait	1,200	

FUENTE: Fondo Monetario Internacional (FMI) según [http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_countries_by_GDP_\(PPP\)_per_capita](http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_countries_by_GDP_(PPP)_per_capita), consultado el 24 de abril de 2013. Números redondeados.

La comparación con otras regiones ayuda a percibir tanto el progreso como los contrastes. En la Tabla 1 se observa que, en 2012, el PBI *per capita* de la Unión Europea era en promedio tres veces superior al de América Latina. Sin embargo, la heterogeneidad de desempeño de las economías latinoamericanas permitió que los países más exitosos superasen a los “pobres” de Europa oriental y se acercasen progresivamente a los Estados mediterráneos, como España y Portugal, mientras que las economías latinoamericanas de desarrollo medio registran números similares a los del norte de África y las de peor desempeño se encuentran al nivel del África subsahariana.

En los casos menos exitosos, la pobreza suele estar acompañada de inestabilidad política y violencia social, dada la dificultad del Estado para garantizar el orden público. El ejemplo más claro es Haití, aunque varios países centroamericanos también presentan condiciones poco promisorias. Las redes criminales, especialmente las financiadas por el narcotráfico, constituyen una amenaza creciente para la nueva prosperidad latinoamericana. Sin embargo, incluso esta característica está irregularmente distribuida: mientras los países del Cono Sur, que además son los más ricos de la región, ostentan tasas de homicidio inferiores a 5 casos cada 100 mil habitantes, Brasil, México y Colombia superan los 20 casos y Venezuela, El Salvador y Honduras sobrepasan los 40.

En síntesis, algunos países de América Latina gozan hoy de niveles de prosperidad y desarrollo que se aproximan a los de Europa. En comparación con décadas pasadas, en que predominaban las dictaduras y la pobreza, esto constituye un gran progreso. Pero otros Estados de la región exhiben indicadores mediocres o incluso lúgubres, que dan lugar a una creciente diferenciación intra-regional.

III. DIFERENCIACIÓN

Un aspecto clave que refleja las diferencias entre los países del continente es su capacidad estatal. Centeno² construye un índice en el que clasifica a los países en función de la media regional. Considerando dimensiones tales como capacidad tributaria, el imperio de la ley, la eficiencia burocrática y la provisión de servicios, el cuadro muestra a Chile y Brasil en el grupo más avanzado; en un segundo grupo se incluye a Uruguay, Costa Rica, México y Colombia; en un tercer grupo, Argentina, El Salvador y Panamá; los países

² Centeno, Miguel Ángel, “El Estado en América Latina”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núms. 85-86, 2009, pp. 11-31.

restantes ocupan el fondo de la tabla (salvo Cuba, que no está incluida en el estudio). El autor concluye que la capacidad del Estado no es una mera función de la riqueza o del tamaño del país, aunque existe un grado de correlación importante.

Un segundo aspecto de diferenciación es el nivel de desarrollo humano. En el Mapa 1 se observa que América Latina es una de las regiones más heterogéneas del mundo, ya que cuenta con países en las cuatro categorías de desarrollo: muy alto, alto, medio y bajo (en contraposición, Europa, América del Norte e incluso Asia Continental y África aparecen más uniformes, sea en niveles altos o bajos). Debe destacarse que este Índice de Desarrollo Humano, generado por las Naciones Unidas, está sesgado hacia arriba, pero lo que importa para el análisis no son los valores absolutos sino relativos. Así, mientras Argentina y Chile aparecen con un nivel de desarrollo muy alto (el mismo que Estados Unidos y Europa), Haití se encuentra en la categoría baja (como la mayoría de los Estados africanos) y Bolivia, Paraguay y la mayoría de América central en el nivel medio (como India y China). Brasil y México, junto con los restantes países de Sudamérica más Costa Rica y Panamá, califican como países de desarrollo alto (como Argelia o Turquía).

MAPA 1
DESARROLLO HUMANO 2013



World Map by Quartiles of Human Development Index in 2013 (<http://en.wikipedia.org/wiki/Human_Development_Index>, consultado el 24 de abril de 2013). La calificación varía, de muy alto pasando por alto y medio hasta llegar a bajo, con la intensidad del gris.

Un tercer aspecto de diferenciación se enfoca en la modernización económica e inserción internacional. La bibliografía convencional refiere como casos exitosos a Brasil, Chile y México.³ Cada uno de ellos ha diseñado un modelo de desarrollo y una estrategia de integración económica propios: Brasil ha optado por una política de industrialización con base regional y orientada a la exportación, aunque últimamente su pauta exportadora se ha reprimarizado; Chile adoptó una estrategia de apertura unilateral e inserción global basada en sus ventajas comparativas, que se cristalizó en múltiples tratados bilaterales y multilaterales independientemente de la región de los socios; y México se inclinó por la profundización de su asociación con los Estados Unidos, país con el que mantiene más del 80% de su comercio exterior y cuyo mercado le ha permitido convertirse, de potencia petrolera, en exportador de manufacturas. Es esperable que estos países mantengan el rumbo elegido ya que, con distintos ritmos, les han permitido el crecimiento económico, la consolidación de la democracia y un incremento en la calidad de vida de sus ciudadanos. Así, la diferenciación regional no se produce sólo en función del desempeño, diferenciando a los países exitosos de los de peores resultados, sino que los casos exitosos también divergen profundamente entre sí. La consecuencia es el aumento de la fragmentación política en América Latina.

El cuarto aspecto de la diferenciación entre los países latinoamericanos es político. La organización *Freedom House* destaca que, aunque la región se clasifica en el segundo puesto de libertad y respeto por los derechos humanos, sólo detrás de Europa Occidental, “un aumento de la criminalidad violenta y de los gobiernos populistas con tendencias autoritarias ha provocado un retroceso en *varios países*. Entre otras cuestiones relevantes para los derechos humanos, *partes de la región* sufren de amenazas a la libertad de prensa, incluyendo violencia contra periodistas y violaciones a las libertades de asociación y reunión”.⁴ La clave de este informe es que no establece una tendencia regional común, sino más bien una divergencia creciente entre dos grupos de países. Con la excepción de Cuba que aparece como nación no libre, nueve países (incluyendo a Argentina, Brasil y Chile) son libres y diez (incluyendo a Colombia, Venezuela y México) son parcialmente libres, aunque algunos, como Argentina y Venezuela, han tendido a empeorar en los últimos años y otros se mantienen estables o mejoran.

³ Santiso, Javier, *Latin America's Political Economy of the Possible: Beyond Good Revolutionaries and Free-Marketeers*. Cambridge, Mass.-London, Massachusetts Institute of Technology, 2006.

⁴ Véase <<http://www.freedomhouse.org/regions/americas>>, acceso el 18 de mayo de 2013. Cursiva agregada.

La diferenciación progresiva entre los países latinoamericanos ha contribuido a alimentar un proceso paralelo: la fragmentación política. Así, una miríada de organizaciones regionales ha proliferado sin que las más recientes substituyan a las anteriores, sino que se superponen en capas segmentadas y mal encajadas.

IV. FRAGMENTACIÓN

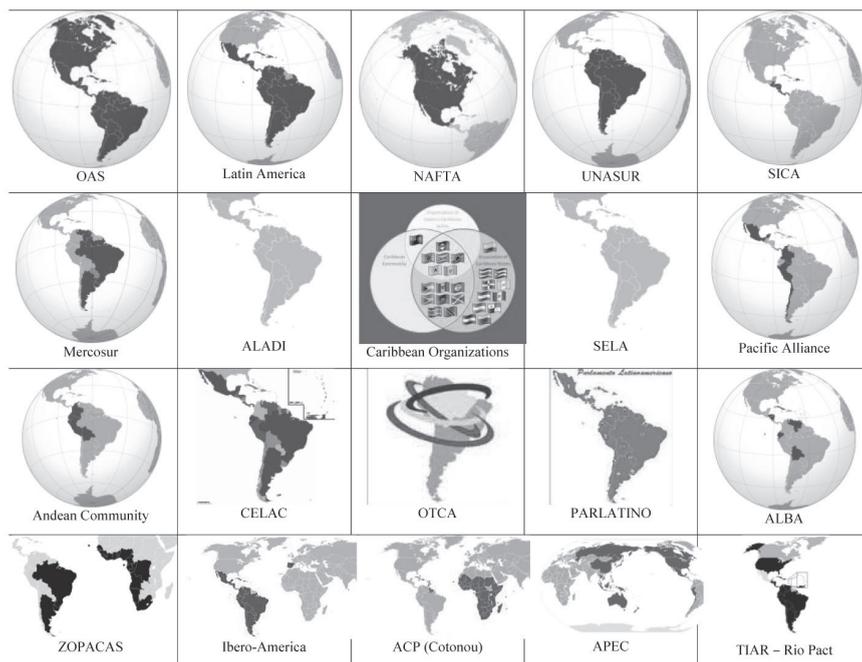
En los últimos cincuenta años, Europa ha experimentado un proceso de convergencia hacia arriba, de tal manera que los países del continente se han ido asemejando cada vez más entre sí en términos de desarrollo económico y calidad institucional. Antes de la ampliación de 2004, por ejemplo, el PBI *per capita* del miembro más rico (excluyendo a Luxemburgo), que era Irlanda, no duplicaba al del más pobre, a la sazón Portugal. En América Latina ha ocurrido lo contrario: incluso si se exceptúa a los países centroamericanos y caribeños, el país más rico (Argentina o Chile, dependiendo del año) más que quintuplica el PBI *per capita* del más pobre, Bolivia. El resultado es que, a pesar de la retórica oficial y las asiduas cumbres de jefes de Estado, los contrastes entre los Estados latinoamericanos están aumentando en vez de disminuir.

Hoy, mientras algunos países consolidan sus regímenes democráticos, crecen a altas tasas y globalizan su inserción internacional, otros sufren una mayor polarización social y radicalización política, no consiguen estabilizar sus economías y se refugian en el proteccionismo económico. Se observa así la emergencia de tres grupos. Por un lado aparecen los globalistas, que aspiran a comerciar con todo el mundo, se recuestan sobre el océano Pacífico y se conectan cada vez más con las economías emergentes, aunque sin discriminar a los países desarrollados. En el otro extremo se encuentran los regionalistas, que promueven una preferencia comercial por los vecinos, bordean el Océano Atlántico y priorizan las inversiones nacional-estatales antes que las extranjeras. En el medio se sitúa Brasil, un grupo en sí mismo: es un país que tiene escala suficiente como para prescindir de socios y seguidores pero cuya orientación entre la región y el mundo, y entre el proteccionismo y la apertura, ha tendido a bifurcarse y oscilar.⁵ Las manifestaciones institucionales de estos tres grupos regionales son la Alianza del Pacífico, la Alianza Bolivariana (ALBA) y el Mercosur respectivamente.

⁵ Malamud, Andrés, "A Leader Without Followers? The Growing Divergence Between the Regional and Global Performance of Brazilian Foreign Policy", *Latin American Politics and Society*, vol. 53, No. 3, 2011, 1-24.

“Hemos arado en el mar”, murmuró célebremente Simón Bolívar antes de expirar. Libertadores posteriores como Juan Perón y Hugo Chávez le dieron la razón al reclamar una segunda independencia, admitiendo que la primera había fracasado. ¿Qué garantías hay de que esta vez la llamada Patria Grande triunfará? A juzgar por la retórica política y la frecuencia de las cumbres presidenciales, la unidad continental está al alcance de la mano. Pero si se analizan los estancados niveles de interdependencia y la acumulación progresiva de bloques subregionales, la conclusión es menos complaciente. En vez del darwinismo institucional que se manifestó en Europa, donde diversas organizaciones regionales compitieron por la supremacía y el más apto (la Unión Europea) terminó fagocitando a los demás, en América Latina los bloques se acumulan en capas geológicas parcialmente superpuestas y ya son tantos como los países que los integran (Gráfico 1).

GRÁFICO 1
BLOQUES REGIONALES QUE INCLUYEN AL MENOS
UN PAÍS DE AMÉRICA LATINA



Los países latinoamericanos, tanto tomados en conjunto como en sus diversos subgrupos, realizan entre sí menos del 20% de su comercio internacional. Por comparación, ese indicador es del 66% en Europa y del 50% en América del Norte. La razón es que, en América Latina, los polos gravitacionales son potencias extra-regionales: para América Central, el Caribe y México, la mayor parte del comercio, inversiones, turismo y remesas se practica con los Estados Unidos, mientras que para América del Sur la atracción de China es cada vez más evidente, e irresistible. Las fuerzas centrífugas producidas por los gigantes mundiales contribuyen a desgarrar a América Latina más de lo que la voluntad política logra cohesionar. Si bien en la historia de la integración latinoamericana siempre convivieron proyectos contrastantes (la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio y el Mercado Común Centroamericano en la década de 1960, la Comunidad Andina y el Mercosur en la de 1990), la rivalidad en ciernes entre el Mercosur ampliado (a Venezuela, luego Bolivia y quizás Ecuador, o sea al ALBA) y la Alianza del Pacífico es la más equilibrada —y antitética— de siempre. Y dado que cada grupo incluye a uno de los dos gigantes regionales, Brasil y México respectivamente, proyectos supuestamente de síntesis como la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC) sólo pueden interpretarse como foros de diálogo y cooperación, y no como mecanismos de integración. De hecho, la CELAC no tiene tratado fundacional ni instituciones de sostén. Para colmo, su composición exhibe notables ironías: de sus 33 miembros, 9 tienen como jefe de Estado a Isabel II, la reina de Inglaterra. En caso de escepticismo basta contar: Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Granada, Jamaica, Santa Lucía, San Cristóbal y Nieves, y San Vicente y las Granadinas. En total, más de un cuarto de la organización. Teniendo en cuenta que ésta también integra a los 8 miembros del ALBA, resulta que hay más súbditos de la Corona que naciones bolivarianas. El colonialismo es invisible a los ojos.

La integración monetaria también avanza en la región, pero no en la dirección sugerida por los proyectos emancipadores como el Sucre (Sistema Unitario de Compensación Regional). Al contrario: mientras Ecuador, El Salvador y Panamá tienen como moneda nacional al dólar estadounidense, otros 6 miembros de la CELAC comparten el dólar del Caribe Oriental. Entretanto, la Corte Internacional de La Haya se transforma en el ámbito privilegiado para dirimir los conflictos regionales, sea entre Argentina y Uruguay, entre Colombia y Nicaragua, o entre Chile y Perú. Todo ello resulta una anécdota al lado de que Bolivia y Chile, ambos miembros de

UNASUR y de CELAC y asociados al Mercosur, no mantienen relaciones diplomáticas desde hace 35 años.

En los últimos tiempos se tornó frecuente la exaltación de la voluntad política como combustible para construir la unidad latinoamericana. Se desatienden así las enseñanzas tanto de Marx como de Gramsci, el condicionamiento de la estructura y la correlación de fuerzas. La integración requiere condiciones materiales como la complementariedad de las economías y, además, sujetos sociales capaces de llevar adelante las transformaciones requeridas. Pero las economías latinoamericanas, si bien ya no son competitivas entre sí porque el mundo post-hegemónico ofrece lugar para todos, tampoco son complementarias –precisamente, porque el mundo tira para afuera más que la región para adentro. Y tampoco están presentes los sujetos sociales que compelen a sus países a compartir la soberanía con los vecinos: ¿o es esperable que la coalición gobernante brasileña acepte que la distribución de su petróleo submarino se decida en la mesa ejecutiva de UNASUR, como hizo Alemania con su carbón y acero en los orígenes de la integración europea? La defensa a ultranza de la soberanía nacional suele ser aún más aguerrida en los países chicos. Sin condiciones objetivas y sin sujetos históricos, la voluntad política de presidentes circunstanciales poco más puede hacer que cumbres y arengas. Pero, como proclamó Chávez en una de sus más ignoradas autocríticas, “mientras los presidentes vamos de cumbre en cumbre, los pueblos de América Latina van de abismo en abismo”.

La politización del regionalismo, que prescinde de técnicos e instituciones, encontró hace poco su clímax con la suspensión de Paraguay del Mercosur y su fallido recurso ante el Tribunal Permanente de Revisión.

V. EL CASO PARAGUAYO Y LA RELATIVIDAD DE LAS NORMAS LEGALES EN EL MERCOSUR

El 22 de junio de 2012 el presidente constitucional del Paraguay, Fernando Lugo, fue destituido mediante un procedimiento de juicio político realizado por el Congreso nacional. Como consecuencia, el 29 de junio los presidentes de los otros tres Estados miembros del Mercosur suspendieron la membresía paraguaya del bloque, alegando que se había violado la cláusula democrática. La controversia respecto de la legalidad de ambas medidas, la destitución y la suspensión, amerita una enumeración de los hechos que anteceda el análisis.

1. *Destitución del presidente Lugo*

La Constitución de la República del Paraguay, en su artículo 225, establece que:

El Presidente de la República, el Vicepresidente [...] y los integrantes del Tribunal Superior de Justicia Electoral, sólo podrán ser sometidos a juicio político por mal desempeño de sus funciones, por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos o por delitos comunes.

La acusación será formulada por la Cámara de Diputados, por mayoría de dos tercios. Corresponderá a la Cámara de Senadores, por mayoría absoluta de dos tercios, juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados y, en caso, declararlos culpables, al sólo efecto de separarlos de sus cargos.

Alegando cinco casos de mal desempeño, el Congreso paraguayo inició un procedimiento de juicio político que se desarrolló en menos de 48 horas y se saldó con una votación expresiva. La acusación que impulsó la destitución de Fernando Lugo fue realizada por la Cámara de Diputados el 21 de junio con este resultado:

76 votos a favor (95% del total)
3 abstenciones
1 voto en contra

El día siguiente, 22 de junio, el Senado decidió la destitución de Fernando Lugo con este resultado:

39 votos a favor (86% del total)
2 abstenciones
4 votos en contra

En consecuencia, y dado que la mayoría absoluta de dos tercios fue alcanzada por ambas cámaras del Poder Legislativo, el presidente fue destituido y remplazado por su sucesor constitucional, el vicepresidente Federico Franco. La decisión del Congreso fue aceptada por el presidente destituido antes y después de la votación. Así, el 21 de junio Fernando Lugo había declarado:

“El presidente anuncia que no va a presentar renuncia al cargo y se somete con absoluta obediencia a enfrentar el juicio político con todas sus consecuencias”.⁶

⁶ Véase <<http://www.abc.com.py/nacionales/no-renunciare-y-me-sometere-al-juicio-416772.html>>, consultado el 6 de mayo de 2013.

Después de la decisión del Senado, Lugo declaró: “Me someto a la decisión del Congreso y estoy dispuesto a responder siempre con mis actos como ex mandatario nacional”.⁷

A continuación, sin embargo, el destituido titular del Poder Ejecutivo se desdijo de sus palabras y presentó un recurso de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia. Considerando que el procedimiento parlamentario se había ajustado a derecho, la Corte rechazó el pedido el 20 de septiembre con esta fundamentación:

La institución denominada juicio político es un procedimiento parlamentario administrativo que la Constitución ha encargado como competencia exclusiva del Congreso.

Es un procedimiento en el que se juzgan conductas políticas. No es un juicio ordinario de carácter jurisdiccional como el que se realiza en el ámbito judicial.⁸

A pesar de que la cabeza del Poder Judicial paraguayo ratificó lo actuado por el Poder Legislativo, y de que el propio detentor del Poder Ejecutivo había aceptado la validez del procedimiento de juicio político, numerosos juristas extranjeros consideran que el debido proceso fue violado al no garantizarse más tiempo para la defensa. Así, Ventura, Onuki y Medeiros afirman:

Conocimientos jurídicos rudimentarios son suficientes para determinar la ilegalidad absoluta de la situación en que un sujeto cualquiera sea privado de sus derechos, más aún en el ejercicio de la Presidencia de la República, sin previa ley que defina la hipótesis legal de tal privación, así como el correspondiente procedimiento. En este sentido, no se puede imaginar que la expresión “mal desempeño” tenga el mismo sentido cuando se trata del Presidente de la República o de un juez electoral. Ausente tal definición, la aplicación del dispositivo es por sí sola arbitraria.⁹

En síntesis, los académicos brasileños alegan que el Congreso paraguayo actuó de manera arbitraria, que no existía marco legal para la rea-

⁷ Véase <http://tn.com.ar/internacional/fernando-lugo-me-someto-a-la-decision-del-congreso_100213>, consultado el 6 de mayo de 2013.

⁸ Véase <http://www.prensalibre.com/internacional/Corte-paraguaya-destitucion-Fernando-Lugo_0_777522463.html>, consultado el 6 de mayo de 2013.

⁹ Ventura, Deisy, Janina Onuki, Marcelo Medeiros *et al.*, “Internalização das normas do Mercosul”, *Série Pensando o Direito*, Brasília, vol. 45, 2012, p. 87. Disponible en <<http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wcp-content/uploads/2013/02/Volume-45cc.pdf>> (traducción propia).

lización del juicio político y que los miembros de la Corte Suprema de Justicia carecen de conocimientos jurídicos rudimentarios. La aceptación inicial y posterior del procedimiento por parte del presidente Lugo debería adjudicarse, entonces, a su ignorancia jurídica o a su apego por la arbitrariedad.

Más controvertida que la opinión de los académicos extranjeros fue, sin embargo, la decisión posterior del Mercosur.

2. *Suspensión de Paraguay del Mercosur*

El 29 de junio, siete días después de la destitución del presidente Lugo, el Mercosur realizó su 43a. reunión del Consejo del Mercado Común (CMC) en la ciudad argentina de Mendoza. En ella, los presidentes de los otros tres Estados miembros decidieron: “Suspender a la República del Paraguay del derecho a participar en los órganos del Mercosur y de las deliberaciones, en los términos del artículo 5o. del Protocolo de Ushuaia”.

Notablemente, la suspensión de Paraguay fue decidida por un “no órgano” del bloque: una cumbre presidencial con tres cuartos de sus miembros. Según el artículo 6o. del Protocolo de Ouro Preto, el órgano superior del bloque es el CMC, que debe reunirse “por lo menos una vez por semestre con la participación de los presidentes”; sin embargo, es el CMC y no los presidentes los que toman las decisiones. Por eso, la llamada Decisión del 29 de junio no está numerada ni integra la estructura normativa del Mercosur. Las normas que fueron aprobadas desde entonces por el CMC no se refieren a ella en los Vistos sino en los Considerandos, en contraste con los protocolos y decisiones regulares y sin referir numeración alguna. Véanse dos ejemplos (subrayado propio):

MERCOSUR/CMC/Dec. N° 06/12 –

Fondo para la convergencia estructural del Mercosur

VISTO: El Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile y las Decisiones N° 45/04, 18/05, 01/10, 28/11 y 05/12 del Consejo del Mercado Común.

CONSIDERANDO: Que el 24 de junio de 2012 *fue adoptada la “Declaración de los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados sobre la Ruptura del Orden Democrático en Paraguay”*.

MERCOSUR/CMC/Dec. N° 28/12 –
Reglamentación de los aspectos operativos
de la suspensión de la República del Paraguay

VISTO: El Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto y el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile.

CONSIDERANDO: *La decisión sobre la suspensión del Paraguay en el MERCOSUR* en aplicación del Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile, adoptada por la Presidenta de la República Argentina, la Presidenta de la República Federativa del Brasil y el Presidente de la República Oriental del Uruguay, el día 29 de junio de 2012.

EL CONSEJO DEL MERCADO COMÚN DECIDE:

Art. 1 - Instruir al GMC a reglamentar los aspectos operativos de *la referida decisión* sobre la suspensión de la República del Paraguay en el MERCOSUR.

Así, el Mercosur no sólo “adopta” normas sino declaraciones, a las que otorga carácter normativo. Sin embargo, esas declaraciones carecen de dignidad jurídica: en consecuencia, una norma legal sin número que fue adoptada por un órgano sin nombre pasa a ser mencionada como “la referida decisión”.

El ingreso de Venezuela, simultáneo con la suspensión de Paraguay, acentúa la confusión. El “Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur” establece en su artículo 12 que:

“El presente Protocolo, instrumento adicional al Tratado de Asunción, entrará en vigencia el trigésimo día contado a partir de la fecha de depósito del *quinto instrumento de ratificación* (subrayado propio)”.

Dada la suspensión de Paraguay, el “quinto instrumento de ratificación” jamás fue depositado. Tampoco podría serlo, dado que el Senado paraguayo rechazó posteriormente el Protocolo. Y sin embargo, los otros tres estados decidieron admitir a Venezuela en la misma reunión y con la misma consistencia legal con que suspendieron a Paraguay. Ante el reclamo judicial paraguayo, el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) emitió el Laudo 1/2012 en el que describe así la respuesta de los estados demandados:

La contestación —presentada en forma conjunta por Argentina, Brasil y Uruguay...— plantea... la incompetencia *ratione materiae* del TPR en razón de *la naturaleza política de la decisión atacada* en el marco del Protocolo de Ushuaia y de que el sistema de solución de controversias del MERCOSUR es de naturaleza comercial.

Respecto del procedimiento para aplicar el art. 5 del Protocolo de Ushuaia, los demandados alegan que *no se prevé rito solemne ni formalidades* para llevarlo a cabo y que las medidas a adoptar son de naturaleza estrictamente política.

En cuanto a la legalidad de la declaración de incorporación de Venezuela diferencian dos actos: *la aprobación de solicitud de adhesión y la declaración de incorporación* de un nuevo miembro. La primera, prevista en el art. 20 del Tratado de Asunción, que requiere unanimidad y *la segunda, de carácter declaratorio, que no necesita unanimidad* (subrayado propio).

En síntesis, Argentina, Brasil y Uruguay niegan la competencia del Tribunal, alegando que “la naturaleza de la decisión adoptada (la suspensión) es política, razón por la cual no es necesario realizar un proceso de tipo contradictorio para emitirla [y no se] prevé rito solemne ni formalidades”. También se afirma que “el sistema de solución de controversias del Mercosur es de naturaleza comercial”, o sea, que todo lo que no sea comercial no es justiciable. El TPR rechazó la interpretación de los demandados, afirmó su competencia para entender en la materia y, sin embargo, eludió hacerlo por razones formales. Lo que prevaleció fue, entonces, la posición de los grandes Estados de que la decisión fue política y no jurídica. Por eso, no precisa provenir de un órgano oficial ni estar numerada como si fuera una mera norma legal.

El juicio político que destituyó a Fernando Lugo, y por el cual su país fue sancionado, ofreció sólo dos horas para la defensa, pero contó con la aceptación inicial del acusado, dos votaciones masivas en el Congreso, la validación de la Corte Suprema y una sucesión pautada por la Constitución. Los líderes del Mercosur no ofrecieron ninguna de esas garantías procesales y, de paso, se ahorraron las dos horas de la defensa. Al prohibir la presencia y la palabra del Estado acusado, los acusadores perpetraron una infracción mayor de la que decían estar juzgando.

3. *Análisis*

El juicio político al presidente Lugo se basó en cinco acusaciones breves, vagas y mal fundamentadas, y el proceso se llevó a cabo en un tiempo récord. Pero según los tres poderes del Estado, incluyendo al presidente Lugo, según declaró antes e inmediatamente después de su destitución, no hubo violación de la Constitución. Por tanto, no hubo golpe de Estado ni interrupción democrática.

Sin embargo, los restantes miembros del Mercosur decidieron suspender a Paraguay, alegando que había existido interrupción democrática. Lo hicieron mediante un procedimiento que Paraguay consideró lesivo de sus

derechos y violatorio de las normas mercosureñas, por lo que recurrió al Tribunal Permanente de Revisión. En su defensa, los países acusados negaron la competencia del Tribunal, alegando que la cuestión era política y no justiciable.

Contra la posición de Argentina, Brasil y Uruguay, el Tribunal Permanente de Revisión declaró su capacidad para entender en controversias sobre cuestiones de materia política, y afirmó taxativamente su competencia para interpretar y revisar la aplicación del Protocolo de Ushuaia. No obstante, adujo que Paraguay presentó el recurso como “excepcional y de urgencia”, sin reunir los requisitos acumulables que lo hubieran encuadrado en dicha situación. Por esa cuestión de forma, decidió que no le correspondía fallar sobre el contenido de la controversia.

En opinión de dos juristas que elaboraron un informe para el Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales (CURI), la situación retrotrae al Mercosur a una situación hobbesiana que deniega su *status* de comunidad de derecho:

A la luz de lo acontecido y teniendo presente la posición de tres de los Estados miembros del Mercosur y del T.P.R., podríamos concluir que —según los deseos y las convicciones políticas de dichos miembros— el sistema retrocede a un estado de naturaleza dónde *la fuerza prima al quedar el derecho relegado y sometido a los intereses políticos*; ingresando, además, en un estado de guerra, ya que no hay tercero imparcial [...] que pueda resolver el fondo de los asuntos que dividen a las partes, porque el T.P.R., con razón técnica pero con miopía política y jurídica, se excusa de hacerlo.¹⁰

El colofón es que el Mercosur “carece de un sistema jurídico para resolver una cuestión tan grave”. En consecuencia resulta un bloque “sin seguridad jurídica,... sin estabilidad jurídico-institucional... sin credibilidad internacional.”¹¹

VI. CONCLUSIONES

Contrariando previas expectativas, el crecimiento económico y el fortalecimiento institucional de buena parte de los Estados latinoamericanos no ha generado una región más homogénea ni más integrada en la aplicación

¹⁰ Arbuet-Vignali, Heber y Daniel Vignali Giovanetti, “Laudo N° 01/2012 del T.P.R. Un vacío imposible de llenar”, *Estudios del CURI*, Montevideo, N° 08-2012, 2012, p. 3 (subrayado propio). Disponible en <<http://www.curi.org.uy>>.

¹¹ *Ibidem*, p. 30.

del derecho. El predominio de la fragmentación sobre la convergencia ha conducido a un “regionalismo modular”,¹² concepto que encubre en realidad una “desintegración modular”. Esto implica la opción por la cooperación antes que por la integración. La diferencia es que la integración (a) requiere exclusividad de pertenencia y (b) que la soberanía sea delegada (en órganos supranacionales) o compartida (en órganos intergubernamentales que deciden por mayoría), mientras la cooperación (a) permite múltiples pertenencias y (b) exige unanimidad en la toma de decisiones. Naturalmente, la membresía múltiple y el poder de veto de los Estados impiden la evolución jurídica e institucional de las organizaciones regionales, ya que no se puede imponer disciplina a quien tiene el derecho de vetar o de salir.

El estancamiento e ineffectividad de la CAN, la despromoción fáctica del Mercosur (de la integración a la cooperación) y la emergencia de la Alianza del Pacífico constituyen manifestaciones del mismo grupo de tendencias: baja interdependencia regional, fuerte impacto de potencias extra-regionales, baja eficacia de las instituciones formales y, sobre todo, supremacía de la soberanía nacional. Whitehead señala que las tradiciones de legalismo latinoamericano conciben al derecho internacional como “una defensa útil contra las imposiciones externas”, y agrega que muchos demócratas latinoamericanos “no ven con entusiasmo la perspectiva de intrusión sobre la soberanía nacional”.¹³ En síntesis, ni las tradiciones jurídicas ni las aspiraciones democráticas de América Latina favorecen la integración regional sino que priorizan, por encima de todo, la soberanía estatal. El discurso político ensalza la integración mientras la práctica la reniega, marcando una diferencia entre *hecho* y *derecho* que es crónica de la región aunque esté heterogéneamente distribuida. Por ejemplo, el legalismo chileno, y aun el uruguayo, no podrían ser más diferentes de la informalidad normativa predominante en países como Haití, Honduras o Paraguay. El discurso internacionalista liberal, pero no su práctica, se inscribe entre las grandes tradiciones latinoamericanas.¹⁴ La misma brecha entre hecho y derecho se observa en los llamados procesos de integración regional. Las decisiones políticas del Mercosur, por ejemplo, pueden expresarse mediante declaraciones presidenciales, sortear el requisito de la unanimidad, ganar

¹² Gardini, Gian Luca, *The Added Value of the Pacific Alliance and ‘Modular Regionalism’ in Latin America*, 2013, en <<http://blogs.lse.ac.uk/ideas/2013/06/the-added-value-of-the-pacific-alliance-and-modular-regionalism-in-latin-america/>>, consultado el 3 de julio de 2013.

¹³ Whitehead, Laurence, “Democratization and Human Rights in the Americas: Should the Jury Still be Out?”, en Fawcett Louise y Monica Serrano (eds.), *Regionalism and Governance in the Americas*, New York, Palgrav, 2005, pp. 162-163.

¹⁴ *Ibidem*, p. 166.

preeminencia sobre las normas legales y considerarse no judiciales. Sin embargo, la actual crisis europea y su tratamiento sugieren que las causas y tendencias de la desintegración latinoamericana podrían ser universales y no idiosincráticas.

A este respecto, Malamud y Gardini¹⁵ han comparado a la integración regional con la producción petrolera: existe un pico a partir del cual los rendimientos son decrecientes y, eventualmente, se tornarán insuficientes para justificar la explotación. El mundo que viene no depara un escenario de bloques, sino de potencias regionales que dependen menos de sus vecinos, lo cual se torna visible en el caso alemán e incuestionable en el brasileño. Sus regiones circundantes seguirán siendo relevantes, pero más por su potencial de daño y como mercados para colocar excedentes de capital y manufacturas poco competitivas que como comunidades de soberanía compartida. Seguir discursando regionalismo, sin embargo, no es irracional: genera simpatía y apoyo entre pueblos que se identifican histórica y culturalmente. Y no tiene costos: hablar es gratis, aunque su consecuencia es que el diálogo jurídico interamericano tenderá a disociarse cada vez más de las normas y de los hechos.

¹⁵ Malamud, Andrés y Gian Luca Gardini, “Has Regionalism Peaked? The Latin American Quagmire and its Lessons”, *The International Spectator*, vol. 47, No. 1, 2012, pp. 116-133.

LA NACIÓN DIVIDIDA:
RASGOS, POTENCIALIDADES Y DESAFÍOS
DE LA INTEGRACIÓN REGIONAL EN AMÉRICA CENTRAL

Alexander AIZENSTATD L.*

“Vuestro maíz está maduro hoy, el mío lo estará mañana. Es provechoso para ambos que yo trabaje contigo hoy, y que tú me ayudes mañana. No te tengo cariño y sé que tú tampoco lo tienes para mí. Podría entonces esforzarme, no para tu beneficio sino para el mío propio, esperando una acción recíproca tuya. Pero sé que me decepcionarás y que en vano esperaré tu gratitud. Así pues, te dejo trabajar sólo y tú haces lo mismo. Pasan las estaciones y ambos perdemos nuestras cosechas por la falta de mutua seguridad y confianza”. David HUME, *Tratado de la naturaleza humana*, libro III, De la Moral, 1739.

SUMARIO: I. *Introducción: la integración centroamericana.* II. *La inspiración europea en la jurisprudencia de la Corte Centroamericana de Justicia.* III. *Potencialidad: los derechos humanos en el ámbito comunitario de la integración.* IV. *Conclusión: los desafíos en el futuro de la integración de América Central.*

I. INTRODUCCIÓN: LA INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA

En pocos procesos de integración alrededor del mundo concurren tantos elementos favorables a la colaboración regional como en América Central. Des-

* Profesor de Derecho internacional, Universidad Rafael Landívar (Guatemala), candidato doctoral, Yale Law School. LL.M., Yale Law School. *Visiting Research Fellow* del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público en Alemania (2010). Email: alexander@aizenstatd.com.

de antes de la época independiente, Bolívar ya anunciaba que una asociación desde Guatemala hasta Panamá podría convertir a la región en el “emporio del universo”.¹ Los Estados de América Central en gran parte comparten una misma historia, tradición jurídica, idioma principal y reducido ámbito geográfico.² La mayoría de ellos incluso tienen banderas y escudos nacionales similares, derivados de la bandera y emblema originales de la antigua Federación centroamericana.³ Además de características similares, también comparten problemas comunes de seguridad regional, competencia económica, protección del medio ambiente, y adopción de políticas sociales que tienen consecuencias transnacionales y requieren de consensos regionales. En su proyección hacia la esfera internacional, el tamaño de las economías de la región, la protección de sus nacionales migrantes en el extranjero y su experiencia como área de influencia de grandes potencias durante la Guerra Fría, demuestran la necesidad de actuar como un bloque regional.

El ideal de la integración centroamericana no es una novedad. Los esfuerzos integracionistas, en sus distintas variantes, tienen ya casi dos siglos. La región incluso formó parte de una unidad administrativa federal. Este antecedente, la noción de la patria centroamericana, todavía es un elemento importante en la generación de voluntad política hacia la integración. Esta idea de una nación, ahora dividida, informa varios de los documentos integracionistas vigentes. Como evidencia de este anhelo la Reunión de Presidentes de la región proclamó: “Centroamérica es una comunidad política, económica, social y cultural. Esta realidad es el punto de partida hacia la Unión Centroamericana que estamos decididos a alcanzar”.⁴ Aunque los Estados antes formaron una región administrativa y políticamente unificada, es claro que las circunstancias han cambiado desde entonces. Ciertamente ha aumentado la solidificación de los Estados nacionales y la identidad nacional propia en cada uno de ellos.

Aparte del anhelo nostálgico de una región unificada, los textos comunitarios también se basan en el ideal de la adopción de estrategias conjuntas en la lucha contra influencias nocivas externas. La literatura integracionista adopta esta visión a partir de la lucha unificada en contra del filibustero estadounidense William Walker a mediados del siglo XIX. Walker lideró a un

¹ Bolívar, Simón, *Carta Desde Jamaica*, 6 septiembre 1815.

² Estos elementos varían con la integración de Belice, aunque comparte una historia común como territorio originalmente parte de Guatemala.

³ La bandera de la Federación constaba de dos bandas azules externas y una banda blanca central, en representación de una tierra entre dos océanos.

⁴ Presidentes de los países de Centroamérica, *Declaración de Nicaragua sobre la Unión Centroamericana*, 2 de septiembre de 1997.

grupo armado en Nicaragua y buscaba convertir a la región en un territorio esclavista. A través de los esfuerzos unificados de varias fuerzas militares centroamericanas se logró la detención y posterior ejecución de Walker en 1860.⁵ El ideal de las pequeñas naciones en un esfuerzo común haciendo frente a un enemigo externo aún permanece como un rasgo dominante en la literatura integracionista centroamericana.

Las naciones centroamericanas han protagonizado varios esfuerzos de tipo federativo o económico con miras a conformar una unión regional. Pero la historia de la integración centroamericana es una de esfuerzos de “integración y desintegración”.⁶ La falta de infraestructura física, política y legal para un proyecto de integración centroamericano en varias oportunidades detuvo el avance de una integración real y comprometida. Aunque la extensión geográfica es menor en comparación con otros procesos de integración, la infraestructura es débil. Un viaje desde Panamá hasta Costa Rica a finales del siglo XIX tomaría meses. Incluso hoy, un vuelo entre países vecinos aunque relativamente corto, tiene un costo alto.⁷ Estos problemas, aumentados por las tensiones regionales, llevaron a los nacionalistas a pensar que un esfuerzo regional era impráctico. De ahí que consideraran más ventajoso priorizar la construcción de las instituciones nacionales. Esta visión de la integración como fin deseable, pero anteponiendo la construcción del Estado nacional, se ha manifestado desde la independencia, que puso fin a la anexión a México, y continúa hoy en día. Cuando se plantea el dilema en esos términos, muchos han visto las necesidades locales como asuntos de mayor relevancia. A esto se agregaron algunas tendencias ideológicas que no veían favorable un proceso regional, o que reclamaban que persistía un trato desigual entre la capital administrativa durante la época colonial (la capitania general en Guatemala) y las demás provincias. La importancia de este legado del trato inequitativo de la administración colonial no es menor. Aunque la región obtuvo su independencia de España como una única unidad administrativa, algunas regiones se separaron pronto. El Acta de Independencia de la Provincia de León incluso declara su independencia de Guatemala (artículo 1o.) antes que de España (artículo 2o.).

⁵ Van Severen, J. Ricardo, *La invasión filibustera y la guerra nacional*, El Salvador, Secretaría General del Sistema de Integración Centroamericana, 2006 y Walker, William, *The War in Nicaragua*, Nueva York, S. H. Goetzl & Co., 1860.

⁶ Ramírez, Roberto, *El derecho de la integración centroamericana. Libro homenaje al profesor Eduardo Ortiz Ortiz*, Managua, Universidad Autónoma de Centroamérica, 1994, p. 23.

⁷ Por ejemplo, un vuelo comercial entre la ciudad de Guatemala y Tegucigalpa tarda menos de dos horas, pero puede costar más de \$600 US dólares.

Algunos esfuerzos de integración, como los liderados por Francisco Morazán a mediados del siglo XIX y luego Justo Rufino Barrios a finales del mismo siglo, buscaron la unión aunque fuera por la fuerza. Otros más modernos se fundamentan en la identificación y solución de problemas comunes para la implementación de políticas coordinadas con instituciones supranacionales. Todos dejaron algunas lecciones. Entre ellos destaca la creación de la Corte de Justicia Centroamericana que operó por diez años entre 1907 y 1918. Varios tratadistas han calificado a esa entidad como el primer tribunal permanente internacional en la historia.⁸ Este tribunal influyó en la creación del actual tribunal regional. Además, sirvió de antecedente en la creación de otros tribunales a nivel mundial. Como recuerdo de ese legado, los retratos de los magistrados fundadores cuelgan hoy en día en el vestíbulo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Luego del abandono de esfuerzos claros de integración política federativa, a mediados del siglo XX surgieron nuevos proyectos influenciados por la arquitectura de la integración europea. Éstos resaltaron la prioridad en el objetivo de la integración económica y la creación de un mercado común. Aunque la posibilidad de la creación de una unidad política subsiste en los tratados principales y algunas Constituciones nacionales, el aspecto comercial tomó un rol predominante. Los sistemas jurídicos nacionales y en particular las altas cortes son producto de la solidificación de estructuras internas y tienen conceptos formalistas rígidos de la soberanía nacional y la supremacía constitucional. Por eso la separación entre lo político y lo económico hizo que los proyectos fueran más fácilmente adoptados en cada Estado. Esto redujo en parte la percepción de que la integración invadía nociones tradicionales de soberanía.

Durante el siglo XX existieron varios esfuerzos ocasionales de integración, pero no todos contaron con el apoyo unánime de la región. Fue hasta 1951 que se presentaron avances claros, con la fundación de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA). Pero el crecimiento del primer intento certero basado en la integración económica prácticamente se detuvo en 1969, entre otros motivos, por la tensión militar entre El Salvador y Honduras. Luego resultó impráctico renovar el proceso debido a los con-

⁸ Véase entre otros: Cançado Trindade, Antonio Augusto y Ventura Robles, Manuel E., *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos-Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 2003, p. 319; Lobo Lara, Francisco Darío, *Conflictos entre poderes del Estado: juicio en Nicaragua, Casos en Guatemala, Honduras y Nicaragua*, Managua, Corte Centroamericana de Justicia, 2005, pp. 20-23; y Villalta Vizcarra, Ana Elizabeth, “La Integración Centroamericana el Comercio y el Desarrollo”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, vol. 18, 2007, p. 553.

flictos armados internos que afectaron a la región en las décadas siguientes. Estas luchas, aunque tenían un enfoque interno, tenían causas y consecuencias transnacionales. Esto hizo que la solidificación de la integración regional se concentrara en proyectos de estabilidad democrática y pacificación. La renovación del proyecto de integración en forma cohesiva y en su forma actual no llegaría sino hasta 1991.

El Sistema de la Integración Centroamericana actual

El actual proceso de integración se denomina Sistema de la Integración Centroamericana (SICA).⁹ Sus Estados miembros son Belice,¹⁰ Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá.¹¹ La República Dominicana es un Estado asociado. Este proceso surgió como parte de un anhelo para la paz y el desarrollo luego de varios años de conflictos armados en la región. La integración fue esencial en los esfuerzos de paz. El SICA es el resultado de un proceso revitalizado de integración por medio de tratados internacionales y la creación de entidades supranacionales.¹² El aspecto económico es uno de sus objetivos principales, pero el propósito de la integración va más allá de la creación de una zona de libre comercio con miras a un mercado común. Varios de los tratados comunitarios, al igual que algunas de las Constituciones nacionales, hacen referencia a la posibilidad de crear una unidad política basada en el anhelo de reconstruir una Federación.¹³ Aunque el lenguaje de los instrumentos comunitarios y algunas constituciones nacionales reflejan este ideal, no es claro en este momento que se vaya a traducir en voluntad nacional hacia esfuerzos más concretos de integración política en el corto plazo. El proyecto es políticamente ambicioso, pero, en vez de un cambio radical, es más probable que fije objetivos y vaya asumiendo nuevas competencias con base en una visión funcionalista. Aunque conserva algunos rasgos menores de un sistema fede-

⁹ Para una descripción general de sus instituciones véase: <www.sica.int> (28 de enero de 2013) (Secretaría de SIECA) y Ramírez, Roberto, *El derecho de la integración centroamericana. Libro Homenaje al Profesor Eduardo Ortiz*, Managua, Universidad Autónoma de Centroamérica, 1994, pp. 23-44.

¹⁰ Belice se unió al Sistema de la Integración Centroamericana en diciembre del 2000, todo de conformidad con el artículo 36 del Protocolo de Tegucigalpa.

¹¹ Los Estados han sido listados en orden alfabético.

¹² Aizenstadt, Alexander, “Reflejos del derecho comunitario europeo en las decisiones de la Corte Centroamericana de Justicia”, *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 25, 2011.

¹³ Véase, por ejemplo, los artículos 1o., 3o. y 4o. del Protocolo de Tegucigalpa, los artículos 5o., 8o. y 9o. de la Constitución de Nicaragua, el artículo 89 de la Constitución de El Salvador y el artículo 150 de la Constitución de Guatemala.

ral, es principalmente un esfuerzo guiado por la creación de instituciones supranacionales.¹⁴

En diciembre de 1991 se suscribió el Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Americanos.¹⁵ Es el instrumento fundante del proceso actual. Reemplazó el marco institucional para la integración, tomando inspiración estructural en el marco arquitectónico del esfuerzo europeo. El SICA ha sido calificado como “el proceso de integración más políticamente avanzado de las Américas”;¹⁶ sin embargo, en su efectividad e internalización por los sistemas jurídicos nacionales e instituciones estatales está siendo rápidamente sobrepasado por otros esfuerzos suramericanos.

El SICA está conformado por varias instituciones principales, siendo algunas de ellas la Reunión de Presidentes, la Secretaría General, el Parlamento Centroamericano y la Corte Centroamericana de Justicia. Cuenta además con varias otras instituciones de menor jerarquía.¹⁷ La Reunión de Presidentes es el principal órgano político, que es un cuerpo intergubernamental compuesto por los presidentes de cada país. Su función principal es establecer los objetivos y orientación de la integración; toma sus decisiones por consenso. La Secretaría General es una institución permanente y cumple funciones ejecutivas. Asiste a las demás instituciones y representa al sistema. El Parlamento Centroamericano es un órgano de discusión y planteamiento de problemas regionales. Se integra por miembros electos en cada Estado por medio de sufragio directo; además, por el presidente y vicepresidente saliente de cada Estado al concluir sus respectivos periodos de funciones.¹⁸ El Parlamento emite recomendaciones y no tiene funciones legislativas vinculantes. La Corte Centroamericana es el tribunal regional encargado de la interpretación y aplicación del derecho comunitario. Financieramente, las instituciones se mantienen con las contribuciones directas de los Estados parte.¹⁹

¹⁴ Entre otras características federales encontramos la competencia de la Corte Centroamericana de Justicia para ordenar el cumplimiento de sentencias emitidas por tribunales nacionales o resolver asuntos de separación de poderes de órganos dentro de un mismo Estado.

¹⁵ Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos, suscrito el 13 diciembre de 1991.

¹⁶ Nyman-Metcalf, Katrin y Papageorgiou, Ioannis F., *Regional Integration and Courts of Justice*, Londres, Oxford University Press, 2005, p. 2.

¹⁷ Entre otras, la Reunión de Vicepresidentes, el Comité Consultivo, la Secretaría de Integración Económica Centroamericana, el Banco Centroamericano de Integración Económica. Para un listado completo véase: <http://www.sica.int/sica/instituciones.aspx?IdEnt=401>.

¹⁸ Artículo 2o., incisos b y c, del Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y otras Instancias Políticas.

¹⁹ Artículo 26 del Protocolo de Tegucigalpa.

El derecho comunitario sustantivo se deriva de los tratados respectivos y las normas emitidas por las instituciones del SICA. La adopción de obligaciones sustantivas requiere consenso. Los instrumentos principales regulan cuatro distintos subsistemas: i) la integración económica; ii) la integración social; iii) la integración ambiental, y iv) la integración política. Dentro de los distintos instrumentos también se establecen obligaciones sustantivas de derechos humanos y seguridad democrática.

El Protocolo de Tegucigalpa es el instrumento principal del sistema y se complementa por otros tratados comunitarios. Éstos crean algunas de las instituciones principales del sistema o desarrollan un área normativa particular. Por ejemplo, el Parlamento Centroamericano es producto de un tratado independiente. Debido a que no todos los Estados son parte de todos los instrumentos, existe una asimetría normativa e institucional importante que es uno de los principales retos de la integración. Esto además impide la uniformidad, uno de los fines primarios del derecho comunitario. Por ejemplo, el Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, que describe sus funciones e incluye el reconocimiento de su competencia, se encuentra establecido en un instrumento independiente sujeto a la aceptación individual de cada Estado. Por ahora solamente Guatemala, El Salvador, Nicaragua y Honduras lo han adoptado. Guatemala aún no ha designado a sus respectivos magistrados. Esto ha generado un obstáculo significativo para la aplicación uniforme de la normativa comunitaria con los demás Estados y ha creado conflictos entre el sistema regional y el nacional; ha llevado incluso a la adopción de mecanismos arbitrales *ad hoc* para la solución de problemas del subsistema económico cuando se presentó una controversia entre Guatemala y Costa Rica y ninguno de estos países había reconocido la competencia del tribunal regional. Aunado a esto, Costa Rica no es parte del Parlamento Centroamericano, y Panamá ha indicado que se retirará del mismo, aunque la Corte haya resuelto que un retiro unilateral no es permitido bajo el derecho comunitario.²⁰

Desde la perspectiva del ordenamiento legal interno de cada Estado, la integración encuentra fundamento en la Constitución nacional. Desde esta óptica, la integración es usualmente vista como la transferencia de competencias por medio de un instrumento internacional. Esta delegación es permitida por el ordenamiento nacional de acuerdo a disposiciones constitucionales específicas. Estas disposiciones, las “Cláusulas Centroamericanas”,

²⁰ *Prensa Libre*, “Panamá se salió del Parlacen”, Guatemala, 19 de agosto de 2009 y Corte Centroamericana de Justicia, *Opinión Consultiva solicitada por el Parlamento Centroamericano*, Expediente No. 6-14-08-2009, Sentencia del 23 de septiembre del 2009 (la Corte indica que los Estados no pueden retirarse unilateralmente de las instituciones comunitarias).

generalmente establecen la jerarquía del derecho internacional o específicamente permiten la delegación de competencias hacia esfuerzos de integración centroamericanos.²¹ El contenido de estas cláusulas varía en cada Estado parte. Algunas Constituciones, como la hondureña, incluso contemplan a las instituciones regionales como el Parlamento Centroamericano expresamente en su texto.²²

El derecho comunitario además se complementa por principios que han surgido de la jurisprudencia de la Corte Centroamericana de Justicia.²³ La mayoría de éstos no emana literalmente del texto de los instrumentos comunitarios, sino de una interpretación teleológica. Entre ellos cabe destacar la supremacía, el efecto directo y la responsabilidad estatal. La supremacía establece que las normas comunitarias tienen preeminencia sobre el ordenamiento nacional, incluyendo a la Constitución.²⁴ El efecto directo implica la incorporación automática del ordenamiento comunitario en el ámbito nacional, sin necesidad de acción u reconocimiento posterior. Además, permite que sean invocados ante los tribunales nacionales.²⁵ La responsabilidad estatal establece que el incumplimiento de la normativa comunitaria tiene consecuencias económicas para los Estados que pueden ser invocadas directamente por los afectados.²⁶ Aunque estos principios, y otros más, han sido descritos por la Corte en su jurisprudencia, aún es escasa su aceptación e incorporación a casos concretos por los ordenamientos internos nacionales. De hecho, la falta de diálogo y entendimiento entre la Corte regional y las altas cortes nacionales es uno de los principales obstáculos de la integración. Mientras el tribunal regional defiende la supremacía comunitaria, las altas cortes se enfocan en la supremacía constitucional. Algunas altas cortes

²¹ El término es adoptado de las llamadas “cláusulas europeas” en varios de los Estados de la Unión Europea. Véase en Centroamérica: artículo 7 de la Constitución de Costa Rica, artículo 7o. de la Constitución de El Salvador, artículos 150 y 171(1)(2) de la Constitución de Guatemala, preámbulo y artículo 355 de la Constitución de Honduras, preámbulo y artículos 5, 8 y 9 de la Constitución de Nicaragua, artículo 26, numerales 5 y 6 de la Constitución de República Dominicana.

²² Artículo 205, numeral 7 de la Constitución de Honduras.

²³ Para una explicación más detallada sobre el derecho comunitario véase: Salazar, César Ernesto y Napoleón Ulate, Enrique, *Manual de derecho comunitario centroamericano*, Managua, Corte Centroamericana de Justicia, 2009.

²⁴ Corte Centroamericana de Justicia. *Opinión Consultiva solicitada por el Parlamento Centroamericano*. Expediente No. 4-8-96, Sentencia del 13 de diciembre de 1996, *Gaceta* No. 4, pp. 5-10.

²⁵ *Idem*.

²⁶ Corte Centroamericana de Justicia, *Nicaragua Vs. Honduras*, Expediente No. 5-29-11-99, Sentencia del 27 de enero del 2001, *Gaceta* No. 13, pp. 2-30 y Corte Centroamericana de Justicia. *Honduras Vs. Nicaragua*, Expediente No. 6-3-12-99, Sentencia del 28 de noviembre del 2001, *Gaceta* No. 13, pp. 30-46.

nacionales y la Corte regional incluso han llegado al extremo de anular las decisiones de su contraparte. Como cada una se considera suprema dentro de su respectivo ordenamiento, esto ha impedido la discusión de soluciones y figuras que permitan acomodar un verdadero pluralismo jurídico.

Una de los rasgos más característicos de la jurisprudencia de la Corte Centroamericana de Justicia es su constante búsqueda de inspiración en otros procesos regionales, principalmente en el europeo. La mayoría de los principios del derecho comunitario han surgido con base a referencia a sentencias del Tribunal Europeo de Justicia. Aunque resulta lógico que el tribunal centroamericano busque inspiración en su par europeo, esto ha generado algunas dificultades que se explicarán a continuación.

II. LA INSPIRACIÓN EUROPEA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CENTROAMERICANA DE JUSTICIA

El tribunal centroamericano se ha referido a decisiones y órdenes de tribunales de la Unión Europea en al menos doce de sus decisiones.²⁷ Tomando en cuenta que el tribunal regional ha emitido poco más de un ciento de sentencias, esta cifra es alta. En su jurisprudencia encontramos referencias a más de once decisiones y órdenes europeas. Es de notar también que en algunas ocasiones no se incluye referencia a una decisión en particular sino en forma general a la jurisprudencia del tribunal europeo.²⁸ También encontramos referencias a tratadistas del derecho de la Unión Europea como Pierre Pescatore, Eduardo Vilariño Pintos, Araceli Mangas Martín, Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Diego J. Liñán Noguera, entre otros.²⁹

La referencia a Europa no es algo único de la Corte Centroamericana. Los órganos judiciales de otros esquemas de integración en el continente también han participado en esta práctica.³⁰ Por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina también ha hecho mención de decisiones del

²⁷ Para un análisis específico sobre esta materia véase Aizenstatd, Alexander “Reflejos del derecho comunitario europeo en las decisiones de la Corte Centroamericana de Justicia”, *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 25, 2011.

²⁸ Corte Centroamericana de Justicia, *Victor Elías Francisco Bendeck v. Honduras*, Expediente No. 61-03-18-02-2003, Sentencia del 22 de noviembre de 2004, *Gaceta No. 18*, pp. 18-35.

²⁹ Véase Corte Centroamericana de Justicia, *José Vicente Coto Ugarte v. Consejo Superior Universitario de la Universidad de El Salvador*, Expediente No. 10-05-11-1996, Sentencia del 5 de marzo de 1998, *Gaceta No. 7*, pp. 6-13 (la decisión incluye referencias, sin citas específicas o indicación de obras particulares, a los autores antes referidos).

³⁰ Para un análisis general del derecho comunitario europeo en los sistemas suramericanos de integración véase: Alonso García, Ricardo, “Un paseo por la jurisprudencia supranacional europea y su reflejo en los sistemas suramericanos de integración”, en Bogdandy, Armin von *et. al.* (eds.) *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y*

tribunal europeo en sus resoluciones.³¹ Podemos agregar a esto al Tribunal Permanente de Revisión dentro de Mercosur.³² Inclusive tribunales *ad hoc* dentro de Mercosur se han referido, aunque en menor escala, a las decisiones de la Corte Europea.³³ Todo ello, tomando en cuenta que generalmente los tribunales *ad hoc* son menos propensos a crear principios permanentes de derecho o a decidir asuntos de importancia constitucional.³⁴ Dado el éxito del tribunal europeo, es claro que se ha convertido en el punto de comparación para todo proceso de integración.³⁵

multifocal. Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Cuadernos y Debates No. 197, 2009, pp. 581-631.

³¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Resoluciones Nos. 002-IP-1997; 002-IP-1988 y 3-AI-1996 (todas hacen referencias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al derecho comunitario europeo o a tratados académicos del derecho europeo).

³² Tribunal Permanente de Revisión, Laudo 1/2005, 20 de diciembre de 2005 (contiene referencias extensas a la decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea); y Tribunal Permanente de Revisión constituido para entender en la solicitud de pronunciamiento sobre exceso en la aplicación de medidas compensatorias, Controversia entre Uruguay y Argentina sobre prohibiciones de importación de neumáticos *remoldeados* procedentes del Uruguay. 8 de junio de 2007, sección 10.2, p. 150.

³³ Véase, entre otros, Tribunal Arbitral, Controversia entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina. *Prohibición de importación de neumáticos remoldeados*, 25 de octubre de 2005, p. 84 (contiene referencias del Tribunal y de las partes hacia las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea); Laudo del Tribunal Arbitral “*ad hoc*” de Mercosur constituido para entender la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre “omisión del Estado Argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay, 6 de septiembre del 2006, p. 150. (explica que los precedentes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no pueden simplemente ser asimilados al Mercosur), entre otros.

³⁴ Movsesian, Mark L., “International Commercial Arbitration and International Courts”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 18, 2008, p. 425. Véase por ejemplo: Laudo Arbitral, *Guatemala v. Costa Rica* (re: Helados Sarita), Laudo Arbitral del 13 de junio de 2006, Msc-04-04 SIECA (el Tribunal arbitral *ad hoc* no hace referencia a ningún fallo o principio comunitario ya sea centroamericano o europeo).

³⁵ Véase generalmente: Henry, Laurence, “The Asean Way and Community Integration: Two Different Models of Regionalism”, *European Law Journal*, vol. 6, núm. 13, 2007, pp. 857-879 (sobre ASEAN); Cruz Villaça, José Luis y Sobrino Heredia, “The European Union and the Transformation of the Andean Pact into the Andean Community”, *European Foreign Affairs Review*, vol. 3, 1998, pp. 13-52, y Brewer-Carías, Allan R., “El derecho comunitario europeo: experiencias para el proceso de integración andino”, *Revista de Derecho Público*, vols. 61-62, 1995, pp. 5-24 (sobre la Comunidad Andina), y Ambos, Kai y Pablo Pereira, Ana Cristina (coords.), *Mercosul União Européia: Perspectivas da Integração Regional*, Rio de Janeiro, Editorial, Lumen Juris, 2006 (sobre Mercosur).

Puede decirse que en la integración centroamericana la influencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se extiende más allá de los casos en los cuales es mencionado expresamente. Esta influencia se ve reflejada en el método teleológico de interpretación y en los principios afirmados, aun cuando no existe una referencia expresa.³⁶ Las referencias europeas ciertamente ocupan un papel predominante y no disimulado en la jurisprudencia de la Corte Centroamericana de Justicia; sin embargo, esto no significa que el tribunal centroamericano se limite a citar fuentes de la Unión Europea. También lo ha hecho en referencia a las decisiones de otros tribunales, incluyendo cortes nacionales e internacionales.³⁷ No obstante, en la mayoría de estos casos las citas han servido precisamente para reforzar principios que emanan originalmente de fallos del tribunal de Luxemburgo.³⁸

1. *Limitaciones del enfoque comparativo centroamericano/europeo*

La Corte Centroamericana de Justicia es una institución única e independiente, gobernada por su propio cuerpo normativo. Por tanto, cualquier referencia a sentencias emitidas por otros tribunales contenida en su jurisprudencia es usualmente consecuencia de una búsqueda adicional de inspiración y no a una materia vinculante.³⁹ Del análisis de los casos en que la corte regional hace referencia a su par europeo es posible concluir que la Corte Centroamericana de Justicia se extiende más allá de los métodos tradicionalmente aceptados de referencia. En diversas oportunidades, las decisiones europeas en la jurisprudencia de la Corte Centroamericana son vistas como evidencia de la formulación de principios generales de derecho comunitario, como si el derecho de la Unión Europea fuera un campo ge-

³⁶ Véase por ejemplo: Corte Centroamericana de Justicia. *Opinión Consultiva solicitada por la Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA)*. Expediente No. 13-02-01-05-1997 de fecha 5 de agosto de 1997.

³⁷ Entre ellos la Corte Permanente Internacional de Justicia, la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Constitucional español, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y la Corte Constitucional italiana.

³⁸ Por ejemplo: cuando se refiere a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en Expedientes Nos. 4211-E-96 No. 4636-96, Sentencia del 6 de septiembre de 1996; al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en Proceso No. 2-IP-88, Sentencia del 25 de mayo de 1980, o a la Corte Constitucional italiana en *Frontini v. Ministero delle Finanze* [1974] 2 CMLR 372.

³⁹ Alonso García, Ricardo, “Un paseo por la Jurisprudencia supranacional europea y su reflejo en los sistemas suramericanos de integración”, en Bogdandy, Armin von *et. al.* (eds.) *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Cuadernos y Debates No. 197, 2009, p. 611.

neral con aplicación universal. Aunque crece la noción de un derecho de la integración regional como una disciplina de estudio, no puede decirse aún que cuente con principios universales de adopción obligatoria. La actitud de la Corte, sin embargo, ha permitido que esos principios que han surgido en el derecho europeo sean trasplantados directamente al derecho comunitario centroamericano por medio de una inferencia judicial. En algunas instancias la Corte importa temas de fuentes europeas que despiertan aspectos esenciales de derecho constitucional dentro de los Estados miembros. Entre ellos, los principios de supremacía y efecto directo del derecho comunitario.⁴⁰ En varias decisiones el fundamento de estos principios se basa exclusivamente en referencias al tribunal europeo. Esta referencia en ocasiones descuida el apoyo que podría encontrarse en el texto de su propio cuerpo normativo. Por ejemplo, los principios de efecto directo y primacía se fundamentan haciendo referencia a los reconocidos casos *Costa/Enel* y *Van Gend & Loos*.

La referencia a las sentencias paradigmáticas antes citadas no debe ser motivo de preocupación. Sin embargo, cuando se les reconoce autoridad y con esto se evita hacer referencia a normas aplicables del sistema propio, se generan obstáculos a la integración. Dentro del ordenamiento propio en Centroamérica existen disposiciones que pueden servir como apoyo a los mismos principios referidos en las sentencias europeas. Por ejemplo, la supremacía y efecto directo podrían basarse en interpretaciones teleológicas de los artículos 55(3) del Tratado de Integración Económica Centroamericana (“Protocolo de Guatemala”) y 17(3) del Tratado de Integración Social Centroamericana. De la misma manera, el principio de responsabilidad estatal se fundamenta exclusivamente en una referencia general a la doctrina del tribunal europeo, sin especificar una sentencia específica.⁴¹ En ese caso el tribunal centroamericano pudo haberse referido a la sentencia europea en el caso *Franovich*,⁴² que en su oportunidad se basó en el entonces artículo 5o. del Tratado de la Comunidad Económica Europea. A su vez en el ámbito centroamericano, el contenido de esa norma es equivalente al artículo 4(h) del Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (“Protocolo de Tegucigalpa”), instrumento que se encuentra

⁴⁰ Ambos principios formulados por primera vez en: Corte Centroamericana de Justicia, *Opinión Consultiva solicitada por el Parlamento Centroamericano*, Expediente No. 9-04-08-96, Sentencia del 13 de diciembre de 1996, *Gaceta* No. 4, pp. 5-10.

⁴¹ Corte Centroamericana de Justicia, *Nicaragua Vs. Honduras*, Expediente No. 5-29-11-99, Sentencia del 27 de enero de 2001, *Gaceta* No. 13 pp. 2-30 y *Honduras vs. Nicaragua*, Expediente No. 6-3-12-99, Sentencia del 28 de noviembre de 2001, *Gaceta* No. 13 pp. 30-46.

⁴² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Franovich y Bonifaci v. Italia*, Casos C-6, 9/90, [1991] ECR I-5357.

en la cúspide del ordenamiento regional.⁴³ A pesar de esto, la Corte prefiere apoyarse primordialmente en una referencia general al tribunal europeo, sin contemplar varias fuentes normativas propias que podrían sustentar el mismo punto.

La referencia a otros tribunales en muchas ocasiones es útil para agregar valor al contenido de las resoluciones. Pero en otras oportunidades la referencia hacia Europa en Centroamérica trata sobre asuntos procesales menores que pueden resolverse dentro del marco regulatorio propio sin necesidad de inspiración adicional.⁴⁴ Esto refleja una dependencia de la jurisprudencia europea como punto de referencia y validación, que tendrá un efecto negativo en el desarrollo de la jurisprudencia centroamericana, ya que la calidad del razonamiento legal es esencial para el éxito de cualquier tribunal.⁴⁵

La referencia, en este caso a Europa puede ser de beneficio para la calidad del razonamiento legal, pero no puede servir como sustituto del fundamento necesario bajo fuentes del derecho propio. De otra manera, la importación directa de principios basados en diferentes tratados constitutivos y tradiciones constitucionales, contravendría a la ya débil legitimidad democrática del proceso formal de creación del derecho comunitario centroamericano.⁴⁶

2. *Los límites del enfoque comparativo regional y la construcción de la identidad propia*

La Unión Europea es una candidata natural para el apoyo de iniciativas de integración regional en todo el mundo.⁴⁷ En las últimas dos décadas ha contribuido más de 120 millones de euros tan sólo a la promoción de ini-

⁴³ Véase Corte Centroamericana de Justicia, *Opinión Consultiva solicitada por el Parlamento Centroamericano*, Expediente No. 6-14-08-2009, Sentencia del 23 de septiembre de 2009 (la Corte explica que el Protocolo de Tegucigalpa constituye la cúspide del ordenamiento jurídico regional).

⁴⁴ Corte Centroamericana de Justicia, *Camilo Agustín Brenes y Alba Azucena Palacios v. Parlamento Centroamericano*, Expediente No. 45-11-21-09-2001, Sentencia del 13 de agosto de 2002, *Gaceta* No. 14, pp. 23-24; *Ricardo Flores Asturias v. Parlamento Centroamericano*, Expediente No. 46-12-08-10-2001, Sentencia del 23 de agosto de 2002, *Gaceta* No. 15, pp. 2-4 (ambas decisiones están contenidas en una o dos páginas y declaran la desestimación de los casos).

⁴⁵ Helfer, Laurence R. y Slaughter, Anne-Marie, "Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication", *Yale Law Journal*, vol. 107, 1998, p. 318.

⁴⁶ A pesar de que los tratados son firmados por el ejecutivo y ratificados por el organismo legislativo en cada Estado Miembro, las demás disposiciones del derecho comunitario son adoptadas sin la participación de asambleas electas por los ciudadanos.

⁴⁷ Commission of the European Communities, Communication from the Commission. European Community Support for Regional Economic Integration Efforts among Developing Countries, COM (95) 219, Brussels 16 June 1995, p. 6.

ciativas de integración en Centroamérica.⁴⁸ La integración regional es lógicamente una de las prioridades de la política exterior europea.⁴⁹ La Unión Europea se ha convertido en una fuente natural de experiencia y talento en materia de integración regional, que también han servido para aumentar su presencia en el istmo. Esto, a su vez, ha aumentado su influencia y “*soft power*” en una región habituada a la esfera de influencia hegemónica de los Estados Unidos de América.⁵⁰ Tomando en cuenta su experiencia en los procesos de integración basados en la arquitectura supranacional, tiene una importante ventaja en esta materia sobre otros países que buscan influir en la región. El reflejo del derecho comunitario europeo en las decisiones de la Corte Centroamericana es también producto de esta creciente influencia. La negociación de un reciente Tratado de Asociación entre los estados centroamericanos y la Unión Europea muy probablemente aumentará esta colaboración en el futuro.

La Unión Europea es un punto inevitable de referencia comparativa para cualquier proceso de integración. El reto del sistema centroamericano es adaptar las estructuras de otros modelos a las necesidades propias, aprendiendo de la experiencia de la integración europea y la de otros modelos, sobre todo los de América del Sur. Hasta ahora, la jurisprudencia regional, al importar principios directamente por referencia a fuentes externas, está perdiendo la oportunidad de crear un derecho comunitario verdaderamente centroamericano, basado en los excepcionalmente similares sistemas legales y tradiciones constitucionales de sus Estados miembros. Incluso desaprovecha la oportunidad de moldear el derecho a las perspectivas centroamericanas, pues la experiencia y contexto del istmo difiere de aquel de los Estados europeos. Aunque los principios puedan coincidir, es necesario que surjan de la interpretación de instrumentos propios, si bien con inspiración en las decisiones de otros modelos de integración. En todo caso, la problemática acá estudiada no resulta de citas o referencias a otras jurisdicciones, sino de la extracción directa, sin explicación o método uniforme. Hasta ahora, las citas capturan únicamente las conclusiones de principios de derecho que en

⁴⁸ Sistema de Integración Centroamericana, *Suplemento Especial. Cooperación Regional Unión Europea Centroamérica: más de veinte años trabajando juntos*, 2008, p. 3, http://www.delmic.org/ni/es/docs/suplemento_ue_2008_final.pdf.

⁴⁹ European Commission, Strategy Paper. Central America 2007-2013. E/2007/481. (29.03.2007) p. 4.

⁵⁰ Sobre el *soft power* véase Nye, Joseph, “Soft Power”, *Foreign Policy*, vol. 80, 1990, pp. 153-171.

Europa tomó décadas cimentar.⁵¹ Las decisiones centroamericanas incorporan en un solo momento la mayoría de principios de derecho comunitario, en lugar de desarrollarlos de manera gradual. Esto hace que sean más difíciles de absorber por los sistemas nacionales.

La comparación entre los sistemas europeo y centroamericano es necesaria. Incluso, con el surgimiento de otros esfuerzos de integración alrededor del mundo. Sin embargo, si no se es disciplinado en este enfoque comparativo y se busca la trasplatación de una arquitectura de una región a otra, se podría perder la oportunidad de desarrollar un sistema propio.

III. POTENCIALIDAD: LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO COMUNITARIO DE LA INTEGRACIÓN

Los derechos humanos antes ocupaban un lugar secundario en los esfuerzos de integración regional, ahora tienen un lugar primordial.⁵² Centroamérica no es la excepción. Aunque la integración económica es el motor de la integración, los objetivos del SICA se extienden más allá de esta materia. El irrestricto respeto a los derechos humanos se encuentra establecido como uno de los objetivos esenciales de la integración. Los tratados comunitarios establecen obligaciones sustantivas en esta materia. Sin embargo, debido a la limitada competencia de la Corte Centroamericana de Justicia en esta materia, según el artículo 25 de su Estatuto, no existe una jurisprudencia comunitaria sobre el tema. Esta limitación ha sido un obstáculo infranqueable hasta ahora para el tribunal regional.

Es importante notar que si bien el tribunal centroamericano ha tornado su vista hacia Europa para apoyar la creación de los principios primarios del ordenamiento regional, no ha seguido el ejemplo europeo en un campo esencial: los derechos humanos. La Corte Centroamericana ha excluido esta materia de sus consideraciones legales, aunque la promoción de los derechos fundamentales es histórica y legalmente un elemento primordial del esfuerzo de integración en Centroamérica. Al efecto, los tratados comunitarios contienen numerosas disposiciones sustantivas en esta materia.⁵³

⁵¹ Incluso, no todas las cortes nacionales europeas entienden la supremacía del derecho comunitario de la misma forma que el tribunal regional. Algunos de los tribunales nacionales que si lo hacen, a veces lo explican no como producto de una fuente autónoma, sino con base en una disposición constitucional que lo permita.

⁵² Bogdandy, Armin von *et.al.*, “Reverse Solange – Protecting the Essence of Fundamental Rights Against EU Member States”, *Common Market Law Review*, vol. 49, 2012, p. 489.

⁵³ Por ejemplo, el Tratado Marco de Seguridad Democrática Centroamericana y el Tratado de Integración Social Centroamericana.

Según el mismo Protocolo de Tegucigalpa, la tutela, respeto y promoción de los derechos humanos constituyen la base fundamental del SICA.⁵⁴ Sin embargo, la Corte Centroamericana, desde una de sus primeras decisiones y apoyada en el artículo 25 de su Estatuto, ha robustecido la noción de que no es competente para pronunciarse sobre asuntos relacionados a violaciones de los derechos humanos.⁵⁵ Otras decisiones posteriores han reforzado este punto de vista.⁵⁶ Sobre este tema ha reiterado que esa área es competencia exclusiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁵⁷

Una decisión posterior del tribunal centroamericano ha señalado que, en el futuro, la Corte Centroamericana podría ser competente en materia de derechos humanos en caso de violaciones cometidas por instituciones comunitarias.⁵⁸ Sin embargo, el primer caso presentado a la Corte sobre este tema y rechazado por falta de competencia había sido interpuesto, entre otros, en contra de una institución comunitaria, el Banco Centroamericano de Integración Económica.⁵⁹ Así, la Corte no ha asegurado su papel como tribunal competente para juzgar las violaciones en materia de derechos humanos que ocurran como consecuencia de estas decisiones. Por tanto, se ha dejado sin aplicabilidad efectiva a un contenido sustancial en esta materia dentro del ordenamiento jurídico comunitario. Este contenido es específico y no puede ser suplido por otras convenciones de derechos humanos fuera del ámbito comunitario.

⁵⁴ Protocolo de Tegucigalpa, artículo 4o., literal a.

⁵⁵ Corte Centroamericana de Justicia, *Ricardo Duarte Moncada v. Nicaragua, Alcaldía de Managua y el Banco Centroamericano de Integración Económica*, Expediente No. 1-01-12-1994, Sentencia del 13 de enero de 1995.

⁵⁶ Corte Centroamericana de Justicia, *Opinión Consultiva solicitada por el Consejo de Ancianos de la Moskitia*, Expediente No. 3-2-6-2008, Sentencia del 1o. de diciembre de 2008 y *Opinión Consultiva solicitada por el Consejo de Ancianos de la Moskitia*, Expediente No. 4-2-6-2006, Sentencia del 1o. de diciembre de 2008 y Corte Centroamericana de Justicia, *Blanca Haydee González Vs. Comisión de Derechos Humanos et al.*, Expediente No. 4-4-4-2001, Sentencia del 17 de mayo de 2001, *Gaceta* No. 12 pp. 4-5.

Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, artículo 25.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ Corte Centroamericana de Justicia, *José Viguér Rodrigo Vs. Autoridades Judiciales de Chinandega, Nicaragua*, Expediente No. 11-1-8-2000, Sentencia del 21 de marzo de 2001, *Gaceta* No. 11, pp. 7-8. Véase también: Orlando Guerrero Mayorga, "El proceso de integración centroamericana y la globalización, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2004, pp. 1007-1008.

⁵⁹ Corte Centroamericana de Justicia, *Ricardo Duarte Moncada v. Nicaragua, Alcaldía de Managua y el Banco Centroamericano de Integración Económica*, Expediente No. 1-01-12-1994, Sentencia del 13 de enero de 1995.

Es importante tomar en cuenta que si la Corte buscar ejercer su competencia conforme el artículo 22(f) de su Estatuto para resolver asuntos de separación de poderes entre órganos de un mismo Estado, no puede excluir principios esenciales sobre derechos constitucionales y derechos humanos, ya que estas obligaciones son aplicables a las instituciones de cada Estado. Asimismo, si busca reforzar el principio de primacía del derecho comunitario y evitar que las cortes nacionales continúen ejerciendo un estricto control de constitucionalidad sobre el derecho centroamericano, debe asegurar como mínimo un nivel de protección igual en materia de derechos fundamentales que el proporcionado por los Estados miembros, incluyendo sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

Ciertamente, el área de derechos humanos tendría el contenido más indicado para la cita de tribunales ajenos a los Estados centroamericanos. La materia en gran parte se basa en principios universales y los textos de las convenciones tienen redacciones similares. De esto puede apreciarse el beneficio de referirse a las interpretaciones de textos análogos por parte de otros tribunales. Como evidencia de esto tanto la Corte Europea de Derechos Humanos como la Interamericana se citan frecuentemente entre sí.⁶⁰

Si bien el tema de los derechos humanos no figuró como área prioritaria en la génesis estructural del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con el tiempo ha cimentado su prestigio en no menor grado con base a esta materia. Sus fallos sobre el tema han limitado la actuación de las instituciones comunitarias y han permitido que los altos tribunales nacionales sean más moderados en su evaluación de la aplicabilidad directa del derecho comunitario dentro del ámbito nacional. Si la Corte Centroamericana ha decidido tomar inspiración en el tribunal europeo para apoyar sus decisiones, debiera considerar hacerlo especialmente en el campo de los derechos fundamentales, como mínimo en relación a la actuación de las instituciones comunitarias.

La existencia de obligaciones sustantivas sin un tribunal competente para aplicarlas genera dudas en torno a la efectividad de la materia en el ámbito regional centroamericano. Una posibilidad consiste en interpretar que el artículo 25 constituye una delegación de competencia en esta mate-

⁶⁰ Puede comprobarse, entre muchos otros casos, en: Corte Europea de Derechos Humanos. *Kırt v. Turquía*. 15/1997/799/1002, Sentencia del 25 de mayo de 1998, párr. 67; *Sergey Zolotukhin v. Rusia*. App. No. 14939/03. Sentencia del 10 febrero 2009, párr. 40; y Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. párras. 61, 80, 89 y 143 y *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párr. 46.

ria a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta postura solucionaría varios problemas, pero eventualmente puede generar complicaciones para el proceso de integración; entre ellas, que no todos los Estados miembros son parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁶¹ Además, porque la Corte Interamericana no tiene competencia subjetiva sobre las instituciones supranacionales, puesto que el SICA no es parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁶² Tomando en cuenta que es posible a los Estados delegar a la Corte Interamericana competencia para pronunciarse sobre instrumentos de derechos humanos adicionales al Pacto de San José, es posible argumentar que el artículo 25 del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia cumple esta función. Por tanto, delega a esa Corte la facultad para aplicar derechos humanos contenidos en el derecho comunitario; sin embargo, hasta el momento no se ha presentado esta situación ante el tribunal.

El tema de los derechos humanos también genera oportunidades de colaboración entre el proceso de integración regional y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. La relación entre los procesos de integración regional y mecanismos de protección de derechos humanos alrededor del mundo constituyen un importante objeto de estudio. En Europa esto ha presentado importantes desafíos entre el Tribunal de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁶³ Con el tiempo, es posible inferir que en el sistema centroamericano también existirán casos en los cuales los actos de las instituciones supranacionales y la legislación comunitaria deban de interpretarse a la luz de los instrumentos en materia de derechos humanos. La delegación de competencia hacia el tribunal interamericano en esta materia presenta una novedosa forma de enfrentar este tema. De esta forma, el esfuerzo de integración puede aprovechar el prestigio del sistema interamericano y su influencia en los tribunales nacionales para solidificar su institucionalidad en los Estados miembros.

⁶¹ Belice no es parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni ha aceptado la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁶² Al menos que interprete el artículo 25 del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia como una especie de adhesión al Pacto de San José y la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplique disposiciones en materia de derechos humanos del ámbito comunitario para darles un efecto útil, pero es poco factible.

⁶³ Defeisz, Elizabeth F., "Human Rights and the European Union: Who decides? Possible Conflicts Between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights", *Dickinson Journal of International Law*, Pennsylvania, no. 19, 2001, p. 301.

IV. CONCLUSIÓN: LOS DESAFÍOS EN EL FUTURO DE LA INTEGRACIÓN DE AMÉRICA CENTRAL

La integración regional centroamericana tiene una larga historia, pero también muchos retos pendientes. Viendo hacia el futuro, es seguro que nuevos campos de acción, además del económico, pasen a ocupar un rol principal. La seguridad regional y combate al crimen organizado probablemente tomarán un papel más importante en los esfuerzos de integración centroamericanos en el siglo XXI. La colaboración entre organismos de seguridad e inteligencia, la promoción de asistencia judicial, la extradición e información son cada vez más vitales para resolver problemas con estructuras criminales que no se limitan a las fronteras estatales. La utilización del sistema de integración regional para la discusión y solución de estas materias es útil, ya que permite aprovechar la institucionalidad existente para afrontar el tema de manera regional.

Un primer desafío de la construcción del sistema de integración es la sustitución de la estructura de instituciones intergubernamentales por una de genuinos entes supranacionales. Las fuentes normativas del proceso de integración, incluyendo las normas emitidas por sus más altas instituciones, aún adquieren vigencia únicamente por consenso. Esto permite a cada Estado limitar la normativa comunitaria a los instrumentos internacionales que haya firmado o a los acuerdos que sus representantes en los diversos órganos (Reunión de Presidentes, Consejo de Ministros, etcétera) expresamente acepten en un momento dado. Ya que la Secretaría General y el Parlamento Centroamericano no emiten normas vinculantes sobre materia comunitaria para los Estados, el ámbito material del derecho comunitario es limitado. De ahí que las instituciones comunitarias aún estén sujetas de manera permanente a la voluntad de cada uno de los Estados.

Otro de los desafíos principales del sistema será garantizar la eficacia de las resoluciones de las instituciones comunitarias y la creación de una cultura de obediencia hacia las sentencias del tribunal regional. Las sentencias tienen poco significado si no se cumplen. Esto es un problema endémico en particular con las sentencias de la Corte Centroamericana de Justicia. Esta Corte, a diferencia de los otros órganos del SICA, emite resoluciones vinculantes que no son adoptadas por consenso por los representantes de los Estados miembros. Además, en ellas frecuentemente se condena al Estado o se requiere que lleve a cabo una conducta reparadora. De ahí que el cumplimiento de las sentencias de la Corte regional sea representativo de la fortaleza del sistema de integración y el compromiso de los Estados miembros.

En caso de incumplimiento con las sentencias, los afectados tienen acceso a pocos remedios. El Estatuto de la Corte permite que un incumplimiento se dé a conocer a los otros Estados para buscar su solución por medios diplomáticos.⁶⁴ Además otorga a las sentencias la misma fuerza vinculante que las emitidas por los tribunales nacionales.⁶⁵ Pero estos remedios son poco efectivos cuando los Estados no aceptan la competencia del tribunal o la sentencia misma se encuentra en oposición con las decisiones de las altas cortes nacionales. De ahí que su cumplimiento por medio de procedimientos nacionales sea limitado. No existe, por tanto, un mecanismo efectivo de sanción o coerción a nivel comunitario. Sin embargo, es difícil presumir que los Estados parte en este momento estarían dispuestos a aceptar un régimen coercitivo más efectivo.

No están disponibles datos oficiales y detallados sobre el nivel de cumplimiento con las sentencias de la Corte Centroamericana de Justicia en los Estados Parte. La Corte indica que la mayoría son cumplidas voluntariamente.⁶⁶ Sin embargo, la historia procedimental contenida en las resoluciones mismas proporciona una base indicativa para concluir que el cumplimiento es en realidad bajo. En un caso el monto al cual fue condenado el Estado no se pagó hasta muchos años después, luego de intervención diplomática y en bonos estatales.⁶⁷ Esa condena además surgió de resoluciones nacionales y no exclusivamente del tribunal regional. Muchos otros casos demuestran un abierto incumplimiento con medidas provisionales dictadas por la Corte.⁶⁸ Además se evidencia la renuencia de los Estados e instituciones comunitarias del SICA a cumplir con solicitudes judiciales para emitir opiniones o presentar información al tribunal.⁶⁹ Incluso, en varias oportuni-

⁶⁴ Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, artículo 39.

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ Corte Centroamericana de Justicia, *Memoria de Labores, Periodo 2004-2005*, Managua, 2005, p. 58.

⁶⁷ Corte Centroamericana de Justicia, *Jeanette del Carmen Vega vs. Poder Ejecutivo de Nicaragua*, Expediente No. 3-6-96, Sentencia del 17 de marzo de 1997, *Gaceta* No. 5, pp. 2-6.

⁶⁸ Corte Centroamericana de Justicia, *Nicaragua vs. Honduras*, Expediente No. 5-29-11-99, Sentencia del 27 de noviembre de 2001, *Gaceta* No. 13 pp. 2-30. (Honduras no cumple con las medidas provisionales otorgadas por la Corte).

⁶⁹ Por ejemplo, Corte Centroamericana de Justicia, *Opinión Consultiva solicitada por el Parlamento Centroamericano*, Expediente No. 1-18-06-2007, Sentencia del 17 de julio de 2007 (la Corte requiere a todos los Estados miembros presentar su posición sobre el asunto, únicamente Costa Rica lo hace); Corte Centroamericana de Justicia, *Presidente de Nicaragua vs. Asamblea Nacional de Nicaragua*, Expediente No. 1-3-1-2005, Sentencia del 23 de marzo de 2005, *Gaceta* No. 19, pp. 5-29 (la Asamblea Nacional no proporciona un reporte solicitado por el tribunal regional); Corte Centroamericana de Justicia, *Opinión Consultiva que fue solicitada por la Secretaría de Integración Económica Centroamericana*, Expediente No. 1-1-

dades existen desafíos directos por parte de las altas cortes nacionales a las resoluciones del tribunal.⁷⁰ Las cortes nacionales incluso han declarado la nulidad de las sentencias del tribunal regional o la inconstitucionalidad de disposiciones de tratados comunitarios. Debido a que las cortes nacionales son las principales encargadas de aplicar el derecho comunitario y las que dan estabilidad al proceso de integración, la lucha entre éstas (principalmente las altas cortes nacionales) y el tribunal regional es el principal obstáculo jurídico del proceso de integración.

Una característica importante de la integración centroamericana es la intención de solucionar problemas de la institucionalidad nacional por medio de la creación de entidades regionales. La facultad de la Corte Centroamericana para exigir el cumplimiento de las sentencias emitidas por tribunales nacionales es un ejemplo de esto. Algunos de estos problemas nacionales como el incumplimiento de fallos emitidos por los tribunales nacionales surgen de causas complejas e históricas del poder público. Debido a que es generalmente el sistema nacional el que proporciona la estabilidad al sistema regional, resulta ambicioso buscar la solución de estos problemas por medio de mecanismos integracionistas. De hecho, algunos de los retos pendientes de las jóvenes democracias de algunos Estados miembros han permitido su reproducción a nivel regional en las instituciones comunitarias. Para algunos, las instituciones comunitarias han servido para asegurar privilegios a miembros de la clase política, incluso inmunidad ante la persecución penal en el caso de diputados al Parlamento Centroamericano. Frecuentemente es ésta una de las principales críticas a la posibilidad de establecer funciones vinculantes a los pronunciamientos del ente legislativo regional. Mientras el sistema comunitario repita los problemas nacionales a escala regional y no se cambie esta percepción, será difícil convencer a las comunidades políticas de ceder sus competencias a las instituciones del sistema.

Finalmente, aunque en varias esferas intelectuales y políticas son claros los beneficios de la integración, aún hace falta que los ciudadanos noten su

3-97, Sentencia del 11 de abril de 1997, *Gaceta* No. 5, pp. 6-9 (la Corte requiere a todos los Estados miembros que se pronuncien, únicamente Costa Rica lo hace en una nota breve y luego del plazo establecido), y Corte Centroamericana de Justicia, *Victor Elías Francisco Bendeck vs. Honduras*, Expediente No. 3-18-2-2003, Sentencia del 22 de noviembre de 2004, *Gaceta* No. 18 (la Corte Suprema de Honduras se rehúsa a cumplir con las notificaciones requeridas por la Corte Centroamericana),

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, Expediente 33/2004, Sentencia No. 15, Sentencia del 29 de marzo de 2005, *Gaceta* del 6 de abril de 2005, pp. 2561-2562; Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Inconstitucionalidad. Expedientes Acumulados 12-2004 y 213.2004, Sentencia de 20 de julio de 2004, *Gaceta* No. 73.

influencia en la vida diaria. Hasta ahora su campo de acción rara vez excede de procesos intergubernamentales sobre situaciones transfronterizas. Se ocupa principalmente de temas de comercio exterior y aduanas que escapan a la mayoría. Aún no puede decirse que existe la percepción generalizada de que el proceso influye en la vida diaria de todo ciudadano. Mientras esto no cambie, el proceso continuará siendo percibido como un esfuerzo intergubernamental entre Estados y no como una integración de los habitantes de estos Estados como constituyentes de un nuevo orden autónomo.

EL ENFOQUE POLITOLÓGICO Y CONTEXTUAL DEL DERECHO COMÚN LATINOAMERICANO

René VALDIVIEZO SANDOVAL*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Espacio jurídico y cultura jurídica*. III. *El contexto como variable explicativa*. IV. *Enfoque politológico y enfoque contextual*. V. *Las variables de contexto en el desarrollo de la justicia constitucional en América Latina*. VI. *Consideraciones finales*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Este ensayo tiene como antecedente el trabajo presentado por los profesores Dieter Nohlen y René Valdiviezo en el Encuentro *El concepto del Ius Constitutionale Commune como dimensión de la investigación*,¹ en donde el derecho común latinoamericano se abordó desde el enfoque de la ciencia política y del contexto.

En el trabajo entonces presentado, el análisis se centró en las relaciones entre la democracia y la justicia constitucional en contextos diferentes, comparando Europa y América Latina. Los dos planteamientos que se expusieron, vistos como enfoques de investigación, fueron el del *espacio jurídico* y el de la *cultura jurídica*, ambos analizados bajo una variable explicativa: *el contexto*. Con ello se puso en el centro de la discusión, el concepto de cultura política, dentro del cual ubicamos al de cultura jurídica, y se puso de relieve, la visión politológica de la democracia (como régimen y forma de vida) y de la justicia constitucional, sin olvidar que la cultura jurídica se desarrolla en un espacio jurídico y social determinado, lo que corresponde al contexto.

* Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Instituto de Ciencias de Gobierno y Desarrollo Estratégico.

¹ *Democracia y justicia constitucional en su contexto*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 20 de septiembre de 2012.

Esta última idea es la que orienta el desarrollo del presente ensayo. El concepto con el que se aborda el derecho común latinoamericano desde el enfoque politológico y contextual es, entre otros, el de cultura política. Con él se reflexiona acerca de la cultura jurídica y de sus expresiones en contextos diferentes, gracias a lo cual es posible realizar comparaciones. La variable contextual es utilizada en este trabajo, para reflexionar sobre la evolución de la democracia, como *conditio sine qua non* para el desarrollo del derecho común latinoamericano.

El trabajo consta de las siguientes partes: en primer lugar, se reflexiona sobre el tema del espacio jurídico y el de la cultura jurídica, con el fin de abordar la percepción social hacia la justicia y presentar alguna evidencia de dos contextos diferentes, Europa y América Latina. Posteriormente, se hace una reflexión sobre el contexto, recordando el papel asignado como variable explicativa. En tercer lugar, se detallan las características del enfoque politológico y contextual ante el derecho común latinoamericano, refiriendo, de manera general, el caso de Alemania y el de América Latina, con especial interés en el caso mexicano. En cuarto lugar, se exponen algunas variables de contexto en la región, insistiendo en la relación entre democracia y jurisdicción constitucional, en los elementos de la cultura política y en el proceso de globalización. Por último se presentan algunas consideraciones finales.²

II. ESPACIO JURÍDICO Y CULTURA JURÍDICA

La intención de comenzar con estos dos conceptos descansa en el interés por hacer referencia a la relación entre democracia y justicia constitucional en contextos diferentes. El objetivo es poner frente a frente dos planteamientos que se pueden percibir como dos enfoques de investigación.

El primero es el del espacio jurídico. Este concepto se utiliza para marcar un desarrollo jurídico hacia una mayor integración dentro de un proceso regional y multidimensional que se expresa en dos direcciones: mayor asimilación del derecho entre los miembros de la integración, y mayor capacidad de las instituciones de la comunidad de intervenir en la jurisdicción nacional.

El tema es importante ante la profunda desigualdad entre los países latinoamericanos en lo referente a la aceptación de la intervención de las instituciones de la comunidad en los asuntos nacionales. No debemos olvidar

² Señalo que los puntos II., III., IV, 1. y 3., V., 1., 2. y 3., han sido tomados del trabajo de Nohlen-Valdiviezo.

la importancia que tiene el tema y la visión nacionalista en algunos países de la región, pero especialmente en algunos actores políticos de cada país.

El segundo enfoque es el de la cultura jurídica que, a veces, en el lenguaje de algunos constitucionalistas (por ejemplo Peter Häberle), se acerca mucho al concepto de espacio jurídico, pero que en ciencias sociales es más bien una expresión particular de la cultura política, orientada a lo empírico y a fenómenos por las que se diferencian las partes integrantes de un proceso de integración.

La cultura política, en su acepción más general, se refiere "...a la existencia de un conjunto de actitudes, normas, valores, conocimientos y creencias generalizadas en una sociedad, que operan como el marco simbólico que otorga sentido al proceso y a los comportamientos políticos".³ Insisto en esta definición dado que plantea, adecuadamente para este trabajo, la asignación de *sentido* a la vida política, que es el terreno en donde se define la aceptación de normas, leyes, integración más allá de lo nacional y aceptación de la intervención supranacional.

La cultura jurídica, debemos entenderla como una expresión —cuasi directa— de la cultura política y se refiere a los patrones de pensamiento socialmente enraizados con ayuda de los cuales individuos y colectivos construyen, perciben, interpretan y juzgan a la normas constitucionales y legales y a las instituciones llamadas a aplicarlas. El interés cognitivo pasa de lo normativo hacia lo real. ¿Qué importancia alcanza el derecho en la sociedad, qué confianza se adjudica a la justicia? Respecto a esta última pregunta, los espacios jurídicos se muestran bien divididos en culturas jurídicas diferentes, como se señala anteriormente.

Este aspecto es de gran interés, puesto que aquí descansa una parte de la visión desde la politología al derecho y en específico a las posibilidades de desarrollo del *ius constitutionale commune latinoamericanum*.

Es posible demostrarlo para la Unión Europea con tan sólo citar algunas encuestas que informan sobre la confianza en la justicia: mientras que en Alemania, Austria, Dinamarca, Holanda y Suecia alcanza alrededor del 60%, en España, Francia, Italia y Portugal se ubica sólo en torno al 40% de la población.⁴ Para América Latina, el porcentaje promedio de confianza en la justicia, para el 2009, es de 29%, en donde Colombia y El Salvador tienen 40% (el nivel más bajo en Europa), Uruguay 38%, Venezuela 32%,

³ Bobes, Velia C., "Cultura política", en Baca, Laura *et al.*, *Léxico de la política*, México, FLACSO-Conacyt-Fundación Heinrich Böll-FCE, 2000, p. 125.

⁴ European Commission, *Eurostat: Statistics by Theme*, 2012, consultable en: <http://europa.eu/publications/statistics/index_es.htm>.

Costa Rica 30%, México y Chile 28% y Perú, 14%, entre otros.⁵ Las diferencias son notorias.

De ahí que sea pertinente insistir en la diferenciación de los espacios jurídicos y de las culturas políticas, situación que se presenta como una traba inicial en la conformación del *ius constitutionale commune*, pero también como un reto al buscar, en la diversidad, los tópicos de la unidad.

III. EL CONTEXTO COMO VARIABLE EXPLICATIVA

Otra consideración de inicio se refiere al contexto, que es especialmente importante cuando trasladamos conceptos, normativos o no, de un área de naciones a otra, y sin el cual no podemos realizar ninguna comparación.

El fenómeno de la integración es especialmente llamativo, pues observamos desde la década de los años sesenta que se producen intentos de traslado de experiencias europeas en este campo a América Latina, las cuales no han tenido gran éxito. El espacio jurídico común como concepto encaja en esta tendencia de traslado de una realidad contextual a otra.

El contexto puede aludir a factores de dimensiones históricas, culturales, económicas, sociales y políticas. Se refiere a fenómenos reales en las dimensiones señaladas. Lo que en su caso entra en él es lo que importa en relación al objeto de estudio. Por ejemplo, es interesante la observación de orden normativo que la jurisdicción constitucional tiene una historia más larga en América Latina, comparada con Europa.⁶ Sin embargo, la pregunta que se nos plantea se refiere a la relación entre democracia y jurisdicción constitucional en las democracias representativas hoy, lo que nos lleva más allá del enfoque normativo hacia el estudio de los factores de contexto que determinan su importancia.

La postura que enfatiza el contexto en el proceso de conocimiento proviene del axioma de que los objetos de análisis político nunca aparecen aislados, sino que siempre están incrustados en un entorno histórico y, por tanto, en una compleja relación recíproca con una gran variedad de factores de variada y cambiante índole. El propósito contextual es idéntico al de una postura no-reduccionista de análisis político.

Conviene insistir en que el contexto no es solamente una simple referencia espacial de los fenómenos estudiados. Claro que no. Representa el lugar de relaciones sociales de todo tipo que condicionan en su génesis, historia,

⁵ Centro de Estudios de Justicia de las Américas, *Reporte de la Justicia 2008-2009*, Santiago de Chile, CEJA, 2009.

⁶ Brewer-Carías, Allan R., *La justicia constitucional*, México, Porrúa-IMDPC, 2007.

desarrollo y existencia, a una situación específica, la cual, requiere de establecer sus coordenadas espaciales, sus influencias recíprocas y sus respuestas y limitaciones en el cuerpo social en el que se desenvuelve.

IV. ENFOQUE POLITOLÓGICO Y ENFOQUE CONTEXTUAL

Conviene destacar, en primer lugar, que la relación de la jurisdicción constitucional con la democracia no es un tema recurrente en la literatura politológica, a pesar de la enorme determinación que puede ejercer la segunda sobre la primera.

En Europa, Alemania constituye una cierta excepción por la importancia que tiene el Tribunal Constitucional Federal para el desarrollo de la democracia en este país. No cabe duda que la democracia en Alemania sería otra sin la permanente intervención de este Tribunal en el proceso político.⁷ Son muchas las controversias políticas que se llevan al Tribunal, y “Karlsruhe” (la sede del Tribunal) tiene la última palabra. Su prestigio proviene en buena parte de su capacidad de poner punto final a una controversia. En América Latina, es menor aún la atención que se presta en la literatura politológica a los tribunales constitucionales. En ocasiones ni siquiera hay mención a ellos en los manuales y las obras colectivas de la disciplina.

Sin embargo, las obras de los constitucionalistas a menudo hacen referencia a las condiciones sociales y políticas que enfrenta la jurisdicción constitucional, a los factores contextuales que ponen límites a los tribunales constitucionales en cuanto a su independencia y su influencia real en el desarrollo de la democracia en América Latina, aspecto, este último, de gran interés en este trabajo, pues debe considerarse, en primer lugar, que las condiciones y características que posibilitan la existencia y desarrollo de los Estados y regímenes democráticos son muy diferentes de país a país y, en segundo lugar, que por esta razón las posibilidades de consolidación de una cultura jurídica promotora del derecho común regional son totalmente diferentes y desiguales.

1. *Elementos del enfoque politológico referido a Europa*

Respecto al enfoque politológico aplicado a nuestro tema, no hay sólo uno, sino múltiples. En su aporte al anterior seminario del Instituto Max-

⁷ En México, un papel similar lo tiene (o lo podría tener) el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Planck sobre Jurisdicción Constitucional, Christine Landfried aplica precisamente una perspectiva politológica, tomando el concepto de espacio jurídico europeo como punto de salida. Analiza los retos que este proceso, en el ámbito de la jurisdicción constitucional, significa especialmente para la democracia. Se preocupa por el peligro que este proceso puede traer sobre el gobernar democráticamente, y desde allí desarrolla ideas que puedan contrarrestar la tendencia señalada.

La ampliación de la jurisdicción constitucional hacia el espacio europeo la conlleva a un pensamiento plenamente normativo respecto a la relación entre jurisdicción constitucional y democracia por un lado, y la relación entre los niveles nacional y supranacional o internacional de la jurisdicción constitucional, por el otro. Propone aumentar la legitimidad democrática de la jurisdicción constitucional, por medio de la cual ella piensa poder incrementar la capacidad de los tribunales para resolver los problemas agudos. Para que esto suceda, Landfried formula seis condiciones:

- Confianza de los ciudadanos en la jurisdicción constitucional, sobre todo respecto a la protección de los derechos de la minoría frente a la mayoría.
- Elección democrática, transparente y representativa de los jueces constitucionales.
- Prestar atención a la diferencia entre cómo se toman las decisiones en el mundo político y el jurídico, conscientes del rol político de la jurisdicción constitucional. La jurisdicción necesita independencia y un proceder específico que se distingue de la política.
- Repartición de las competencias y adjudicación equilibrada y cambiante: la jurisdicción constitucional aumenta su competencia cuando se trata de decidir sobre los procesos políticos, disminuye, cuando se trata de decidir sobre contenidos políticos.
- Respeto al principio de subsidiariedad.
- En el espacio jurídico europeo, los tribunales constitucionales supranacionales o internacionales tendrían que profesar un estilo de cooperación pro-autonómica y los tribunales nacionales una autonomía pro-cooperativa.

Como se observa, el enfoque politológico de Landfried se integra plenamente en el planteamiento del espacio jurídico europeo. En lo normativo, no se refiere a la normatividad del orden constitucional o legal, sino a lo que es deseable para que la ampliación de la jurisdicción a nivel europeo no

vaya en detrimento del principio democrático. Además, enfoca cuestiones institucionales de independencia, autonomía, subsidiaridad y cooperación. El aspecto de la cultura jurídica está presente sólo de manera general y en su forma clásica de cultura cívica,⁸ es decir, respecto a la confianza en las instituciones. No entra en ninguna reflexión sobre culturas jurídicas diferentes que pidan mayor atención en la medida que avance el proceso de integración jurídica normativa.

2. Elementos del enfoque politológico referido a América Latina⁹

Para el caso que interesa, América Latina, el enfoque politológico debe rescatar dos aspectos fundamentales: 1. La regionalización del poder, y 2. La presencia de poderes micro-regionales. En consecuencia, debe reconocerse que durante buena parte de la historia reciente de esta zona del continente, el poder político se conformó y desarrolló de manera local/regional y no nacional. Estos aspectos ponen en el centro del enfoque politológico, los temas del Estado, del poder y de las regiones.

Es evidente que la conformación de los Estados nacionales no se dio directamente con los procesos de independencia de inicio del siglo XIX, sino que fue hacia el segundo tercio del siglo XIX. No obstante, vimos que, en pleno siglo XX, los poderes locales/regionales seguían predominando en los llamados “Estados nacionales”.

El caso mexicano es muy representativo y no fue sino hasta el año de 1929, con la creación del Partido Nacional Revolucionario (PNR)¹⁰ que fueron aglutinados, en torno al poder central, caudillos y poderes locales/regionales, especialmente militares, con lo que se generaron nuevas élites de poder local controladas, de inicio, por el aparato político y electoral del gobierno central.

De ahí que la afirmación sobre la existencia del Estado nacional en México, al igual que en otros países latinoamericanos, adquiriera vigencia y sea evidente hasta el siglo XX. Esto no quiere decir que no se hubieran conformado antes las instituciones básicas y los elementos normativos fundamentales para el Estado nacional. Pero su validez y, sobre todo, su aceptación generalizada (como parte de la cultura política) requirió de muchos años

⁸ Almond, Gabriel y Verba, Sidney, *La cultura cívica*, Madrid, Euroamérica, 1970.

⁹ Con especial mención del caso mexicano.

¹⁰ Abuelo del actual Partido Revolucionario Institucional (PRI). Véase Garrido, Luis Javier, *El Partido de la Revolución Institucionalizada. La formación del nuevo Estado (1928-1945)*, México, Siglo XXI Editores, 1991.

después de su aprobación constitucional en 1824.¹¹ Desde ese año y hasta la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 1917, posterior al movimiento armado de la Revolución mexicana, vimos pasar muchas Constituciones, pero la nación mexicana no logró conformar un Estado unitario y nacional.

El segundo aspecto que el enfoque politológico debe considerar para América Latina, es la presencia de poderes micro-regionales a lo largo de toda la región. Éste es, presumiblemente, un fenómeno típico del continente, aunque no exclusivo. Regiones completas del sur de Europa han presentado características más o menos similares.

El asunto se refiere a la existencia de espacios en donde gracias a la presencia de recursos estratégicos (sean físicos o humanos), se conforman fuerzas que se traducen en poderes, desde donde se pueden generar redes de relaciones que se supeditan a esos recursos, conformando poderes (micro) regionales.

Evidentemente hay casos en los que estas redes son amplias y conforman una región extensa y el carácter “micro” desaparece dando paso al “macro”, pero sin dejar de considerar estos tipos, nos centramos en los múltiples poderes micro-regionales que funcionaron y operaron en América Latina con la presencia de los caciques.¹²

En esa misma lógica, Daniel Hiernaux plantea¹³ la idea de que podemos insistir en que la conformación de una región se da cuando se han establecido redes de poder locales que, en algunos casos, logran mantener su relativa autonomía respecto al sistema político nacional por su carácter tradicional y por no tener ningún tipo de incorporación económica importante con el centro del poder. Afirma, junto con Jorge Padua, por otro lado, que el estudio del poder regional “se complica en la medida en que puede afirmarse y funcionar como un ‘modelo reducido’ del poder central, de la misma manera que el poder de los estados descolonizados fue casi una réplica del modelo político de la metrópoli...”¹⁴ No podemos olvidar que, en muchos casos y en su afán por definir una identidad propia, la preocupación central de las élites locales, que son las que conforman los poderes locales/regionales, es la de diferenciarse del poder central.

¹¹ En la nueva Constitución, México tomaba el nombre de Estados Unidos Mexicanos y se definía como una república federal y representativa.

¹² Valdiviezo, René, *Poder y región en Tlaxcala, 1975-1987*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2011, pp. 34-35.

¹³ En Padua, Jorge y Vanneph, Alain (comps.), *Poder local, poder regional*, México, El Colegio de México-CEMCA, 1986.

¹⁴ *Ibidem*, p. 16 (“Introducción”).

Las diversas formas de aproximarse al estudio de los poderes regionales y locales, así como los énfasis en los múltiples aspectos de la constitución de dichos poderes, nos aproximan a una definición más precisa, muy útil para remarcar el papel del contexto.

Una pregunta fundamental al tratar de entender los poderes locales y regionales es: ¿cuál es la relación entre el Estado federal y los poderes locales y regionales? Y, por supuesto, ¿cómo se da esa relación?

Evidentemente, aquí partimos de que hay un poder expresado y concentrado en las instituciones centrales del país. Ese poder, externo a la región, es mucho más amplio que el de la región misma. En consecuencia, tenemos que suponer que hay alguna relación entre ellos, ya sea que sean complementarios, contradictorios, derivados o, en algunos casos, yuxtapuestos.

Un elemento importante en la literatura para explicar esta relación, es el papel de los caciques y caudillos: "...cuando se habla de poder local y regional, muy frecuentemente se habla de individuos: de esos que tanto en la literatura culta, como en el habla popular han recibido los nombres de caciques y caudillos".¹⁵

Más que entrar a definir en detalle qué es un cacique y cuáles son sus características, interesa ubicar la función que cumple con relación al poder local/regional y el poder extra local/regional, y que es, en el fondo, lo que permite su éxito y supervivencia: su papel de mediador. La mediación entre niveles de organización y territorio, o entre poderes locales/regionales y federales/nacionales, implica de manera general dos aspectos: dominación y negociación, aunque no siempre exitosas por sí mismas, pero tampoco excluyentes.

El cacique cumple esas funciones: dominación hacia el interior de su grupo, el cual se ubica en una localidad o región, y negociación tanto hacia el interior del grupo, como entre el grupo y otros grupos internos de la región o externos. Esta función de mediación, conocida también a través del concepto de *broker*,¹⁶ tiene algunas implicaciones: "...no posee poder independiente: lo recibe de los actores que lo utilizan; así, cuando el poder está desigualmente distribuido, el *broker* tenderá a favorecer los intereses de los niveles superordinarios. Sin embargo, una acumulación total de poder en una de las partes volvería la mediación innecesaria".¹⁷ Podríamos decir, de otra forma, que la desaparición del poder local llevaría a la pérdida de

¹⁵ De la Peña, en Padua y Vanneph, *op. cit.*, *supra* nota 13, p. 28.

¹⁶ *Ibidem*, p. 32.

¹⁷ *Ibidem*, p. 33.

identidad de la región y, por tanto, a la desaparición de la región misma como tal.

Hasta aquí hemos hablado del cacique como ejemplo individual de la función de intermediación (dominio y negociación) al interior y entre los niveles de poder regionales. De ahí que podamos considerar a la función de *intermediario* (*broker*) como uno de los elementos clave en la definición del poder regional, especialmente y en torno a su relación con el poder *externo*.

Vale la pena resaltar dos aspectos con relación a la función de intermediario: en primer lugar, que tal función se da en el marco de redes sociales que se generan y presentan en una región y, en segundo, que las instituciones formales cumplen un papel fundamental en la conformación de esa función y de esas redes.

Con respecto al primer aspecto, que tiene que ver con la operación del intermediario en el contexto de redes sociales que unen los distintos niveles (de poder y de operación social), nuestro autor señala: “Tales redes pueden definirse como un conjunto de relaciones diferenciadas (compadrazgo, parentesco, amistad, complicidad, vecindad, etcétera), relaciones de trabajo, que posibilitan y sancionan la intermediación”.¹⁸ Esas relaciones generan esquemas de dominación, de subordinación, de solidaridad, de concordancia, etcétera, sobre los cuales se levantan los poderes y los grupos sociales.

Como se puede observar, el tema es amplio y está en la base del análisis del contexto y el análisis politológico para América Latina. Omitir estos aspectos es pensar en Estados integrados y nacionales que hoy se descomponen en el contexto de la globalización,¹⁹ aunque en su esencia han sido pluriculturales y políticamente diversos, reducidos a contextos micro-regionales, lo que representa, sin duda alguna, obstáculos para pensar, no sólo en los aspectos supra-nacionales (*ius commune*), sino incluso en los nacionales.

Además, estos dos aspectos desarrollados son fundamentales en el enfoque politológico, pues gracias a su análisis podemos establecer las posiciones y culturas políticas a las que se enfrenta el desarrollo del derecho constitucional latinoamericano.

3. Elementos del enfoque contextual

El enfoque contextual no está reservado a las ciencias sociales. Germán Bidart Campos quiere aplicar explícitamente una perspectiva contextual,

¹⁸ *Ibidem*, p. 35.

¹⁹ Serna de la Garza, José María, *El concepto del ius commune latinoamericano en derechos humanos: elementos para una agenda de investigación*, México, 2012 (documento inédito).

tematizando el entorno político de la jurisdicción constitucional. Sin embargo, el contexto puede referirse a múltiples factores, de modo que es interesante ver qué factores se incluyen en su análisis. Sistematizando lo que el constitucionalista argentino integra en su enfoque, encontramos definiciones, determinaciones, postulados de diverso índole.

Primero, Bidart Campos se ocupa del contenido de la democracia. Establece que la democracia

...es una forma de Estado o de organización política cuyo núcleo constitutivo radica en la efectividad de los derechos humanos en su triple e indivisible composición: los clásicos derechos civiles de la primera generación, los derechos políticos y los derechos sociales del constitucionalismo social o de la segunda generación más, hoy, de la incipiente tercera generación: a la preservación del ambiente, a la paz, al desarrollo, a la cultura.²⁰

Segundo, Bidart Campos se refiere a la democracia en su aspecto de legitimidad: la democracia se funda en “procesos electorales legítimos con amplia participación competitiva”.²¹ Tercero, en lo interno, supremacía de la Constitución; cuarto, en lo externo, adhesión al derecho internacional de los derechos humanos;²² quinto, la independencia de los órganos propios de la jurisdicción constitucional. El sexto elemento se refiere al ejercicio del magistrado, a “predisposiciones y actitudes de los magistrados, que no se desempeñen inducidos por adhesiones incompatibles con la imparcialidad, la objetividad y la asepsia que son presupuestos esenciales para la autonomía constitucional”.²³ La relación entre Constitución, jurisdicción constitucional y democracia se aprecia sobre todo en la siguiente observación de Bidart Campos:

La Constitución como un conjunto o complejo... no consiste solamente en la sumatoria de su articulado, ni en la letra de sus normas, sino... además añade principios y valores, espíritu o filosofía política, y tradición o raíz histórica... La jurisdicción constitucional superadora de límites infecundos ha de profundizar su finalidad de consolidación y perfeccionamiento del sistema democrático.²⁴

²⁰ Bidart Campos, Germán, “La jurisdicción constitucional. El entorno político”, *Contribuciones*, vol. 2, 1994, p. 49.

²¹ *Ibidem*, p. 49.

²² *Ibidem*, p. 50.

²³ *Ibidem*, p. 52.

²⁴ *Ibidem*, p. 51.

Comparando ambas contribuciones, Landfried y Bidart Campos se refieren al tema de este trabajo: democracia y jurisdicción constitucional en el respectivo contexto europeo y latinoamericano. Se destaca que las situaciones y, por consiguiente, la atención científica son diferentes. Por ejemplo, en el debate europeo no se cuestiona la vigencia de la democracia, de elecciones libres y limpias, la supremacía de la Constitución, la independencia del tribunal constitucional, etcétera. Lo que sí se debate es cómo se desarrolla la relación entre la democracia y la jurisdicción constitucional frente a los procesos económicos, políticos y sociales a nivel nacional y de la Comunidad Europea que involucran, a su manera, el principio democrático y la jurisdicción constitucional.

Pero también, en el debate latinoamericano se cuestionan muchos de estos aspectos y todavía, de manera muy frecuente, se discute sobre la existencia de los regímenes democráticos; de las elecciones libres, imparciales y limpias; de la vigencia del Estado de derecho que asegure la impartición igualitaria y amplia de la justicia; sobre la existencia de aparatos judiciales perfectamente independientes e imparciales, etcétera.

De ahí la enorme importancia de la aplicación del método comparativo en ciencias sociales, lo que orienta hacia explicaciones causales, y que requiere, para ser fructífera, a una inteligente mezcla entre elementos de similitud y disimilitud de los objetos comparados. El diferente estado de desarrollo de la democracia y por siguiente el de la jurisdicción constitucional en Europa y América Latina hace difícil el análisis comparativo de ambición causal.

V. LAS VARIABLES DE CONTEXTO EN EL DESARROLLO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA

Acorde con esta reflexión, se pasa rápidamente revista de algunos factores contextuales que determinan en buena medida la relación entre democracia y jurisdicción constitucional en América Latina.

Conviene diferenciar entre factores que son *conditio sine qua non* de la jurisdicción constitucional y otros que tienen influencia sobre el ejercicio de ella. Bidart Campos ya hizo referencia a la independencia de los tribunales constitucionales y a las actitudes de los magistrados en el ejercicio de la justicia.

Ahora la cuestión se desglosa algo más y se diferencia en relación de factores en los que se observan similitudes y disimilitudes en América Latina,

o sea, que están relacionados con la idea de un creciente espacio jurídico americano, detectando los factores comunes y los discrepantes en América Latina que intervienen en el desarrollo de la relación entre democracia y jurisdicción en esta parte del continente.

1. *Modelos de democracia, representativa o plebiscitaria. Democracia electoral o autoritarismo plebiscitario*

Los procesos electorales de la última década han mostrado un gran interés por constituir gobiernos con plena legitimidad prácticamente en toda la región. Pero los elementos de las diversas culturas políticas han entorpecido esa intención. Así, mientras los procesos electorales como los de Costa Rica, Chile, Argentina, Brasil, Guatemala, entre otros, han dado legitimidad a los gobiernos que de ellos han surgido, en otros países sus gobiernos se debaten entre la legalidad y la imposición, independientemente de las razones estrictamente jurídicas.

El proceso de “traducción” de una elección democrática, a una elección legítima y al avance o consolidación de la justicia constitucional pasa por la resolución misma del proceso electoral. Se supone que en las democracias representativas esta “traducción” o “tránsito” se da de manera más efectiva y logra aceptación social y consenso, pero no siempre sucede así. El caso de las elecciones en México puede ser ejemplo de la dificultad de pasar de un proceso institucionalmente desarrollado a la legitimidad no sólo legal sino social.

Adicionalmente, debemos incluir el tema de las instituciones y los mecanismos de validación de la elección (sistema electoral), aspecto que marca también diferencias entre los países, pues en la reflexión está también la integración e independencia de las autoridades electorales. En general, las autoridades electorales son designadas para integrar un “órgano de Estado”, pero en la práctica son resultado de negociaciones partidistas que desplazan el interés y visión estadista de tal autoridad.

2. *Estado de derecho (rule of law) o Estado de derechos (human rights, plurinacionales)*

Mientras que en Europa, el Estado de derecho es consustancial con la democracia representativa, en América Latina el Estado de derecho es a veces todavía una asignatura pendiente.

La justicia constitucional encuentra en América Latina un elemento de contexto que incide directamente en su desarrollo: la limitada presencia del Estado de derecho, en algunos casos, y la aparición y extensión en Sudamérica, pero con impulsos en otros países, de la perspectiva del derecho plurinacional.

Sobre el Estado de derecho, diversos autores coinciden²⁵ en su fragilidad e incumplimiento, pero no como resultado de las prácticas políticas de cada lugar, sino como producto, fundamentalmente, de las profundas desigualdades socioeconómicas, especialmente en América Latina. Al respecto, César Rodríguez señala en la introducción al texto que se presentan

...sendas condiciones que atraviesan la práctica jurídica en la región: la desigualdad (Oscar Vilhena Vieira), la violencia (Julieta Lemaitre Ripoll) y la globalización (César Rodríguez Garavito). De allí también que (...) haya un esfuerzo por mirar los procesos jurídicos desde la perspectiva subalterna: la de millones de ciudadanos indigentes para quienes el Estado de derecho es aún una lejana aspiración frente a los afanes de la supervivencia diaria (Vilhena Vieira), la de las víctimas de la violencia en la misma situación (Lemaitre Ripoll), o la de los pueblos indígenas y las comunidades afro-descendientes que han transformado o utilizado las herramientas jurídicas nacionales e internacionales —desde las constituciones hasta el sistema internacional de derechos humanos— para resistir los procesos históricos de colonización y discriminación.²⁶

No podemos obviar, ni dejar de considerar como una variable importante en la existencia y ejercicio del Estado de derecho, la realidad socioeconómica de millones de habitantes en América Latina. Si a esta situación le agregamos la violencia (oficial, pero también la no oficial), y la “costumbre del incumplimiento de la ley”, pues resulta que las dificultades para el ejercicio de la justicia constitucional son mayores y muy extendidas.

Por otro lado, también se ha desarrollado la idea de que la vida en sociedad puede ser regulada mediante el derecho comunal, y que éste es la base jurídica del Estado, el cual está integrado por autogobiernos.

Bruno Lima nos recuerda que Bolivia, para utilizar este país como ejemplo, ha definido su Estado como “un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario. (...) Reconoce tanto la democracia directa y participativa (con referéndums, plebiscitos y consultas masivas), como

²⁵ Véase Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011.

²⁶ *Ibidem*, p. 16.

la representativa (mediante elecciones de representantes) y la comunitaria, por medio de elecciones o nominación de autoridades y liderazgos locales e indígenas”.²⁷

Esta visión, que busca incorporar las tradiciones, los “usos y costumbres” ancestrales de los pueblos, especialmente indígenas, se ha desarrollado de manera importante en los países andinos y en México ha tomado fuerza, de forma tal que en este país hay más de 400, de casi 2 mil 500 municipios, que eligen a sus autoridades locales por el sistema de “usos y costumbres”, al margen de la legislaciones electorales locales. Pero el asunto no queda ahí, sino que hay la exigencia de estas comunidades de regirse legalmente por sus propias leyes, lo que genera un problema para el ejercicio del Estado de derecho, en su visión unitaria. La jurisdicción constitucional entra en problemas frente a esta demanda de “autonomía”, porque eso es en el fondo.

Desde 1994, en que nuevamente toma fuerza y centralidad la cuestión indígena en México con el levantamiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), el tema de la justicia social para los pueblos originarios, pero también el del reconocimiento de sus prácticas culturales y, sobre todo, el tema de la autogestión y del respeto a sus “usos y costumbres”, volvieron a atraer la atención en toda América Latina y obligaron a discutir y debatir, desde los gobiernos federales, el tema de la unidad nacional y el de la autonomía de los pueblos originarios. Además, en México se incorporó, desde el discurso oficial, el tema de la balcanización, como un riesgo real.²⁸

El contexto nuevamente se muestra determinante en el análisis y explicación de la justicia constitucional y reafirmamos que los objetos de análisis político nunca aparecen aislados, sino siempre están incrustados en un entorno histórico.

3. *Elementos de la cultura política*

Señala Fernando Escalante Gonzalbo:

Con frecuencia significativa, en las sociedades latinoamericanas, las crisis políticas se manifiestan como “crisis morales”. Es decir, no se reducen a un cambio del personal político, no se limitan al desprestigio de algunas instituciones, ni siquiera al enfrentamiento directo de dos bandos de oposición nítida y

²⁷ Lima Rocha, Bruno, “Hacia un territorio plurinacional comunitario”, *América Latina en Movimiento (ALAI)*, abril 6 de 2009, consultable en: <<http://alainet.org/active/29800&lang=es>>.

²⁸ Van der Haar, Gemma, *El movimiento zapatista de Chiapas: dimensiones de su lucha*, Amsterdam, Labour Again Publications, 2005, p. 11.

radical; con mucha más frecuencia lo que ocurre es una descomposición general donde naufragan tanto el orden jurídico como los partidos y el conjunto de las élites en una lenta y larga sucesión de conflictos sin orientación precisa. Lo que no hay es un horizonte normativo que sirva de eje de referencia, por adhesión o por oposición, para dar cauce a la crisis.²⁹

Es evidente también coexistencia de varios órdenes normativos:

Incluso las élites políticas y culturales, que en público asumen un lenguaje normal cívico y legalista, agresivamente moderno, en el orden cotidiano se adaptan sin dificultad a la mezcla. Eso significa que el desfase entre las creencias y las instituciones puede ser cosa más o menos permanente, hasta aceptada, pero no un signo de anomia... Ninguna institución es enteramente sólida, eficaz y confiable. Todos tienen que funcionar, por decirlo así, entre dos aguas, con una estructura formal moderna y una lógica informal distinta, a veces contraria. La distancia que denunciaba Jorge Eliécer Gaytán entre el “país legal” y el “país real” es evidente en cualquier de nuestras sociedades, es un dato cotidiano.³⁰

Siguiendo a diversos autores, podemos señalar algunos aspectos presentes en las culturas políticas latinoamericanas y que por supuesto inciden en la justicia constitucional, a veces más allá de simples elementos de contexto:

a) Organización informal de los partidos políticos.³¹ De la formalidad en su organización depende, en mucho, su papel en la construcción de la cultura cívica y de la vida democrática y, por ende, del Estado de derecho. En muchos casos de América Latina y en México, por supuesto, encontramos partidos que representan grupos “cuasi-familiares” y no organizaciones con bases sociales reales. De ahí que la incidencia de estos partidos en la construcción de vida y cultura política democrática, sea prácticamente nula.

b) La exclusiva responsabilidad estatal en la política social ha terminado por adormecer las capacidades de la población y conducirla a una perversa

²⁹ Escalante Gonzalbo, Fernando, “Especulaciones a partir del concepto de anomia”, en Bernecker, Walther L. (comp.), *Transición democrática y anomia social en perspectiva comparada*, México, El Colegio de México-Servicio Alemán de Intercambio Académico-UNAM, 2004, p. 131.

³⁰ *Ibidem*, p. 139.

³¹ Freidenberg, Flavia y Steven Levitsky, “Organización informal de los partidos en América Latina”, *Desarrollo Económico*, Buenos Aires, vol. 46, núm. 184, enero-marzo de 2007, pp. 539-568.

dependencia del Estado.³² Este elemento es de fundamental importancia en la relación sociedad-Estado, especialmente en épocas electorales. De ahí las prácticas clientelares de los partidos, el uso ilegal de los programas sociales en los procesos electorales, y la poca o nula participación ciudadana en la conformación de políticas públicas.

c) Cultura política parroquial, que es muestra de la falta de institucionalidad de los sistemas políticos en algunos países latinoamericanos y que va de la mano de la persistencia de condiciones de desigualdad socio-económica que se traducen en desigualdad socio-política. No se puede esperar de esta condición de vida, la existencia de ciudadanos participativos que identifiquen las instituciones formales y que se relacionen con ellas precisamente en su calidad de ciudadanos.³³

d) Una fuerte noción de poder político y económico centralizado; un importante sentido de intolerancia hacia otras religiones, hábitos e ideas; sólido sentido de diferenciación social y racial, que en la esfera política se tradujo en una mayor relevancia de las personas por sobre las instituciones.³⁴

Frente a estas características, es comprensible el reconocimiento de la existencia de condiciones adversas para la conformación de una cultura política democrática que abone y que sea coadyuvante en la construcción de una cultura jurídica de reconocimiento a los derechos constitucionales comunes para América Latina.

4. *La globalización como una variable determinante del contexto*

Vale la pena referir algún comentario sobre la globalización y su incidencia en las prácticas y cultura política “nacional”.

Siguiendo a Ricardo Pozas, la globalización es, esencialmente, “un fenómeno de simultaneidad mundial de flujos y nuevas formas de poder, en el que la información, los capitales y las mercancías, así como los individuos, atraviesan —mediante la informática— las fronteras sin ningún límite, lo cual produce una nueva modalidad de identidad: nómada y fragmentada, desligada de las tradiciones nacionales cerradas”.³⁵

³² Isuani, Ernesto, “Política social y dinámica política en América Latina. ¿Nuevas respuestas para viejos problemas”, *Desarrollo Económico*, Buenos Aires, vol. 32, núm. 125, abril-junio de 1992, pp. 107-118.

³³ Almond y Verba, *op. cit.*, *supra* nota 8.

³⁴ Heras Gómez, Leticia, “Cultura política y democratización en América Latina”, *Revista de Ciencias Sociales*, San José de Costa Rica, núms. 103-104, 2004, pp. 23-37.

³⁵ Pozas Horcasitas, Ricardo, “La globalidad”, en Baca *et al.*, *op. cit.*, *supra* nota 3, p. 278.

Dos aspectos interesa señalar sobre el proceso de globalización en su relación con el tema que nos ocupa. En primer lugar, la modificación que produce en la identidad económica y cultural de las sociedades, y en segundo, el cambio en las relaciones de poder nacionales y su efecto en la vida política nacional.

Con respecto a la modificación de la identidad, los cambios en la vida y patrones de desarrollo de la economía nacional, regional e incluso doméstica, tienen un efecto directo sobre la manera de expresarse en las relaciones sociales, de forma tal que se desplaza a la visión colectivista (incluso sindical) por una visión esencialmente individualista, lo que tiene efectos en la percepción de los derechos y garantías constitucionales, lo que deriva, a su vez, en una forma diferente de cultura política-jurídica, preocupada, esencialmente, por el aseguramiento de la situación personal/familiar y ya no en los derechos colectivos e incluso gremiales.

Con respecto a los cambios en las relaciones de poder, hay consecuencias directas sobre la cultura política y las demandas de democracia, pues los actores se han desdibujado, de su forma más tradicional e incluso carismática, hacia una pretensión, al menos de entrada, de formas de racionalidad y legalidad más extendidas, con lo que podríamos suponer una transformación de los patrones de participación social y política.

En este sentido y con estas consecuencias, la globalización como proceso genera fenómenos de descomposición de las prácticas socio-culturales tradicionales y de incorporación de visiones que, en teoría al menos, facilitarían la presencia de un derecho más allá de lo nacional.

El contexto que dibuja la globalización es, pues, una variable fundamental.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

El análisis de la relación de la democracia y la justicia constitucional adquiere mayor profundidad cuando analizamos el contexto en el que se produce y lo utilizamos como variable interferente. Ciertamente podemos quedarnos en el nivel de lo meramente normativo, con lo que tendríamos esquemas parciales y rígidos y, por ello, incompletos. Pero cuando lo introducimos —y de ahí la posibilidad de la diferenciación—, el análisis nos ubica en otra perspectiva, en donde las peculiaridades y condiciones de “los diferentes” son parte fundamental.

Los elementos particulares del desarrollo democrático de cada país y región, de sus culturas jurídicas, de sus cultura políticas y de sus espacios jurí-

dicos, son los elementos requeridos para aproximar explicaciones pertinentes y útiles para la construcción del concepto del *ius constitutionale commune*.

El camino hacia la conformación del derecho constitucional común pasa, forzosamente, por el reconocimiento y el análisis politológico y contextual, el cual nos permite ubicar las pistas sobre las cuales debemos transitar tanto para superar los obstáculos que las culturas políticas latinoamericanas nos ponen, como para encontrar, en ellos, los puntos de reflexión y superación.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALCUBILLA, Enrique Arnaldo *et al.* (coords.), *Elecciones y justicia en España y México. Memoria del II Curso de Formación Judicial Electoral*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2002.

ALMOND, Gabriel y VERBA, Sidney, *La cultura cívica*, Madrid, Euroamérica, 1970.

BACA, Laura *et al.*, *Léxico de la política*, México, FLACSO-Conacyt-Fundación Heinrich Böll-FCE, 2000.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique, “Los derechos humanos y su protección jurídica en la experiencia política y social de América Latina”, *Pensamiento Constitucional*, Lima, vol. 5, núm. 5.

BERNECKER, Walther L. (comp.), *Transición democrática y anomia social en perspectiva comparada*, México, El Colegio de México-Servicio Alemán de Intercambio Académico-UNAM, 2004.

BIDART CAMPOS, Germán, “La jurisdicción constitucional. El entorno político”, *Contribuciones*, vol. 2, 1994.

BOBES, Velia C., “Cultura política”, en BACA, Laura *et al.*, *Léxico de la política*, México, FLACSO-Conacyt-Fundación Heinrich Böll-FCE, 2000.

BREWER-CARÍAS, Allan R., *La justicia constitucional*, México, Porrúa-IMDPC, 2007.

———, *Dismantling Democracy in Venezuela. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

CACIAGLI, Mario, *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

- Centro de Estudios de Justicia en las Américas, *Reporte de la Justicia 2008-2009*, Santiago de Chile, CEJA, 2009.
- DE LA PEZA, José Luis, “Notas sobre la justicia constitucional en México”, en ALCUBILLA, Enrique Arnaldo *et al.* (coords.), *Elecciones y justicia en España y México. Memoria del II Curso de Formación Judicial Electoral*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2002.
- ESCALANTE GONZALBO, Fernando, “Especulaciones a partir del concepto de anomia”, en BERNECKER (comp.), pp. 125-146.
- European Commission, *Eurostat: Statistics by Theme*, 2012, consultable en <http://europa.eu/publications/statistics/index_es.htm>.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Derecho procesal constitucional. Origen científico (1928-1956)*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- FREIDENBERG, Flavia y Steven LEVITSKY, “Organización informal de los partidos en América Latina”, *Desarrollo Económico*, Buenos Aires, vol. 46, núm. 184, enero-marzo de 2007, pp. 539-568.
- GARRIDO, Luis Javier, *El Partido de la Revolución Institucionalizada. La formación del nuevo Estado (1928-1945)*, México, Siglo XXI Editores, 1991.
- GÓMEZ FORTES, Braulio *et al.*, *Calidad de la democracia en España. Una auditoría ciudadana*, Barcelona, Ariel, 2010.
- HERAS GÓMEZ, Leticia, “Cultura política y democratización en América Latina”, *Revista de Ciencias Sociales*, San José de Costa Rica, núms. 103-104, 2004, pp. 23-37.
- HERNÁNDEZ, Antonio María, Daniel ZOVATTO y Manuel ARAUJO, *Encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica*, México, UNAM, 2005.
- ISUANI, Ernesto, “Política social y dinámica política en América Latina. ¿Nuevas respuestas para viejos problemas?”, *Desarrollo Económico*, Buenos Aires, vol. 32, núm. 125, abril-junio de 1992, pp. 107-118.
- LANDFRIED, Christine, “The Judicialization of Politics in Germany”, *International Political Science Review*, vol. 15, no. 2, April 1994, pp. 113-124.
- LAVEAGA, Gerardo, *La cultura de la legalidad*, México, UNAM, 2006.
- LIMA ROCHA, Bruno, “Hacia un territorio Plurinacional Comunitario”, en *América Latina en Movimiento (ALAI)*, abril 6 de 2009, consultable en: <<http://alainet.org/active/29800&lang=es>>.

- LINZ, Juan y Alfred STEPAN, *Problems of Democratic Transition and Consolidation in Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, Baltimore-London, The Johns Hopkins University Press, 1996.
- LUHMANN, Niklas, *Confianza*, México, UIA-Anthropos, 1996.
- MÁRQUEZ HERNÁNDEZ, Rosario Selene y Florencio VALLADARES ZAMBRAÑO, “El control constitucional en materia electoral a través de las acciones de inconstitucionalidad: un análisis empírico”, *Justicia Electoral*, México, tercera época, vol. 1, núm. 4, 2009, pp. 107-160.
- NOHLEN, Dieter, “Principio proporcional y valor del voto en la jurisdicción constitucional alemana. Comentario crítico de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre mandatos excedentes”, *Revista de Derecho Público*, Santiago de Chile, núm. 71, 2008, pp. 11-32.
- , “Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia”, en *Tribunales constitucionales y democracia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.
- , “El contexto en el análisis politológico”, *Intersticios Sociales. Revista semestral de Ciencias Sociales y Humanidades*, Guadalajara, Jal., vol. 1, núm. 2, 2011.
- , “El presidencialismo: análisis y diseños institucionales en su contexto”, *Revista de Derecho Público*, Santiago de Chile, núm. 74, 2011, pp. 87-111.
- y NOHLEN, Nicolas, “El sistema electoral alemán y el Tribunal Constitucional Federal. La igualdad electoral al debate – con una mirada a Venezuela”, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 109, enero-marzo de 2007.
- ORTIZ, Raúl (ed.), *Estudios de justicia electoral*, Quito, Tribunal Contencioso Electoral, 2009.
- PADUA, Jorge y VANNEPH, Alain (comps.), *Poder local, poder regional*, México, El Colegio de México-CEMCA, 1986.
- PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, *Hacia un nuevo ius commune americano. Reflexiones y propuestas para la integración jurídica*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Grupo Editorial Ibáñez-Escuela Libre de Derecho, 2012.
- POZAS HORCASITAS, Ricardo, “La globalidad”, en BACA, Laura *et al.*, *Léxico de la política*, México, FLACSO-Conacyt-Fundación Heinrich Böll-FCE, 2000.

- PUTNAM, Robert D. *et al.*, *Making Democracy Work. Civic Traditions in Modern Italy*, Princeton, Princeton University Press, 1993.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011.
- RODRÍGUEZ VELTZÉ, Eduardo y ROJAS TUDELA, Farit L., *Apuntes sobre la futura Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional*, Fundación Konrad Adenauer La Paz, Bolivia, 2009.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, UNAM-FCE, 2006.
- SERNA DE LA GARZA, José María, *El concepto del ius commune latinoamericano en derechos humanos: elementos para una agenda de investigación*, México, 2012 (documento inédito).
- Tribunales constitucionales y democracia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.
- TORRES, Luis F., *Presidencialismo constituyente. La ruta del autoritarismo en el Ecuador*, Quito, Cevallos, 2009.
- UPRIMNY, Rodrigo *et al.*, *Libertad de prensa y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia (1992-2005)*, Bogotá, Andiaros, 2007.
- VALADÉS, Diego y CARBONELL, Miguel (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, 2006, 2 vols.
- VALDIVIEZO, René, *Poder y región en Tlaxcala, 1975-1987*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2011.
- VAN DER HAAR, Gemma, *El movimiento zapatista de Chiapas: dimensiones de su lucha*, Amsterdam, Labour Again Publications, 2005.
- VELASCO, Ambrosio, “Los retos de los pueblos indígenas a la democracia en México”, en BERNECKER, Walther L. (comp.), *Transición democrática y anomia social en perspectiva comparada*, México, El Colegio de México-Servicio Alemán de Intercambio Académico-UNAM, 2004.

FORMACIÓN Y TRANSFORMACIÓN DEL SISTEMA PRESIDENCIAL EN AMÉRICA LATINA. UNA REFLEXIÓN SOBRE EL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* LATINOAMERICANO

Diego VALADÉS*

SUMARIO: I. *Explicación*. II. *El sistema presidencial estadounidense*. III. *El sistema presidencial francés*. IV. *El sistema presidencial latinoamericano contemporáneo*. V. *Reflexiones finales*.

I. EXPLICACIÓN

En la elaboración de este ensayo ha sido clave el estudio pionero en México para sistematizar los factores constitucionales del presidencialismo, realizado por Jorge Carpizo. Por décadas, el estudio acerca del sistema presidencial en México atrajo sobre todo a historiadores, politólogos y sociólogos, y si bien los estudiosos del derecho constitucional abordaron con amplitud el papel dominante del presidente, fue a partir de la magistral monografía *El presidencialismo mexicano*, del gran jurista Jorge Carpizo, que el tema fue tratado a fondo con las herramientas del derecho constitucional.

Publicada en 1978,¹ la obra del admirado constitucionalista fue objeto de atención inmediata. La sistematización del poder presidencial, diferenciando sus bases normativas y su expresión fáctica, contribuyó a comprender mejor su dimensión y a proponer las opciones para corregir sus desviaciones. Algunas conductas procedían de la lectura abusiva de la norma; otras se originaban en la fragilidad de un ordenamiento sujeto al entramado institucional que giraba en torno a la hegemonía de un partido dominado a su vez por una persona: el presidente de la República.

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e investigador nacional.

¹ Tiene 16 ediciones en español y ha sido traducida al alemán y al italiano.

A los factores endógenos que propiciaban y acentuaban los efectos de la concentración del poder se sumaban las peculiaridades propias de cada personalidad, más las externalidades del entorno cultural y económico, y de la política exterior. Este último factor influyó de una manera importante y el estudio de sus múltiples implicaciones está todavía pendiente. Se requerirá, entre otras cosas, una detenida investigación documental en los archivos de la Cancillería mexicana y de varios repositorios extranjeros, así como los reportes de diversas agencias internacionales de seguridad, en especial a partir de 1948, año de la integración de la Agencia Central de Inteligencia (CIA) de Estados Unidos.

El presidencialismo mexicano se fraguó y desarrolló en el periodo de la gran depresión económica estadounidense, de la Segunda Guerra Mundial y de la Guerra Fría. El mexicano no fue el único sistema que resintió los efectos de ese contexto internacional. En otros lugares de América Latina se padecieron consecuencias de extrema concentración de poder, igual que en México, pero con el agravante de haber desembocado en dictaduras militares. En el periodo de la Guerra Fría, de 1945 a 1989, los dos únicos países del hemisferio que no padecieron regímenes castrenses fueron Costa Rica y México.

En este estudio me propongo examinar algunas de las fuentes genéticas de los sistemas presidenciales en América Latina, para apuntar al final las tendencias hacia su racionalización que se advierten en la actualidad. Este es el campo de interés que ha promovido de manera sobresaliente el profesor Armin von Bogdandy, al investigar lo que identifica como *ius constitutionale commune* latinoamericano. La fructífera tradición comparatista que nutre la doctrina del hemisferio se enriquece ahora con la preocupación del profesor de Heidelberg por identificar los elementos características del derecho constitucional en el hemisferio a partir de las resoluciones jurisprudenciales. También ha mostrado que es posible ampliar el horizonte de la indagación a las fuentes de inspiración y a los procedimientos de construcción normativa, que incluyen objetivos, conceptos y contenidos compartidos.

II. EL SISTEMA PRESIDENCIAL ESTADOUNIDENSE

De manera general se acepta que el sistema presidencial latinoamericano procede de Estados Unidos. Esto es evidente, porque el primer sistema presidencial fue el de ese país, y los primeros en adoptarlo y en adaptarlo fueron los países identificados como *latinoamericanos*.² Cuando aludo a su

² La expresión *Amérique latine* comenzó a ser utilizada en Francia a mediados del siglo XIX. Todo indica que el poeta colombiano José María Torres Caicedo, muy conocido en los círculos

adaptación, es por la gran diferencia contextual del sistema presidencial en Estados Unidos y en América Latina.

Es bien sabido que la célebre obra *El Federalista* ofrece la interpretación por excelencia del texto constitucional de los Estados Unidos. La aprobación de esa Constitución mediante referéndum obligó a un gran esfuerzo explicativo, impulsado por Alexander Hamilton, John Jay y James Madison.

Hamilton planteó que la “suprema autoridad ejecutiva” recayera en un gobernador designado de manera vitalicia. La permanencia en el cargo de este gobernador quedaría sujeta a su buena conducta, por lo que su desempeño terminaría con la muerte, con la renuncia o con la destitución. En esta figura de un gobernador vitalicio está presente una de las notas características de los monarcas. La gran diferencia con la monarquía consistía en que el gobernador no tendría derechos dinásticos. Aun cuando fue derrotada, la iniciativa de Hamilton indica que el diseño de la figura presidencial tuvo como base la estructura de la Corona británica.

El constitucionalismo estadounidense influyó en otros países por las instituciones que creó, pero también por el procedimiento parlamentario adoptado para el debate. Cuando los convencionistas se dieron a la tarea de construir la Constitución federal, ya tenían más de dos lustros de experiencia parlamentaria y habían debatido acerca de cuestiones tan relevantes como el pacto de Asociación Continental, la Declaración de Independencia y los Artículos de Confederación. Una de las muestras de la madurez alcanzada está en los debates acerca de cómo organizar el gobierno.

intelectuales de Francia y de Inglaterra, fue el primero en emplear la expresión *América latina* en su poema *Las dos Américas*, publicado el 15 de febrero de 1857 en *El Correo de Ultramar*, un “periódico político, literario, mercantil e industrial” editado en París de 1843 a 1886, y con amplia difusión en los países hispanohablantes de América y en Nueva York. Una de sus estrofas dice así: “Mas aislados se encuentran, desunidos, / Esos pueblos nacidos para aliarse: / La unión es su deber, su ley amarse: / Igual origen tienen y misión; / La raza de la América latina, / Al frente tiene la sajona raza, / Enemiga mortal que ya amenaza / Su libertad destruir y su pendón” El uso de la expresión *América latina* fue impulsado por el gobierno de Napoleón III para denotar la vinculación cultural entre Francia y los países colonizados por España y Portugal, marcando así una diferencia con relación a los de matriz anglosajona. En inglés se tienen registros del uso de *Latin American*, como adjetivo y como sustantivo, a partir de 1890. El adjetivo francés *latino-américain* está identificado a partir del siglo XX, de acuerdo con la Académie Française. Según *Le Grand Robert de la Langue Française* el primer lexicón en esa lengua que lo consignó fue el Larousse de 1931. En lengua española fue incorporado al *Diccionario de la Real Academia* en su 19a. edición, de 1970.

Por otra parte, en el periodo de la revolución de independencia, en Estados Unidos era común hablar de *British America*, como se advierte en los debates del Primer Congreso Continental (sesión del 1o. de agosto de 1774).

La discusión sobre este tema ocupó la atención de los constituyentes en diversas sesiones. No me detendré en el análisis del extenso debate; para identificar los aspectos dominantes, de manera esquemática presento las más importantes cuestiones relativas al Ejecutivo (entre paréntesis se menciona el nombre de los representantes y las fechas del debate, todas en 1787):³

- Ejecutivo elegido por el Congreso, por un periodo fijo, sin reelección (William Houston, junio 1o.). La elección por el Congreso fue cuestionada porque propiciaría una lucha de intrigas que dividiría de manera permanente a los legisladores (Elbridge Gerry, junio 2).
- Ejecutivo como magistratura que ejercía funciones delegadas por el Congreso (Roger Sherman, junio 1o.).
- Ejecutivo sin facultades en materia de paz y guerra, para evitar su conversión en un monarca. Mandato: siete años (Charles Pinckney, junio 1o.).
- Ejecutivo unipersonal. Tendría más “energía” (en el sentido de poder) para atender sus funciones, pero cuidando que esas responsabilidades no coincidieran con las del monarca inglés. Se aclaraba que en los gobiernos de los Estados no había ejercicio colegiado sino singular. Elección popular indirecta, mediante la cual los ciudadanos elegirían *electores*. Mandato: 3 años. También se advirtió en contra de que la elección del Ejecutivo fuera hecha por las legislaturas estatales, porque esto favorecería las disputas por el poder (James Wilson, junio 1o., 2, 4).
- Ejecutivo acompañado por un Consejo, para evitar que fuera “el feto” de una monarquía. El Ejecutivo colegiado tendría dificultades para actuar, sobre todo en materia militar (Gerry, junio 1o., 4).
- En los Estados los titulares del Ejecutivo eran singulares, pero estaban obligados a consultar a un Consejo (Sherman, junio 4).
- Ejecutivo con funciones limitadas, que no podrían incluir las que fueran de carácter legislativo ni jurisdiccional (James Madison, junio 1o.).
- Mandato: siete años sin reelección (George Mason, junio 1o.).
- El Ejecutivo debía contar con el pago de sus gastos, pero no con salario. Debía evitarse la proclividad a convertir los cargos públicos en una fuente de enriquecimiento (Benjamin Franklin, junio 2).

³ Véanse los textos completos en Madison, James, *Notes of the Debates in the Federal Convention of 1787*, Nueva York, W. W. Norton, 1987.

- Remoción del Ejecutivo por el Congreso a solicitud de la mayoría de las legislaturas estatales (John Dickinson, junio 2).
- Derecho al veto (legislación negativa) del Ejecutivo (Gerry, junio 4). Se recordó que el monarca británico no ejercía este derecho desde la Revolución de 1688 (Alexander Hamilton, junio 4). Se aclaró que el rey de Gran Bretaña no tenía que invocar ese derecho, porque los sobornos a los miembros del Parlamento lo hacían innecesario (Franklin, junio 4). También se dijo que no se podía facultar a una sola persona para oponerse a la voluntad de todos (Sherman, junio 4). Se sugirió que las objeciones del Ejecutivo fueran aceptadas a condición de poder ser superadas por una mayoría especial (Madison, junio 4).

El procedimiento de elección del presidente fue una de las cuestiones que mayor preocupación e interés suscitó. Aunque no se tenía experiencia acerca de los efectos que podría tener el mecanismo electoral aplicado a los presidentes, se tuvo una clara intuición de que se trataba de una cuestión mayor que había que examinar con el mayor rigor posible. Las opciones consideradas pueden verse en los debates de los días 9 y 18 de junio, y 24 y 25 de julio. Fueron las siguientes:

- Elección por sorteo. Se tuvo presente que ésta había sido una modalidad en Atenas. Sus mayores ventajas consistían en que se evitaba la polarización entre los electores (pueblo, asambleas, o gobernadores) y en que se moderaba la ambición de los aspirantes. Fue desechada con rapidez, porque se adujo que los pueblos deben ser gobernados por la razón, no por la suerte (King, julio 24).
- Elección por los “gobernadores o presidentes” de los Estados. Aquí se tuvo en cuenta la experiencia de los grandes electores en el Imperio Romano Germánico. Se consideró que convertiría en monarcas a los gobernantes locales (Gerry, junio 9 y julio 25).
- Elección por las legislaturas de los Estados. Esta modalidad preservaría el poder de decisión que los Estados habían alcanzado con motivo de la Confederación, pero a la vez significaba que se dejaba latente una de las causas de debilidad de la Unión y que se abriría la posibilidad de que, si la mayoría de las legislaturas se pusieran de acuerdo, elegirían al más débil (Madison, julio 25).
- Elección por el Congreso. Tendría la ventaja de que el Ejecutivo contaría con el apoyo mayoritario para gobernar, pero auspiciaría la intervención de fuerzas externas que pretenderían influir sobre los legisladores. Se recordó que en la elección del emperador de Alema-

nia intervenían todas las potencias europeas. Además, se prestaba a la intriga y dejaba al Ejecutivo en manos de la asamblea que lo había elegido; dividiría al Congreso y esto afectaría su trabajo ulterior (Madison, julio 25).

- Elección popular. Era la solución más democrática, pero beneficiaría a los candidatos de los estados más poblados y afectaría a los estados pequeños, generando un desequilibrio que se oponía a las motivaciones de la Federación (Madison, julio 25). Otros argumentaron que le daría “mucho poder a los ignorantes” (Gerry, julio 25).
- Por electores. La elección indirecta en segundo grado resultó la más convincente, porque se situaba en un nivel intermedio entre la elección directa y la elección por una asamblea o por un conjunto de asambleas. En adición, los electores seleccionados para la ocasión se reunirían y procederían de inmediato, sin dar oportunidad a las presiones externas ni a la corrupción, y luego se disolverían, sin representar un factor permanente de interés (Madison, julio 25).

En cuanto a la denominación, en la mayor parte de los debates se hizo referencia sólo al “Ejecutivo”, aunque en la propuesta de Hamilton se hablaba de “gobernador”. En algunas onstituciones locales había gobernadores y en otras presidentes.⁴ En el caso del proyecto de Constitución de Virginia, de 1776, se proponía poner el gobierno en manos de un “administrador”, que contaría con su “sub-administrador” y con un Consejo Privado. Este administrador tendría facultades para disolver la Asamblea, duraría sólo un año en el poder y ejercería en general “los poderes que antes habían correspondido al rey de Inglaterra”. Este proyecto tuvo una gran repercusión, porque Virginia era a la sazón la colonia más poblada. Tanto así, que cuando se hizo la asignación de diputados que integrarían el primer Congreso, la distribución quedó así: Nueva Hampshire, 3; Massachusetts, 8; Rhode Island, 1; Connecticut, 5; Nueva York, 6; Nueva Jersey, 4; Pennsylvania, 8; Delaware, 1; Maryland, 6; Virginia, 10; Carolina del Norte, 5; Carolina del Sur, 5; Georgia, 3.

Para tener un panorama completo del proceso constitucional estadounidense, además de *El Federalista* y de *La democracia en América*, es indispensable la voluminosa, documentada e inteligente obra del jurista liberal británico

⁴ Por ejemplo, en las Constituciones Fundamentales de la Provincia de Nueva Jersey, de 1683, y en la norma conocida como *Frame of Government* de Pensilvania, de 1698, se aludía al gobernador con ese nombre y por sus funciones de encabezar el Consejo de Gobierno se le mencionaba como presidente (artículo XIX y párrafos 25 y 27, respectivamente).

James Bryce, quien en *The American Commonwealth* (1888) ofrece una acertada interpretación de las decisiones adoptadas en Filadelfia. En cuanto al tema aquí mencionado, Bryce indica que los constituyentes estadounidenses eran profundos conocedores del sistema constitucional inglés y que, a la vez, la población educada estaba muy familiarizada con el desarrollo constitucional de sus propios Estados, desarrollo madurado a lo largo de un siglo. En este sentido, la figura de los gobernadores locales fue una significativa fuente de inspiración y es el antecedente más cercano para el sistema presidencial que se generó en Filadelfia.⁵

En el debate también se produjeron observaciones ligeras que dieron lugar a reflexiones profundas, como resulta frecuente en toda discusión sobre estas materias. Por ejemplo, se dijo (Coronel Mason, junio 4) que “la más peligrosa monarquía” no era la inglesa, sino la que se proponía para Estados Unidos: la electiva. Esta consideración no tomaba en cuenta que la monarquía es vitalicia y hereditaria. Sin embargo, este fue el tipo de inquietudes que llevaron a eludir el sufragio directo para la elección del presidente.

El 26 de julio la asamblea adoptó el resolutive XII, conforme al cual se acordó que el Ejecutivo nacional sería unipersonal, elegido por el Congreso para un periodo de siete años sin reelección, con facultades para aplicar las leyes y designar funcionarios, a menos que las leyes dispusieran otra cosa. Este magistrado era removible mediante enjuiciamiento y responsable por negligencia y mala conducta, y tenía derecho a percibir una remuneración a cargo del erario “por la dedicación de su tiempo al servicio público”.

El acuerdo se puso en manos de Comité de Detalle,⁶ compuesta por cuatro abogados y un comerciante.⁷ La Convención entró en receso para esperar a que esta comisión presentara un proyecto que integrara las resoluciones preliminares y los debates sostenidos. El resultado de este trabajo presentado el 6 de agosto y se convirtió en el proyecto formal de la Constitución. Fue en esta Comisión donde se introdujo la denominación de *presidente* para el magistrado que hasta ese momento sólo había sido mencionado como Ejecutivo. Hay muchos elementos para inferir que quien propuso ese

⁵ Cfr. Bryce, James, *The American Commonwealth*, Indianápolis, Liberty Fund, 1995, vol. I, pp. 34 y ss.

⁶ La expresión *Committee of Detail* no tiene equivalente en español; es una figura que sólo se utilizó en la Convención. Más tarde también se integró la Comisión de Revisión y Estilo, en la que participaron Alexander Hamilton y James Madison.

⁷ Oliver Ellsworth, abogado; Nathaniel Gorham, comerciante; Edmund Randolph, abogado; John Rutledge, juez, y James Wilson, abogado y juez.

título para el Ejecutivo fue James Wilson,⁸ de la misma manera que se le reconoce como autor de la expresión *república federal*.⁹

El liderazgo de la Convención lo compartían Wilson y Madison,¹⁰ y Wilson había sido muy insistente en la necesidad de un Ejecutivo unipersonal. Al entrar en vigor la Constitución, Wilson fue designado para integrar la Corte Suprema y en el Colegio de Filadelfia se estableció la primera cátedra de derecho, que fue conferida a Wilson. En su lección inaugural estuvieron presentes el presidente y el vicepresidente de los Estados Unidos, el Congreso federal en pleno y la legislatura del Estado.¹¹ Este reconocimiento muestra hasta qué punto se trataba de una personalidad de excepcional relevancia.

III. EL SISTEMA PRESIDENCIAL FRANCÉS

En febrero de 1848, Karl Marx y Friedrich Engels publicaron el *Manifiesto Comunista* que abría con una profética expresión, que se haría famosa: “Un fantasma recorre Europa: el fantasma del comunismo”. En efecto, ese mismo mes se produjo en Francia la Revolución que se expandiría por una buena parte de Europa y que daría lugar a profundos cambios institucionales en el continente.

En el orden jurídico, la Revolución tuvo como consecuencia la Constitución de ese mismo año. Fue la primera norma suprema con carácter social. No fue una decisión fortuita; fue el resultado natural de las ideas y de

⁸ En las notas de trabajo de Wilson hay una que dice: “The Senate and H. D. [House of Delegates] shall by joint Ballot annually choose the Presidt. U. S. from among themselves or the People at large. — In the Presidt. the executive Authority of the U. S. shall be vested”, *cit.* por Thach, Charles C., *The Creation of the Presidency 1775-1789*, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1969, p. 109. Véanse, asimismo, Rossiter, Clinton, *1787. The Grand Convention*, Nueva York, MacMillan, 1966, pp. 202 y ss., donde el autor explica que Wilson tuvo a su cargo la formulación final del proyecto, al que agregó precisiones y detalles, y Gilson, Bernard, *La découverte du régime présidentiel*, Paris, LGDJ, 1982, pp. 109 y ss.

⁹ La escritora Mercy Otis Warren, con el seudónimo “A Columbian Patriot”, escribió en febrero de 1788: “...had not Mr. Wilson, in the fertility of his genius, suggested the happy epithet of a *Federal Republic*”. En Bailyn, Bernard (ed.), *The Debate on the Constitution. Federalist and Antifederalist Speeches, Articles and Letters during the Struggle over Ratification*, Nueva York, The Library of America, 1993, vol. II, p. 289.

¹⁰ *Cfr.* Ackerman, Bruce, *We the People. Transformations*, Cambridge, Mass., Belknap Press, 1998, p. 78. Thomas Jefferson subrayó que Wilson tenía un poder de persuasión equivalente al de “Demóstenes y Cicerón juntos”, *cit.* por Alexander, Lucien Hugh, “James Wilson, Patriot, and the Wilson Doctrine”, *The North American Review*, Boston, 1906, vol. 183, núm. 8, p. 5.

¹¹ *Cfr.* Wilson, James, *Collected Works*, Indianápolis, Liberty Fund, 2007, vol. I, p. 403.

las movilizaciones sociales propiciadas por la conmoción de 1789, recogidas por las diversas corrientes socialistas y comunistas que proliferaron en Europa, y sobre todo en Francia.

La Constitución de la Segunda República, del 28 de octubre de 1848, es el precedente de las Constituciones sociales del siglo XX. En su preámbulo fijaba la orientación de la norma en el sentido de procurar la equidad y el bienestar social. En su parte preceptiva (artículo 13) estableció la libertad de trabajo y de industria, el derecho a la educación primaria gratuita, a la educación profesional, a la igualdad de relaciones entre obreros y patronos, a la previsión social y al crédito, y a la asistencia de los menores abandonados y de los discapacitados, de los ancianos y de los pobres a quienes sus familiares no pudieran socorrer.¹²

En el orden político, esa Constitución fue la primera, fuera del continente americano, que adoptó el sistema presidencial. Aunque en Europa ya había repúblicas, el sistema presidencial de oriundez estadounidense todavía no figuraba en el elenco de las instituciones continentales.¹³ Conforme al artículo 43, el pueblo francés *delegaba* “el Poder Ejecutivo en un ciudadano que recibe el título de presidente de la República”. El presidente era elegido por cuatro años, en lo que se asemejaba al de los Estados Unidos, pero no podía ser reelegido para el periodo inmediato, con lo que se introducía una variante que tenía que ver con la preocupación de evitar una recaída monárquica. La característica más relevante, empero, no era esa; lo novedoso consistía en que la elección del presidente era por sufragio directo, secreto y universal (artículo 46). Eran electores todos los franceses mayores de veintún años, sin que para el ejercicio de sus derechos se requiriera condición censal alguna (artículo 25).

La Constitución también disponía que para ser elegido era necesario obtener más de la mitad de los votos emitidos, o en el caso de no ser así, contar por lo menos con dos millones de votos. La exigencia de este número de sufragios era razonable, si se tiene en cuenta que la población ascendía a 36 millones de habitantes. Si ningún candidato cumplía con cualquiera de los dos requisitos, la elección incumbiría a la Asamblea Nacional, que designa-

¹² Louis-Marie de Cormenin incluyó en su proyecto de Constitución la educación gratuita, libre y bajo la supervisión del Estado, y el derecho al trabajo y a la asistencia (artículo 4o.). Véase *Petit pamphlet sur le projet de constitution*, París, Pagnerre, 1848, pp. 4 y 9. En otro panfleto, con la forma de carta pública dirigida a Thiers, firmada con el seudónimo Maître Pierre, le dijo: “El porvenir pertenece a los obreros”. Véase *La république des paysans*, París, André Sagnier, 1872, p. 5.

¹³ Véase Gilson, *op. cit.*, *supra* nota 8, pp. 291 y ss.

ría por mayoría absoluta, eligiendo con libertad entre los cinco candidatos más votados (artículo 47).

Entre las facultades del presidente francés, que no tenían su equivalente en los Estados Unidos, figuraban: presentar iniciativas de ley a través de los ministros; disponer de la fuerza armada, aunque sin poder comandarla en persona; nombrar y remover libremente a los ministros, y nombrar y remover, en Consejo de Ministros, a los agentes diplomáticos, los comandantes militares, los gobernadores de las colonias, incluida Argelia, y a todos los demás titulares de cargos oficiales, y proponer a la Asamblea una terna para la designación del vicepresidente de la República. Además, los ministros tenían derecho a usar la palabra en la Asamblea Nacional cada vez que lo decidieran así (artículos 49, 50, 64 y 69). Otra diferencia consistía en que el presidente, los ministros y todos los “agentes depositarios de autoridad pública” eran responsables de sus actos ante la Asamblea Nacional, sin que el presidente pudiera a su vez disolverla (artículo 68).

Como se advierte, en Francia había diferencias significativas con relación al modelo presidencial estadounidense. Aunque se introducía un elemento de control al establecer la responsabilidad política del presidente, sus facultades eran más extensas que las asignadas por la Constitución de Filadelfia y, lo más relevante, su fuente de legitimidad era el pueblo mismo. Comenzaba, así, el sistema presidencial de base plebiscitaria.

El 10 de diciembre, apenas unas semanas después de ser promulgada la Constitución, fue elegido presidente Luis Napoleón Bonaparte, hijo de Luis, rey de Holanda, y sobrino del emperador. Tres cuartas partes de los ciudadanos participaron en la elección presidencial, otorgándole 5.4 millones de votos, frente a 1.9 millones distribuidos entre sus opositores. En cambio, la elección de los diputados apenas contó con la participación del 40% del electorado, y los sufragios se fragmentaron entre monárquicos, divididos en orleanistas y legitimistas, más socialistas, comunistas y republicanos moderados. Las tensiones entre el príncipe-presidente y la Asamblea se suscitaron desde el inicio mismo del periodo. Bonaparte se sentía poseedor de un apoyo popular superior al de cada uno de los diputados e incluso al del conjunto de la Asamblea.¹⁴

Al acercarse el siguiente proceso electoral, Luis Napoleón intentó remover la prohibición constitucional de reelección. Ante las reticencias de la Asamblea, recurrió a un procedimiento plebiscitario que la norma no contemplaba. Integró un comité de reforma constitucional que a su vez

¹⁴ Véase Delyfer, Henriette, “Une comédie de suffrage universel?”, en Bluche, Frédéric, *Le prince, le peuple et le droit*, París, PUF, 2000, pp. 48 y ss.

se allegó un millón cuatrocientas mil firmas exigiendo la reforma. En julio de 1851, la Asamblea se pronunció sobre la reelección y se acordó la reforma constitucional, pero sin alcanzar la mayoría calificada que requería la Constitución. Luis Napoleón decidió entonces disolver la Asamblea, contraviniendo una vez más a la Constitución.¹⁵ Para remediar su acción, que estaba tipificada como “crimen de alta traición”, apeló al pueblo como “juez supremo”. El 22 de diciembre se llevó a cabo un referéndum con la siguiente pregunta: “El pueblo francés mantiene la autoridad de Luis Napoleón Bonaparte y delega en él los poderes necesarios para establecer una Constitución”. La respuesta a favor la dieron 7.4 millones de franceses, contra apenas seiscientos mil en contra. El presidencialismo plebiscitario estaba en marcha.

La decisión constitucional referente al sufragio universal tuvo motivaciones democráticas, pero como en esa época todavía no se hacían análisis de sociología electoral, no se advirtió que resultaría muy funcional para los conservadores. La Revolución de febrero tenía un alto componente social y contó con la participación dominante de los trabajadores parisinos. Cuando fue convocada la elección de la Asamblea Constituyente, se introdujo el principio electoral libertario que le daba derecho a votar a todos los franceses. El resultado, empero, no favoreció a la izquierda en la proporción esperada.

De los 36 millones de habitantes que Francia tenía en 1848, París contaba con un millón y Marsella con alrededor de un cuarto de millón. La combinación territorial y demográfica de Francia se proyectó en la Asamblea, compuesta por 900 diputados. De ellos, cerca de 200 eran socialistas y 250 monárquicos. En cuanto a las profesiones, había 26 obreros y más de 400 abogados. En el orden patrimonial, dos tercios pagaban impuestos por más de 500 francos, lo que denotaba una posición económica desahogada, y en cuanto a experiencia parlamentaria, 165 ya habían sido diputados durante la monarquía.¹⁶

En materia electoral, la provincia francesa no se comportaba como la capital del país; los campesinos no compartían el radicalismo obrero; la burguesía local no participaba de las ideas sociales. La orientación electoral del

¹⁵ Marx acuñó otra demoledora expresión para referirse a este hecho. En el primer párrafo de su célebre ensayo *El 18 de Brumario de Luis Bonaparte* señaló: “Hegel dice en alguna parte que todos los grandes hechos y personajes de la historia universal se producen, como si dijéramos, dos veces. Pero se olvidó de agregar: una vez como tragedia y otra vez como farsa”.

¹⁶ Bastid, Paul, *Doctrines et institutions politiques de la Seconde République*, Paris, Hachette, 1945, t. I, pp. 188 y ss. y 225 y ss.

grueso de la población francesa favoreció en menor proporción a los socialistas y a los comunistas que a las demás corrientes ideológicas, por lo que el desencanto que siguió a los comicios llevó a decir a Proudhon que “para los obreros, la Revolución tiene que empezar otra vez”.¹⁷

Entre las personalidades sobresalientes figuraron Alphonse de Lamartine, Adolphe Thiers, Robert de Lamennais y Víctor Hugo, por la llamada *Joven izquierda* estaban Alexis de Tocqueville y Jules Dufaure, y entre los socialistas más prominentes destacaron Louis Blanc, Víctor Considerant, Pierre-Joseph Proudhon y Pierre Leroux,¹⁸ pues François Raspail, Étienne Cabet, Louis Auguste Blanqui, resultaron derrotados en las elecciones. Louis Napoléon fue elegido, pero su posible presencia en la Asamblea generó un intenso rechazo que lo llevó a dimitir.¹⁹

También fueron diputados el gran teórico del parlamentarismo, Prosper Duvergier de Hauranne, que apenas en 1846 había publicado *De la Réforme parlementaire et de la réforme électorale*, que tuvo una rápida e importante repercusión en el ámbito político francés, y Luis Marie de LaHaye Cormenin, un influyente jurista, progresista y experimentado parlamentario, promotor entusiasta del sufragio universal y autor, entre otros trabajos, de *Ordre du jour sur la corruption électorale et parlementaire*. A Cormenin se le reconoció como *el apóstol del sufragio universal*, y como presidente de la comisión redactora de la Constitución de 1848 tuvo un papel decisivo para su adopción.²⁰

Cormenin fue el autor del plan general de la Constitución. Antes de preparar un anteproyecto, sometió a la consideración de los restantes miembros de la comisión un esquema de cinco grandes rubros que incluían la definición de las formas del “Poder Ejecutivo” y del “Poder Legislativo”. En cuanto al primero las opciones para ser analizadas eran: gobierno de asamblea, directorio integrado por 3, 5 o 7 personas, o un solo titular del poder elegido por tres años, aunque dejaba abierta la posibilidad de que los demás integrantes de la comisión propusieran otras modalidades dignas de ser tomadas en cuenta. En cuanto al sistema representativo planteaba como temas y problemas para discutir el sufragio universal y directo, el número

¹⁷ *Ibidem*, p. 187.

¹⁸ Leroux formuló un confuso proyecto al que denominó “Constitución democrática y social”, que no recibió mayor atención por parte de la asamblea. Véase *Project d'une Constitution démocratique et sociale*, París, Lib. Gustave Sandré, 1848, pp. 141 y siguientes.

¹⁹ Bastid, *op. cit.*, *supra* nota 16. p. 233.

²⁰ A Cormenin, asociado a Armand Marrast, se le consideraba como el padre de esa Constitución. Véase Mirecourt, Eugène de, *Cormenin*, París, Rue des Marais Saint-Martin, 1858, p. 81.

de representantes, las formas de escrutinio, la integración uni o bicameral, y la extensión de los periodos de sesiones.²¹

La cuestión de las dos cámaras estuvo asociada al debate sobre la forma de gobierno. Los constituyentes se decantaron por una sola cámara, pero las observaciones de dos personajes apuntaron las consecuencias de esa decisión. Entre los diecinueve integrantes de la Comisión de Constitución figuraban dos brillantes y experimentados analistas: Tocqueville y Gustave de Beaumont. Amigos desde la juventud, afines en lo familiar, en lo social y en lo político, compañeros como magistrados en sus años mozos, realizaron juntos en 1831-1832 el viaje a Estados Unidos que les daría celebridad. Beaumont escribió *Du système pénitentiaire aux États-Unis*, publicado en 1833, y Tocqueville *La democracia en América*, aparecida en 1835. Cuando la elaboración de la Constitución de 1848, ambos estaban muy familiarizados con las instituciones estadounidenses y, apoyándose en ese conocimiento, predijeron que la adopción en Francia de una sola cámara generaría tensiones excesivas entre la Asamblea y el presidente, que podrían desembocar en la ruptura del orden constitucional por parte del ejecutivo. Tocqueville afirmó: “estoy convencido de que sin un sistema de dos cámaras la República se perderá”.²² Fue eso lo que ocurrió. Esta experiencia no fue analizada por los Constituyentes mexicanos de 1857, a pesar de que varios de ellos conocían bien la política y las instituciones francesas.

El parlamento unicameral era, de suyo, un factor importante para desencadenar el proceso anunciado por Tocqueville. Pero por si no hubiera sido suficiente, también operó en la misma dirección el sistema electoral adoptado por la Constitución. Años después, al analizar lo ocurrido en 1848, Léon Duguit advirtió que la causa que desencadenó la fractura constitucional residió en que el presidente y la Asamblea tenían la misma fuente de legitimidad: el sufragio universal.

Con el peso de su autoridad académica y en el ejercicio de la presidencia de la Comisión de Constitución, Cormenin convenció a sus integrantes acerca de las ventajas democráticas del sufragio universal para la elección del presidente y de los diputados. Cuando el proyecto fue presentado a la Asamblea, el diputado Jules Grévy defendió la que se conoció como *Enmienda Grévy*, que consistía en permitir la reelección indefinida del presidente, por parte de la Asamblea. Grévy era un respetado republicano que todavía no alcanzaba la notoriedad y la relevancia políticas que lo llevaron a ser presidente de Francia entre 1879 y 1887, por lo que su propuesta fue derro-

²¹ *Ibidem*, pp. 239 y ss.

²² *Ibidem*, p. 247.

tada por 643 votos contra 158 que la apoyaron. El debate entre Lamartine y Grévy ofreció el contraste entre la elocuencia del primero y la lógica del segundo. Grévy favorecía el sufragio universal para la elección de la Asamblea, lo que en su concepto le otorgaría el poder de representar al pueblo soberano, pero advertía que si se aplicaba esa misma fuente de poder al presidente, auspiciaría el ejercicio monárquico del poder por la “prodigiosa fuerza moral” que significaba contar con un apoyo popular de gran magnitud.²³

Duguit fue del mismo parecer y, utilizando los instrumentos del análisis constitucional, señaló que la Constitución de 1848 convirtió al presidente y a la asamblea en contendientes inevitables, porque se generó una doble representación de la soberanía popular. “Al decidir que el Poder Ejecutivo fuera delegado por el pueblo a un presidente de la república elegido por cuatro años mediante sufragio universal, la Asamblea se contradecía a sí misma”. En tanto que los diputados y el presidente eran nombrados por los mismos electores, representaban al mismo elemento político, por lo que uno de los dos sucumbiría “fatalmente” ante el otro. “En 1848, el presidente de la república sólo podía ser una *rueda paralizada e inútil* o bien una fuerza sin rival que absorbería todo el poder”.²⁴

Los republicanos franceses aprendieron tan bien la lección de 1848 que en las siguientes Constituciones, en 1875, 1946 y 1958, la elección del presidente fue indirecta. Una reforma promovida por Charles de Gaulle, en 1961, restableció la elección directa, para fortalecer la situación del presidente ante un parlamento compuesto por dos cámaras.

El sistema plebiscitario de 1848 tuvo una profunda repercusión en América Latina. De manera sucesiva la elección plebiscitaria de los presidentes fue siendo acogida por las Constituciones de Bolivia (1851), Perú (1856), Venezuela (1858), Ecuador (1861), El Salvador (1864), Honduras (1865), Guatemala (1879), Brasil, desde su primera Constitución republicana (1891), Nicaragua (1893), Panamá, desde su primera Constitución (1903), Colombia, mediante la reforma de 1905 a la Constitución de 1886; Costa Rica (con la reforma constitucional de 1913), Uruguay, en su segunda Constitución (1918) y Chile (1925, al reformar la Constitución de 1833).

En México, Venustiano Carranza anunció su proyecto de Constitución en el discurso inaugural del Congreso Constituyente, el 10. de diciembre de 1916, y en cuanto a la presidencia advirtió que: “El presidente tendrá

²³ Lehning, James R., *To be a Citizen: The Political Culture of the Early French Third Republic*, Ithaca, Cornell University Press, 2001, pp. 16 y ss.

²⁴ Duguit, Léon, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, París, Dalloz, 2005, pp. 322 y ss.

indispensablemente su sostén en el mismo pueblo; tanto contra la tentativa de cámaras invasoras, como contra las invasiones de los pretorianos. El gobierno, entonces, será justo y fuerte”. Mostraba así que la utilización del voto universal y directo para la elección del presidente significaba una considerable fuerza para el presidente, que era lo que se había pretendido conjurar en Filadelfia y en cambio había sido adoptado en Francia en 1848: la primacía del presidente con relación al Congreso. Ésta era, por otra parte, una tesis electoral que se distanciaba de la doctrina que había sostenido Emilio Rabasa.

Rabasa, quien atribuyó la dictadura al mal diseño de la Constitución de 1857, tuvo una posición muy crítica con relación al sufragio universal. Para el constitucionalista mexicano, el “buen sentido” de la Comisión proyectista de la Constitución de 1857 siempre estuvo por encima del conjunto del Congreso. Esa Comisión había planteado que, para ejercer el derecho al sufragio, era necesario saber leer y escribir, con lo que coincidía Rabasa; empero, en el debate plenario prevaleció la corriente que consideraba que “las clases indigentes” no eran culpables del descuido de los gobiernos en cuanto a la instrucción pública. “Sin conciencia de la gravedad de la resolución y por unanimidad de votos, el Congreso cerró las puertas a la democracia posible en nombre de la democracia teórica”, afirmó Rabasa. Más adelante subrayó que “el sufragio universal produce en todos los países la aparición de elementos perturbadores”. Como ejemplo apuntaba que “En Estados Unidos los negros y los inmigrantes nuevos y pobres son electores que gana el cohecho de los profesionales de la política o el engaño de los juglares de los comicios”.²⁵

Las críticas al sufragio universal invocaban argumentos conservadores. Si el estándar de la democracia se determinara por las condiciones imperantes y no por los objetivos procurados, las instituciones jamás habrían avanzado, porque el condicionamiento cultural no lo hubiera permitido. La relación sinérgica entre norma y normalidad debe considerarse en el orden de potenciar cambios recíprocos y no su anquilosamiento sistemático.

En el caso de Argentina, la Constitución de 1853 adoptó el modelo estadounidense de elección indirecta en segundo grado. Casi un siglo después, la Constitución peronista de 1949, en cambio, siguió el estándar bonapartista, pero sólo se aplicó en las elecciones de 1951, porque en 1952 fue restablecido el texto del siglo XIX y no fue sino hasta la reforma de 1994 cuando, de manera definitiva, se reimplantó la elección directa (artículo 94).

²⁵ Rabasa, E., *La Constitución y la dictadura*, México, Revista de Revistas, 1912, pp. 173 y ss.

En cuanto a Cuba, en 1934 se introdujo el sufragio universal y directo, denominado simplemente “popular”, para la elección de todos los “mandatarios” (artículo 39), y en Paraguay la elección directa fue incorporada por primera vez en la Constitución autoritaria de 1940 (artículo 49).

Un problema generalizado en América Latina, durante el periodo de elecciones indirectas, fue la corrupción y el caciquismo que la acompañó. El fenómeno dominante fue la hegemonía del clero, de los militares y de los terratenientes, que controlaron los procesos electorales y que produjo, entre otras consecuencias, la prolongada vigencia del Estado confesional. La elección directa tampoco propició el advenimiento de la democracia, sino de formas diversas de ejercicio patrimonial del poder. El daño ocasionado por la corrupción endémica y la falta de cultura democrática que precedió al sufragio directo condicionó durante décadas el sentido de los comicios, alterando o manipulando de manera sistemática la decisión de los ciudadanos.

Ambos modelos de elección presidencial, el norteamericano y el francés, fueron objeto de distorsiones. El primero, porque favoreció el poder de las oligarquías que controlaban los procesos de elección; el segundo, porque benefició la concentración plebiscitaria del poder en una sola persona.

IV. EL SISTEMA PRESIDENCIAL LATINOAMERICANO CONTEMPORÁNEO

Al principiar el siglo XIX, el constitucionalismo moderno estaba instalado en la doctrina y en las instituciones de los países más influyentes del planeta. Los constructos que nutrirían al constitucionalismo ya eran conocidos y discutidos también en los espacios coloniales de las Américas española, francesa y portuguesa. Los conceptos de contrato social y de soberanía que dieron fundamento conceptual a la independencia y al ejercicio constituyente de los nuevos Estados, más la separación de poderes, que permitió configurar la arquitectura del poder a través de las constituciones, eran la fuente en la que abrevaba el pensamiento político de las naciones colonizadas.

En la cultura de la época también se tenía un conocimiento sistemático del derecho romano, aprendido además en latín. En la escuela de las Américas, el latín se estudió a lo largo de todo el siglo XIX. Esto permitía que los profesionales y los intelectuales estuvieran familiarizados con el mundo clásico, que incluía las raíces atenienses de la democracia.

Sin embargo, el modelo clásico no aportaba instrumentos operativos para configurar los órganos del poder en las nuevas naciones independientes, y una vez resuelto lo concerniente a la construcción de un orden constitucional, se presentaba el problema práctico del diseño institucional y de acomodar los órganos del poder de una manera que resultara funcional.

En la etapa en la que se produjeron los movimientos independentistas en la mayor parte del hemisferio, sólo eran conocidas tres grandes formas de organización constitucional del poder: el parlamentario, británico, que siguió evolucionando a lo largo del siglo XIX; el presidencial, estadounidense, y el monárquico, continental europeo, que al inicio del siglo XIX exhibía las tensiones entre un absolutismo declinante y un constitucionalismo incipiente.

La Revolución Francesa era una fuente de inspiración en materia de principios, pero no de organización política. El nacimiento de las repúblicas latinoamericanas coincidió con el imperio y la restauración en Francia, que bien poco podían orientar en la construcción de los nuevos Estados. Por su parte, Gran Bretaña venía de la Revolución Gloriosa y el sistema parlamentario seguía embarneciendo, pero todavía no se había aplicado en ninguna república. En cambio, la doctrina francesa de la separación de poderes, postulada por Montesquieu y adoptada por la Declaración de los Derechos del Hombre, ya había tenido acogida amplia en la Constitución estadounidense, y allí se había construido un modelo de gobierno compatible con el de una organización republicana.

Por eso, entre los varios factores que contribuyeron a la formación del sistema presidencial en América Latina fue muy relevante la fuerza expansiva del modelo estadounidense. La razón no consistió en una simple imitación mecánica, sino en un contexto institucional que ofrecía pocas opciones, además de la americana. Pero hubo otro ingrediente que, si bien tuvo una repercusión menor, no debe ser desestimado: la doctrina Monroe.

El 2 de diciembre de 1823, el presidente de los Estados Unidos, James Monroe, presentó su séptimo informe de gobierno ante el Congreso. En el poder desde 1817, Monroe fue el gran arquitecto de la geopolítica norteamericana y de su consiguiente expansión territorial. En 1823 hizo explícita la tesis, ante representantes y senadores, en el sentido de que los sistemas políticos de las potencias europeas eran “esencialmente” distintos de los de Estados Unidos. Pero no se limitó a señalar la diferencia; también envió un mensaje a Europa en el sentido de que “cualquier intento de expandir sus sistemas en cualquier lugar de este hemisferio será considerado como amenaza a nuestra paz y seguridad”.²⁶ Para que no quedara duda alguna, unos párrafos más adelante reiteró: “Es imposible que los poderes aliados extiendan su sistema político en cualquier parte de este continente sin poner en riesgo nuestra paz y felicidad”.

²⁶ Richardson, James (comp.), *Messages and Papers of the Presidents*, Washington, Bureau of National Literature, 1912, vol. I., pp. 776 y ss.

¿A qué sistemas se refería Monroe? Los Estados con los que su país tenía una relación más frecuente, sobre todo por cuestiones políticas, comerciales y territoriales, eran España, Francia, Gran Bretaña, Prusia y Rusia. Con este último país se hacían las gestiones para adquirir Alaska; con España se negoció la compra de Florida; con Gran Bretaña se compartió parte de Oregón. En cuanto a Francia, a Monroe le había correspondido años antes negociar la adquisición de Louisiana. Otro asunto que generaba fricciones con algunas potencias europeas era el comercio de esclavos, al que Monroe se opuso con firmeza por considerarlo aberrante e inhumano.

Al momento de la declaración de Monroe, en los países continentales europeos dominaba el sistema de gobierno monárquico sin matices; el parlamentario no se había extendido fuera de Gran Bretaña. Los acuerdos diplomáticos entre Estados Unidos y Gran Bretaña incluían limitar la expansión de potencias como España y Francia en los territorios de América, para así poder extender el comercio angloamericano. Aún cuando no se planteó una exclusión expresa del sistema parlamentario, la acción diplomática de los enviados estadounidenses incidía en las bondades del sistema presidencial, y esta actitud se reforzó a partir de la declaración de diciembre de 1823. La posición de Monroe, tal como fue enunciada, representaba una defensa de los intereses de las naciones independizadas de España; la interpretación imperialista fue posterior.²⁷

El sistema presidencial se fue implantando en la América hispanohablante por la inviabilidad práctica de seguir otros modelos, por la naturaleza republicana de las nuevas naciones, por la proximidad histórica de la Constitución de Estados Unidos, por el rápido prestigio de un sistema que funcionaba en un contexto de libertades y de prosperidad, y por la presencia política de ese país en el resto del hemisferio.

Las lecturas que se le dieron al sistema presidencial estadounidense en los países latinoamericanos que fueron adoptando el sistema presidencial, incorporaron matices propios, ajenos al modelo original. El contexto del sistema presidencial en las ex colonias españolas (Brasil fue un imperio de 1822 a 1889) presentaba considerables diferencias con el contexto en Estados Unidos. En el periodo de la independencia americana, en Londres funcionaba un Parlamento que había reivindicado sus derechos ante el monarca casi un siglo atrás. En ese Parlamento fue donde primero se escucharon las razones referentes a *no taxation without representation* (*no hay tributación sin representación*), pues ésta era una tesis cuyas raíces se remontan a las disposiciones constitucionales británicas de 1215, que había sido enunciada con

²⁷ Cfr. Hart, Gary, *James Monroe*, Nueva York, Times Books, 2005, pp. 108 y ss.

precisión por John Locke²⁸ y que en Irlanda tuvo un uso extendido desde principios del siglo XVIII.²⁹ En contraste, Madrid seguía siendo la sede de un gobierno con vocación absolutista, a pesar del cambio intentado con la Constitución de 1812.

La circunstancia de que las primeras reivindicaciones norteamericanas estuvieran referidas a los derechos tributarios, y que las acompañaran las relativas a la libertad religiosa, situó al sistema representativo en una posición de equilibrio ante el Ejecutivo. La composición demográfica de las colonias no era homogénea. En ellas convivían, en condiciones de personas libres, alemanes escoceses, holandeses, ingleses e irlandeses, que profesaban diferentes cultos y ritos religiosos, en su mayoría familiarizados con los efectos de la Guerra de Treinta Años y con el contenido de los Tratados de Westfalia. Esta circunstancia también propició un mayor interés en el sistema representativo. A lo anterior se sumaban una trayectoria de relativa autonomía de las colonias entre sí, y una tradición jurisdiccional que había propiciado la existencia de un foro experimentado.

En la América española, en cambio, las reivindicaciones independentistas tuvieron otro derrotero. Al menos al inicio de los movimientos revolucionarios hubo adhesiones a la monarquía, y más tarde el gran elemento que definió el *ius constitutionale commune* durante la larga fase inicial del constitucionalismo consistió en la paradójica intolerancia religiosa. Sin tradición representativa local ni metropolitana, sin vocación descentralizadora, sin prácticas jurisdiccionales que dieran prioridad al ordenamiento civil y con la comprometedor carga de atender las exigencias de una Iglesia habituada a ejercer el poder político en forma vertical, después de tres siglos de dominio de la Inquisición, los órganos de los Estados nacientes obedecieron a un patrón de concentración del poder. A partir de la independencia, de los presidentes dependería la unidad territorial, la relación con el papado y la asignación de cargos sin la intervención de los congresos.

Además, los fuertes liderazgos militares se trasladaron al ámbito político por varias razones: no había una clase dirigente local; la turbulencia social no se apaciguó al concluir la lucha independentista; se presentaron conflictos territoriales con los Estados vecinos; sobrevinieron amenazas de reconquista por parte de la ex metrópoli española, y el endeudamiento de las nuevas naciones propició el intervencionismo de potencias europeas. En estas circunstancias, en la mayor parte de los países latinoamericanos se tuvo la prolongada presencia de gobiernos militares. A manera de ejemplo

²⁸ *The Second Treatise of Government*, cap. 11, 138.

²⁹ *Cfr.* McCullough, David, *John Adams*, Waterville, Thorndike Press, 2001, p. 83.

están los siguientes casos: en Argentina, después de un proceso institucional muy complejo, Juan Manuel de Rosas ocupó el poder de 1829 a 1852, con un intervalo de poco más de dos años en el que gobernaron otros militares y un civil impuestos por él; en Bolivia, a partir del gobierno del Antonio José de Sucre en 1824, los militares estuvieron en el poder hasta 1855; en Chile sucedió lo mismo entre 1817 y 1851. El gobierno de México, de 1821 a 1855, fue desempeñado por dieciocho generales; sólo por breves periodos, y de manera subordinada a los militares, a lo largo de ese periodo tres civiles ocuparon la presidencia, por un total de 20 meses en conjunto. Perú fue gobernado desde 1821 hasta 1862 por comandantes insurgentes y en Venezuela ocurrió otro tanto entre 1830 y 1868, en un ciclo iniciado por José Antonio Páez y concluido por José Tadeo Monagas.

Los militares siguieron ocupando la presidencia de los países latinoamericanos también después de las fechas indicadas, pero lo que me interesa destacar es que en su fase adaptativa, la presencia castrense imprimió una dirección cesarista a los sistemas presidenciales de la región. En contraste, en Estados Unidos George Washington no aceptó una segunda reelección con argumentos republicanos ejemplares, y después de él hubo cinco presidentes más antes de que fuera elegido otro militar, Andrew Jackson, en 1829, es decir 42 años después de Washington. En total, en el siglo XIX Estados Unidos tuvo diez presidentes militares, uno de los cuales gobernó sólo un mes y medio. Algunos, como Jefferson, Madison y Monroe, tuvieron grado militar como voluntarios, no como integrantes del ejército profesional.

Sin perder de vista que el sistema presidencial norteamericano fue objeto de cambios que le dieron perfiles propios en los países latinoamericanos, es posible identificar las influencias dominantes en diferentes etapas históricas de su evolución. En términos generales han sido tres las grandes fuentes en las que se ha nutrido el diseño institucional de los sistemas presidenciales. La primera y más relevante fue la estadounidense, como ya se dicho antes, que perfiló la denominación y la atribución del poder ejecutivo a una sola persona; la segunda fue la bonapartista, en cuanto a la base plebiscitaria del poder presidencial; la tercera ha sido el sistema adoptado por la Constitución francesa de 1958, que ha permitido superar la tesis de la incompatibilidad de las instituciones de oriundez parlamentaria con la de origen presidencial.

Uno de los grandes problemas relacionados con el diseño de las instituciones consistió en suponer que los sistemas eran *puros*, y que la forma de organizar y de hacer funcionar los órganos del poder tenía que obedecer a una ortodoxia que impedía integrar en un sistema instituciones de diversas procedencias. Este esquema fue superado por la norma francesa de 1958, que combinó de manera muy funcional elementos de los dos grandes siste-

mas. No fue el primer caso. Antes se había tenido una conjugación análoga en la Primera República española (1873-4), que aunque no llegó a aprobar una Constitución formal, en la práctica tuvo un presidente designado por el Congreso y responsable, al igual que sus ministros, ante el órgano de la representación nacional. Otro tanto ocurrió con las constituciones de Portugal (1911), Alemania (1919) y Finlandia (1919). Pero por razones comprensibles, ninguno de esos precedentes tuvo la repercusión de la Constitución francesa de 1958.

El inteligente diseño adoptado por Michel Debré y el grupo de expertos que colaboró con él, para conciliar las ideas presidencialistas del general Charles de Gaulle y las parlamentaristas del propio Debré, dieron como resultado una norma que en su primera fase no contemplaba la elección plebiscitaria del presidente. Fue una reforma de 1961 la que retomó esa modalidad del constitucionalismo decimonónico francés.

Cuando aludo a la influencia del nuevo constitucionalismo francés no es porque su modelo se haya adoptado en América Latina, sino porque le dio argumentos convincentes a quienes abogaban por dejar atrás las rigideces del presidencialismo añejo, que a su vez se había refugiado en un discurso político y académico conservador. El temor al *mestizaje* de los sistemas, como una causa de su inoperancia, se veía contrarrestado por el éxito de la experiencia francesa, que se fue amoldando a las circunstancias y que después de 1986, con motivo de la primera *cohabitación*, como la denominó Duverger,³⁰ permitió concluir que se estaba ante un sistema basculante que se acercaba al presidencial o al parlamentario según que el partido del presidente tuviera o no mayoría parlamentaria.

Aunque la fuerza expansiva de la cultura francesa ha disminuido, la Quinta República ha sido un ejemplo para los demócratas latinoamericanos. Las posibilidades de democratización en el hemisferio se ampliaron a partir de la terminación de la Guerra Fría y los cambios constitucionales menudearon después de 1989. El militarismo entró en una fase decreciente hasta llegar a un punto en el que, con excepción de Cuba, el hemisferio es gobernado por civiles. Otro giro significativo se dio en favor de los derechos humanos y de sus garantías.

Aunque el desarrollo constitucional latinoamericano ha seguido ritmos distintos, en cuanto al sistema presidencial están presentes tres modelos: el *tradicional*, el *transicional* y el *democrático*.

³⁰ Duverger, Maurice, *Breviaire de la cohabitation*, París, PUF, 1986, p. 7: “La cohabitation d’un président de gauche et d’une majorité de droite va permettre d’appliquer enfin la Constitution de la V République” (“La cohabitación de un presidente de izquierda y de una mayoría de derecha va a permitir aplicar, por fin, la Constitución de la V República”).

Llamo *modelo presidencial tradicional* al que mantiene concentrado el poder en la persona del presidente. El entorno mundial dominante, los procesos electorales internos, la observancia de los derechos fundamentales, incluidas las libertades de información y de opinión, y los cambios culturales generan circunstancias diferentes a aquellas en las que el hermetismo político y el aislamiento internacional facilitaban el autoritarismo. Aún así, el modelo tradicional de los sistemas presidenciales conserva constantes arcaizantes con relación a las tendencias democráticas del constitucionalismo contemporáneo. La declinación de este modelo depende de múltiples factores. Por una parte, las exigencias sociales se multiplican; por otra, los cambios culturales están cada vez más asociados a las formas de comunicación y a la multiplicación de las opciones educativas. La preservación de este modelo tradicional implica costos sociales de inequidad e inseguridad; costos políticos de ineptitud y corrupción, y costos económicos de improductividad y rezago.

El *modelo presidencial transicional* corresponde a una etapa que se sitúa entre la posición tradicional, recalitrante a los cambios institucionales, y el modelo democrático hacia el cual se puede evolucionar. El modelo transicional se caracteriza por la adopción de los instrumentos de control jurisdiccional y político, con responsabilidades para los titulares de los cargos públicos, y donde los controles sociales, en especial los de índole electoral, ya están consolidados. En este modelo transicional, algunas formas avanzadas de control están incorporadas al ordenamiento constitucional y significan un adelanto en el sentido de modificar el entorno institucional y de generar estándares culturales propicios para la plena validez de las normas que regulan los procesos del poder. Algunos de estos sistemas presidenciales, al mismo tiempo que incorporan instituciones de control jurisdiccional y político, contienen su neutralización o incluso la anulación de sus efectos mediante otras instituciones constitucionales con las que coexisten. Esto no excluye que haya ocasiones en que esa interacción negativa no haya sido deliberada y se trate de errores en el diseño, susceptibles de corrección.

Considero que se alcanza un *modelo presidencial democrático* cuando se pasa de los enunciados formales a la positividad de la norma en materia de controles jurisdiccionales y políticos y, por ende, se está ante un sistema presidencial que ha superado la concentración de facultades en una sola persona, en el que las decisiones gubernamentales son objeto de deliberación en un gabinete con facultades constitucionales y los ministros que lo integran están sujetos a responsabilidades políticas. Los postulados normativos por sí mismos son valiosos, en tanto que apuntan lo que corresponde al deber ser del sistema presidencial, pero en las relaciones de poder las resistencias al cambio, incluso al formal, son muy intensas y se multiplican cuando se pasa

a su aplicación real. La expresión nominal de las disposiciones relativas al sistema presidencial no siempre denotan que se esté dando su cumplimiento. En ocasiones encubren usos y prácticas diversas que no guardan relación con lo prescrito por la Constitución. En estos casos considero que se sigue en la fase transicional, y que el modelo democrático se consolida en cuanto la norma y la normalidad coinciden.

El derecho constitucional común de América Latina presenta muchos datos en cuando a que, tendencialmente, los modelos tradicionales están movilizándose hacia los transicionales, y algunos de éstos han alcanzado o se acercan a la tercera modalidad, democrática. Aludo a *modelos*, no a *fases* de un proceso diacrónico. Si bien es frecuente que se produzcan efectos agregados equivalentes a una línea evolutiva, también suceden fenómenos regresivos. Los modelos mencionados corresponden a una perspectiva dinámica que permite advertir las oscilaciones del sistema presidencial, que lo mismo puede pasar del transicional al democrático, que viceversa.

Las semejanzas formales entre las instituciones no ofrecen la certidumbre de que operen de manera análoga en los diferentes sistemas constitucionales, y ni siquiera de que se pueda hablar de su validez y eficacia en los Estados donde están en vigor. La homogeneidad se agota en los enunciados formales, si bien esto tampoco es algo que pueda desdeñarse. En la medida en la que se tienda a adoptar instituciones análogas, y dadas las condiciones de intensa comunicación que caracterizan a la sociedad global contemporánea, lo que comienza como una expresión nominal muy bien puede culminar en un auténtico proceso normativo.

La reserva concierne a que en una construcción dinámica, además del análisis normativo, es menester examinar los variados factores culturales con los que conviven y en los que se desarrollan las mismas instituciones jurídicas y políticas. El núcleo de afinidades formales tiende a estandarizarse, pero la homogeneidad cultural es mucho más compleja. Algunos patrones de conducta se han generalizado en regiones determinadas, pero lo que concierne a los comportamientos asociados al ejercicio del poder tiene fuertes notas vernáculas que imprimen una multiplicidad de matices a las instituciones políticas.

Estas consideraciones inducen a considerar que el *ius constitutionale commune* debe atender también al contexto, y que las condiciones de homogeneidad cultural en América Latina son engañosas. Hay elementos externos compartidos y que son de gran importancia, como el idioma, pero también hay diferencias que tienden a acentuarse.

A partir de 1988, quince constituciones han adoptado instituciones avanzadas en materia de régimen de gobierno. Diez de ellas son nuevas y

cinco fueron reformadas en esa dirección: Argentina (1994), Bolivia (2009), Brasil (1988), Chile (modificada en 2001 y con nuevas reformas anunciadas para 2014), Colombia (1991), Ecuador (2008), El Salvador (reformada en 2000), Guatemala (reformada en 1993), Honduras (1999), México (reformada en 2014), Nicaragua (reformada en 2000), Perú (1992), República Dominicana (2010), Uruguay (1996) y Venezuela (1999).

De esas constituciones, ocho prevén la aprobación congresual del programa de gobierno: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, México, República Dominicana y Uruguay. Por otra parte, en once se hace referencia a las facultades de los gabinetes: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Panamá, República Dominicana, Uruguay, Venezuela, y en cinco, a las de los jefes o coordinadores de los gabinetes de gobierno: Argentina, Chile, Guatemala, Perú, Venezuela. Considerando estos catorce países, se advierte que sólo la Constitución de Argentina incluye los tres rubros, mientras que en otros siete están recogidas dos de esas categorías.

En la mayoría de los catorce países los ministros están sujetos al control político por parte de los congresos. Las modalidades generalizadas de control son las preguntas y las interpelaciones. La censura, la más dura forma de expresar una discrepancia por parte de los representantes políticos, está prevista en once constituciones: Argentina, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela.

El alcance de las instituciones mencionadas no es igual en cada caso. Las instituciones están sujetas a *interacciones normativas y culturales*. En el primer caso, el comportamiento de una misma institución en diferentes ámbitos normativos depende de cómo están estructuradas y funcionan otras instituciones. Por ejemplo, las relaciones entre el gobierno y el congreso se ven influidas por el régimen de partidos, que a su vez guarda una relación estrecha con los mecanismos electorales. La aprobación de un programa de gobierno se dificulta si en el congreso es dominante la presencia de dos partidos y adquiere otra dinámica según haya un número reducido de partidos o la representación se encuentre muy fragmentada. Los matices posibles no se agotan allí. También influye el talante del electorado y su actitud en función de problemas de coyuntura, la actitud de los medios de comunicación, la magnitud de las presiones ejercidas por los centros de poder económico nacionales y extranjeros, por las organizaciones gremiales y académicas, por los líderes culturales y sociales, e incluso las inercias establecidas.

Otras interacciones están referidas al contexto normativo. Puede haber disposiciones constitucionales que orienten las políticas del Estado en materia educativa, habitacional, asistencial y de salud, para sólo mencionar

unos casos, que representen un ingrediente acerca del cual se puedan tener variaciones de políticas, pero no posiciones muy alejadas. A esto se puede sumar que el programa sea ejecutado por un gobierno mayoritario o por uno de coalición. También se debe considerar si el sistema jurisdiccional ofrece instrumentos para impugnar las normas que regulan la aplicación de los programas de gobierno, por lo que la eventualidad de correcciones, modificaciones o incluso derogaciones no queda excluida.

Todo lo anterior se menciona en el caso de una sola institución, el programa de gobierno, para ilustrar las múltiples vicisitudes a las que se encuentra sujeta una institución en un momento determinado. El esquema se hace más complejo si se examinan las posibilidades en un horizonte cronológico extendido. Por ende, los trazos que apunten a la homogeneidad formal pueden ser examinados con mayor facilidad si se hace sobre la base de un modelo que permita apreciar los elementos comunes dominantes, para luego cotejarlos con los procesos de interacción institucional que varían en el espacio y en el tiempo. Es relevante que además de los elementos formales se contemplen los efectos reales de cada uno de los sistemas presidenciales para identificar la relación entre norma y normalidad.

Convencionalmente se ha entendido como integrantes de América Latina a los países hispano-luso hablantes. Aceptando esa convención, hay 19 países en el área. De estos, conforme a los modelos apuntados más arriba, el examen de la norma y de la normalidad aparente permite establecer que los sistemas presidenciales de Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay corresponden al modelo democrático. En esos países los instrumentos de control jurisdiccional y político se encuentran en una fase que permite hablar de su aplicación efectiva.

El modelo transicional, con un amplio gradiente en cuanto a su desarrollo, se observa en Argentina, Colombia, Guatemala, Panamá, Perú y República Dominicana. Cada uno de esos sistemas presenta problemas que no les han permitido consolidar el modelo presidencial democrático, pero el instrumental requerido ya está en vigor.

Los restantes sistemas constitucionales forman parte del modelo tradicional. Aquí se inscriben Bolivia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay y Venezuela. En el caso cubano, el rezago se extiende al ordenamiento mismo en su conjunto, que no se encuadra en el constitucionalismo contemporáneo. Otros sistemas, como Bolivia, Ecuador, Nicaragua y Venezuela, contienen disposiciones formales de control político, pero también establecen instituciones que confieren a los respectivos presidentes poderes hegemónicos que neutralizan y en algunas circunstancias incluso nulifican las posibilidades de control por parte de los órganos

jurisdiccionales y representativos. En cuanto a los otros países centroamericanos, subsiste la fragilidad de las instituciones representativas. El caso de Paraguay es impreciso, porque si bien el Congreso ejerció funciones extremas de control con relación al presidente, también es probable que no haya actuado con autonomía y que se haya subordinado a otras formas de presión. Se trata de una situación *sui generis* en la que todos los indicios apuntan en el sentido de que se mantiene una estructura vertical del poder.

México forma parte del modelo tradicional, porque los cambios en materia de régimen de gobierno promulgados en 2014 entrarán en vigor en 2018, y aun así sólo contemplan avances moderados en cuanto a la aprobación del programa de gobierno y a la participación del Congreso en la ratificación de algunos integrantes del gabinete. El poder sigue concentrado en la figura presidencial, y si bien las previsiones para 2018 son un avance con relación a la situación presente, no contemplan el amplio elenco de controles políticos que ya están presentes en los sistemas que han sido caracterizados dentro de los modelos transicional y democrático.

V. REFLEXIONES FINALES

Un aspecto que es conveniente tener en cuenta cuando se analiza la formación de algunas instituciones que caracterizan al *ius commune* latinoamericano, es el origen europeo de las que se reputan como estadounidenses, entre ellas el componente plebiscitario del sistema presidencial. En tanto que sería descabellado plantear siquiera la modificación del mecanismo plebiscitario, lo que debe buscarse es su corrección por la vía de otras instituciones de compensación, en especial por el acoplamiento de gobiernos de gabinete en el sistema presidencial. De esta manera, sin que los presidentes ocupen a la vez la jefatura del Estado y del Gobierno, los integrantes del gabinete estarían sujetos a formas de investidura, control y remoción que atenuarían las tensiones e incluso propiciarían formas de colaboración entre gobiernos y congresos.

Los constituyentes de Filadelfia tuvieron dos grandes modelos de referencia: el inglés, lo que es muy conocido, y el holandés, en lo que se repara bastante menos. Con todo, es inequívoco que la presencia holandesa fue importante en las trece colonias.³¹ En el siglo XVII las colonias holandesas

³¹ *Cf.* Mijnhardt, Wijnand, “The Declaration of Independence and the Dutch Legacy”, y Voorhees, David William, “English Law through Dutch eyes”, en Rosenblatt, Albert M. y Rosenblatt, Julia C. (eds.), *Opening Statement. Law, Jurisprudence, and the Legacy of the Dutch. New York*, Albany, State University of New York Press, 2013, pp. 55 y ss. y 207 y ss., respectivamente.

se extendían en partes de los actuales territorios de Nueva York, Pensilvania, Delaware y Massachusetts.

Durante el periodo de la colonización norteamericana, los Países Bajos estaban organizados como *República de las Siete Provincias Unidas* (*Republiek der Zeven Verenigde Provinciën*), como *República de los Siete Países Bajos Unidos* (*Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden*), o simplemente como *Provincias Unidas* (*Verenigde Provinciën*). La estructura correspondía a un Estado confederado y su vigencia se extendió de 1581 a 1795. Téngase en cuenta que lo que hoy es Nueva York antes fue Nueva Ámsterdam, y todavía se conservan allí nombres holandeses como Bronx (por su fundador Jonas Bronck) y Harlem, que a su vez había sido Nueva Harlem.

El concepto *Estados Unidos*, que está asociado a las ideas republicana y federal, que fue adoptado por las trece colonias con motivo de su independencia³² y luego por México y por Brasil, procede del constitucionalismo republicano holandés del siglo XVI. Esta es una vertiente de estudio todavía poco explorada.³³ Además, esto no resulta ajeno a la tradición norteamericana, en tanto que el pensamiento republicano de ingleses y holandeses aparece “conectado” en el periodo que comprende las dos últimas décadas del siglo XVI y la primera del XVII, según ha demostrado Jonathan Scott.³⁴

En el primer Congreso Continental, reunido a partir de octubre de 1774 y del que resultaron los Artículos de Confederación de 1778,³⁵ figuraron muchos de los más eminentes juristas de la época. Entre ellos estuvo John Adams, quien años más tarde sería el segundo presidente de los Estados Unidos.³⁶ Adams reconoció que la “historia de [Holanda], y sus complicadas constituciones, han provisto de una inagotable fuente de materiales

³² Conviene tener presente que en 1643 ya habían sido adoptados los *Articles of Confederation of the United Colonies of New England*.

³³ Con toda razón se afirma que la república holandesa suele ser poco estudiada, a pesar de que en su momento atrajo la atención de los más relevantes estudiosos de la política en Europa. Cfr. Gordon, Scott, *Controlling the State*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, p. 167.

³⁴ “Classical Republicanism in Seventeenth-century England and the Netherlands”, en Van Gelderen, Martin, y Quentin Skinner (eds.), *Republicanism. A Shared European Heritage*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, vol. I, pp. 61 y siguientes. Scott subraya que es llamativo que la relación entre las teorías republicanas inglesa y holandesa no se haya estudiado sino hasta fines del siglo XX.

³⁵ Entraron en vigor en marzo de 1781.

³⁶ De los 56 delegados que representaron a las 13 Colonias en 1774, 8 participaron en la elaboración de la Constitución federal, entre ellos los influyentes Gouverneur Morris y George Washington. Otros, como John Adams y Thomas Jefferson, no intervinieron directamente en la aprobación de la Constitución, pero sí contribuyeron con sus ideas y observaciones.

para nuestro [del los constituyentes] propósito”.³⁷ Entre otros aspectos mencionó que en los holandeses se inspiró el principio de que los cargos públicos debían corresponder a todos los hombres por igual, en función exclusiva de su mérito. Reconoció que la organización holandesa era ejemplar, pues cada provincia contaba con una asamblea, cada ciudad con un burgomaestre y sus respectivos consejeros, y que los jueces eran independientes.

La experiencia institucional holandesa fue mencionada en varias ocasiones durante el proceso constituyente.³⁸ Uno de esos casos fue el relacionado con la denominación que debía darse al titular del gobierno. En los Países Bajos existía ya un funcionario con el título de estatúder (*stadholder*, *stadtholder*, en inglés; *stadhouder* en neerlandés), que se confería, durante la dominación española, a los gobernadores de las fortalezas. En español, en sentido literal, se traduciría como lugarteniente. La misma voz se conservó durante el periodo republicano para identificar al gobernador de una provincia. Fue usada por primera vez, en este sentido, cuando los Estados Generales nombraron a Guillermo de Orange, en 1580. El título subsistió hasta 1802. En el caso de la casa de Orange, el cargo se hizo hereditario, por lo que su deriva monárquica representó un obstáculo para su adopción por parte de los convencionistas de Filadelfia. El tema fue mencionado sin mayor profundidad por Benjamin Franklin en la sesión del 4 de junio de 1787, y por Pierce Butler un par de días antes.

Los elementos analizados permiten identificar que el sistema presidencial en América Latina tiene varias raíces europeas, una significativa influencia estadounidense y numerosas notas propias. Por otra parte, el sistema presidencial estadounidense ha seguido evolucionando después de su formulación inicial en 1787, y muchos aspectos de ese proceso de adaptación forman parte de cambios formales de la Constitución, de la interpretación de la Corte Suprema y de variaciones en los usos y estilos que ya no han tenido impacto en los sistemas latinoamericanos. La sujeción del gobierno a las investigaciones acordadas por el Congreso, por ejemplo, se comenzaron a practicar en 1792 aunque ni entonces ni ahora hayan formado parte del ordenamiento.

Además, hay propuestas para reformar el sistema presidencial desde el siglo XIX, con independencia de que también las haya para sustituirlo por un sistema parlamentario, como sostiene Bruce Ackerman.³⁹ Cuando

³⁷ Adams, John, *A Defence of the Constitution of Government of the United States of America, against the Attack of M. Turgot in his Letter to Dr. Price*, Londres, John Stockdale, 1794, vol. I, p. 69.

³⁸ Entre otras, en la intervención de Benjamin Franklin el 4 de junio de 1787.

³⁹ Ackerman, Bruce, *La nueva división de poderes*, México, FCE, 2007, pp. 25 y ss.

la Constitución norteamericana acababa de cumplir un siglo de vida, un joven jurista, Woodrow Wilson, postuló la conveniencia de incorporar en el sistema presidencial de Estados Unidos un *gobierno de gabinete*, que permitiera transformar un sistema dominado por los intereses en un sistema que privilegiara las responsabilidades políticas. En opinión de Wilson, para superar la supremacía de comisiones congresuales irresponsables se hacía necesario construir un gabinete responsable.⁴⁰

La cuestión del voto sigue estando sujeta a debate en Estados Unidos. En 1967 el 58% de las personas encuestadas se manifestaba a favor de la elección popular directa del presidente; en 2004 ese porcentaje subió a 61%. Tal vez la mayoría no está consciente de los cambios que una modificación así ocasionaría. Por eso, a pesar de la inclinación prevaleciente, hay quienes se siguen pronunciando por no hacer semejante modificación.⁴¹

Hablar de un parentesco remoto entre los sistemas presidencial y parlamentario no aclara nada, porque en su esencia todas las formas de dominación tienen semejanzas; lo importante es que la evolución de ambos sistemas tiende a hacerlos compartir principios e instituciones. Los sistemas parlamentarios se han movido hacia formas que ofrezcan más estabilidad, en tanto que los presidenciales lo han hecho hacia modalidades que garanticen mayor responsabilidad. En América Latina se han hecho intentos serios de adaptación del sistema parlamentario en Brasil, Chile, Cuba y Ecuador, y en diferentes momentos ha sido objeto de análisis por parte de asambleas deliberantes en otros países, entre ellos México. No se trata, por ende, de un esquema ajeno a la realidad constitucional latinoamericana. En la actualidad las notas dominantes comienza a girar hacia un modelo presidencial democrático que asocia el ejercicio del poder con los principios, las normas y las prácticas del constitucionalismo contemporáneo. Ese es el derrotero previsible y deseable del *ius constitutionale commune* latinoamericano.

⁴⁰ Cfr. Wilson, Woodrow, *Cabinet Government in the United States*, Stamford, Overbrook Press, 1947, pp. 10 y siguientes. La versión original de este ensayo fue publicada en 1879. Cinco años después aparecería su célebre *Congressional Government*, donde partió de la premisa de que el verdadero contraste no estaba entre los sistemas presidencial y monárquico, sino entre los gobiernos congresual y parlamentario. En 1908, en su obra culminante, *Constitutional Government in the United States*, reiteró su tesis de un gobierno de gabinete para su país. Véase edición de Transaction Publishers, New Brunswick, 2004, pp. 67 y ss.

⁴¹ Es el caso de John Paul Stevens, ex juez de la Corte Suprema. Cfr. Stevens, J. P., "Should We Have a New Constitutional Convention?", *The New York Review of Books*, Nueva York, octubre 11-24 de 2012, vol. LIX, núm. 15, pp. 20 y ss.

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 decir, una serie de procesos identificados con la globalización han afectado al Estado-na-

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e investigador nacional.

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

ción, 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: 1) la intensificación de las relaciones sociales a escala mundial; 2) el surgimiento de una cierta forma de organización de la actividad económica, de alcance transnacional; 3) el surgimiento de nuevos actores en la política internacional; 4) la formación de redes transnacionales de generación, flujo e intercambio de patrones culturales, y 5) la emergencia de problemas de dimensión planetaria. Por 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

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. Himsforth, 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*, Barcelona, Paidós, 2003; Bartelson, Jens, “Three Concepts of Globalization”, *International Sociology*, vol. 15, No. 2, junio de 2000; Therborn, Göran, “Globalizations, Dimensions, Historical Waves, Regional Effects, Normative Governance”, *International Sociology*, vol. 15, No. 2, junio de 2000.

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 de 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 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 ges-

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*, Washington, D.C., Brookings Institution Press, 2000, pp. 2-3.

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 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)*, México, UNAM, 2010.

ción 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 Villanueva, 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 ámbito jurídico, es la que se desarrolla a partir del estudio del concepto de *gobernanza* y, más específicamente, del concepto *gobernanza 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 *gobernanza* 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

⁸ Esto lo afirma Aguilar Villanueva al explicar la diferencia entre “gobernabilidad y “gobernanza”. Aguilar Villanueva, Luis F., *Gobernanza y gestión Pública*, México, Fondo de Cultura Económica, 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 las de “gobierno”, “administración” y “dirección”. Ver Sánchez González, José Juan, *Gestión pública y governance*, 2a. ed., Toluca, Instituto de Administración Pública del Estado de México, 2006, p. 18.

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 de 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

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

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, existe hoy un conjunto heterogéneo de agentes, privados y públicos, que contribuyen a la genera-

(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 y Nye, *op. cit.*, *supra* nota 6, p. 12.

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”. *Ibidem*, pp. 12-14.

ción 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 aceptable o efectiva.¹⁴

Podemos afirmar entonces que la llamada gobernanza global involucra complejas interacciones entre estados, organizaciones 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 por lo menos a 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

De manera interesante, Sorensen se pregunta si las organizaciones internacionales individuales, dentro del sistema internacional, pueden ser identificadas como subsistemas autónomos, ante lo cual –sostiene el referido autor– la investigación debe dirigirse a descubrir si existen características

¹⁴ *Ibidem*, p. 14.

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, Part 3, julio de 1983, p. 562.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 562-563.

especiales que hacen posible la identificación de subsistemas 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 normativo en México: se trata del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional.¹⁸

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

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. *Ibidem*, pp. 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 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 en el curso de la regulación económica en formas que la mayoría de la gente en los Estados Unidos encontraría 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.

los puntos clave que forman parte del planteamiento que el presente ensayo pretende presentar para 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

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:

1. 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

¹⁹ Véase Reimann, Mathias W., “Centennial World Congress on Comparative Law: Beyond National Systems: A Comparative Law for the International Age”, *Tulane Law Review*, vol. 75, 2001, p. 1108, y Choudhry, Suji, “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, *Indiana Law Review*, vol. 74, 1999, p. 820.

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-Fierro y López 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

2. 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

3. Si es posible identificar formas de poder, con el potencial de afectar derechos fundamentales de las personas, que son distintas al poder estatal.²²

4. 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

5. 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

²⁰ Reportan Fix-Fierro y López 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% 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 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. 1, 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).

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

6. 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 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

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.

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.

la Edad Media, se dio la coexistencia de órdenes jurídicos (el *ius commune* y el *ius proprium*), y 3) búsqueda en el derecho constitucional comparado de “soluciones” a situaciones de coexistencia de órdenes jurídicos en un mismo espacio (por ejemplo, en los sistemas federales).

1. Teorías del derecho “no jerárquicas”

Como señalan van de 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 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 tér-

²⁶ Kerchove, Michel van de y Ost, François, *El sistema jurídico entre orden y desorden*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1997, p. 102.

²⁷ *Ibidem*, pp. 102-104.

minos 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.

Dicho en otras palabras, 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, final-

mente, 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 proprium)*

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 suponía la existencia de dos niveles normativos y de autoridad:

a) Un nivel “universal”, correspondiente al Sacro Imperio Romano Germánico (encarnado en el emperador) 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 proprium*).

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:

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

Lo que deseamos proponer en este apartado es que aproximarse a fuentes primarias de autores medievales, a los testigos presenciales del fenómeno *ius commune-ius proprium* medieval y su problemática, podría ser útil para construir categorías que respondan a las necesidades y problemática actuales. En este sentido, vale la pena recordar a autores como Bártolo de Sassoferrato (1315-1357) y Baldo de Ubaldi (1327-1400), ambos “comentaristas” del siglo XIV, quienes estaban integrando, con su labor, 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

²⁸ Fernández Barreiro, Alejandrino, “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.

romanística en los medios relacionados con la enseñanza y la práctica del derecho.²⁹ Y es 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 imperii 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 permitían 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

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 deno-

²⁹ *Ibidem*, p. 316.

³⁰ *Ibidem*, p. 318.

³¹ *Idem*.

³² Castro-Camero, Rosario de, “*Ius Commune*: Fundamento del derecho común europeo e iberoamericano. Breve aproximación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLIII, núm. 128, mayo-agosto de 2010, pp. 671-700.

minado “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. *Búsqueda en el derecho constitucional comparado de “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 Estados Unidos de América, 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 Estados Unidos han examinado 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, Wechsler y Albert Sacks, sostiene que el desarrollo de reglas inter-jurisdiccionales en la relación entre los tribunales supranacionales y los 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 los Estados Unidos hacia afuera.

³³ Fernández Barreiro, *op. cit.*, *supra* nota 28, p. 315.

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

³⁵ *Ibidem*, p. 1148.

³⁶ El libro de referencia es el de Richard H. Fallon, Jr., John F. Manning, Daniel J. Meltzer, David L. Shapiro, *Hart and Wechsler's The Federal Courts and the Federal System*, 6a. ed., Westlaw, 2009.

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 a reglas de deferencia entre tribunales federales y estatales; reglas sobre cosa juzgada y reconocimiento de sentencias; y prevalencia del derecho federal (*preemption*).³⁸

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:

³⁷ “*Ripeness*” es el principio según el cual los tribunales federales de los Estados Unidos 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 Cuando el derecho federal desplaza y prevalece sobre el derecho de los Estados.

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) La incorporación 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 preparen 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 sobre 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 derechos humanos: la Convención Americana

sobre 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 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.

DE LA INCLUSIÓN COMO IGUALDAD EN CLAVE
DE REDISTRIBUCIÓN Y RECONOCIMIENTO.
RASGOS, POTENCIALIDADES Y DESAFÍOS PARA EL DERECHO
CONSTITUCIONAL INTERAMERICANO*

Laura CLÉRICO**

Martín ALDAO***

SUMARIO: I. *Introducción y planteo del problema.* II. *¿Igualdad como mero principio antidiscriminatorio? Categorías sospechosas. Insuficiencia del modelo para dar cuenta del desafío de la inclusión como igualdad.* III. *Igualdad como redistribución y reconocimiento.* IV. *Casos para reinterpretar.* V. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEO DEL PROBLEMA

En un texto reciente, Armin von Bogdandy¹ define al proyecto de derecho constitucional común para América Latina como un proyecto político, jurídico y cultural. Rastrea los orígenes del proyecto en la década de los setenta, teniendo como finalidad la recuperación de la democracia de cara a las dictaduras militares dominantes en esa época en la región y a las violaciones masivas de los derechos humanos. El artículo tiene como objeto dar una

* Agradecemos a Federico de Fazio y Mariela Morales Antoniazzi la lectura crítica y los comentarios sobre el texto. Una versión anterior de este artículo fue publicada bajo el título “La igualdad como redistribución y como reconocimiento: Derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Estudios Constitucionales, Santiago de Chile, año 9, núm. 1, 2011, pp. 157-198.

** Doctora en derecho por la Universidad de Kiel, Alemania. Profesora de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires. Investigadora del CONICET/UBA.

*** Doctor en derecho por la Universidad de Buenos Aires. Profesor de Teoría del Estado, Universidad de Buenos Aires. Investigador adscrito al Instituto de Investigaciones “Gioja”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

¹ Véase Bogdandy, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”, en este mismo volumen.

comprensión actual del proyecto de acuerdo con los nuevos desafíos que se le presentan a la región. La base de este proyecto se sustenta “en la convicción de que solamente bajo una mirada transformadora, el derecho público y su ciencia pueden enfrentarse exitosamente a los desafíos contemporáneos”.²

Para exponer su interpretación del proyecto, von Bogdandy utiliza una metodología que bien puede ser caracterizada como “tres por tres”: tres desafíos, tres conceptos y tres rasgos esenciales. Los tres desafíos: avanzar en el respeto de los derechos humanos, del Estado de derecho, y de la democracia. Los tres conceptos base del proyecto: diálogo, inclusión, pluralismo. Por último, los tres rasgos esenciales: una ciencia del derecho público integral; una argumentación que incluya principios; mayor importancia al derecho comparado. El propósito de este artículo es pensar en el concepto clave del proyecto: la inclusión que, a nuestro entender, habla de la faz normativa del proyecto. No se trata de encontrar los mínimos comunes denominadores del derecho público de la región, sino de buscar, reinterpretar los comunes que impliquen un “nuevo derecho público” para lograr la “inclusión de todos en los grandes sistemas sociales: en el sistema de la salud, en el sistema de la 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”.³

El proyecto de derecho común latinoamericano no es así ciego al contexto. América Latina y el Caribe son un territorio marcado por profundas desigualdades sociales y político-económicas,⁴ leídas tanto en clave de distribución como de falta de reconocimiento.⁵ Estas desigualdades persisten pese a los mayores (o menores) esfuerzos que se han intentado por medio de políticas públicas para atender a las formas más extremas de la desigualdad. Como leen algunos científicos sociales:

los datos disponibles indican que el crecimiento ha sido errático y no ha alcanzado los parámetros esperados, que los empleos que se han generado no han sido suficientes ni de buena calidad como para tener el impacto social esperado. En este contexto, ni la pobreza ha sido disminuida de manera estructural, ni la vulnerabilidad social ha sido regulada de manera efectiva, a través de esquemas eficientes de seguridad social, ni la exclusión social, a la

² *Idem.*

³ *Idem.*

⁴ Barba Solano, Carlos y Néstor Cohen, “Perspectivas críticas sobre la cohesión social”, en *Desigualdad y tentativas fallidas de integración social en América Latina*, Buenos Aires, CLACSO, 2011, pp. 11-12.

⁵ Clérico y Aldao, *op. cit.*

que ha sido sometido históricamente los indígenas o los afrodescendientes, ha sido ya no digamos erradicada, ni siquiera reducida de manera significativa.⁶

El desafío de la inclusión en clave de igualdad, como concepto clave del derecho constitucional común, nos llevará primero a revisar las fórmulas de igualdad (formal, material como principio antidiscriminatorio en sus tres formas de escrutinio, que arranca con uno leve, pasa por uno intermedio y culmina en uno de tipo estricto), para ampliarlas luego a la igualdad como no dominación (II) e integrarlas con la mirada de la redistribución-reconocimiento (III). Todo esto servirá para reinterpretar el desafío de la inclusión-igualdad en el contexto del derecho constitucional interamericano. Luego pondremos a prueba nuestra propuesta tomando como ejemplos los casos relativamente recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sobre pueblos originarios o comunidades indígenas (IV). En fin, sostenemos que la inclusión/igualdad como concepto clave del derecho constitucional interamericano no puede ser ciega a *la fórmula de la igualdad, las concepciones*⁷ y *el alcance de la exigencia de igualdad aplicada*.⁸ Nuestra propuesta dice: igualdad como redistribución/reconocimiento para lograr paridad participativa.

Así, nuestro trabajo contiene una faz crítica, revisa las fórmulas de igualdad corrientes para detenerse en sus insuficiencias: criticaremos la insuficiencia del análisis de los problemas de igualdad bajo el prisma del principio antidiscriminatorio —ya sea interpretado como igualdad formal o material más (examen estricto) o menos exigente (mero análisis de racionalidad, escrutinio medio). *Interpretamos que el principio antidiscriminatorio puede funcionar ante discriminaciones puntuales, pero no logra dar cuenta de la desigualdad que responde a una desigualdad estructural*.⁹ aquellas personas que padecen los efectos

⁶ Barba Solano y Cohen, *op. cit.*, *supra* nota 4.

⁷ Sobre las diversas concepciones de la igualdad en aplicación de los desarrollos de Walzer para el análisis crítico de sentencias, véase Meccia, Ernesto, “Los peregrinos a la ley. Una tipología sobre discursos de expertos, jueces y legisladores en torno a las demandas LGTB y al matrimonio igualitario”, en Clérico, Laura y Martín Aldao (coords.), *Matrimonio igualitario. Perspectivas sociológicas, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.

⁸ Véase Clérico, Laura, “El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía”, en Clérico y Aldao (coords.), *op. cit.*, *supra* nota anterior. El uso de diversas fórmulas de igualdad se puede seguir en el debate que se generó los días 14 y 15 de julio de 2010 en la Cámara de Senadores de la Nación Argentina, en ocasión de la aprobación de la inclusión del matrimonio igualitario, que luego fuera promulgada como Ley 26.618, 2010 (versión taquigráfica en <http://www.senado.gov.ar>).

⁹ Iris Young otorga varias pistas en su caracterización de la injusticia estructural para pensar la desigualdad estructural: “...la injusticia estructural existe cuando los procesos sociales sitúan a grandes grupos de personas bajo la amenaza sistemática del abuso o de la priva-

de esa discriminación no pueden salir de esa situación en forma individual y por sus propios medios (léase personas con discapacidad, pueblos indígenas, niños y niñas, mujeres, ancianos, entre otras), sino que se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras para lograr la igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos; es decir, consideramos pertinente ampliar la fórmula de igualdad como principio de no dominación o no sometimiento.¹⁰

Sin embargo, la inclusión de la perspectiva de igualdad como no dominación o no sometimiento quedaría a mitad de camino si no nos preguntáramos por las causas, por los procesos sociales, que generan esa desigualdad. Por ello, proponemos ampliar la mirada para comprender que la desigualdad no sólo deviene de una distribución injusta de los bienes económicos y sociales¹¹ sino también del reconocimiento (Fraser).¹² Recién con esta última

ción de los medios necesarios para desarrollar y ejercitar sus capacidades, al mismo tiempo que estos procesos capacitan a otros para abusar o tener un amplio espectro de oportunidades para desarrollar y ejercitar capacidades a su alcance...". Young, Iris, *Responsabilidad por la justicia*, Madrid, Morata, 2011, p. 69.

¹⁰ Véase Saba, Roberto, "(Des)Igualdad estructural", en Alegre, Marcelo y Roberto Gargarella, (comps.) *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007.

¹¹ La injusticia socioeconómica arraigada en la estructura político-económica de la sociedad respecto de la distribución de bienes (ejemplos de este tipo de injusticia se pueden vislumbrar en la explotación laboral, la marginación económica, la privación de los bienes materiales indispensables para llevar una vida digna, entre otros).

¹² La otra deviene de la injusticia cultural o simbólica, arraigada en los *patrones sociales dominantes* en una sociedad, desde los que se interpreta con pretensión de "uniformidad", por ejemplo, cuál es la forma de matrimonio que debe ser reconocida sin que la voz concreta de quienes tienen una orientación sexual diferente y diversa sea escuchada en el proceso de decisión (así, ejemplos de este tipo de injusticia son la dominación cultural, el no reconocimiento y el irrespeto e incluye la discriminación a lesbianas, gays, travestis, personas transsexuales o bisexuales, entre otros). Aplicamos ya la propuesta de Fraser de igualdad como redistribución y reconocimiento para analizar los reclamos de los pueblos originarios en Schujman, Gustavo, Nancy Cardinaux y Laura Clérico, *Derechos humanos: conceptos, problemas y desafíos*, 2007 (disponible en <<http://campus.cepa.edu.ar>>, consulta el 31 de diciembre de 2010); Clérico, Laura, "Las otras caras de los derechos sociales: las obligaciones iusfundamentales y la desigualdad estructural", en Varios autores, *La Corte y los derechos civiles 2005-2007*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores-Asociación por los Derechos Civiles, 2008 pp. 478-494; Clérico, Laura, "Impacto del caso Atala: posibilidades y perspectivas", en Morales Antoniazzi, Mariela y Flávia Piovesan, *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012, también en *Contextos*, Buenos Aires, núm. 6, 2013, pp. 81-101 (consultable en: <http://www.defensoria.org.ar/publicaciones/pdf/con_textos6.pdf>. Véase también Contesse, J., *Indigenous Peoples in Chile: The Quest to Become a Constitutional Entity*, ponencia presentada en el *Simpósio Humboldt "Internacionalización del Derecho Constitucional — Constitucionalización del Derecho Internacional*, Universidad de Buenos Aires, 4 al 6 de octubre de 2010.

ampliación de las miradas sobre la desigualdad estaríamos en condiciones de analizar con detenimiento los nuevos casos llegados a la Corte IDH sobre pueblos indígenas.¹³

Nuestra tesis dice: *la insuficiencia de estudios sobre igualdad en el contexto interamericano no sólo habla de una miopía que no permite ver que varios de los planteos de igualdad responden a una desigualdad como dominación o sometimiento, sino que también responde a una desigualdad que combina problemas de redistribución y reconocimiento, como sucede en el caso de los pueblos originarios*. Ser reconocido como igual no sólo amplía nuestra mirada sobre los derechos, sino que devela la íntima relación entre derechos, democracia deliberativa e igualdad, entendidas todas como lucha por la paridad participativa¹⁴ de los “grupos desaventajados” en el sistema interamericano.

En este trabajo nos detenemos en las fórmulas y concepciones de la igualdad que se ponen en juego en el contexto interamericano cuando se trata de los reclamos de los pueblos o comunidades indígenas sobre acceso a sus tierras ancestrales ante la Corte IDH.¹⁵ Tomamos tres reclamos de pueblos indígenas contra el Estado de Paraguay, uno contra el Estado de Ecuador y, finalmente, uno contra el Estado de Nicaragua, como “casos paradigmáticos”. Si bien estos casos son contra tres Estados en particular,

¹³ En el presente trabajo se hablará indistintamente de “pueblos originarios”, “pueblos indígenas” o “comunidades indígenas”; sobre las posibles diferencias, véase Stavenhagen, Rodolfo, “Las identidades indígenas en América Latina”, *Revista IIDH*, San José de Costa Rica, núm. 52, 2010, pp. 171-191.

¹⁴ “... ser reconocido de forma errónea es... ser representado por unos patrones institucionalizados de valor cultural de un modo que impide la participación como igual en la vida social...”. Para que la paridad participativa pueda darse tienen que cumplirse dos condiciones: una condición objetiva y otra intersubjetiva. La condición objetiva dice que la “distribución de recursos materiales debe hacerse de manera que garantice la independencia y la ‘voz’ de todos los participantes”. La condición intersubjetiva requiere que “los patrones institucionalizados de valor cultural expresen el mismo respeto a todos los participantes y garanticen la igualdad de oportunidades para conseguir la estima social”. Fraser, Nancy, “Justicia social en la era política de la identidad”, en Fraser, Nancy y Axel Honneth, *¿Redistribución o reconocimiento?: Un debate político-filosófico*, Madrid, Morata, 2006, pp. 36, 42 y 45.

¹⁵ No se propone como análisis integral de la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de derechos indígenas, no obstante se abordará la problemática en la medida en que nos permitía retomar sentencias paradigmáticas en términos de aplicación del examen de igualdad, articulándolo con las nociones de redistribución y reconocimiento. Como análisis detallados de la jurisprudencia de la Corte IDH en la materia véase, entre otros, Gialdino, R., “El rescate de la diferencia. Las comunidades indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Jurisprudencia Argentina*, vol. III, 2006, p. 1178; Nash Rojas, Claudio, *Protección de los derechos humanos indígenas en el Sistema Interamericano*, ponencia presentada en el *Seminario de Derechos Indígenas: Tendencias internacionales y realidad de los pueblos indígenas del norte de Chile*, Universidad Arturo Prat, Iquique, Chile, diciembre de 2003.

la negación de este derecho colectivo a los pueblos indígenas atraviesa, más allá de algunas diferencias, todo el contexto interamericano.¹⁶ Los casos de violaciones de este derecho contra los pueblos originarios ocurren también en territorio argentino. En un informe reciente se diagnostica que 11 millones 320 mil 455 hectáreas son objeto de reivindicación por pueblos originarios; 680 mil integrantes de esos pueblos fueron desplazados y en varios casos de forma violenta, en donde los empresarios con interés en las tierras estarían actuando para desplazarlos con el apoyo de fuerzas de seguridad públicas y privadas, resultando varias personas heridas y hasta en algunos casos asesinadas.¹⁷ Los pueblos originarios son desplazados de sus tierras por móviles económicos, para explotar esas tierras (muchas veces ello implica, además, desforestación de bosques nativos). Últimamente, por ejemplo, para cultivo de soja (a través de los llamados “*pools* de siembra”), para explotación minera, del petróleo, etcétera.¹⁸

¹⁶ Véase Ramírez, Silvina, “Derechos de los pueblos indígenas: protección normativa, reconocimiento constitucional y decisiones judiciales”, en Gargarella, Roberto (coord.) *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, tomo II, p. 921.

¹⁷ Ver los casos del 12 de octubre de 2009, en el que fue asesinado el líder indígena Javier Chocobar y el caso reciente de noviembre de 2010 contra la comunidad *quom* con asiento en la Provincia de Formosa. El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y la Defensoría General de la Nación solicitaron a la Corte IDH una medida cautelar para garantizar la vida y la integridad física de los miembros de la comunidad *toba qom* La Primavera, en la provincia de Formosa, para que el Estado argentino se comprometiera a proteger a los indígenas y sus dirigentes, suspender todo acto de desalojo y promover la investigación y sanción de los responsables de los ataques. Por su parte, el 18 de febrero de 2011 la Corte IDH solicitó al Estado argentino que informe sobre las medidas que adoptó para proteger a los integrantes de la comunidad del pueblo *toba*, en Formosa, que sufrieron una feroz represión policial el 23 de noviembre pasado y que continúan siendo hostigados y amenazados por las fuerzas de seguridad provincial. Fuente: <<http://www.cels.org.ar>>.

¹⁸ Ver relevamiento sobre los desplazados de las tierras, en *Tiempo Argentino*, 14 de noviembre de 2010: “En Salta desalojan a los pueblos originarios para buscar petróleo”; *Clarín*, 18 de febrero de 2009, “Los indígenas llegan a la Corte por los desmontes”; *Tiempo Argentino*, 7 de marzo de 2011, “Ya son diez los niños muertos por desnutrición en Salta este año”, entre muchos otros. Sobre situaciones de discriminación estructural que padecen las comunidades indígenas en diversos países de la región, véase Góngora Mera, Manuel, “Derecho a la salud y discriminación interseccional: Una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas,” en Clérico, Laura, Liliana Ronconi y Martín Aldao (eds.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013; Góngora-Mera, Manuel, *La judicialización de desigualdades etno-raciales en América Latina: Conceptualización y tipología de un diálogo interamericano*, 2013, en <<http://www.desigualdades.net>>.

II. ¿IGUALDAD COMO MERO PRINCIPIO ANTIDISCRIMINATORIO? CATEGORÍAS SOSPECHOSAS. INSUFICIENCIA DEL MODELO PARA DAR CUENTA DEL DESAFÍO DE LA INCLUSIÓN COMO IGUALDAD

Todas las fórmulas de igualdad encierran, en más o menos, algún tipo de comparación entre dos personas, grupos de personas, situaciones. La comparación surge del reclamo de trato igualitario y en dos sentidos:

- Alguien tratado en forma diferente que otro quiere ser tratado de la misma manera, porque considera que no hay razones para ser tratado en forma diferente; o bien
- Alguien tratado igual que otros considera que debe ser tratado en forma diferente, porque hay una circunstancia relevante que justifica un trato diferenciado.

Para examinar si el reclamo debe prosperar se requiere examinar cuáles razones hablan a favor o en contra del planteo igualitario. Justamente la evaluación de estas razones (o sinrazones) es el centro del examen de igualdad, y el resultado dependerá de la fórmula y concepción de la igualdad que esté mejor justificada.

Una de las formas de igualdad menos exigente es la fórmula de la *igualdad formal*. Esta fórmula dice que no se viola el mandato de igualdad en tanto aquellos que pertenecen a la categoría surgida luego de la clasificación realizada por el legislador son tratados de igual forma (se les aplica las mismas consecuencias jurídicas). Esta fórmula dice:

Si la categoría alcanza a todas las “x”, entonces sólo se viola si una “x” no es tratada como una de las “x” de la categoría.

Es decir, la fórmula no examina si el criterio y las razones por las que se realizó la clasificación son legítimos y si la clasificación tiene alguna justificación; tampoco nos dice algo “acerca de cómo deben ser tratados, qué individuos, con qué propiedades”.¹⁹ Esta fórmula se encuentra detrás de la fórmula de “separados, pero iguales”, que con razón ha sido objeto de crítica. Gracias a ella se mantuvieron las leyes racistas en los Estados Unidos de América,²⁰ y conforme a ella hubiese sido imposible dictar el fallo *Brown vs. Board of Education*,²¹ en el que se decidió que la separación por “raza” en

¹⁹ Véase Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1994, cap. 8.

²⁰ Véase U.S.S.C. 163 U.S. 537 (1896).

²¹ U.S.S.C. 347 U.S. 483 (1954).

las escuelas públicas violaba el mandato de igualdad. Por ello, resulta cuestionable que alguien utilice en la actualidad esta fórmula de igualdad para sostener la discriminación cuando alguien realiza un planteo serio de no discriminación arbitraria.²²

Por contraposición, una de las fórmulas de la igualdad que se pregunta por la legitimidad del criterio de clasificación y las razones de la selección, es la de la *igualdad jurídica material*. Esta fórmula dice que no se viola el mandato de igualdad si:

A todos los que se encuentran en igualdad de circunstancias relevantes se los trata de igual forma.

Es decir, si no hay ninguna *razón suficiente* para permitir un trato desigual, entonces está ordenado un trato igual.²³ Por ejemplo, en el caso de la inclusión del matrimonio igualitario la pregunta es ¿por qué se les niega algo a las parejas del mismo sexo si están en igualdad de circunstancias relevantes que las parejas de distinto sexo? Tomamos por relevantes la voluntad de tener pareja, de gozar de las protecciones y derechos que surgen de la regulación legal del matrimonio.²⁴ Por ello, quienes siguen estando en contra de

²² Véase esta misma advertencia en el caso “Freyre Alejandro y otro c/ GCBA s/ Amparo (expte. N 34292/0)”, Juzgado No. 15, Fuero CAyT, en el que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 172 del Código Civil argentino antes de la reforma de 2010 que no admitía el matrimonio igualitario.

²³ Véase Alexy, *op. cit.*, *supra* nota 19, p. 360.

²⁴ Incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia del 24 de junio de 2010, “Schalk y Kopf vs. Austria”, parte en forma correcta del presupuesto de que los actores, pareja de personas del mismo sexo, “estaban en una situación similar a las parejas de distinto sexo”. Sin embargo, el Tribunal en su posición mayoritaria concluye que no hubo discriminación por parte del Estado austriaco que no reconoce el matrimonio igualitario. En este punto, es más convincente el voto en disidencia de los jueces Rozakis, Spielmann y Jebens, quienes critican a la posición mayoritaria en tanto el Gobierno austriaco no esgrimió argumento alguno para la diferencia de trato, fundándose tan sólo en su margen de apreciación. Y agregan que en tanto no dieron argumento no sería posible escudarse en este margen, “de hecho, sólo en caso de que las autoridades nacionales ofrezcan fundamentos de justificación, la Corte puede interpretar, teniendo en cuenta la presencia o la ausencia de un enfoque común [entre las legislaciones de los estados partes], que están mejor ubicados que ella para tratar eficazmente la cuestión”, párrafo 8. Queda claro que el margen de apreciación de los Estados no es una razón de peso suficiente para justificar una diferencia de trato ni menos aún para ser la primera y única *ratio*. Para un análisis detallado y crítico de la sentencia, véase Kemelmajer de Carlucci, Aida y Marisa Herrera, “El principio de no discriminación en una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una cuestión en movimiento desde el ámbito regional y una responsabilidad desde el ámbito estatal”, *La Ley*, 6 de julio de 2010.

la inclusión del matrimonio igualitario tienen el desafío argumentativo de justificar por qué no estarían en igualdad de circunstancias relevantes.²⁵ En suma, y como reitera la Corte IDH, es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable.²⁶

Ahora bien, *la fórmula de igualdad material implica el desarrollo de tres subexámenes* para determinar si existen razones suficientes o no para un trato desigualitario. Esos tres subexámenes son los de:

- Idoneidad
- Medios alternativos menos lesivos, y
- Proporcionalidad en sentido estricto

La aplicación de la proporcionalidad en el examen de igualdad ayuda a determinar si el criterio de distinción que genera las categorías o grupos (medida estatal) tiene relación con las finalidades (razones) de la norma.²⁷ El subexamen de idoneidad se pregunta si el medio logra promover los fines estatales, y si no los logra, entonces ya tenemos una primera razón que habla en contra del trato desigual. El subexamen de medios alternativos dice que las razones de la distinción no son suficientes si pudo haberse evitado el trato desigual a través de la implementación de algún otro medio alternativo (es decir, uno que evite esa clasificación). El subexamen de proporcionalidad en sentido estricto supone determinar la intensidad de la restricción a la igualdad y a los derechos que produce la clasificación y, por el otro lado, determinar el peso de las razones que hablan a favor de la clasificación y de la promoción del fin estatal. Por ello, no hay razones suficientes para la dis-

²⁵ Véase Gargarella, Roberto, “Matrimonio y diversidad sexual: el peso del argumento igualitario”, y Clérico, Laura, “El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía”, ambos en Clérico y Aldao (coords.) *Matrimonio igualitario...*, cit., *supra* nota 7.

²⁶ Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, 2003, párr. 89; Opinión Consultiva OC-17/02, 2002, párr. 46; y Opinión Consultiva OC-4/84, 1984, párr. 56. Esto genera diversas obligaciones a los estados, como las de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.

²⁷ Véase Alexy, *op. cit.*, *supra* nota 19; Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2001; Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad*, Buenos Aires, Eudeba, 2009; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007; Bernal Pulido, Carlos, “El derecho a la igualdad de acceso a las prestaciones de salud”, en Clérico, Laura, Liliana Ronconi y Martín Aldao (eds.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

tinción si la intensidad de la restricción es mayor que el peso de las razones justificatorias.

Estos tres subexámenes ayudan para determinar si la distinción/discriminación es o no arbitraria. Ahora bien, *estos tres subexámenes de igualdad pueden ser aplicados con mayor o menor intensidad*, dependiendo del nivel de exigencia que nos pongamos para evaluar la relación entre la clasificación, el criterio de clasificación, sus efectos y las razones justificatorias. Por ello, se suele hablar de tres escrutinios de igualdad jurídica material:

- Un escrutinio leve o de mera racionalidad.
- Un escrutinio intermedio.
- Un escrutinio muy exigente.

En el examen de igualdad de mera racionalidad se parte de la presunción de legitimidad/constitucionalidad de la clasificación realizada por el legislador. Esto significa que la carga de la argumentación la tiene quien realiza el reclamo igualitario y sólo se declarará la clasificación y sus efectos como arbitrarios si logra argumentar que no existe relación alguna entre medio y fin y que esa falta de relación justificatoria es evidente y manifiesta; de lo contrario, se confirma la presunción a favor de la legitimidad de la clasificación.

El escrutinio intermedio exige una relación más sustancial entre clasificación, criterio de clasificación, efectos de la clasificación y razones justificatorias. La relación tiene que ser plausible, demostrarse una relación estrecha entre clasificación y razones justificatorias y alegarse algún fin estatal importante que justifique la clasificación.

Sin embargo, el más exigente de los exámenes es el estricto.²⁸ Esto implica:

²⁸ Véase Garay, Alberto, F., “Derechos civiles de los extranjeros y presunción de inconstitucionalidad de las normas”, *La Ley*, vol. B, 1989, pp. 931; Bianchi, Enrique y Hernán Gullco, Hernán, “La cláusula de igualdad: hacia un escrutinio más exigente”, *Jurisprudencia Argentina*, vol. I, 2001, p. 1241; Clérico, Laura y Sebastián Schwartzmann, (2007): “‘Repetto’ re-visitado: a propósito del fallo del Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires sobre acceso a la docencia en el caso de los extranjeros”, en Alegre, Marcelo y Roberto Gargarella (comps.) *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, pp. 345-367; Treacy, Guillermo, “La utilización de categorías sospechosas como técnica para controlar la discriminación hacia los extranjeros”, *Jurisprudencia Argentina*, vol. IV, 2006; Gargarella, Roberto, “Cómo no debería pensarse el derecho a la igualdad. Un análisis de las opiniones disidentes en el fallo ‘Reyes Aguilera’”, *Jurisprudencia Argentina*, vol. IV, 2007, pp. 67-74; Clérico, Laura, “El derecho a la alimentación de los niños, la presunción de exclusión y la necesidad de cambiar el estándar de control de las obligaciones estatales iusfundamentales. ‘Rodríguez’, ‘Comunidad toba del Chaco’ y la sombra de Ra-

- Partir de la presunción de la arbitrariedad de la discriminación.
- La carga de la argumentación se traslada en cabeza de aquellas que alegan la justificación de la clasificación, por lo general el Estado.
- Una exigencia agravada de justificación: la arbitrariedad sólo puede ser revertida si quien tiene la carga de la argumentación logra alegar y justificar razones más que importantes, por ejemplo, un fin estatal imperioso y muy urgente.
- La no existencia de otro medio alternativo que pudiera evitar la clasificación.
- Una regla epistémica que señala que la clasificación y sus efectos se considerarán arbitrario si al final de la argumentación persisten las dudas.

El examen de escrutinio estricto se aplica, por ejemplo, cuando desde el planteo de la cuestión igualitaria se “sospecha” que la exclusión es injustificada e inconstitucional, porque afecta a un grupo de personas que históricamente ha sido discriminado y que las consecuencias perjudiciales para sus derechos persisten en la actualidad.²⁹ Nos encontramos frente a una exclusión sospechosa (por ejemplo, discriminación basada en la “raza”, la etnia, la nacionalidad, la orientación sexual, etcétera), y quien no crea que esas personas no conformen un grupo de personas histórica y sistemáticamente discriminadas tiene la carga de la argumentación y debe justificar por qué no lo son, al ser excluidas de lo que se le otorga a otros en igualdad de circunstancias relevantes.³⁰

Si bien esta última intensidad del examen de igualdad jurídica material es mucho más exigente, *nos preguntamos si es una herramienta argumentativa lo suficientemente potente para conmovier un status quo fuertemente desigual*. Es decir, un *status quo* en el que la discriminación no es sólo puntual o individual, sino que responde a una práctica sistemática de discriminación cuyos efectos no

mos”, *Jurisprudencia Argentina*, vol. IV, núm. 6, 2007, pp.1-34; Maurino, Gustavo, “Pobreza y discriminación: la protección constitucional para los más humildes”, en Alegre y Gargarella, *op. ult. cit.*, pp. 313-343 (330). Dulitzky, Ariel, “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 3, 2007, pp. 15-32, reconstruye el examen de igualdad en el contexto interamericano como principio antidiscriminatorio e incluyendo “categorías sospechosas”.

²⁹ Se aplica examen estricto de igualdad, en materia de discriminación por orientación sexual, en Contencioso Administrativo Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Freyre Alejandro y otro c/ GCBA s/ Amparo (exp. No. 34292/0)”; “Canevaro Martín y otro c/ GCBA s/ Amparo (exp. N 36410/0)”, Juzgado del Fuero núm. 13; “Fernández Alberto Daro y otro c/ GCBA s/ Amparo (exp. N 36320)”, entre otros.

³⁰ Fernández Valle, Mariano, “Después del matrimonio igualitario”, en Clérico y Aldao (coords.), *Matrimonio igualitario...*, cit., *supra* nota 7.

pueden ser revertidos en forma individual por las personas afectadas por los efectos de esa discriminación. Pensemos, por ejemplo en el contexto interamericano, en la situación de exclusión que viven varios pueblos originarios por falta de acceso a la posesión a sus tierras ancestrales y que incluso implica la muerte de algunos de sus miembros cuando buscan defenderse frente a procesos de desalojo de sus tierras.³¹ Algunas de las constituciones incluso identifican a esos grupos desaventajados³² como mujeres, niños y niñas, ancianos, personas con discapacidad, pueblos originarios, entre otros.³³

³¹ Nos referimos, por ejemplo, a la muerte de integrantes del pueblo *quom* en la provincia de Formosa, Argentina, del 26 de noviembre de 2010.

³² Véase, por ejemplo, del artículo 75, incisos 23 y 17 de la Constitución argentina, entre muchas otras y en las normas internacionales de derechos humanos, los trabajos de Parra Vera, Óscar, *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales*, San José de Costa Rica, IIDH, 2008 y *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011; y en la jurisprudencia de la Corte IDH, García Ramírez, Sergio, “Las afectaciones a los derechos humanos de las personas vulnerables y las minorías. El papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Henao, Juan Carlos (ed.), *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo*, (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013 y Morales Antoniazzi, Mariela, “Protección de las personas privadas de libertad: construcción de un *ius constitutionale commune* en clave de diálogo”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Alfonso Herrera (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, México, UNAM-Corte Interamericana de Derechos Humanos-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Tirant Lo Blanch, 2013.

³³ Quien evalúa una acción u omisión estatal tiene que tener en cuenta que la afectada puede converger en más de uno de los grupos desaventajados del artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional. Por ello, es necesario reconstruir, comprender, la situación de la actora teniendo en cuenta el enfoque de la llamada “discriminación múltiple” o “discriminación interseccional”. Así se interpreta que la discriminación que surge de una combinación de elementos ocasione un tipo de discriminación diferente de cualquier otra basada en un solo factor. La pertinencia de la aplicación de este tipo de enfoque está dada por la atención que presta a los contextos históricos, sociales y políticos que generan estas discriminaciones, esto permitiría además encontrar soluciones adecuadas a las experiencias particulares de las personas discriminadas. Por ejemplo, las mujeres mayores con discapacidad pertenecientes a pueblos originarios pueden sufrir la discriminación en forma diferente que las mujeres y los varones con discapacidad que viven en zonas urbanas y cerca de centros de atención y rehabilitación. Véase el enfoque de la “discriminación interseccional” aplicado para analizar el derecho a la vivienda de las mujeres en el informe de Miloon Khotari, relator especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto (Documento de Naciones Unidas, E/CN.4/2006/118, 2006, párrs. 47-54). Este tipo de discriminación se examina en el caso *Yake Axa*, en el que la desigualdad se agudiza respecto de los niños, ancianos y mujeres de la comunidad indígena. Sobre la discriminación interseccional, véase Crenshaw, Kimberlé, “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color”, *Stanford Law Review*, vol. 43, no. 6, July 1991, pp. 1241-1299; Muñoz Cabrera, Patricia, *Violencias interseccionales. Debates feministas y marcos teóricos en el tema de pobreza y violencia*

Esta desigualdad no es natural, sino que surge como producto de una estructuración social dada. Para que estos grupos vulnerables puedan ejercer sus derechos en condiciones de igualdad se debe dictar medidas estatales de acción positiva. Este mandato implica un empezar a hacer positivo, con lo que la norma se viola si el legislador: i) sigue omitiendo, ii) retrocede arbitrariamente sobre lo hecho, o iii) lo hecho por acción es insuficiente o defectuoso.

Así, esta exigencia de igualdad se presenta como una exigencia de no dominación o no sometimiento e implica una mirada crítica sobre la igualdad interpretada como mera igualdad formal o jurídico-material. Esta mirada crítica a su vez invita a volver la mirada sobre los *presupuestos de filosofía política* sobre los que se basa cada una de las *concepciones* de igualdad.

III. IGUALDAD COMO REDISTRIBUCIÓN Y RECONOCIMIENTO

Una interpretación meramente formal de la igualdad, o incluso como igualdad jurídico-material, tiene el defecto de esconder, tras el principio de igualdad ante la ley, una serie de desigualdades de orden material y simbólico que no se corresponden con los exigentes presupuestos normativos de la democracia, pero que a la vez tampoco pueden ser resueltos dentro del estrecho marco de los derechos individuales.

Esto es así en tanto, en la idealizada autocomprensión de las sociedades burguesas que sirvieron de matriz al constitucionalismo liberal, la igualdad es concebida como un presupuesto y no como una meta.³⁴ Esto tiene al menos dos consecuencias relevantes: en primer lugar, se asume que determinado *status quo*, cortado a la medida del hombre de negocios occidental, constituye una suerte de orden natural que determina el alcance de la discusión en materia de igualdad.³⁵ En este sentido, la igualdad es reconstruida en términos de no intervención estatal sobre una sociedad civil que es capaz de

contra las mujeres en Latinoamérica, CAWN, 2011, p. 11 (disponible en <<http://www.cawn.org>>) y Góngora-Mera, “Derecho a la salud...”, cit., *supra* nota 18.

³⁴ Arendt, Hannah, *Sobre la revolución*, Madrid, Alianza, 2006, pp. 188 y ss.

³⁵ En este sentido es relevante señalar que lo que habitualmente denominamos “igualdad formal-legal” no es pura forma en términos absolutos, sino sólo para aquellos que no encajan en el molde de la subjetividad liberal-burguesa; en otros términos, que aquellos que sí caben en ésta no pueden sino verla como llena de contenido. Sin embargo, y en tanto es mayor el número de excluidos que el de incluidos en este estrecho molde, decidimos mantener el uso habitual del término.

regularse autónomamente.³⁶ En segundo lugar, se atribuye al derecho y a la jurisprudencia un papel de preservación y restitución de este “orden natural”, restringiendo las discusiones políticas —aquellas que excedan la mera restauración del equilibrio natural entre oferta y demanda por un lado, y derechos individuales (en su formulación clásica), por el otro— a un debate parlamentario que en realidad se desarrolla bajo la supervisión de aquellos que, sin quebrar esta peculiar comprensión del principio de igualdad ante la ley, han logrado ubicarse por encima de sus pares. De este modo no sólo se cristalizan aquellas desigualdades invisibles a la matriz liberal-burguesa, sino que se aumenta la brecha entre unos y otros.³⁷

Es en este contexto que de la igualdad se habla habitualmente en los registros del orden y la distribución, y desde la perspectiva de quien observa, por encima y desde afuera: igualdad de trato que “se dispensa”, igualdad de oportunidades que “se distribuyen”, ubicando a iguales y desiguales en el rol de sujetos “pasibles” de un reacomodamiento. Esta perspectiva, que ya impregna las miradas académicas sobre la igualdad,³⁸ se ve reforzada en general en el ámbito judicial, en el cual la igualdad aparece configurada como un problema que debe ser resuelto, “desde afuera”, por el tribunal. Por el contrario, en su desarrollo histórico, la igualdad como problema siempre ha aparecido como un reclamo frente a una jerarquización que es considerada como injusta: si bien la desigualdad es un cierto estado de cosas, la demanda igualitaria es un proceso que no puede ser reducido a una mera redistribución de recursos o derechos, que no dé cuenta del contexto y de los actores involucrados. Anderson distingue dos facetas intrínsecas a toda demanda igualitaria. En un sentido “negativo” las demandas de igualdad apuntan a la eliminación de situaciones de opresión, a menos que se trate de una pena o de defensa ante un comportamiento violento. En un sentido positivo, las demandas de igualdad *aspiran* a un orden social en que las personas se encuentren en pie de igualdad democrática, esto es, que las decisiones comunes sean tomadas con la participación de todos (*inclusión*), de acuerdo al peso del mejor argumento.³⁹

³⁶ Habermas, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona, Gustavo Gilli, 2004, pp. 112 y siguientes.

³⁷ Fraser, Nancy, *Iustitia interrupta*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 1997; Young, Iris, “Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship”, *Ethics*, vol. 99, núm. 2, 1989, pp. 250-274.

³⁸ Anderson, Elizabeth, “What is the Point of Equality?”, *Ethics*, vol. 109, no. 2, January 1999, pp. 287-337.

³⁹ *Ibidem*, p. 313.

Así, como apuntan Habermas⁴⁰ y De Sousa Santos,⁴¹ el ideal normativo de la Ilustración, reconstruido en términos de objetivo, nos permite:

- Plantear el problema de la igualdad en términos no ya de restauración sino de emancipación (de no-dominación o no-sometimiento).
- Pensar la democracia no tanto como un hecho sino como un proyecto en continua realización, y
- Establecer con mayor claridad la mutua implicación de ambas.⁴²

Es en este sentido que tomarse la democracia en serio requiere integrar el principio de igualdad de modo tal que pueda dar efectiva cuenta del ideal de una sociedad de individuos libres e iguales. Es en orden a resolver las falencias del modelo liberal que se han ensayado diversas reconstrucciones del principio de igualdad, entre las que se destacan las nociones de *redistribución* y de *reconocimiento*.

La idea de *igualdad como redistribución* tiene sus orígenes teóricos en el intento de compatibilizar el ideal liberal de libertad individual con las demandas igualitaristas de la socialdemocracia;⁴³ y apunta a los déficit que en, términos de acceso a recursos materiales, fracturan a la sociedad en propietarios, asalariados y desposeídos. Desde esta perspectiva, la naturalización del estado de cosas vigente y la obturación de los intereses de aquellos que no pertenecen a los grupos dominantes se traduce en legitimación de las desigualdades en términos de acceso a recursos materiales y aumento de la brecha entre ricos y pobres. De este modo se produce un círculo vicioso, en el cual las desigualdades de propiedad no pueden ser alteradas por el principio de igualdad formal, reforzando las dificultades de acceso de trabajadores y desposeídos a las instancias de participación política, que son a su vez las únicas que podrían modificar esta estrecha comprensión de la igualdad. Lo que define a esta particular perspectiva de la justicia social es su creencia en que *la transformación de las relaciones de producción constituye el remedio fundamental para la solución de las desigualdades*. En este sentido proponen la redistribución del ingreso o la riqueza, la redistribución de la división del trabajo y la reestructuración de la propiedad privada y de la empresa entre otros. A su vez, identifican en la clase desposeída de recursos al principal grupo afectado; y a la eliminación de las diferencias materiales como la solución a la

⁴⁰ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2005.

⁴¹ Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica*, Madrid, Trotta, 2009.

⁴² Esta mutua relación o implicancia está sugerida en el contexto del proyecto del derecho constitucional interamericano; véase Bogdandy, *op. cit.*, *supra* nota 1.

⁴³ Arango, Rodolfo, *Democracia social. Un proyecto pendiente*, México, Fontamara, 2012.

desigualdad,⁴⁴ a lo que se suma el cuestionamiento, en sus versiones más radicales, de los criterios que se utilizan para definir el acceso a la producción.

Por su parte, la idea de *igualdad como reconocimiento* proviene de la filosofía continental y, con más precisión, de la fenomenología de la conciencia, y busca resolver el problema de la formación de la subjetividad apuntando a los déficit que, en términos de acceso a los recursos simbólicos, fracturan a la sociedad en subjetividades dominantes y dominadas. Desde esta perspectiva, la naturalización del estado de cosas vigente y la obturación de los intereses de aquellos que no pertenecen a los grupos dominantes se traduce en la legitimación de las desigualdades de *status* dentro de la sociedad y el aumento de la brecha entre unos y otros. De este modo también se produce un círculo vicioso en el cual las desigualdades de reconocimiento no pueden ser alteradas por el principio de igualdad formal, ni tampoco por el de igualdad material, reforzando las dificultades de acceso de todos aquellos que no encajan en el molde del hombre blanco occidental a las instancias de participación política, que, de nuevo, son a su vez las únicas que permitirían modificar esta estrecha comprensión de la justicia. Lo que define a esta perspectiva es su creencia en que es *la transformación de los patrones de representación cultural lo que permitiría resolver las injusticias sociales*. En este sentido, propone la revaluación de subjetividades no respetadas y de sus producciones culturales, el reconocimiento y valoración de la diversidad cultural, entre otros. A su vez, ve en aquellos grupos de *status* con menor respeto, estima y prestigio, respecto al resto de la sociedad, el objeto de la afectación, y busca la solución del problema de la igualdad a través de la revaluación de las valoraciones de *status* y, en sus versiones más radicales, la puesta en cuestión de los criterios en los que se asientan estas evaluaciones.⁴⁵

Sin embargo, como muestra Fraser, resulta cuando menos difícil, si no contraproducente, disociar las desigualdades materiales de las desigualdades simbólicas, puesto que éstas se potencian mutuamente y deben ser comprendidas como bidimensionales. Así, la clase explotada pierde reconocimiento, y las subjetividades despreciadas ven obstaculizado su acceso a los recursos.⁴⁶ Esto resulta particularmente evidente en los esfuerzos del socialismo por construir una subjetividad de clase y del feminismo por redefinir la división del trabajo.

En este sentido es preciso desfosilizar un ámbito privado en el que ni se redistribuye ni se reconoce, y para eso es a su vez necesario abrir la esfera

⁴⁴ Fraser, *op. cit.*, *supra* nota 14, pp. 10-24.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 16-24.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 28.

pública a la efectiva participación de todos,⁴⁷ de modo tal que la definición del alcance de los derechos y los recursos que deben ser redistribuidos, así como también de los patrones culturales que deben ser alterados, sea el resultado de un debate público al que todos tengamos acceso, en especial, los afectados por la medida estatal.⁴⁸ Esto implica tres cambios fundamentales:

- En lo que atañe a la igualdad, ésta deja de ser concebida como un valor objetivo —en el sentido de definitivo— al cual debe acercarse el estado de cosas vigente, para pasar a ser el *saldo provisorio de un debate que se encuentra abierto a la formulación de nuevos argumentos por aquellos que se encuentren excluidos*.
- En lo que atañe a la democracia, ésta deja de ser monopolizada por el parlamento, el que se convierte en una herramienta, entre otras, para la institucionalización de la misma.
- La igualdad como tal debe ser construida en cada caso concreto, en tanto parece ser la única forma viable de admitir la participación de aquellos inmediatamente implicados en la situación de desigualdad; y finalmente
- La interpretación del principio de igualdad, cuando opera como criterio reparador, debe adecuarse a la segmentación social que el paradigma predominante ha producido.

Esto resulta central para comprender los problemas habitualmente vinculados a la igualdad. El modelo de la igualdad formal posee, además de una posición predominante dentro de los ordenamientos jurídicos vigentes, una notable preponderancia en términos históricos, que, a su vez, ha influido sobre las estructuras sociales, generando la *exclusión* sistemática de grupos.⁴⁹ Estas exclusiones colectivas —o estructurales— no sólo no pueden recibir una respuesta adecuada a través de una interpretación en clave individual del principio de igualdad, sino que, además, no deben ser obturadas en nombre de una paridad ficticia.⁵⁰

La clave para la reconstrucción del principio de igualdad es, entonces, desde esta perspectiva, la *participación*, que incluye a la vez las demandas de redistribución y de reconocimiento. Nadie puede participar de una ar-

⁴⁷ Esto se asienta sobre la idea habermasiana respecto de la cooriginariedad de las autonomías públicas y privadas.

⁴⁸ Fraser, *op. cit.*, *supra* nota 14, pp. 47-49.

⁴⁹ Saba, *op. cit.*, *supra* nota 10, p. 167.

⁵⁰ Véase más adelante el análisis del voto en disidencia del juez Montiel Argüello en el *Caso Yatama*.

gumentación mientras se encuentre privado de condiciones de existencia digna (redistribución), o bien, cuando ni siquiera sea considerado un interlocutor válido (reconocimiento). Por otro lado, *ninguna concreción del principio de igualdad puede ser considerada válida de modo definitivo, en un contexto democrático, sin la participación de aquellos que se encuentran en la situación concreta de disparidad*, como es el caso, en el contexto interamericano, de los pueblos o comunidades indígenas.

IV. CASOS PARA REINTERPRETAR

Si bien tomamos la base de casos contenciosos, opiniones consultivas y medidas provisionales resueltas por la Corte IDH, *sólo nos interesan aquellos casos en los que se tratan temas de comunidades indígenas y, que según entendemos, pueden ser reconstruidos en clave de igualdad*. En este universo no se incluyen las resoluciones sobre medidas precautorias. Nos interesó rastrear aquellos casos donde expresamente se enfrentaba un problema de igualdad. Estos casos conforman los “casos nuevos” en comparación con los llamados “casos tradicionales” de violación de derechos que llegaron a la Corte IDH. El patrón es nuevo en tanto estos casos llegan a la Corte; sin embargo, no es nuevo en tanto tipo de violación a los derechos. Las violaciones a los derechos de los pueblos originarios se remontan a la época de la colonia y la conquista y persisten hasta la actualidad. Que no hayan llegado anteriormente y en forma sistemática a la Corte IDH habla justamente de las barreras estructurales que obstaculizan el acceso a la justicia local e internacional de los pueblos originarios.⁵¹

⁵¹ En un trabajo reciente, Góngora-Mera (“El derecho a la salud...”, cit., *supra* nota 18) realiza una clasificación interesante de los casos sobre comunidades indígenas y otros pueblos resueltos por la Corte IDH según diversas formas de discriminación estructural contra estos grupos: “despojo, *land grabbing*, y concesión ilegal de tierras a colonos y empresas - *Casos Awas Tingni* (2001), *Yakye Axa* (2005), *Sawhoyamaya* (2006) y *Xákmok Kasek* (2010); excesivo impacto de los daños ambientales derivados de la explotación de recursos naturales en sus territorios y desconocimiento sistemático de su derecho de consulta previa respecto del uso de recursos naturales en sus territorios y de políticas públicas, de inversión y desarrollo que puedan afectarlos - *Casos Saramaka* (2012) y *Sarayaku* (2012); masacres y desapariciones forzadas contra miembros de comunidades étnicas - *Casos Aloeboetoe* (1993), *Masacre de Plan de Sánchez* (2004), *Comunidad Moiwana* (2005, 2006) y *Tiu Tojin* (2008); reglas desventajosas para el acceso a procesos electorales - *Caso Yatama* (2007), y políticas estatales deliberadas para dejar sin representación política a los grupos étnicos, incluyendo el asesinato o la desaparición forzada de líderes indígenas - *Casos Bámaca Velásquez* (2000, 2002), *Escué Zapata* (2007) y *Chitay* (2010); discriminación por el idioma - *Caso López Álvarez* (2006); discriminación en el acceso a la justicia - *Caso Tiu Tojin*; violaciones sexuales contra mujeres indígenas por parte de miembros del ejército - *Casos Fernández Ortega* (2010) y *Rosendo Cantú* (2010); y altas tasas de

Así, nos detendremos especialmente en dos grupos de casos paradigmáticos que proponemos leer bajo el prisma de igualdad ampliado que se ha bosquejado en este trabajo:

- *Comunidad indígena Yákye Axa vs. Paraguay* (2005),⁵² *Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay* (2006),⁵³ *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010),⁵⁴ sobre condiciones de existencia para garantizar una vida digna a una comunidad indígena y el derecho de propiedad colectiva sobre tierras ancestrales⁵⁵, por un lado;
- *Yátama vs. Nicaragua* (2005),⁵⁶ sobre el derecho a ser elegido como representante de comunidades indígenas y el interés legítimo del Estado de reglamentar las candidaturas, para compararlo con el *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos* (2008).⁵⁷

1. *La igualdad como condición: derecho a la propiedad colectiva y condiciones de existencia digna de una comunidad indígena*

El “patrón nuevo” de violación de los derechos requiere integrar la igualdad, a su vez, como prohibición por omisión, insuficiencia o defecto. En casos relativamente recientes la Corte IDH se pronunció sobre las condiciones de existencia y la propiedad colectiva de las tierras para garantizar las condiciones de vida digna a una comunidad indígena.

Hablamos de “caso paradigmático”, que entendemos se conforma paulatinamente por los contenidos ganados en casos como:⁵⁸

- *Comunidad indígena Yákye Axa vs. Paraguay* (2005)

mortalidad materna debido a la falta de adecuada atención médica a mujeres en estado de embarazo o post-embarazo - *Caso Xákmok Kásek*. Véase, además, Zimmerman, Silvina, *Pautas para la creación de mecanismos de protección del derecho indígena a la tierra y al territorio en el Estado argentino según los estándares internacionales de derechos humanos*, Buenos Aires, 2013 (inédito).

⁵² Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Yákye Axa vs. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005, Fondo, reparaciones y costas..

⁵³ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006, Fondo, reparaciones y costas.

⁵⁴ Corte IDH, sentencia del 24 de agosto de 2010.

⁵⁵ Véase, además, *Comunidad Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua*, 2001.

⁵⁶ Corte IDH, *Caso Yátama vs. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005.

⁵⁷ Corte IDH, *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia de 6 de agosto de 2008.

⁵⁸ Véase, además, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, 2001.

- *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* (2006)
- *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010)

Si bien es cierto que la Corte IDH se había pronunciado, por lo menos en dos casos anteriores —*Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (2001)⁵⁹ y *Comunidad Moiwana vs. Suriname* (2005)⁶⁰— sobre el tema del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos originarios, nos centraremos en los tres entablados contra Paraguay, ya que incluyen en la cuestión debatida⁶¹ la relación con la generación de condiciones de existencia digna que se viola por la acción estatal o por una acción insuficiente.⁶² Así, nuestro análisis implica una línea jurisprudencial más general referida a la generación de condiciones de existencia digna, por un lado, y, por el otro lado, la combinamos con el acceso al derecho a la propiedad colectiva, que implica, a la vez, respetar el reconocimiento de la diversidad cultural respecto del derecho a la alimentación, al agua, a la salud, para generar condiciones de existencia digna, entre otros.

Desde el *Caso Villagrán Morales* sobre niños de la calle, la Corte IDH ha sostenido que el derecho a la vida y a la integridad física se viola también por omisión estatal, más precisamente, por incumplimiento de obligaciones positivas del Estado para generar condiciones que garanticen una vida digna, ya sea de niños, de personas detenidas, de personas internadas.⁶³ De

⁵⁹ Corte IDH, *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia del 31 de agosto de 2001.

⁶⁰ Corte IDH, *Caso Comunidad Moiwana vs. Suriname*, sentencia de 15 de Junio de 2005.

⁶¹ En los casos no se discute que la legislación paraguaya reconoce la existencia de los pueblos indígenas como grupos anteriores a la formación del Estado, así como la identidad cultural de estos pueblos; tampoco se discute la relación que tienen con su respectivo hábitat y las características comunitarias de su dominio sobre sus tierras, otorgándoles, además, una serie de derechos específicos, que sirven de base para que el Tribunal defina el alcance y contenido del artículo 21 de la Convención. Aún más el Estado no niega que los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek tienen el derecho a la propiedad comunitaria de su territorio tradicional, y que la caza, pesca y recolección sean elementos esenciales de su cultura. Así, la Corte IDH identifica que la cuestión es mucho más específica y se centra en la necesidad de restituir específicamente las tierras reclamadas por los miembros de la Comunidad y la realización efectiva del derecho a la propiedad. Ver *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, 2010, párr. 88-89.

⁶² Clérico, *op. cit.*, *supra* nota 12.

⁶³ Véase *Caso Villagrán Morales y Otros (“Niños de la Calle”)*, 1999; *Caso Bulacio*, 2003; *Caso Myrna Mack Chang*, 2003; *Caso del Instituto de Reeducación del Menor*, 2004; *Caso Huilca Tecse*, 2005; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, 2004, párr. 124; *Casos de Juan Humberto Sánchez*, 2003, párr. 110, y de *los 19 Comerciantes*, 2004, párr. 153. Referido a las condiciones de detención, ver *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, párrs. 285, 293 a 295, 300 y 301; *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)*, párrs. 102 y 103; *Caso De la Cruz Flores*, párr. 132; *Caso Tibi*,

estas obligaciones estatales, que suenan generales, derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre,⁶⁴ como extrema pobreza, marginación, exclusión y niñez.

En los tres casos paradigmáticos contra Paraguay, la Corte IDH amplía, según interpretamos, el sentido de la obligación estatal de generar las condiciones de existencia para garantizar una vida digna a una comunidad indígena en relación con el derecho de propiedad colectiva sobre sus tierras. Los tres casos tratan de reclamos realizados por un colectivo que históricamente ha sido discriminado —tanto por el modelo distributivo como por la cultura dominante— y que las consecuencias perjudiciales de esa discriminación persisten en la actualidad.

La desigualdad estructural⁶⁵ que padecen los pueblos originarios —y que está representada en el caso paradigmático de las Comunidades Indígenas de Paraguay— demuestra que no sólo se trata de una distribución desigual de los bienes económicos y sociales (acceso a sus tierras), sino tam-

párr. 157; *Caso Loayza Tamayo, Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, párr. 120; *Caso de la “Masacre de Mupiripán”*, párr. 232; *Caso Huilce Tecse*, sentencia de 3 de marzo de 2005, párr. 66; *Caso “Instituto de Reeducción del Menor”*, sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 158; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury*, sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 129; *Caso 19 Comerciantes*, párr. 153; *Caso Myrna Mack Chang*, párr. 153; *Caso Juan Humberto Sánchez*, párr. 110; *Caso Bámaca Velásquez*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 172; y *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, párrs. 144 a 146.

⁶⁴ Cfr. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, párrs. 111 y 112; *Caso de la “Masacre de Mupiripán”*, párrafos 108 y 110, y *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury*, sentencia del 8 de julio de 2004, párr. 71.

⁶⁵ Véase la caracterización de discriminación estructural en Góngora-Mera (“El derecho a la salud...”, cit., *supra* nota 18): “Estas desigualdades no son meramente producto de desventajas históricamente acumuladas sino de patrones de conducta y normas contemporáneas que configuran desventajas estructurales contra ciertos grupos y que pueden llegar a amenazar su existencia misma. Indicadores significativos a este respecto son, entre otros: 1) el estado de miseria y extrema pobreza de ciertos grupos etno-raciales al interior de un país; 2) su particular indefensión y victimización en contextos de violencia, en parte debido a patrones de impunidad sistemática derivados de barreras socio-económicas y culturales para acceder a la justicia y a la falta de efectividad de las medidas de protección que se adoptan; 3) la criminalización de sus protestas así como la persecución y hostigamiento de sus líderes; y 4) el impacto diferenciado en materia de costos ambientales frente a proyectos de inversión de interés general como la explotación minera, petrolera y maderera, agroindustrias, y megaproyectos energéticos y de infraestructura (v.gr. impactos negativos en términos sanitarios y nutricionales; destrucción y contaminación de su ambiente tradicional; agotamiento de los recursos para su subsistencia física y cultural; desorganización de los roles sociales tradicionales)”.

bién de una distribución desigual de la palabra⁶⁶ para determinar, para discutir, cuáles son las necesidades, sus intereses; por ejemplo, cómo quieren satisfacer su existencia de acuerdo con sus costumbres ancestrales ligadas al contacto con sus tierras, como lo advierte la Corte IDH en reiterada jurisprudencia:

...existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente 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.⁶⁷

En este punto, resulta pertinente volver sobre la propuesta de Fraser,⁶⁸ quien distingue (para luego combinarlas) dos concepciones amplias de la injusticia que genera desigualdades importantes. Como advertimos en el apartado III de este trabajo, la primera de ellas es la injusticia socioeconómica, arraigada en la estructura político-económica de la sociedad respecto de la distribución de bienes. Ejemplos de este tipo de injusticia se pueden vislumbrar en la negación sistemática de los actores estatales y de los grupos económicos de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, lo cual repercute en la privación de los bienes materiales indispensables para llevar una vida digna de acuerdo con sus costumbres. La segunda es la injusticia cultural o simbólica, arraigada en los patrones sociales dominantes en una sociedad desde los que se interpreta, por ejemplo, cuáles son las necesidades de los pueblos originarios, sin que su voz sea escuchada en el proceso

⁶⁶ Estas advertencias alcanzan también al accionar de los tribunales. Por ejemplo, es fundamental que se posibilite el ejercicio real del derecho de los integrantes de los pueblos originarios a expresarse en su lengua materna, véase, sin embargo, “Informe sobre la audiencia pública celebrada en la Corte [argentina] sobre el caso ‘Comunidad toba del Chaco’”, diario *Clarín*, 7 de noviembre de 2007.

⁶⁷ *Caso Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay*, 2010, párr. 86, con cita de *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001, Fondo, reparaciones y costas, párr. 149; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamasa vs. Paraguay*, párr. 118, y *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam*, párr. 90.

⁶⁸ Fraser, *op. cit.*, *supra* nota 37, p. 23.

de decisión. Ejemplos de este tipo de injusticia son la dominación cultural, el no reconocimiento y el irrespeto, e incluye la discriminación a pueblos originarios. No basta con que el Estado “salga” a repartir alimentos,⁶⁹ etcétera, sino que es necesario que los pueblos originarios sean escuchados para que se “respeten” las condiciones que posibilitan su autoabastecimiento, lo que implica escuchar sus necesidades e intereses desde otros patrones culturales que no respondan al dominante del “hombre blanco occidental de clase media” que suele tener una visión mercantilista del uso y goce de los bienes.⁷⁰

Así, los pueblos originarios no sólo son víctimas de una injusticia cultural o simbólica, sino también de una injusticia socioeconómica. La falta de consideración de sus identidades y de transferencia de sus tierras⁷¹ actúa conjuntamente para seguir produciendo desigualdad. Para remediarla, se requiere que las exigencias de reconocimiento cultural se integren con las pretensiones de redistribución socioeconómica. Padecen tanto la mala distribución socioeconómica como el erróneo e insuficiente reconocimiento cultural, sin que pueda entenderse que alguna de estas injusticias es un efecto indirecto de la otra. Por eso, ni las soluciones redistributivas ni las soluciones de reconocimiento son suficientes por sí mismas, es decir, que sólo son respetuosas de los derechos de los pueblos originarios aquellas soluciones que implican una mejor distribución de los bienes económicos y sociales, pero que, a su vez, incluyan a tales pueblos en el proceso de toma de decisiones y se tenga en cuenta su interpretación de sus necesidades, intereses y proyectos como comunidad.⁷²

Ahora bien, en los tres casos contra el Estado de Paraguay las comunidades indígenas estaban viviendo fuera de ellas contra su voluntad. Así,

⁶⁹ Según informes de antropólogos que trabajan en las comunidades indígenas del Chaco y Formosa, “el hambre es el resultado de un problema integral cuya solución exige que las organizaciones y los mismos indígenas sean reconocidos como protagonistas”. “Narrar el hambre”, diario *Página 12*, 13 de octubre de 2007.

⁷⁰ Como advierte la Comisión en el caso, esto implica escuchar a los representantes de la Comunidad cuando agregan que “[l]a visión mercantilista del valor de las tierras, que es entendida únicamente como medio de producción para generar ‘riquezas’, es inadmisibles e inaplicable cuando se aborda la cuestión indígena, pues supone una visión limitada de la realidad, al no contemplar [la] posibilidad de una concepción distinta a nuestra manera ‘occidental’ de ver las cosas del derecho indígena; sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, significaría hacer ilusoria la definición de que el Paraguay es un Estado pluricultural y multiétnico, echando por tierra los derechos de miles de personas que habitan el Paraguay y [l]o enriquecen con su diversidad”. *Caso Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay*, 2010, párr. 148.

⁷¹ Zimmerman, *op. cit.*, *supra* nota 51.

⁷² Clérico, *op. cit.*, *supra* nota 12.

últimamente vivían en condiciones de miseria a la vera de una ruta. Esta situación de miseria de los miembros de la Comunidad está estrechamente vinculada a la falta de acceso a la propiedad comunitaria de sus tierras.⁷³ A su vez, esto aniquila las posibilidades de autoabastecimiento y auto-sostenibilidad de sus miembros, de acuerdo con sus tradiciones ancestrales.⁷⁴ Es decir, que la combinación del derecho a la propiedad y a una existencia digna afecta el derecho a la autonomía colectiva de la Comunidad:

...la falta de sus tierras tradicionales y las limitaciones impuestas por los propietarios privados repercutió en los medios de subsistencia de los miembros de la Comunidad. La caza, pesca y recolección cada vez fueron más difíciles, llevaron a que los indígenas decidieran salir de la Estancia Salazar y reubicarse en “25 de Febrero” o en otros lugares, disgregándose así parte de la Comunidad... *Todas estas afectaciones se incrementan con el transcurso del tiempo y aumentan la percepción de los miembros de la Comunidad de que sus reclamos no son atendidos.*⁷⁵

Y, como sostiene la Corte IDH, esto los lleva a depender casi exclusivamente de las acciones estatales y a verse obligados a vivir de una forma no solamente distinta a sus pautas culturales, sino en la miseria. Debido a las características de este caso paradigmático —conformado por los tres casos contra el Estado de Paraguay—, coincidimos con Cançado Trindade cuando advierte sobre la centralidad que adquieren las víctimas por sobre la posición del Estado que invoca circunstancias presumiblemente eximentes de su responsabilidad. Sin embargo, la Corte IDH, en su posición mayorita-

⁷³ *Caso Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay*, 2010: El Tribunal recuerda su jurisprudencia respecto a la propiedad comunitaria de las tierras indígenas, según la cual: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas; 4) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe, y 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad.

⁷⁴ Véase *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001, Fondo, reparaciones y costas, párr. 149; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, párr. 118, y *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, párr. 90.

⁷⁵ *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, con referencia a los párrs. 75 a 77, 79, 98. La afectación se incrementa, pues afecta la identidad cultural de un grupo desaventajado relacionarlo con la paridad participativa.

ria, considera las razones y acciones realizadas por el Estado, aunque luego concluya que fueron insuficientes y violatorias de varios derechos de la Convención. Esta argumentación puede ser reconstruida en clave de examen de igualdad como prohibición de insuficiencia, aunque la Corte IDH no lo haya anunciado expresamente en su argumentación sino en clave de conclusión.

En el presente caso está establecido que la situación de extrema y especial vulnerabilidad de los miembros de la Comunidad se debe, *inter alia*, a la falta de recursos adecuados y efectivos que en los hechos proteja los derechos de los indígenas y no sólo de manera formal; la débil presencia de instituciones estatales obligadas a prestar servicios y bienes a los miembros de la Comunidad, en especial, alimentación, agua, salud y educación; y a la prevalencia de una visión de la propiedad que otorga mayor protección a los propietarios privados por sobre los reclamos territoriales indígenas, desconociéndose, con ello, su identidad cultural y amenazando su subsistencia física. Asimismo, quedó demostrado el hecho de que la declaratoria de reserva natural privada sobre parte del territorio reclamado por la Comunidad no tomó en cuenta su reclamo territorial ni tampoco fue consultada sobre dicha declaratoria. Todo lo anterior *evidencia una discriminación de facto en contra de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek*, marginalizados en el goce de los derechos que el Tribunal declara violados en esta Sentencia. Asimismo, se evidencia que el Estado no ha adoptado las medidas positivas necesarias para revertir tal exclusión. Por lo expuesto, y de conformidad con las violaciones de los derechos previamente declaradas, la Corte considera que *el Estado no ha adoptado medidas suficientes y efectivas para garantizar sin discriminación los derechos de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek*, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, en relación con los derechos reconocidos en los artículos 21.1, 8.1, 25.1, 4.1, 3 y 19 del mismo instrumento.⁷⁶

La fórmula de la *prohibición de insuficiencia en el examen de igualdad* también dice: es necesaria una protección “adecuada”, bajo consideración de los bienes jurídicos que colisionan; será decisivo que la protección sea como tal “eficaz”. Las medidas legislativas deben ser “suficientes” para alcanzar una protección “adecuada y eficaz”⁷⁷ y así lograr un mejor trato igualitario.

La Corte IDH reitera en varios lugares de su argumentación que las acciones del Estado fueron “insuficientes” o que no eran “adecuadas”. Pero, a nuestro entender, dicha insuficiencia se da no sólo para lograr el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras o el derecho a la existencia digna en cla-

⁷⁶ *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (cursiva añadida).

⁷⁷ BVerfGE (Sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán) 88, pp. 203 y ss. (254, 257, 265, 262).

ve de autoabastecimiento, sino también respecto del derecho a ser tratados como iguales. Para ello el Estado tiene la carga de la argumentación y de la justificación agravada. Tiene que demostrar y argumentar que las acciones positivas realizadas fueron idóneas, las más adecuadas para poner a los pueblos originarios en igualdad real de oportunidades para autodeterminarse, lo que implica, por lo menos, el autoabastecimiento y, necesariamente, el acceso a sus tierras. Veamos por qué las acciones estatales fueron evidentemente insuficientes y defectuosas y por qué el Estado del Paraguay violó los derechos de las comunidades indígenas.

A. Examen de idoneidad

En el examen de igualdad por insuficiencia el punto de partida del examen es, también, el examen de idoneidad/adecuación técnica. Como primer elemento se debe identificar la acción insuficiente atacada, que en el caso es compleja:

- Por un lado, se trata del Decreto 1830 que declaró en estado de emergencia a la comunidad (M1'), y
- Por el otro lado, el procedimiento administrativo para recuperar las tierras (M1'').

Respecto de ambos medios (M1' y M1'') hay que examinar si el Estado demostró y argumentó que eran acciones positivas suficientes para mejorar la situación de desigualdad no sólo en términos distributivos sino también de adecuación cultural (reconocimiento).⁷⁸

Respecto de la generación de condiciones de existencia para garantizar el derecho a una vida digna de la Comunidad (P1), la Corte IDH avanzó identificando las variables respecto de las cuales mediría argumentativamente si el Estado cumplió con la obligación de generar esas condiciones y de respetar el derecho a la propiedad comunal de las tierras ancestrales (P1').⁷⁹

⁷⁸ Véase *Caso Yanomami*, Res. 12/85, caso núm. 7615 (Brasil), 5 de mayo de 1985, considerando 10.

⁷⁹ *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, 2010: "Para determinar la existencia de la relación de los indígenas con sus tierras tradicionales, la Corte ha establecido que: i) ella puede expresarse de distintas maneras según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y ii) la relación con las tierras debe ser posible. Algunas formas de expresión de esta relación podrían incluir el uso o presencia tradicional, a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza,

Estas variables se leen en clave de Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC):

- Derecho de acceso al agua.
- Derecho a la alimentación.
- Derecho a la salud.
- Derecho a la educación.

Respecto del derecho al acceso a agua: las gestiones realizadas por el Estado a partir del Decreto No. 1830 no han alcanzado para proveer a los miembros de la comunidad de agua en cantidad suficiente y calidad adecuada, lo cual los expone a riesgos y enfermedades.

Respecto del derecho a la alimentación: a pesar de lo demostrado por el Estado, no se superaron las necesidades nutricionales que existían con anterioridad al Decreto No. 1830. Y muy probablemente no se superen hasta en tanto se implementen las medidas adecuadas y efectivas para el acceso real a sus tierras, que implica también acceso a una alimentación que respete sus tradiciones y costumbres.

Respecto del derecho a la salud: si bien se reconoce los avances realizados por el Estado, las medidas adoptadas se caracterizan por ser *temporales y transitorias*. Además, el Estado no garantizó la accesibilidad física ni geográfica a establecimientos de salud para los miembros de la Comunidad. La distancia suele ser una barrera geográfica que implica una desigualdad estructural para toda la comunidad indígena, no sólo en el caso analizado.⁸⁰ *No se evidencian acciones positivas para garantizar la aceptabilidad de dichos bienes y servicios, ni que se hayan desarrollado medidas educativas en materia de salud que, a su vez, sean respetuosas de los usos y costumbres tradicionales.*⁸¹ *Esto último sólo se entiende en el contexto de igualdad como reconocimiento.* Por lo demás, miembros de

pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres, y cualquier otro elemento característico de su cultura. El segundo elemento implica que los miembros de la Comunidad no se vean impedidos, por causas ajenas a su voluntad, a realizar aquellas actividades que revelan la persistencia de la relación con sus tierras tradicionales. En el presente caso, la Corte observa que la relación de los miembros de la Comunidad con su territorio tradicional se manifiesta, *inter alia*, en el desarrollo de sus actividades tradicionales dentro de dichas tierras”.

⁸⁰ Véase informe presentado por Paul Hunt, relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, sobre su misión al Perú, 2005, párr. 79.

⁸¹ Véase, además, CIDH, *Informe sobre pueblos indígenas*, 27 de febrero de 2011, párr. 157, y Comité DESC, *Observación General*, núm. 14, párr. 27.

la comunidad, en especial niños y ancianos, murieron por causas de enfermedades evitables⁸² y que requieren tratamiento de bajo costo.⁸³

Respecto del derecho a la educación: si bien algunas condiciones en cuanto a la prestación de la educación por parte del Estado han mejorado, no existen instalaciones adecuadas para la educación de los niños. Las clases se desarrollan bajo un techo sin paredes y al aire libre. Igualmente, no se asegura por parte del Estado ningún tipo de programa para evitar la deserción escolar.

En todos estos aspectos relevantes, MI no fue suficiente ni adecuado. Al respecto, la Corte IDH evaluó el accionar estatal insuficiente, en parte, con estándares generales, por ejemplo, respecto del acceso al agua se refirió a los “estándares internacionales”. Sin embargo, en *Yakye Axa* transitó claramente la ruta del reconocimiento y evaluó la falta de suficiencia de las medidas estatales en relación con la vinculación de la comunidad a su tierra⁸⁴ en clave de DESC.⁸⁵ Y en *Xákmok Kásek* realizó el examen teniendo en

⁸² Véase *Caso Sawoyamaya*: “Como ha sido demostrado en el capítulo de Hechos Probados (párr. 73.74), la mayoría de los fallecidos en la Comunidad corresponde a niños y niñas menores de tres años de edad, cuyas causas de muerte varían entre enterocolitis, deshidratación, caquexia, tétanos, sarampión y enfermedades respiratorias como neumonía y bronquitis; todas enfermedades razonablemente previsibles, evitables y tratables a bajo costo”.

⁸³ Sobre el Decreto No. 3789, que declaró en estado de emergencia a la Comunidad Sawhoyamaya: las medidas adoptadas por el Estado en cumplimiento de este decreto no pueden calificarse de suficientes y adecuadas. En efecto, durante más de seis años de vigencia del decreto, el Estado sólo entregó víveres a las presuntas víctimas en diez ocasiones, y medicamentos y materiales escolares en dos oportunidades, con extensos intervalos entre cada entrega (párr. 73.64 a 66). Estas entregas, así como las cantidades suministradas, son a todas luces medidas insuficientes para revertir la situación de vulnerabilidad y riesgo de los miembros de esta Comunidad y prevenir violaciones del derecho a la vida, tanto así que luego de la entrada en vigor del Decreto de emergencia al menos 19 personas fallecieron (párr. 73.74. 1, 5 a 16, 20, 22 y 27 a 30). Véase asimismo Parra Vera, *Protección...*, *cit.*, *supra* nota 32, p. 343.

⁸⁴ *Caso Yakye Axa*, párr. 163: “La Corte debe establecer si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del *corpus juris* internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas”.

⁸⁵ *Caso Yakye Axa*, párr. 164: “... los miembros de la Comunidad Yakye Axa hubiesen podido abastecerse en parte de los bienes necesarios para su subsistencia de haber estado en posesión de sus tierras tradicionales. El desplazamiento de los miembros de la Comunidad de estas tierras ha ocasionado que tengan especiales y graves dificultades para obtener alimento, principalmente porque la zona que comprende su asentamiento temporal no cuenta con las condiciones adecuadas para el cultivo ni para la práctica de sus actividades tradicionales

cuenta la “perspectiva etno-cultural”.⁸⁶

El punto fuerte del examen de la Corte IDH, en este último sentido de la igualdad, llegará de la mano del examen de M1” respecto del derecho a la propiedad colectiva de la Comunidad, aquí sí este medio no es probado con “lo esperable en general”, sino con “lo esperable atendiendo a la relación de la Comunidad con su tierra”. Veamos:

Respecto de la idoneidad de M1”: la Corte reiteró, como en los casos de las comunidades indígenas de Yakye Axa y Sawhoyamaya, que el procedimiento administrativo interno para la reivindicación de tierras tradicionales era *inefectivo*, por cuanto *no ofrecía la posibilidad real* de que los miembros de las comunidades indígenas recuperaran sus tierras tradicionales si éstas se encontraban bajo dominio privado.⁸⁷ La falta de idoneidad de M1” que implicaría posibilidad real de acceso a sus tierras, provoca además, la ausencia de posibilidades de autoabastecimiento y auto-sostenibilidad de sus miembros, de acuerdo a sus tradiciones ancestrales, lo cual los lleva a depender casi exclusivamente de las acciones estatales y verse obligados a vivir de una forma no solamente distinta a sus pautas culturales, sino en la miseria.

La CIDH examina la idoneidad⁸⁸ de M1 (que incluye M1’ y M1”) no en general ni en abstracto, sino cotejándolo con el caso concreto.⁸⁹ Se trata de

de subsistencia, tales como caza, pesca y recolección. Asimismo, en este asentamiento los miembros de la Comunidad Yakye Axa ven imposibilitado el acceso a una vivienda adecuada dotada de los servicios básicos mínimos, así como a agua limpia y servicios sanitarios”.

⁸⁶ “Conforme a los estándares internacionales, los Estados tienen el deber de garantizar la accesibilidad a educación básica gratuita y la sostenibilidad de la misma. En particular, cuando se trata de satisfacer el derecho a la educación básica en el seno de comunidades indígenas, el Estado debe propiciar dicho derecho con una perspectiva etno-educativa. Lo anterior implica adoptar medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable desde una perspectiva étnica diferenciada”.

⁸⁷ *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, 2010, párr. 108: “En virtud de que en el presente caso se trata del mismo recurso, ya que el Estado no ha modificado su legislación ni su práctica al respecto, el Tribunal reitera su jurisprudencia en relación a que el procedimiento administrativo bajo estudio presenta los siguientes problemas estructurales, que impiden que el mismo pueda considerarse efectivo: a) restricción en las facultades de expropiación; b) sometimiento del procedimiento administrativo a la existencia de un acuerdo de voluntad entre las partes, y c) ausencia de diligencias técnico-científicas tendientes a encontrar una solución definitiva del problema”.

⁸⁸ Sobre examen de idoneidad, véase Clérico, Laura, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 100-133.

⁸⁹ En este punto consideramos que en materia de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) hay un avance en comparación con el Caso Cinco Pensionistas, donde evalúa las mejoras en los derechos a la pensión en general y no en concreto.

una aplicación intensiva del examen de idoneidad que viene dada porque la restricción a los derechos⁹⁰ era desde el vamos extrema⁹¹ y el accionar estatal se requería de forma “urgente”.⁹² Por ello también tiene la carga de la prueba de la idoneidad de sus acciones.⁹³

B. Examen del medio alternativo más suficiente

En el examen del medio alternativo en la prohibición por insuficiencia en el examen de igualdad, se examina si otros medios pudieron ser imple-

⁹⁰ Los derechos de los pueblos originarios en el caso no son sólo DESC de prestación positiva, en el sentido que generan obligaciones estatales de dar, de restituir, sino también obligaciones de organización y procedimiento. Por ello, si bien no lo advierte expresamente aquí, la Corte IDH está interpretando que el derecho, como derecho de organización y procedimiento, para poder ser ejercido requiere que el Estado cumpla con sus obligaciones de establecer procedimientos administrativos y judiciales eficaces para reclamar sus tierras. Sobre la función de prestación positiva de los derechos y, además, sobre la función de organización y procedimiento, véase Alexy, *op. cit.*, *supra* nota 19, cap. 9; Clérico, *op. cit.*, *supra* nota 8, y Kingston, Patricio, “El proceso en los casos de derechos reales comunitarios de los pueblos indígenas”, en Abreut de Begher Liliana (coord.), *Propiedad indígena*, Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 133.

⁹¹ Y aún incrementada por la duración de la afectación, como se señaló anteriormente: “Todas estas afectaciones se incrementan con el transcurso del tiempo y aumentan la percepción de los miembros de la Comunidad de que sus reclamos no son atendidos”. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, 2010.

⁹² Véase *Caso Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, 2006: la Corte no acepta el argumento estatal referente a la responsabilidad compartida que tenían los enfermos de concurrir a los centros asistenciales para recibir tratamiento, y los líderes de la Comunidad de llevarlos a tales centros o comunicar la situación a las autoridades sanitarias. A partir de la emisión del Decreto de emergencia correspondía al INDI y a los Ministerios del Interior y de Salud Pública y Bienestar Social adoptar “las acciones que correspondan para la inmediata provisión de atención médica y alimentaria a las familias integrantes de [la Comunidad Sawhoyamaxa], durante el tiempo que duren los trámites judiciales referente a la legislación de las tierras reclamadas como parte de [su] hábitat tradicional” (párr. 73.63). Con ello, los bienes y servicios de salud específicamente dejaron de depender de la capacidad adquisitiva individual de las presuntas víctimas, y por tanto, el Estado debió adoptar medidas que contribuyan a la prestación y suministro de tales bienes y servicios. Es decir, las medidas a las que el Estado se comprometió frente a los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa diferían *por su carácter de urgencia* de aquellas que el Estado debía adoptar para garantizar los derechos de la población y las comunidades indígenas en general. Aceptar lo contrario sería incompatible con el objeto y propósito de la Convención Americana, la cual requiere que sus disposiciones sean interpretadas y aplicadas de tal forma que los derechos en ella contemplados sean práctica y efectivamente protegidos.

⁹³ Es necesario que el Estado demuestre que hizo las gestiones necesarias para sacar a los indígenas del costado de la ruta y, mientras eso sucedía, que adoptó acciones pertinentes para disminuir el riesgo en el que se encontraban (párr. 163).

mentados para evitar o disminuir a un grado tolerable la restricción por omisión a los derechos de la comunidad indígena y con ello disminuir o hacer desaparecer la discriminación. Este examen complementa el de idoneidad porque la comparación permite determinar la medida de la acción suficiente.

En el caso el medio alternativo suficiente (en comparación con M1' y M1'') es para la Corte IDH, según interpretamos, facilitar el acceso a las tierras ancestrales o alternativas, pero que respeten la identidad cultural y el autoabastecimiento. En este sentido, hasta el propio Estado reconoce la existencia de este medio alternativo suficiente y adecuado; sin embargo, no demuestra acciones concretas de haberlo implementado.⁹⁴ En suma, la restricción a la igualdad por acción insuficiente pudo haber sido evitada o disminuida en un grado soportable.⁹⁵

C. Examen de proporcionalidad en sentido estricto

En este punto la fórmula de la proporcionalidad, como en la prohibición por exceso, dice: cuanto más intensiva sea la restricción a la igualdad y

⁹⁴ *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010). En relación con la propiedad ancestral y las tierras “alternativas”, el Estado sostuvo que el derecho de los miembros de la Comunidad se podría satisfacer con tierras alternativas a las reclamadas, ya que las tierras tradicionales no se limitan a las tierras reclamadas. No obstante, el Estado no indicó cuáles serían estas tierras alternativas, de igual extensión y calidad, que pudieran satisfacer el reclamo de la Comunidad. Si bien aportó una lista de propiedades disponibles en las zonas cercanas al actual asentamiento de la Comunidad, no indicó las características o cualidades de las mismas que pudieran satisfacer los requisitos de calidad necesarios para la sustentabilidad de los Xákmok Kásek. No basta con que existan otras propiedades disponibles. Tal como indicó el perito presentado por el Estado, para el otorgamiento de tierras alternativas a las reclamadas, éstas deben al menos tener ciertas “aptitudes agroecológicas” y ser sometidas a un estudio que determine su potencial de desarrollo por parte de la Comunidad. Véase párrs. 104-107, entre otros.

⁹⁵ Véase asimismo el *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, 2006, párr. 164: “Al respecto, la Corte nota que la principal forma que el Estado tenía para trasladar a los miembros de la Comunidad fuera del costado de la ruta era entregarles sus tierras tradicionales. No obstante, como se desprende de los capítulos anteriores, el proceso administrativo tramitado ante el INDI y el IBR no ofreció garantías de una resolución efectiva y se mostró lento e ineficiente (párrs. 93 a 112). De allí que el Tribunal estableciera que el Estado no garantizó a los miembros de la Comunidad Sawhoyamaya el derecho a la propiedad comunitaria ni a las garantías y protección judicial en un plazo razonable (párrs. 112 y 144). En otras palabras, si bien el Estado no los llevó al costado de la ruta, tampoco adoptó las medidas adecuadas, a través de un procedimiento administrativo rápido y eficiente, para sacarlos de allí y ubicarlos dentro de sus tierras ancestrales, en donde tendrían el uso y disfrute de sus recursos naturales, directamente vinculados con su capacidad de supervivencia y el mantenimiento de sus formas de vida”.

a los derechos, en este caso, por acción insuficiente, tanto más importantes tienen que ser las razones que alegue el Estado para justificar sus omisiones. De un lado, tenemos una afectación extrema (es decir, más que grave)⁹⁶ del derecho a una vida digna relacionado con el derecho a la propiedad comunitaria de una comunidad indígena. La restricción extrema incluso se incrementa por la duración de la restricción, por la urgencia de la acción estatal frente al estado de emergencia,⁹⁷ y por pertenecer el grupo de afectados a un grupo vulnerable (argumento de igualdad); por ello, es claro desde el inicio el poco peso que le pueden asistir a las razones que el Estado intentó alegar para eximirse del cumplimiento suficiente de sus obligaciones.⁹⁸ Por ejemplo, no basta que alegue que las tierras reclamadas se encontraban siendo explotadas en forma racional por otros (una empresa) frente a “la especial relación de los miembros de la comunidad indígena reclamante con dicha tierra”. De lo contrario, agrega la Corte IDH,

el derecho de reivindicación carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales. Limitar de esta forma la realización efectiva del derecho a la propiedad de los miembros de las comunidades indígenas no sólo viola las obligaciones del Estado derivadas de las disposiciones de la Convención relativas al derecho a la propiedad, sino que

⁹⁶ Véanse las modalidades de violación que pueden ser leídas en clave de intensidad de restricciones a los derechos de comunidades indígenas en *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, 2006, voto de García Ramírez.

⁹⁷ En el presente caso, “las autoridades internas conocían de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de los miembros de la Comunidad. Consecuentemente, surgieron para el Estado determinadas obligaciones de prevención que lo obligaban —conforme a la Convención Americana (artículo 4, en relación con el artículo 1.1) y a su propio derecho interno (Decreto No. 1830)— a la adopción de las medidas necesarias que, juzgadas razonablemente, eran de esperarse para prevenir o evitar ese riesgo”. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay*, 2010, párr. 192. Véase la caracterización de la prohibición de “exigir lo insostenible” por omitir lo esperable y la regla (Zu) en Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad...*, cit., *supra* nota 27, cap. 2.III.2.2.1.1.3 y cap. 3.II.3.

⁹⁸ Así, en el Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (2006, párr. 155) y en el *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, 2010, párr. 188, sostiene: “Es claro para la Corte que un Estado no puede ser responsable por cualquier situación de riesgo al derecho a la vida. Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada. *Para que surja esta obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo*”. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, párrs. 123 y 124.

también compromete la responsabilidad del Estado en relación a la garantía de un recurso efectivo y *constituye un trato discriminatorio que produce exclusión social*. [Tampoco basta] que la expropiación de las tierras reivindicadas hubiese sido denegada arguyéndose la explotación racional de las mismas y la supuesta afectación para la unidad productiva de la empresa ..., cuando de 10.700 hectáreas reclamadas, aproximadamente un total de 7.468 hectáreas fueron extraídas de la mencionada unidad productiva, ya sea porque se vendieron a otro propietario ... o porque se encuentran dentro del área declarada reserva natural privada que establece serias restricciones a su explotación ...⁹⁹

2. Consideraciones intermedias

En suma, de la aplicación del examen de igualdad (con sus tres pasos: idoneidad, medios alternativos y proporcionalidad) a la reconstrucción de estos casos paradigmáticos, surgen obligaciones para los Estados, entre otras, de adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales¹⁰⁰ o particulares;¹⁰¹ y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna¹⁰² de las personas individuales y de las comunidades indígenas, lo que incluye la implementación de *medidas de acción positivas* para prevenir la violación de estos derechos que, en el caso de las comunidades indígenas, implica establecer *medios eficaces* para que puedan recuperar el derecho sobre sus tierras comunales ancestrales.

Esos medios eficaces no implican sólo procedimientos administrativos y judiciales. Si se analizan los pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano se concluye que esos procedimientos se refieren también a ámbitos de participación política. La Corte IDH y la Comisión IDH han reiterado la obligación estatal de garantizar la consulta y participación de los pueblos indígenas en la determinación de acciones que afecten sus tierras. Esto implica, además, que “todos los miembros de la comunidad estén plena y cabalmente informados de la naturaleza y las consecuencias del

⁹⁹ *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, 2010, párrs. 149-150.

¹⁰⁰ *Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, párr. 120.

¹⁰¹ *Cfr. Idem; Caso de la Masacre de Mapiripán*, párr. 111.

¹⁰² *Cfr. Caso Comunidad Indígena Yákye Axa*, párr. 161; *Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros)*, párr. 144, y *Caso Instituto de Reeducción del Menor*, sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 156.

proceso y se les brinde una oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente”.¹⁰³ Sin embargo, como las comunidades indígenas están atravesadas por una desigualdad estructural, interpretamos que no basta con que se las consulte puntualmente sobre el acceso, posesión, uso, de sus tierras, o “la adopción de una ley” o “la creación de una institución pública”, sino que se requiere garantizar “la participación de los propios pueblos indígenas”.¹⁰⁴ Por ello, se requiere revisar la jurisprudencia de la Corte IDH cuando se trata de garantizar la participación política de las comunidades indígenas, empezando por uno de sus presupuestos mínimos, la posibilidad de someter sus candidatos al proceso electoral.

En suma, toda esta reconstrucción nos permite sostener que la insuficiencia de las medidas estatales puede provenir de la falta de distribución de bienes económicos y sociales y, asimismo, de la insuficiencia por falta de reconocimiento; esto afecta la “paridad participativa” (en términos de Nancy Fraser),¹⁰⁵ la participación democrática, lo que nos lleva a su vez a la consideración del siguiente caso paradigmático.

3. *La igualdad como objetivo: reglamentación electoral y participación de grupos subrepresentados*

La garantía de igual autonomía pública, entendida como la igualdad de posibilidades en el acceso a las instancias de toma de decisiones políticas, es probablemente la pretensión más fundamental y, a la vez, la más audaz que pueda elevar un *Estado de derecho*.¹⁰⁶ Es la más fundamental, puesto que

¹⁰³ Caso 11.140 Marry y Carrie Dann (Estados Unidos de Norteamérica), *Informe* núm. 75/02 (fondo) del 27 de diciembre de 2002, párr. 140 y cfr. *Informe* núm. 78/06 sobre admisibilidad de la petición 12.094, Comunidades aborígenes Lhaka Honahat (Nuestra Tierra, Argentina), del 21 de diciembre de 2006; Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka*, sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrs. 133 y 134.

¹⁰⁴ Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, 27 de febrero de 2007, A/HRC/4/32.

¹⁰⁵ Y, según entendemos, se ve reflejada en esta cita de la Corte IDH en el *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, 2010: “la pobreza limita gravemente, en la práctica, la capacidad de una persona o un grupo de personas de ejercer el derecho de participar en todos los ámbitos de la vida cultural y de tener acceso y contribuir a ellos en pie de igualdad y, lo que es más grave, afecta seriamente su esperanza en el porvenir y su capacidad para el disfrute efectivo de su propia cultura”, que toma de Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ONU, *Observación General* núm. 21, 21 de diciembre de 2009, E/C.12/GC/21, párr. 38.

¹⁰⁶ Aquí se pone de relieve la relación entre el concepto clave de inclusión-igualdad del proyecto del derecho constitucional interamericano y el desafío-objetivo de avanzar en el logro de la democracia y el estado de derecho.

sobre ésta se asienta la legitimidad del ejercicio de la coacción que se arroga el Estado. Pero también la más audaz, en tanto abre la posibilidad de poner en cuestión, en los ordenamientos jurídicos vigentes, todas aquellas formas de dominación que no resistan el cuestionamiento de los oprimidos,¹⁰⁷ de los *excluidos*, y que el derecho ha ido cristalizando de acuerdo a las relaciones de fuerza concretas que jalonaron —y jalonan— el desarrollo de nuestras sociedades, opresiones que por momentos resultan difíciles de separar del Estado de derecho mismo.

Parece relevante, sin embargo, trazar una distinción, cuanto menos conceptual, entre esta pretensión normativa, que nace con la Ilustración pero que la excede —en tanto permite cuestionarla—, de los modos concretos por los que el aparato estatal moderno intenta cumplirla. En otros términos, es preciso separar la *democracia* de la representación política, no tanto porque esta última no sea democrática, sino más bien para evitar caer en el error de pensar que la segunda agota a la primera.¹⁰⁸ De este modo, la noción de autogobierno puede ser preservada cuanto menos como ideal regulativo, lo que nos permite, en primer lugar, establecer un criterio para evaluar los medios establecidos por los estados en este sentido, y, en segundo lugar nos permite pensar la posibilidad de reconocer otras formas de autogobierno, en un esquema que se acomoda mejor a la diversidad de culturas que la Convención Americana sobre Derechos Humanos se propone abarcar.

En este sentido, nos interesa analizar el problema de la *igualdad* en el acceso a las candidaturas políticas, que en el marco de la *democracia* representativa constituyen la forma predominante y privilegiada de participación política, haciendo de la competencia electoral entre partidos, regulada por el Estado, la primera respuesta de nuestros ordenamientos jurídicos a la pregunta por la democracia.

Es en esta brecha que se insertan las demandas presentadas ante la Corte IDH en los casos *Yatama vs. Nicaragua* y *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, puesto que en ambos el tribunal está llamado a pronun-

¹⁰⁷ Hombres sobre mujeres, propietarios sobre trabajadores, heterosexuales sobre homosexuales y occidentales sobre el resto, entre otras.

¹⁰⁸ Lo que nos conduciría a la falsa oposición, desarrollada por el liberalismo, entre democracia y derechos fundamentales. Véase Saba, *op. cit.*, *supra* nota 10. En este sentido, lo más que puede reclamar para sí la representación y su estructura de partidos es su mayor adecuación al ideal de democracia frente a un gobierno *de facto*, lo que no es poco si tenemos en cuenta que el régimen representativo se inserta en un medio —el Estado, centralizado, soberano y coactivo— que por trayectoria y definición le es hostil, pero no puede pretender mantener esta preponderancia frente a las demandas de la ciudadanía, sea que se articulen a través de vías informales, como la protesta o la manifestación pública, o de vías formales como el cuestionamiento, en sede judicial, de las leyes y las políticas públicas.

ciarse respecto del sistema representativo; sin embargo, bajo circunstancias diferentes:

- En *Yatama* se trataba de la exclusión de los candidatos a alcaldes, vicealcaldes y concejales presentados por un partido político regional indígena para una elección local.¹⁰⁹ Así, quedaron solo seis partidos políticos para participar en las elecciones municipales. Según informes y testimonios, en algunas zonas se registró un nivel de abstencionismo de aproximadamente 80 por ciento, dado que una parte del electorado, compuesto por miembros de comunidades indígenas y étnicas, no se encontraba debidamente representado por los partidos nacionales.¹¹⁰ Los candidatos que ganaron las elecciones pertenecían a los partidos tradicionales.¹¹¹ Justamente la pregunta en el caso es si la aplicación

¹⁰⁹ La Comisión presentó la demanda para que la Corte IDH decidiera si el Estado violó los artículos 8 (Garantías Judiciales), 23 (Derechos Políticos) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, todos ellos en relación con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de dicho tratado, en perjuicio de los candidatos a alcaldes, vicealcaldes y concejales presentados por el partido político regional indígena Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka (“YATAMA”). La Comisión alegaba que dichas personas fueron excluidas de participar en las elecciones municipales realizadas el 5 de noviembre de 2000 en las Regiones Autónomas del Atlántico Norte y del Atlántico Sur (en adelante “la RAAN” y “la RAAS”), como consecuencia de la resolución emitida el 15 de agosto de 2000 por el Consejo Supremo Electoral. En la demanda se indicó que las presuntas víctimas presentaron diversos recursos contra dicha resolución y, finalmente, el 25 de octubre de 2000 la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua declaró improcedente un recurso de amparo interpuesto por éstos. La Comisión señaló además que el Estado no previó un recurso que hubiese permitido amparar el derecho de dichos candidatos de participar y ser elegidos en las elecciones municipales de 5 de noviembre de 2000, como tampoco adoptó medidas legislativas o de otro carácter que fuesen necesarias para hacer efectivos tales derechos, especialmente no previó “normas en la ley electoral, en orden a facilitar la participación política de las organizaciones indígenas en los procesos electorales de la Región Autónoma de la Costa Atlántica de Nicaragua, de acuerdo al derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de los pueblos indígenas que la habitan”.

¹¹⁰ Cfr. *Observación Electoral en Nicaragua: elecciones municipales 2000*, Unidad para la Promoción de la Democracia, Serie Américas, Núm. 27, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y *Second Report. The Carter Center Mission to Evaluate Electoral Conditions in Nicaragua*, November 1-8, 2000 (expediente de anexos a la demanda, tomo II, anexos 19 y 20, folios 651 y 715).

¹¹¹ Cfr. *Second Report. The Carter Center Mission to Evaluate Electoral Conditions in Nicaragua*, November 1-8, 2000 (expediente de anexos a la demanda, tomo II, anexo 20, folio 715); artículos periodísticos publicados en “El Nuevo Diario” titulados “YATAMA afuera” de 27 de octubre de 2000, “YATAMA preocupa a la OEA” de 28 de octubre de 2000 y “Policía cree que puede controlar a los Yatama”, de 31 de octubre de 2000 (expediente de anexos a la demanda, tomo II, anexo 22, folios 796, 798 y 802); y solicitud de nulidad de las elecciones en la RAAN presentada el 8 de noviembre de 2000 ante el Consejo Supremo Electoral por el Partido

de la Ley Electoral vigente al 2000¹¹² y la exigencia de los requisitos para constituir un partido político disminuyeron las posibilidades de participación de las organizaciones indígenas y étnicas convirtiéndose en una discriminación en contra de un grupo desaventajado;

- En *Castañeda Gutman*, en cambio, se trataba una persona conocida en la dirigencia política mexicana que pretendió, sin éxito en el orden interno, que se inscribiera su candidatura independiente a la Presidencia de México para las elecciones que se celebraron en julio de 2006. La pregunta en el caso giraba en torno a determinar si el Estado violaba los derechos políticos de la supuesta víctima frente a la inexistencia en el ámbito interno de un recurso sencillo y efectivo para el reclamo de la constitucionalidad de los derechos políticos por el consecuente impedimento para que Castañeda Gutman se presentara como candidato por fuera de un partido político.

En ambos casos, el artículo de la Convención Americana en juego es el 23, que garantiza a todos los ciudadanos la participación en la dirección de los asuntos públicos, ya sea de modo directo o a través de representantes, el derecho a votar y ser elegido, y de acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos.

Aún cuando el examen de proporcionalidad se encuentra desarrollado en *Castañeda Gutman* (2008), los argumentos desarrollados en *Yatama* (2005) son retomados en el último caso, de modo tal que es factible extraer, a partir de ambas sentencias, una regla en materia de restricciones reglamentarias a los derechos de participación política.¹¹³ El examen de la Corte IDH se concentra en la reglamentación de la presentación de candidaturas para cubrir cargos políticos.

Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN), Partido Liberal Constitucional (PLC), Partido Movimiento de Unidad Costeña (PAMUC), el Partido Indígena Multiétnico (PIM), el Partido Camino Cristiano Nicaragüense (CCN) y el Partido Conservador de Nicaragua (PCN) (expediente de anexos a la demanda, tomo II, anexo 22, folio 846).

¹¹² Más precisamente, el artículo 82 de la Ley Electoral de 2000 disponía como requisito para participar en las elecciones municipales que los partidos políticos presentaran candidatos al menos en el 80 por ciento de los municipios de la respectiva circunscripción territorial y respecto del 80 por ciento del total de las candidaturas. Así, el Consejo Supremo Electoral decidió no registrar a los candidatos propuestos por YATAMA. Consideró que, al quedar excluido el partido que se presentó en alianza con YATAMA, éste último, por sí solo, no cumplía el requisito de haber presentado candidatos en el 80 por ciento de los municipios de la circunscripción territorial.

¹¹³ No obstante algunas diferencias relevantes en los hechos son analizadas nuevamente hacia el final de la sección.

A. Examen leve

Con el objetivo de reconstruir la fórmula y alcances del mandato de igualdad en lo que atañe a la participación política en la jurisprudencia de la Corte IDH, puede resultar útil recurrir nuevamente a la distinción entre patrones de violación de los derechos humanos propuesta por García Ramírez.¹¹⁴ En este sentido, el examen involucra dos posibles niveles de intensidad, a saber, uno de mínima intensidad, que podríamos denominar de la *democracia representativa* en sentido estricto, y otro de máxima intensidad, que podríamos denominar de la *democracia como autogobierno*.

El examen de menor intensidad de la vigencia del mandato de igualdad en el ejercicio de los derechos políticos implica, para los estados parte, garantizar el derecho al voto y la estructura de los partidos políticos. Así, la Corte IDH afirma que la democracia representativa constituye un principio fundamental del sistema interamericano;¹¹⁵ que los derechos a ser elegido y votar son las expresiones individuales y sociales de la participación política;¹¹⁶ que el voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia,¹¹⁷ y que los estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política.¹¹⁸ En el *Caso Castañeda Gutman*, la exigencia de adscripción partidaria para presentarse a una candidatura es considerada *idónea* en tanto los estados poseen un margen para la reglamentación del sistema democrático,¹¹⁹ y la Corte IDH considera que en el caso concreto de México la misma apunta a garantizar el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder público en condiciones de igualdad y de manera eficaz.¹²⁰ En lo que hace a la *necesidad* de la medida, la Corte IDH considera suficientes los argumentos presentados por el Estado mexicano en el sentido de que la regulación en cuestión no implicaba un obstáculo concreto y específico para la postulación del demandante.¹²¹ Por último, y en lo que hace a la *proporcionalidad en sentido estricto* de la restricción, y teniendo en cuenta que se trata de elecciones de nivel federal, la Corte IDH considera que, no obstante los problemas de representación que afectan a los partidos políticos, la medida se encuentra justificada, puesto que la intensidad de la vulneración

¹¹⁴ Véase apartado IV.1 en este ensayo.

¹¹⁵ Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, párr. 192.

¹¹⁶ *Ibidem*, párr. 197.

¹¹⁷ *Ibidem*, párr. 198.

¹¹⁸ *Ibidem*, párr. 207.

¹¹⁹ Corte IDH, *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, párrs. 180 y 181.

¹²⁰ *Ibidem*, párr. 183.

¹²¹ *Ibidem*, párr. 202.

del derecho del demandante no es suficiente para justificar la suspensión de la medida. Con este criterio, la Corte IDH parece apuntar a que, por contraste con un gobierno *de facto*, o bien, con una democracia meramente formal, la posibilidad de participar en el proceso electoral constituye un piso mínimo de institucionalidad democrática que debe ser respetado. Esta regla, sin embargo, debe ser entendida en el contexto latinoamericano, ya no dominado —pero aún amenazado— por las sombras del golpe de Estado.¹²²

B. *Examen intenso*

Sobre este estándar mínimo la Corte IDH elabora un *examen de igualdad más intenso*, según el cual la participación política puede incluir amplias y diversas actividades, realizadas de modo individual o colectivo, destinadas a intervenir ya en la designación de los representantes, ya en la formación de la política estatal de modo directo;¹²³ la efectivización de los derechos políticos puede requerir, a su vez, medidas de acción positiva por parte del Estado que exceden la mera reglamentación del sistema de partidos.¹²⁴ El contenido esencial de estos derechos implica la participación efectiva de las personas en la conducción del Estado.¹²⁵ Se promueve, además, el diseño de instancias destinadas a facilitar la participación de sectores específicos de la sociedad¹²⁶ y la exigencia de pertenecer a un partido político no puede obstaculizar la participación política de los ciudadanos,¹²⁷ puesto que se reconoce que existen otras formas de organización política cuya legitimidad no sólo ha sido reconocida,¹²⁸ sino que además, en los *casos de grupos subrepresentados*, se convierten en vehículos esenciales de la manifestación política legítima. A través del segundo criterio, la Corte IDH introduce la *desigualdad estructural* como variable relevante, aumentando la intensidad del control en la aplicación del examen de proporcionalidad. En este sentido se tiene en cuenta la pertenencia de las víctimas a comunidades indígenas,¹²⁹ para las cuales la estructura de partidos resulta ajena;¹³⁰ que son un caso excepcional

¹²² Honduras y, más recientemente, Ecuador.

¹²³ Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, párr. 196.

¹²⁴ *Ibidem*, párr. 201.

¹²⁵ *Ibidem*, párr. 206.

¹²⁶ *Ibidem*, párr. 207.

¹²⁷ *Ibidem*, párr. 208.

¹²⁸ *Ibidem*, párr. 215.

¹²⁹ *Ibidem*, párr. 202.

¹³⁰ *Ibidem*, párr. 218.

dentro de las organizaciones políticas;¹³¹ que de negarse la presentación de dichos candidatos se estaría desconociendo el derecho a elegir de los electores indígenas,¹³² que Yatama contribuye a establecer y preservar la identidad cultural de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas.¹³³ De este modo la Corte IDH toma un camino intermedio entre los extremos representados por los votos de los jueces A. Montiel Argüello y O. Jackman en la sentencia del 2005.

El primero (Montiel Argüello) sostiene una interpretación formal del principio de igualdad que lo conduce a sostener que el Estado de Nicaragua “no puede tener leyes diferentes para cada una de las etnias que lo integran cuando se trata de la elección de autoridades que ejercerán sus funciones en territorios habitados por diferentes etnias como son los Municipios de las Regiones Autónomas”.¹³⁴ Esto nos habla de una lectura miope del principio de igualdad que resulta doblemente desigual. En primer lugar, porque niega el trato diferencial intrínseco a una legislación, de cuyas instancias de producción los demandantes han sido sistemáticamente excluidos.¹³⁵ Trato diferencial que, por otro lado, surge con toda la fuerza de los hechos en el caso, toda vez que la legislación defendida por la disidencia del juez Montiel Argüello ha producido altos niveles de abstencionismo en regiones donde las comunidades indígenas representan un 80 por ciento de la población. En segundo lugar, porque, al negar las desigualdades de partida, deja en manos de los sectores sociales predominantes las instancias de producción del derecho desde las cuales estas desigualdades pueden ser solucionadas.¹³⁶ De este modo se confunde democracia como autogobierno con democracia como aquel régimen que cada Estado haya adoptado, produciendo un “círculo vicioso” en términos de representación política que impide la introducción de nuevas voces al proceso democrático.

El segundo voto (Jackman), en el otro extremo, sostiene que la utilización de categorías tales como la de grupos desaventajados puede resultar problemática, en tanto reduciría la protección brindada por la Convención

¹³¹ *Ibidem*, párr. 219.

¹³² *Ibidem*, párr. 226.

¹³³ *Ibidem*, párr. 227.

¹³⁴ *Ibidem*, voto Montiel Argüello, párr. 5.

¹³⁵ En el caso de los pueblos indígenas, la miopía de la argumentación es todavía más intensa, puesto que la exclusión persistente y sistemática de los mismos es un hecho ampliamente reconocido, cuanto menos en términos simbólicos, por todas las sociedades latinoamericanas.

¹³⁶ Patente en el párrafo 10 de su voto.

a aquellos ciudadanos que no son reconocidos como tales.¹³⁷ Esta argumentación es similar a la comentada en el párrafo anterior, en tanto se asienta en una comprensión universalista de la ciudadanía, pero desde una perspectiva que no es la mera preservación de un estado de cosas político, sino más bien la búsqueda de un aumento en la intensidad de la participación política de la ciudadanía. Que sus argumentos no formen parte del voto mayoritario permite a la vez dar cuenta de la decisión de la Corte IDH en el *Caso Castañeda Gutman*, cuya pretensión es rechazada en tanto el demandante no logra probar que forma parte de un grupo desaventajado, más aún siendo integrante conocido de la dirigencia política mexicana

A partir de estos dos votos es posible reconstruir y determinar los alcances de la regla establecida por la Corte IDH del siguiente modo:

- En *primer lugar*, la reglamentación del sistema electoral por parte de los estados parte de la Convención, siempre que se adecue razonablemente a los parámetros de la democracia representativa, cuenta con una presunción de legitimidad, y es objeto de un escrutinio laxo o poco intensivo por parte del tribunal, no obstante lo cual parece quedar en cabeza del demandante la carga de la argumentación respecto de la vulneración concreta del derecho.¹³⁸
- En *segundo lugar*, la regla parece reconocer una excepción en el caso de grupos evidentemente desaventajados, de modo tal que se habilita un examen intensivo de la razonabilidad de la medida. En este caso es el Estado el que debe demostrar que el medio seleccionado no vulnera el principio de igualdad.

Este “doble estándar” de la Corte puede ser interpretado a partir del criterio de “paridad participativa” desarrollado por Nancy Fraser.¹³⁹ En este sentido, el compromiso entre la eficacia de un sistema de organización político-estatal y una comprensión seria de la *democracia* como autogobierno puede ser saldado a favor de la segunda, toda vez que aquellos que demandan puedan mostrar que su objetivo es aumentar la participación en condiciones de *igualdad* con el resto de la ciudadanía.

Las sentencias, sin embargo, y en función de las diferentes circunstancias en las que surgen las demandas, deja abierta una serie de interrogan-

¹³⁷ Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, voto concurrente de Oliver Jackman, párr. 4.

¹³⁸ En general la argumentación de la Corte IDH no parece negar de plano la posibilidad de que exista una vulneración del derecho en el Caso Castañeda Gutman, sino que se limita a afirmar que el demandante no ha logrado demostrarla.

¹³⁹ Fraser, *op. cit.*, *supra* nota 14.

tes.¹⁴⁰ Por ejemplo, si un grupo indígena hubiese demandado la posibilidad de participar en elecciones de nivel nacional a través de sus propias estructuras organizativas, o a la inversa, si un ciudadano hubiese demandado la posibilidad de participar en elecciones municipales por fuera de los partidos políticos, ¿cuál hubiese sido la respuesta de la Corte IDH? ¿Qué ocurre con aquellos grupos que, siendo fácticamente discriminados, aún no han alcanzado una presencia simbólica suficiente firme en el espacio público y no logran, por ende, ser visibilizados como un grupo excluido? En este sentido podemos decir que ambas sentencias constituyen un avance de la jurisprudencia interamericana en términos de igualdad en la participación política, pero no por ello pueden ser considerados como una respuesta definitiva a las fricciones que se generan entre un espacio público estatal y un espacio público político propiamente dicho.

V. CONCLUSIONES

Como hemos advertido al comienzo de este trabajo, nuestro objetivo no perseguía realizar un abordaje integral de la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de derechos de las comunidades indígenas. Seleccionamos algunas sentencias paradigmáticas que nos permitieron aplicar el examen de igualdad, articulándolo con las nociones de redistribución y reconocimiento. La reconstrucción y análisis de estas sentencias de la Corte IDH nos sirvió así para mostrar de qué modo dichas nociones resultan insumos conceptuales imprescindibles en orden a dar cuenta de la argumentación normativa relativa a la aplicación del principio de igualdad que debería nutrir el concepto clave de inclusión del proyecto de derecho constitucional común latinoamericano. Tanto en los casos referidos a la posesión de la tierra, como en aquellos referidos a la presentación de candidaturas, la Corte IDH va más allá de los criterios de igualdad formal y material, desglosando el problema de los patrones económicos y culturales dominantes.

Como adelantamos en el apartado II, las fórmulas de igualdad suponen dos clases de reclamos, a saber: (a) quien es tratado como diferente quiere ser tratado como igual, y (b) quien es tratado como igual quiere ser tratado como diferente. Lo que las sentencias analizadas ponen de manifiesto es que en ambos casos se trata, en realidad, de dos perspectivas sobre un mismo reclamo igualitario que deben ser distinguidas: si en ambos casos los pueblos

¹⁴⁰ Resulta central en la argumentación de la Corte IDH que los demandantes en el *Caso Yatama* integren un colectivo indígena y que en el caso *Castañeda Gutman* se trate de un miembro reconocido de la clase política mexicana.

originarios reclaman un trato diferencial, ya sea en lo que atañe al acceso a la tierra o a las candidaturas políticas, es porque exigen gozar, en igualdad de condiciones, de sus autonomías privadas y públicas. Que los estados intenten, en ambos casos, defender el rechazo de ambos reclamos en nombre de una igualdad formal o material —aduciendo la mera distribución de recursos o bien la posibilidad de que presenten sus candidatos en las mismas condiciones que los partidos políticos— implica el desconocimiento de la desigualdad estructural a la que han sido —y siguen siendo— sometidas dichas comunidades.

Todo esto muestra que el derecho de los pueblos originarios a la restitución de sus tierras ancestrales se encuentra íntimamente vinculado al derecho de los mismos a una vida digna, que requiere a su vez del reconocimiento de sus patrones culturales en orden a ser adecuadamente satisfecho. De modo análogo, la reglamentación de la participación electoral no puede ser considerada válida, toda vez que implique el desconocimiento de las formas de organización propias de los pueblos originarios. Es en este sentido que la Corte IDH destaca que uno de los aspectos de la insuficiencia de las acciones adoptadas por el Estado de Paraguay radica en la ausencia de acciones positivas tendientes a garantizar la “aceptabilidad” de los mismos por parte de los pueblos originarios. Otro tanto puede afirmarse de la decisión de la Corte IDH en el *Caso Yatama*, en tanto la reglamentación de la presentación de candidaturas es atacada por desconocer las formas de organización propias de las comunidades involucradas, condicionando el ejercicio de sus derechos políticos a la adaptación a estructuras partidarias que les son ajenas.

Como afirma la tesis de este trabajo, la aplicación del principio de igualdad en situaciones de desigualdad estructural no sólo requiere de un examen intenso de los argumentos del Estado. En tanto éstas implican la existencia de patrones culturales y materiales hegemónicos pero no universales, toda argumentación que tome en serio el principio de igualdad debe tomar en cuenta, de modo integrado, los déficit de redistribución y de reconocimiento. Sólo a partir del reconocimiento de ambos resulta posible conmover los patrones de dominación que atraviesan a nuestras sociedades y que no pueden por ende ser resueltos desde una perspectiva que confunda *universalidad* con *predominio*. Parafraseando a Robert Alexy, el debate democrático no debe ser un debate “sobre” los ciudadanos, sino un debate “con” ellos,¹⁴¹ pero para que este “con ellos” sea posible, es preciso garantizar la

¹⁴¹ Alexy, Robert, “Ley fundamental y teoría del discurso”, en Cardinaux, Nancy *et al.* (coords.), *Las razones de la producción del derecho*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires (Facultad de Derecho), 2006.

paridad en la participación de todos, en especial, la de los afectados por la medida estatal y la de los excluidos.

Pero, además, para que este “con ellos” sea posible, también es preciso someter constantemente a revisión crítica el alcance de la paridad en la participación, revisión que sólo puede cobrar sentido a partir de la *inclusión* de las voces de los excluidos, y no simplemente de una interpretación de sus intereses.

PRESENTE Y FUTURO

EL ESTADO ABIERTO COMO OBJETIVO
DEL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE*.
APROXIMACIÓN DESDE EL IMPACTO DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Mariela MORALES ANTONIAZZI*

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *Premisas esenciales del Estado abierto*.
III. *El Estado abierto y el proceso de interamericanización*. IV. *Papel de la
Corte IDH en la protección del Estado abierto*. V. *Conclusión*.

I. PLANTEAMIENTO

Este trabajo se centra en la cuestión de cómo comprender el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante: Corte IDH) en la configuración y garantía del Estado abierto. El propósito esencial es revisar, sin pretensión de exhaustividad, el alcance del Estado abierto como objetivo clave del *ius constitutionale commune* en derechos humanos, ilustrado a la luz de la metamorfosis de los órdenes constitucionales, identificando la permeabilidad policéntrica y las múltiples velocidades del fenómeno, a partir del caso suramericano.¹ El análisis se estructura en tres partes: primero se expone la conceptualización, perfilando la noción germánica de estatalidad abierta y acotando los cambios de paradigmas (II); en segundo lugar, se explora la dimensión de lo que denomino proceso de interamericanización (III) y, finalmente, se examina el papel de la Corte IDH en la instrumentación de los mecanismos de protección del Estado abierto, seguido de una conclusión alusiva a la relevancia del acervo jurisprudencial para avanzar en la consolidación de la protección de la democracia y de los derechos humanos (IV).

* Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Heidelberg, Alemania.

¹ Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

II. PREMISAS ESENCIALES DEL ESTADO ABIERTO

La comprensión del Estado abierto trae consigo examinar la construcción convergente y progresiva del constitucionalismo garantista de los derechos humanos y de la integración bajo una concepción multinivel.² 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.

El proceso de apertura del Estado en América Latina se distingue por dos cambios de paradigma, como son el surgimiento del paradigma del pluralismo normativo³ y la internacionalización entendida como humanización.⁴ El primero tiene implicaciones directas en la transformación del concepto clásico de soberanía,⁵ la superación de la concepción de un Estado cerrado⁶ y su consiguiente pérdida del carácter omnicomprensivo en el ámbito del derecho constitucional. Es un proceso vinculado a la globalización,⁷ signado por la concurrencia de la democratización, junto a la internaciona-

² Un enfoque actual referido al contexto europeo pero con citas al modelo latinoamericano, Cfr. Jimena Quesada, L., *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Pamplona, Aranzadi, 2013, pp. 63 y siguientes.

³ Entre tantos, Bustos, R., *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012, pp. 13 y siguientes.

⁴ Brewer-Carías, A. R., *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of Amparo Proceedings*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009, pp. 31 y siguientes.

⁵ Cfr. Vásquez, A., “Soberanía, supranacionalidad e integración: la cuestión en los países del Mercosur”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2001, pp. 233-244; Häberle, P. y M. Kotzur, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, México, UNAM, 2003.

⁶ Calliess, C., “60 Jahre Grundgesetz – ein Jubiläum im Lichte der Europäisierung”, *AnwBl*, Vol. 7, 2009, p.478.

⁷ Pisarello, G., “Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico”, Carbonell y R. Vázquez (comps.), *Estado constitucional y globalización*, México, UNAM-Porrúa, 2001, pp. 352 y siguiente; Carbonell, M., “Globalización y derecho: siete tesis”, en Díaz Müller, L. T. (coord.), *Globalización y derechos humanos*, México, UNAM, 2003, pp. 1-16.

lización, constitucionalización y judicialización⁸ así como la creciente interacción entre el derecho internacional, el supranacional y el constitucional.⁹

La Constitución no es la norma suprema única, sino que comparte espacio, en la cúspide de la pirámide normativa, con otras disposiciones. Algunos autores, entre ellos Flávia Piovesan, acuden a la figura del trapecio para explicar este fenómeno de achatamiento de la pirámide;¹⁰ otros, como Armin von Bogdandy, hacen mención de la necesidad de reconfigurar la relación entre el derecho internacional y el derecho interno desde el acomplamiento.¹¹ César Landa apunta hacia la tesis de la coordinación entre sistemas y parte de la premisa de la ausencia de una relación de jerarquía entre las normas constitucionales y las normas de fuente externa, ya que dicha relación se rige más bien por principios de complementariedad, interconexión y convergencia.¹²

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”,¹³ así como por la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales a la luz de ese derecho internacional de los derechos humanos.¹⁴ El Estado y la soberanía no desaparecen, sino que se han transformado en

⁸ 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*, México, nueva serie, año XXXVIII, núm. 112, enero-abril de 2005, pp. 325-363.

⁹ Sobre la relación de retroalimentación e intercambio continuos entre los derechos nacionales y el derecho internacional, *Cfr.* Fix-Fierro, H. y López Ayllón, S. “El impacto de la globalización en la reforma del Estado y el derecho en América Latina”, en *El papel del derecho internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional*, México, UNAM-American Society of International Law, 1997, p. 328; Cançado Trindade, A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 315.

¹⁰ Piovesan, F., “Direitos humanos e diálogo entre jurisdições”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, no. 19, 2012, p. 67.

¹¹ Bogdandy, A. v., *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM, 2011, pp. 285 y siguientes.

¹² Landa, C., *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, 3a. ed. corregida y aumentada, Lima, Palestra 2007, p.114.

¹³ En la calificación de Manuel Góngora Mera. *Cfr.* Góngora 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, IIDH, 2011, p. 91.

¹⁴ *Cfr.* Capaldo, G., J. Sieckmann y L. Clérico (eds.), *Internacionalización del derecho constitucional-Constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.

conceptos ajustados a los nuevos tiempos¹⁵ y la constelación contemporánea se vincula con las nuevas formas de articulación del espacio político.¹⁶

Estos fenómenos encuentran fundamento constitucional en las cláusulas de apertura suramericanas. No obstante, las fórmulas de recepción constitucional son heterogéneas. En la doctrina suramericana se ha abordado el fenómeno de la internacionalización del derecho constitucional bajo la perspectiva de las cláusulas de apertura (también llamadas cláusulas de reenvío)¹⁷ y más bien delimitado a los derechos humanos.¹⁸ Hasta ahora, un sector de la doctrina se ha apoyado en la noción häberliana 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.¹⁹

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 ocu-

¹⁵ Desde hace más de un década la doctrina alemana se refiere a una situación “flotante” de la soberanía. Cfr. Di Fabio, Udo, *Das Recht offener Staaten. Grundlinien einer Staats- und Rechts-theorie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, p. 94; Oeter, Stefan, “Souveränität – ein überholtes Konzept?”, en Cremer, Hans-Joachim et al. (eds.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts. Festschrift für Helmut Steinberger*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2002, pp. 259 y siguientes.

¹⁶ Bayón, Juan Carlos, *Ciudadanía, soberanía y democracia en el proceso de integración europea*, disponible en <<http://www2.uah.es/filder//ciudadania-soberaniaydemocracia.pdf>>.

¹⁷ Interesante resulta que la Corte Internacional de Justicia en el caso de las plantas de celulosas sobre el río Uruguay, alude a las cláusulas de reenvío. CIJ, sentencia de 20 de abril de 2010, Argentina vs. Uruguay, párr. 53 y siguientes. Disponible en <[http://www.ambiente.gov.ar/archivos/web/CPyD/file/sentencia_2010%20\(2\).pdf](http://www.ambiente.gov.ar/archivos/web/CPyD/file/sentencia_2010%20(2).pdf)>.

¹⁸ Entre muchos Uprimny, R., “El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, en O’Donnell, D., I. M. Uprimny y A. Valencia Villa (comps.), *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2001.

¹⁹ Cfr. Häberle, P., *El Estado constitucional*, trad. de Hector Fix-Fierro, México, UNAM, 2001, pp. 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, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001; Häberle, P., *El Estado constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007. Al idioma portugués Häberle, P., *Hermenéutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*, trad. de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Fabris, 1997; Mendes, G. y A. Rufino do Vale, “O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, *Observatório da Jurisdição Constitucional*, año 2, 2008-2009, p. 2.

rrido con las transformaciones constitucionales,²⁰ sustentadas en los postulados doctrinarios emergidos en Italia y gracias a los aportes sobre la interpretación constitucional provenientes de Dworkin, Alexy, Zagrebelsky y Nino.²¹

1. *Potencial del concepto de estatalidad abierta*

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

Desde hace casi cincuenta años el concepto alemán de estatalidad abierta (*offene Staatlichkeit*), acuñado por Klaus Vogel,²² 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.²³ 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 – LF) se pronunciaron favorablemente por el Estado abierto, tanto en el sentido de la cooperación internacional en los planos universal y regional, como en el del 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.²⁴

²⁰ Por todos, véase García Jaramillo, L., “El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del Derecho. El caso colombiano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLV, núm. 133, enero-abril 2012, pp. 93-118 (94 y siguientes).

²¹ *Cfr.* Capaldo, Sieckmann, Clérico, *Internacionalización del Derecho Constitucional...*, *cit.*, supra nota 14.

²² Vogel, K., *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit*, Tübinge, Mohr, 1964, p. 42.

²³ Sommermann, K.-P., “Offene Staatlichkeit Deutschland”, en Bogdandy, A. v. *et al.* (eds.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, vol. II: *Offene Staatlichkeit, Wissenschaft vom Verfassungsrecht*, Heidelberg, C. F. Müller, 2008, núm. 12, p. 10.

²⁴ El preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, en el inciso 2, proclama: “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...”. La Ley Fundamental alemana regula separadamente la incorporación de los tratados internacionales en el orden público nacional en el artículo 59 inciso 2, la cláusula de apertura hacia la integración europea en el

Javier García Roca afirma que el Estado constitucional contemporáneo sólo puede entenderse como un Estado situado internacionalmente y, por tanto, limitado en idéntica perspectiva, particularmente en materia de derechos humanos.²⁵ 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 internacional y supranacional, configurando la condición *sine qua non* para la estabilidad y funcionalidad de la Unión Europea y del espacio jurídico europeo.²⁶ Distintas denominaciones han sido utilizadas, tales como “bisagra”,²⁷ “cláusula europea”²⁸ o “*bridging mechanism*”.²⁹

En esta línea, el término “permeabilidad”, que significa en sentido literal, “penetrable” o “transpasable”, a pesar de ser un concepto tomado de la biología para explicar lo social³⁰ 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

artículo 23 y la membresía en otros sistemas, como las Naciones Unidas, en el Artículo 24. En idioma español véase Bank, R., “Tratados internacionales de derechos humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán”, *Ius et Praxis*, Santiago de Chile, vol. 9, 2003, pp. 23-38.

²⁵ García Roca, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e integración*, Madrid, Civitas, 2010, p. 31.

²⁶ Huber, P., “Offene Staatlichkeit: ein Vergleich”, *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, vol. II: *Offene Staatlichkeit, Wissenschaft vom Verfassungsrecht*, Heidelberg, C. F. Müller, 2008.

²⁷ Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, del 13 de diciembre de 2004, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 3, Suplemento, 4 de enero de 2005, pp. 5, 9 (II 3). Ver Silva García, F., “La declaración 1-2004 del Tribunal Constitucional español. Problemas de articulación entre el derecho nacional y el derecho de la Unión Europea”, *Cuestiones constitucionales*, México, núm. 13, julio-diciembre 2005, pp. 252-265.

²⁸ Claes, M., “Constitucionalizando Europa desde su fuente. Las ‘cláusulas europeas’ en las Constituciones nacionales: evolución y tipología”, Cartabia, M., B. de Witte, P. Pérez Tremps e I. Gómez Fernández (eds.), *Constitución Europea y constituciones nacionales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005, pp. 123 y siguientes (127).

²⁹ Walker, N., “Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union”, *European Law Journal*, vol. 4, 1998, pp. 355-388 (375).

³⁰ Cfr. Botero Bernal, A., “Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica”, *Diálogos de saberes*, Bogotá, núms. 18-19, 2003, pp. 147-174.

régimen jurídico,³¹ lo que en definitiva representa un mecanismo de entrelazamiento normativo.³²

Hoy en día es incuestionable la recepción cada vez más potente del derecho internacional en el derecho interno.³³ Considero que esta constelación del Estado abierto tiene el potencial e impacto necesarios en el debate suramericano, entendido como una condición esencial de la protección internacional y, en particular, la supranacional, sin menoscabo del orden constitucional, sino producto del mismo. En Latinoamérica se utiliza la expresión “mestizaje jurídico” como uno de los rasgos “característicos, típicos y diferenciales del *ius constitutionale commune* americano, que contempla una superposición, convivencia y fusión de diversas tradiciones jurídicas”.³⁴ El fenómeno de un orden policéntrico,³⁵ dominio policéntrico,³⁶ o policentrismo jurídico,³⁷ no es nuevo,³⁸ aunque sí presenta una cara novedosa propia en sociedades multiculturales como son, en el caso, las suramericanas.³⁹ En los estados constitucionales suramericanos se constata una progresiva co-determinación en la medida en que se influyen más recíprocamente en la

³¹ Wendel, M., *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht. Verfassungsrechtliche Integrationsnormen auf Staats- und Unionsebene im Vergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, p. 71.

³² Nettesheim, M., “Europäischer Verfassungsbund?” en Deppenheuer, O. (ed.), *Staat im Wort: Festschrift für Josef Isensee*, Heidelberg, C. F. Müller, 2007, pp. 733 y siguientes (736).

³³ 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.

³⁴ Pampillo Baliño, J. P., *La integración jurídica americana. Reflexiones y propuestas para un nuevo ius commune*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-ELD-Ibáñez, 2012, p. 129.

³⁵ Weiler, J. H. H., U. Haltern y F. Mayer, “European Democracy and Its Critique”, en Hayward, J. (ed.) *The Crisis of Representation in Europe*, London, Frank Cass, 1995, pp. 4-39 (16); Weiler, J. H. H., “European Neo-Constitutionalism: In Search of Foundations for the European Constitutional Order”, *Political Studies*, vol. XLIV, no. 3, 1996, pp. 517-533; Wind, M., “The European Union as a Polycentric Polity: Returning to a Neo-medieval Europe?”, en Weiler, H. H. y M. Wind (eds.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 126 y siguientes.

³⁶ Di Fabio, U., “Öffentliche Meinung im System polyzentrischer Herrschaft”, *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften*, vol. 7, 2009, pp. 666-682.

³⁷ Díez de Urduvía Fernández, X., *El Estado en el contexto global*, México, Porrúa, 2008.

³⁸ Häberle, P., *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, trad. de Emilio Mikunda, Madrid, Tecnos, 2002.

³⁹ Yrigoyen Fajardo, R., “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, Rodríguez Garavito, C. (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011, pp. 139 y siguientes.

incorporación del factor multicultural que los caracteriza⁴⁰ y la Constitución, como orden abierto, cumple una función de inclusión en el seno de las sociedades diversas.⁴¹

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,⁴² emerge una nueva dogmática con base en 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”,⁴³ “redes horizontales de colaboración”,⁴⁴ “interconstitucionalidad”,⁴⁵ “metaconstitucionalidad recíproca”,⁴⁶ influjos y lecturas simultáneas,⁴⁷ “*multilevel constitutionalism*”,⁴⁸ normativismo supranacional,⁴⁹ transconstitucionalismo.⁵⁰ Se está dibujando la figura geométrica del trapecio.⁵¹

⁴⁰ Valadés, D., “Peter Häberle: un jurista para el siglo XXI. Estudio introductorio”, en Häberle, *El Estado constitucional*, cit., *supra* nota 19, pp. XXI-LXXXIV.

⁴¹ Gomes Canotilho, J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 1450.

⁴² Cfr. Aguilar Cavallo, G., “El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público”, *Ius et Praxis*, vol. 12, núm. 1, 2006, pp. 117-154.

⁴³ Bogdandy, A. v., “Pluralismo, efecto directo y última palabra: La relación entre Derecho Internacional y Derecho Constitucional”, en Escobar García, C. (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, pp. 407-429 (409).

⁴⁴ 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 and Comparative Law*, Vol. 17, No. 3, 2010, pp. 517-553 (519).

⁴⁵ Gomes Canotilho, J., *Teoría de la Constitución*, Madrid, Dykinson, 2003.

⁴⁶ Cruz Villalón, P., “El papel de los tribunales constitucionales nacionales en el futuro constitucional de la Unión”, en Colneric, Ninon *et al.* (coords.), *Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003, pp. 271-282.

⁴⁷ 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*, Caracas, núm. 72, 1989; Bidart Campos, G. y D. Herrendorf, *Principios de derechos humanos y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 1991, pp. 195 y siguientes.

⁴⁸ 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. R., *Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1998, p. 18.

⁴⁹ Gordillo, A., *Derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. III.10.

⁵⁰ Neves, M., *Transconstitucionalismo*, São Paulo, WFM Martins Fontes, 2009, p. 115 y siguientes.

⁵¹ Pizzolo, C., “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,

2. *Los cambios de paradigma en la soberanía*

Con la llegada de la democracia al subcontinente florecieron las ideas de apego al derecho internacional de los derechos humanos, concurrente con los planteamientos existentes a nivel de la comunidad internacional.⁵² Se observó una tendencia hacia la jerarquización constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos, la definición e implementación de un Estado-nación multiétnico⁵³ y la inclusión de cláusulas de apertura a la integración, lo que no excluye la mención de los principios de soberanía, no intervención y de igualdad de los estados.

Esta metamorfosis a nivel constitucional tiene como trasfondo el cambio de ciertos paradigmas. En primer término destaca el cambio de paradigma respecto a la soberanía. Kathryn Sikkink advertía que, en la década de los noventa, las Américas enfrentaban un proceso gradual de transformación y reconceptualización de la soberanía, pasando de la tradicional defensa de la no intervención a encabezar la lucha por la defensa de la democracia y los derechos, en la que eran protagonistas la academia, los activistas y los operadores políticos.⁵⁴ En la doctrina suramericana se afirma que no es realista la idea de un Estado “que encarna un poder pleno y exclusivamente soberano sobre un territorio claramente delimitado” y se resalta la conveniencia de abandonar las aproximaciones monodisciplinarias para “vehicular” el cambio de paradigma científico de estudio del Estado.⁵⁵ La soberanía de los estados ya no consiste en su poder para controlar lo que pasa al interior de

Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, p. 514.

⁵² Boutros Boutros-Ghali expresó la relevancia del paso de los regímenes autoritarios en distintas latitudes (América Latina, África, Europa y Asia) hacia la democratización y la democracia, “increasingly responsive Governments and increasingly open societies”. Boutros-Ghali, B., *An Agenda for Democratization*, New York, UNO, 1996, p. 2. Disponible en: <[http://www.un.org/en/events/democracyday/pdf/An_agenda_for_democratization\[1\].pdf](http://www.un.org/en/events/democracyday/pdf/An_agenda_for_democratization[1].pdf)>.

⁵³ Büschges, C., “Estado, ciudadanía y nación. Repúblicas liberales y comunidades indígenas en los Andes sudamericanos durante el siglo XIX”, en Büschges, C., O. Kaltmeier y S. Thies (eds.), *Culturas políticas en la región andina*, Madrid-Frankfurt a. M., Iberoamericana-Vervuert, 2011, p. 217.

⁵⁴ Sikkink, Kathryn, “Reconceptualizing Sovereignty in the Americas: Historical Precursors and Current Practices”, *Houston Journal of International Law*, vol. 19, 1997, pp. 705 y siguientes.

⁵⁵ Florez Ruiz, J. F., “De Maquiavelo al Estado postmoderno. Paradigmas políticos de aproximación al fenómeno estatal”, *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, núm. 29, 2012, pp. 138 y siguiente.

sus fronteras,⁵⁶ pues debe proteger y respetar los derechos humanos como límites de la soberanía. La idea de soberanía se ha transformado, impulsando un nuevo paradigma para orientar la cultura jurídica en América Latina, ya no centrada en el *State approach*, sino en el *human rights approach*.⁵⁷ Independientemente de las críticas que puedan formularse al enfoque centrado en los derechos humanos,⁵⁸ la clave es mantener su sentido original como marco ético internacional, que emergió para resolver los estragos de la Segunda Guerra Mundial y prevenir su repetición.⁵⁹

Conforme a los argumentos aportados por la corriente “internacionalista”, con fundamento en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y teniendo en cuenta la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno, autores como Carlos Ayala Corao enfatizan que:

La soberanía nacional libremente expresada ha adquirido compromisos internacionales a través de tratados como la Convención Americana, mediante los cuales se asumen obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos; y en caso de que las violaciones no sean reparadas integralmente por los tribunales nacionales, las personas tienen derecho a ser protegidas por los órganos de protección internacional (CIDH y la Corte Interamericana). En este sentido, los tratados de derechos humanos —como muchos otros tratados multilaterales y bilaterales— representan una cesión de soberanía nacional.⁶⁰

La Corte IDH ha manifestado “que el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados” y en determinadas cues-

⁵⁶ Sobre la evolución, *Cfr.* Kotzur, M., “La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado moderno”, en Häberle y Kotzur, *op. cit.*, *supra* nota 4, pp. 85-122.

⁵⁷ Piovesan, F., “*Ius commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: Rasgos, potencialidades y desafíos”, en Bogdandy, A. v., E. Ferrer MacGregor y M. Morales Antoniazzi (coords.), *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina. Una aproximación conceptual*, México, Porrúa, 2013.

⁵⁸ Respecto a la ambigüedad entre la limitación y la garantía simultánea de la soberanía, *Cfr.* Montoya Londoño, M., “Ética y derechos humanos. La importancia del concepto ‘validez moral’ de Jürgen Habermas para la justificación racional de los derechos humanos”, *Magistro*, Bogotá, vol. 4, núm. 7, 2010, pp. 127-142.

⁵⁹ Ferrer, M., “La población y el desarrollo desde un enfoque de derechos humanos: intersecciones, perspectivas y orientaciones para una agenda regional”, *Población y desarrollo*, Santiago de Chile, 2005, pp. 18 y siguiente.

⁶⁰ Ayala Corao, C., “Comentarios sobre la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (N° 1939) de fecha 18-12-08”, *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, año 7, núm. 1, 2009, p. 394.

ciones, “no sólo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos”.⁶¹

Otro cambio de paradigma es el relativo al pluralismo normativo. Como modelo alternativo al constitucionalismo de base estatal, en el modelo del pluralismo constitucional coexiste un conjunto de ordenamientos jurídicos, en parte separados pero interdependientes, cuyas respectivas normas fundacionales-constitucionales no están jerárquicamente ordenadas.⁶² La Constitución no es la norma suprema única, sino que comparte espacio, en la cúspide de la pirámide normativa, con otras disposiciones. Miguel Carbonell, usando la expresión apertura *ad extra*, le atribuye a tal apertura la facultad de configurar un tipo de pluralismo jurídico que implica que la Constitución se abre tanto al derecho nacional de otros estados como a las normas internacionales.⁶³

La doctrina considera fuera del objeto de análisis las controversias irreconciliables entre las teorías monista (Kelsen) y dualista (Triepel) sobre la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, porque, al menos para el sistema internacional de protección los derechos humanos en el contexto suramericano, se trata de un debate estéril.⁶⁴ Las constituciones dejaron de ser ordenamientos cerrados, para hacerse permeables, por diversas técnicas, a otros órdenes y principios a los que se le atribuye valor constitucional, aun cuando no se encuentran regulados expresamente en el respectivo texto constitucional.⁶⁵

La intención de optimizar los derechos humanos y concederle ubicación prioritaria al derecho internacional de los derechos humanos incluso respecto de la propia Constitución, se considera una cuestión que decide cada Estado cuando dispone la gradación de los mismos, sin que pierda toda su esencia el principio de supremacía constitucional. Según las enseñanzas de Germán Bidart Campos, esta primacía no queda desprovista de su valor cuando entran los estándares del derecho internacional de los derechos hu-

⁶¹ Referido al tema de la nacionalidad. *Cfr.* Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 101.

⁶² Torres, A., “En defensa del pluralismo constitucional”, en Jáuregui Bereciartu, G. y J. I. Ugartemendia Eceizabarrena (coords.), *Derecho constitucional europeo. Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 155-180.

⁶³ Carbonell, M., *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho de México*, México, UNAM, 1998, p. 202.

⁶⁴ Voto Vogal del Ministro Gilmar Mendes, Recurso extraordinario 466.343-1 SÃO PAULO, p. 2. Disponible en <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>.

⁶⁵ Vélez García, J., “La Constitución: Una norma abierta”, Arismendi A., A. y J. Caballero Ortiz (coords.), *El derecho público a comienzos del siglo XXI, Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías*, Madrid, Civitas, 2003, p. 185.

manos, pues, en esencia, la clave es resguardar a la persona humana en su convivencia política.⁶⁶

3. *La estatalidad abierta y la creación de órganos supranacionales*

Un giro clave hacia la transformación del Estado soberano al Estado abierto proviene de la creación de órganos supranacionales, entre los que Jorge Carpizo ubica a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y a los tribunales de la integración,⁶⁷ a los que cataloga como uno de los elementos comunes en el derecho constitucional latinoamericano.⁶⁸ Focalizo el análisis en la Corte IDH debido a su relevancia en un contexto marcado por la interrelación entre privación de derechos humanos y presencia de regímenes antidemocráticos, y por la tensión entre proteger la no intervención y respetar esos derechos.⁶⁹ Al momento de suscribirse la CADH existían numerosos gobiernos dictatoriales en la región⁷⁰ y se hacía latente la necesidad de obligarse al órgano jurisdiccional previsto en ella. La Corte fue formalmente establecida en septiembre de 1979. En ejercicio de su soberanía, los Estados, al reconocer la competencia de la Corte IDH (artículo 62.1 CADH), se obligan a cumplir sus decisiones (artículo 68.1),

⁶⁶ Bidart Campos, G. J., *Teoría de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 353.

⁶⁷ En 1979, mediante el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, que comenzó sus actuaciones en 1984, y a partir del Protocolo de Cochabamba suscrito en 1996, se denomina Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, concebido como órgano supranacional y competente para interpretar y aplicar el derecho comunitario. Entre tantos, *cf.* Helfer, L. R., K. J. Alter y M. F. Guertzovich, “Islands of Effective International Adjudication: Constructing an Intellectual Property Rule of Law in the Andean Community”, *American Journal of International Law*, vol. 103, 2009, pp. 1-46; Helfer, L. R. y K. J. Alter, “The Andean Tribunal of Justice and Its Interlocutors: Understanding Preliminary Reference Patterns in the Andean Community”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 41, 2009, pp. 871-930. En el Mercosur se reguló un sistema de solución de controversias en el Protocolo de Brasilia de 1991 (Anexo III del Tratado de Asunción). El Tribunal Permanente de Revisión (TPR) se creó en 2002 mediante el Protocolo de Olivos, y el TPR, como órgano jurisdiccional, entró en funcionamiento en 2004, junto a los Tribunales Arbitrales *Ad Hoc* (TAAH). Sobre su papel, *Cfr.* Perotti, A. D., *Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el Mercosur*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2007.

⁶⁸ Carpizo, J., “Derecho constitucional latinoamericano y comparado”, *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, nueva época, vol. 7, núm. 1, 2006, p. 279.

⁶⁹ Cabranes, J., “Human Rights and Non-Intervention in the American system”, *Military Law Review*, vol. 65, 1967, pp. 1147, 1164.

⁷⁰ Goldman, R. K., “Historia y Acción: El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Papel de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en Covarrubias Velasco, A. y D. Ortega Nieto (comps), *La protección internacional de los Derechos Humanos: un reto en el siglo XXI*, México, El Colegio de México, 2007, p. 123.

sus sentencias son “definitivas e inapelables” (artículo 67). En este sentido, los estados están obligados a cumplir sus obligaciones convencionales en los términos exigidos en los artículos 1.1 y 2 de la CADH.

La aceptación de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH no se produjo en un mismo momento, sino paulatinamente: Venezuela y Perú fueron los pioneros (1981), seguidos de Argentina y Ecuador (1983), luego Colombia y Uruguay (1985). Es en la década de los noventa cuando se ratifica por el resto de los países suramericanos, de modo que Chile lo hizo a comienzos (1990), mientras Bolivia y Paraguay en el penúltimo impulso (1993), y en la zaga se había quedado Brasil hasta casi finales del siglo XX (1998). Como es conocido, el telón de fondo era el retorno a la democracia. De los treinta y cinco estados que conforman la OEA, veintiuno han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH,⁷¹ advirtiendo que Venezuela presentó el preaviso de denuncia de la CADH en septiembre de 2012.

La Corte IDH ha sostenido que

...cuando un Estado es Parte de la Convención Americana y ha aceptado la competencia de la Corte en materia contenciosa, se da la posibilidad de que ésta analice la conducta del Estado para determinar si la misma se ha ajustado o no a las disposiciones de aquella Convención aún cuando la cuestión haya sido definitivamente resuelta en el ordenamiento jurídico interno. La Corte es asimismo competente para decidir si cualquier norma de derecho interno o internacional aplicada por un Estado, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana. En esta actividad la Corte no tiene ningún límite: toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad.⁷²

III. EL ESTADO ABIERTO Y EL PROCESO DE INTERAMERICANIZACIÓN

Hay una tendencia hacia la consolidación dinámica de un constitucionalismo regional destinado a salvaguardar los derechos humanos fundamen-

⁷¹ Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela. Este último país presentó, en septiembre de 2012, un instrumento de denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al Secretario General de la OEA, que sólo entrará en vigor en el plazo de un año contado desde su interposición. Véase *Informe Anual de la Corte IDH 2012*, San José de Costa Rica, Corte IDH, s.f., p. 6.

⁷² Corte IDH, *Caso Las Palmeras vs. Colombia*, sentencia de 4 de febrero de 2000, Excepciones preliminares, párr. 32.

tales en base, por una parte, a la Convención Americana (la CADH como “Constitución” latinoamericana)⁷³ y demás instrumentos del ordenamiento interamericano,⁷⁴ con la Corte Interamericana como órgano guardián,⁷⁵ y, por otra parte, las propias constituciones con su apertura estructural.⁷⁶ Bajo diversas denominaciones, sea constitucionalismo regional (Flávia Piovesan),⁷⁷ constitucionalismo interamericano (Jorge Contesse)⁷⁸ o *acquis conventionnel* (Humberto Nogueira),⁷⁹ por mencionar algunos, la doctrina alude al acervo interamericano contenido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), la CADH, el Protocolo de San Salvador y en los instrumentos complementarios, así como en la jurisprudencia de la Corte IDH. Es un acervo propiamente interamericano o patrimonio común en materia de derechos humanos. El acervo convencional está contenido en la DADDH, la CADH, los Protocolos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) y el relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, así como las Convenciones Interamericanas para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra

⁷³ Juliano, M. A., “El control de convencionalidad”, en *Derecho a réplica: espacio crítico sobre sistema penal, estado y sociedad*, agosto 2009, disponible en <<http://derecho-a-replica.blogspot.mx/2009/08/el-control-de-convencionalidad.html>>.

⁷⁴ La noción “*corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” como aporte de la Corte IDH. Corte IDH, *Opinión Consultiva O.C.16/99*, de 1 de octubre, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, párr. 115. Cfr. O'Donnell, D., *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Santiago de Chile, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007, p. 57.

⁷⁵ Ferrer MacGregor, E., *La Corte Interamericana como Tribunal Constitucional, conferencia dictada en el Simposio “La Justicia Constitucional: Prolegómeno de un ius constitutionale commune in America Latina”*, Instituto Max Planck de Derecho Internacional Público y Derecho Comparado, 18 y 19 de noviembre de 2009.

⁷⁶ Brewer-Carías, A. R., “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*, México, núm. 6, julio-diciembre 2006, pp. 29 y siguientes.

⁷⁷ Piovesan, F., “Protección de los derechos sociales en el ámbito global y regional interamericano”, Saiz Arnaiz, A., M. Morales Antoniazzi J. I. Ugartemendia (coords.), *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración en América Latina: un análisis desde la Unión Europea*, Oñati, IVAP, 2011, p. 562.

⁷⁸ Contesse Singh, J., “Constitucionalismo interamericano: algunas notas sobre las dinámicas de creación e internalización de los derechos humanos”, en Rodríguez Garavito, C. (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011, pp. 251 y siguientes.

⁷⁹ Cfr. Nogueira Alcalá, H., “El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno”, *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, año 9, núm. 2, 2011, pp. 17-76 (29).

la Mujer (“Convención de Belém do Pará”), para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, para Prevenir y Sancionar la Tortura, sobre Desaparición Forzada de Personas, contra el Terrorismo, y las Convenciones Interamericanas contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, y contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, abiertas a la firma y posterior ratificación por parte de los estados en junio de 2013 en la XLIII Asamblea General de la OEA. También otros instrumentos, como la Carta Democrática Interamericana, juegan un papel esencial en la interamericanización de los órdenes domésticos, si bien a distintas velocidades y no exento de tensiones o retrocesos.

A la llamada internacionalización del derecho constitucional se suma la interamericanización, que tiene lugar en los Estados Parte de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y del SIDH, en cuyos territorios el derecho público vigente no puede entenderse únicamente a partir de la Constitución, sino, por el contrario, es necesario tomar en cuenta también el derecho internacional, el *corpus iuris* interamericano y el derecho de otros estados. Ello implica una modificación del ámbito de aplicación de los principios fundamentales de los textos constitucionales e influye en sus interpretaciones, dada su inserción en una dimensión supranacional, internacional y comparada.

Tal como argumenta Sergio García Ramírez, las ratificaciones de los instrumentos por parte de todos los estados permiten un doble objetivo, porque, por una parte, se busca alcanzar una regionalidad plena en el sentido de la vigencia de los instrumentos en todos los países y, por otra parte, se continúa el tránsito hacia el acogimiento de otros temas aún no regulados en el sistema.⁸⁰ Los seis instrumentos del ordenamiento supranacional interamericano vinculan a los estados y sus órganos en la salvaguarda de los derechos.

Conviene poner de relieve la preeminencia de la Convención Interamericana contra el Terrorismo, aprobada en 2002, dado que esta convención proyecta el grado de compromiso de los estados en el respeto del Estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales,⁸¹ inclusive

⁸⁰ García Ramírez, S., “Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, García Ramírez, S. y M. Castañeda Hernández (coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, UNAM, 2009, p. 28.

⁸¹ El Artículo 15 de la Convención Interamericana contra el Terrorismo se refiere a los derechos humanos.

en la lucha contra esa forma exacerbada de criminalidad,⁸² reforzando la comprensión humanista de que “no se preserva el Estado de derecho desmontando sus libertades y garantías”.⁸³

Otro rasgo del proceso de interamericanización se evidenció en junio de 2013, cuando la XLIII Asamblea General de la OEA abrió a la firma y posterior ratificación por parte de los estados dos nuevos instrumentos convencionales, a saber, la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia y la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, producto de un debate iniciado a comienzos del milenio.⁸⁴ Los Estados de la OEA se comprometen a la erradicación de todas las formas de discriminación e intolerancia.

IV. PAPEL DE LA CORTE IDH EN LA PROTECCIÓN DEL ESTADO ABIERTO

Adoptando la figura de los puentes que viabilizan la recepción de los tratados de derechos humanos en los órdenes domésticos, utilizada por Sergio García Ramírez,⁸⁵ el estudio de los mecanismos de protección de la apertura constitucional se describe con dos puentes para que se desplacen los estándares hacia los órdenes domésticos: el diálogo judicial⁸⁶ y el llamado control de convencionalidad, desarrollado por la Corte IDH, que representa una apertura “*ex ante*”.⁸⁷

⁸² Cfr. Considerandos de la Convención Interamericana contra el Terrorismo.

⁸³ García Ramírez, S., “Ombudsman y tutela interamericana de los derechos humanos”, *Derechos Humanos Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, México, núm. 3, 2006, p. 56.

⁸⁴ Se elaboraron dos Convenciones debido al mayor consenso respecto al combate del racismo, la discriminación racial y las formas conexas de intolerancia, mientras que el tema de la no discriminación en razón de la orientación sexual todavía seguirá transitando un lento camino. Cfr. OEA/Ser.P, AG/RES. 2804 (XLIII-O/13) y OEA/Ser.P, AG/RES. 2805 (XLIII-O/13), La Antigua, Guatemala 5 junio 2013. Disponibles en <<http://scm.oas.org/ag/documents/Documentos/AG06187S04.doc>>.

⁸⁵ García Ramírez, S., “Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos en el derecho interno”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*, Montevideo, 2008, pp. 364 y siguientes.

⁸⁶ A título de ejemplo, Bazán, V., “La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina”, *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, año 5, núm. 2, 2007, pp. 137-183; Rivadeneyra, A., *La emergencia del principio de interacción y el diálogo jurisprudencial a la luz del denominado derecho constitucional internacional*, s.l., s.f., consultable en <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico-tomo-6/61_a_76_la_emergencia.pdf>.

⁸⁷ Cfr. Pinto Bastos Júnior, L. y T. Guenka Campos, “Para além do debate em torno da hierarquia dos tratados: do duplo controle vertical das normas internas em razão da incor-

1. *El diálogo judicial*

Hablar de diálogo implica reconocer sus múltiples significados y rasgos característicos como fenómeno del nuevo derecho público.⁸⁸ Además, el diálogo entre jueces representa un tema recurrente y tiene un especial significado para América Latina.⁸⁹ En particular el diálogo entre las cortes ocupa un lugar preeminente en el ámbito interamericano, bien como expresión de guía para la interacción entre tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁹⁰ bien como resultado de la interacción en un modelo coevolutivo entre *tribunales*.⁹¹ En el enfoque expuesto por Armin von Bogdandy, el diálogo jurisdiccional es un concepto del *ius constitutionale commune*, empleado para legitimar la argumentación de las decisiones, a fin de convencer a otros actores jurídicos y, a la vez, como manifestación del nuevo paradigma de que una “pues una resolución de cualquier tribunal puede ser controlada por otro tribunal. En el escenario actual no hay ya ‘últimas palabras’”.⁹² Ello empuja hacia la aplicación y desarrollo del derecho del *ius constitutionale commune*, no sin faltar tensiones, como lo evidencia el caso venezolano, con su tesis de la inejecutabilidad de las decisiones de la Corte IDH.

Manuel Góngora ejemplifica la “red citacional” entre la Corte Interamericana y la Corte Constitucional colombiana (CCC) a la luz de los

poração dos tratados de direitos humanos”, *RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, vol. 1, n. 19, junio-diciembre de 2011.

⁸⁸ Entre muchos *cf.* Burgogue-Larsen, L., “La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial”, en Jáuregui Bereciartu, G. y J. I. Ugartemendia Eceizabarrena (coords.), *Derecho constitucional europeo. Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 41-76; Martinico, G., “Multiple Loyalties and Dual Preliminarity: The Pains of Being a Judge in a Multilevel Legal Order”, *International Journal of Constitutional Law*, 2012, pp. 871-896; Nogueira Alcalá, H., “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011”, *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, vol. 10, núm. 2, 2012, pp. 57-140.

⁸⁹ Una visión de la evolución, Ayala Corao, C., *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2012.

⁹⁰ Serna, J. M., *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 2012, pp. 243 y siguientes.

⁹¹ Manuel Góngora Mera alude a sus caracteres de policéntrico, integral, deliberativo, multidireccional. *Cf.* Góngora Mera, M. E., “Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo”, en Bogdandy, A. v., F. Piovesan y M. Morales Antoniazzi (coords.) *Estudios avanzados de Derechos Humanos. Democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2013, pp. 312-337.

⁹² Bogdandy, A. v., “*Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”, en el presente volumen.

estándares en materia de población desplazada, representando uno de los casos de deliberaciones transnacionales con alto impacto directo en el orden interno de Colombia, como fue la famosa y controvertida Ley de Justicia y Paz. Un dato empírico que aporta, como ilustración elocuente del fenómeno, es que la Sentencia C-370/2006 de la CCC dedica “28 de las 472 páginas de la sentencia a incorporar los estándares más importantes de la Corte Interamericana”.⁹³ En base al fundamento constitucional, la CCC reconoce la relevancia jurídica de la jurisprudencia de los órganos judiciales creados mediante convenios sobre derechos humanos, ratificados por Colombia, y la competencia de dicho órgano para interpretarlo, como es el caso de la CADH con la Corte IDH.

Como refleja Humberto Sierra, la CCC toma en consideración “los tratados internacionales sobre derechos humanos del sistema universal de Naciones Unidas y del sistema regional de la Organización de los Estados Americanos, así como las interpretaciones que de ellos han hecho los respectivos organismos competentes, tales como el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.⁹⁴ Valga citar, respecto al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, la sentencia T-129 de 2011 de la CCC relativa a los resguardos indígenas de Embera-Katio 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. La CCC ordenó al Estado, de manera similar a los mandamientos de la Corte IDH, 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

⁹³ Góngora Mera, M. E., “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, en Bogdandy, A. v., E. Ferrer Mac-Gregor y M. Morales Antoniazzi (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, UNAM, 2010, tomo II, p. 414.

⁹⁴ Sierra Porto, H. A., “Recientes avances de la jurisprudencia constitucional colombiana”, en Bazán, V. y C. Nash (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad 2011*, Bogotá, Universidad de Chile-Fundación Konrad Adenauer, 2012, pp. 135-142.

como medida simbólica, concluyendo con la exhortación al Congreso a regular tal derecho.⁹⁵

Junto al diálogo emblemático entre la Corte IDH y la CCC, hay que explorar cómo otros tribunales nacionales van adoptando los estándares del sistema interamericano, lo que representa esencialmente la base del *ius constitutionale commune* en los derechos humanos desarrollado jurisprudencialmente, que atiende a las condiciones particulares de los países miembros del sistema y a la vez contribuya a consolidar el Estado de derecho y la calidad de la democracia en la región. Veamos el Tribunal Constitucional de Chile. Gonzalo Aguilar comenta la decisión del Tribunal Constitucional chileno relativa al aumento de precio, por razones de edad o sexo, en el plan de salud de la Isapre, en la que sigue los lineamientos expuestos por la Corte IDH.⁹⁶ El Tribunal chileno declara, en 2008, que el derecho a la protección de la salud es de índole social, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlo en la práctica. Sostiene que el deber de los particulares de respetar y promover los derechos inherentes a la dignidad de la persona persiste, inalterado, en las relaciones convencionales entre privados, cualquiera que sea su naturaleza.⁹⁷ La Corte IDH había dejado sentado en el año 2003, que aunque se trate de

...una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*,

⁹⁵ La CCC recoge los planteamientos del *Amicus Curiae* de Dejusticia que cita a la Corte IDH, 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>.

⁹⁶ Aguilar Cavallo, G., “Principio de solidaridad y Derecho privado: Comentario a una sentencia del Tribunal Constitucional”, *Ius et Praxis*, Santiago de Chile, año 14, núm. 2, 2008, p. 603.

⁹⁷ Tribunal Constitucional de Chile: Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley No. 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso No. 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago. Rol No. 976-2007. Sentencia de fecha 26 de junio de 2008, Considerando 40.

según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares.

Valga la cita textual por la alusión de la Corte IDH a la doctrina del *Drittwirkung* (“efectos frente a terceros”), en su expresión en alemán.⁹⁸

El Tribunal Constitucional peruano declaró vulnerado el derecho al honor de la comunidad nativa Sawawo Hito 40 por las expresiones desproporcionadas emitidas por el director del semanario *El Patriota*, al calificar la actitud de la comunidad indígena permisiva a la tala ilegal de árboles como “contubernio” o “complicidad”, ya que se hubieran podido emplear términos menos graves para expresar el mensaje comunicativo o denuncia periodística.⁹⁹ Si bien en la doctrina se cuestiona la sentencia,¹⁰⁰ el Tribunal sostiene que un periodismo serio es el sustento de una sociedad democrática e insiste en el estándar interamericano al citar la Opinión Consultiva OC-5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la colegiación obligatoria de periodistas, y además adopta la línea de la jurisprudencia de las reparaciones inmateriales de la Corte IDH, tales como el envío de una carta notarial de desagravio a la comunidad nativa y su publicación en el diario de mayor circulación en la región, a la vez que ordenó la publicación de un suplemento especial relativo al caso.¹⁰¹

El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, mediante la sentencia 1250/2012 de 20 de septiembre de 2012, declaró inconstitucional la norma del Código Penal que establecía pena de prisión agravada para sancionar la calumnia, injuria o difamación en perjuicio de un funcionario público, conocido como desacato. Bajo el argumento de la inconstitucionalidad por la afectación desproporcionada del derecho a la libertad de expresión, el Tribunal Constitucional dejó constancia de que tal tipo crea una desigualdad entre funcionarios y ciudadanos, y es incompatible con los

⁹⁸ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 140.

⁹⁹ TC de Perú, Sentencia 04611-2007-PA/TC. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/04611-2007-AA.html#_ftn66>.

¹⁰⁰ Landa, C., “Sentencias fundamentales del Tribunal Constitucional peruano”, en Bazán, V. y C. Nahs (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución 2010*, Montevideo, Universidad de Chile-Fundación Konrad Adenauer, 2010, p. 170.

¹⁰¹ El Tribunal Constitucional dispuso con todo detalle: la publicación de un suplemento especial en el mismo semanario o en cualquier otro, que reproduzca por completo el tenor de la sentencia, bajo el título “Reparación a la comunidad nativa ‘Sawawo Hito 40’ por parte del semanario ‘El Patriota’ en cumplimiento de la sentencia recaída en el Expediente No. 4611-2007-PA/TC”.

compromisos internacionales de derechos humanos. Dialogando implícitamente con los estándares de la Corte IDH,

...enfaticó que los funcionarios públicos deben ser objeto de una fiscalización especial y amplia, que permita un debate vigoroso sobre asuntos de relevancia pública. El Tribunal Constitucional reiteró el carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y citó ampliamente la doctrina del sistema interamericano en materia de libertad de expresión, incluyendo el Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, publicado por la CIDH en 1994. La sentencia mencionada constituye un avance ejemplar en materia de libertad de expresión y resalta la importancia de adecuar las legislaciones nacionales a los estándares internacionales en la materia.¹⁰²

Un fallo histórico lo dictó la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina (CSJN), el 3 de mayo de 2005 en el caso *Verbitsky*, al conocer un *habeas corpus* y establecer estándares mínimos sobre las condiciones de detención y prisión preventiva en comisarías y cárceles.¹⁰³ En su decisión, en el apartado titulado “IX. Adolescentes y enfermos en dependencias policiales, y la jurisprudencia internacional”, la CSJN dedica los fundamentos 43 a 47 a explicar los estándares del Tribunal de San José en cuanto al alcance del artículo 5 de la Convención Americana y las obligaciones para los estados de salvaguardar la dignidad humana de las personas privadas de libertad, máxime respecto a los adolescentes.¹⁰⁴ Empleó igualmente una amplia citación de los estándares internacionales y comparados.¹⁰⁵ Emblemática ha sido esta causa, iniciada por CELS en 2001 mediante un *habeas corpus* colec-

¹⁰² OEA/Ser.L/V/II.147, Doc. 1, 05.03.2013, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2012*, Vol. II: *Informe de la relatoría especial para la libertad de expresión*, Washington D.C., 2012, p. 38.

¹⁰³ V. 856. XXXVIII, Recurso de hecho, *Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus*, de fecha 3.5.2005.

¹⁰⁴ Cita a la Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay”*, el 2 de septiembre de 2004.

¹⁰⁵ Además de citar el amplio abanico de convenciones e instrumentos internacionales para proteger a las personas privadas de libertad, hace alusión a las Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina. 9/10/2002. CRC/C/15/Add. 187 9 de octubre de 2002; las Conclusiones y Recomendaciones respecto del caso argentino del Comité Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos y Degradantes, de 10 de diciembre de 2004 (CAT/C/CR/33/1) 33º Período de Sesiones 15 a 26 de noviembre de 2004; a sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH *Case Peers v. Greece*, sentencia del 19 de abril de 2001; TEDH, *Caso Price v. The United Kingdom*, sentencia del 10 de octubre de 2001); a otros casos de la Suprema Corte de Estados Unidos, entre ellos *Wolff v. McDonnell*, 418 U.S. 539, 1974.

tivo, por cuanto el máximo tribunal de ese país obligó a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a los tribunales inferiores de esa localidad a revisar las medidas de privación de libertad dispuestas y a realizar un seguimiento periódico de la situación carcelaria, modificando el criterio negativo precedente sostenido a nivel provincial.

La propia Corte IDH, al decidir las medidas provisionales en el caso de las Penitenciarías de Mendoza contra Argentina, en diálogo con la CSJN, destaca la necesidad de “disminuir el hacinamiento mediante la reducción de la cantidad de personas encarceladas en prisión preventiva (conforme con los criterios establecidos en el reciente fallo de la CSJN sobre las cárceles de Buenos Aires)”.¹⁰⁶ La CSJN procedió a requerir a los gobiernos nacional y provincial que le informaran acerca de las disposiciones adoptadas para dar cumplimiento a los requerimientos de la Corte IDH.¹⁰⁷ Asimismo intimó al Poder Ejecutivo Nacional para adoptar las medidas adecuadas a fin de proteger la vida, la salud, y la integridad personal de todos los internos en un plazo determinado y le indicó al poder judicial de la provincia que (se) dispusiera el cese de toda providencia dictada que pudiera implicar una violación de los derechos humanos de los detenidos.¹⁰⁸ No han dejado de escucharse algunas voces críticas, como la de González-Salzberg, que reseñan vaivenes de la postura de la CSJN argentina en lo concerniente a la vinculatoriedad de las decisiones de la Corte IDH.¹⁰⁹ Sin embargo, el Caso Bueno Alves evidencia el paso de un diálogo contradictorio a un diálogo para el acuerdo, ya que, luego de la supervisión de cumplimiento de la sentencia por parte de la Corte IDH,¹¹⁰ la CSJN dejó sin efecto su propio pronunciamiento de 2007 con el objeto de “dar estricto cumplimiento a lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en la

¹⁰⁶ Corte IDH, *Medidas provisionales en el caso de las Penitenciarías de Mendoza*, Resolución de 18 de junio de 2005.

¹⁰⁷ Argentina, Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otros, 2006.

¹⁰⁸ Argentina, Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otros, 2007.

¹⁰⁹ González-Salzberg, D. A., “La implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina: un análisis de los vaivenes jurisprudenciales de la corte suprema de justicia de la nación”, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 8, núm 15, 2011, pp. 117-135 (128 y siguientes).

¹¹⁰ El Tribunal de San José considera que, por regla general, el instituto procesal de la prescripción debe aplicarse cuando corresponda, salvo que, como en el presente caso, se compruebe una clara falta de debida diligencia en la investigación y, en consecuencia, una negación al acceso a la justicia por parte de una víctima de tortura. Corte IDH, *Caso Bueno Alves vs. Argentina*, supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 5 de julio de 2011, párr. 45.

sentencia “Bueno Alves *vs.* Argentina”, notificada a este Tribunal el 21 de septiembre de 2007...”.¹¹¹

El caso brasileño avanza más tímidamente en la apertura. El Supremo Tribunal Federal muestra la permeabilidad hacia la recepción de estándares internacionales, incluso fundamentando sus decisiones en base a precedentes judiciales de otros órganos jurisdiccionales, en especial a las jurisprudencias de la Suprema Corte de los Estados Unidos y del Tribunal Constitucional Federal de Alemania.¹¹² En cambio, el STF refleja una postura más conservadora frente a la Corte IDH, citando sólo pronunciamientos emitidos en su labor consultiva,¹¹³ incluso con cierto revés,¹¹⁴ mostrando interés en preservar su autoridad y una actitud no dialógica, que puede interpretarse como la negación a tomarse en serio la jurisprudencia de los tribunales supranacionales a cuya jurisdicción está sometido Brasil.

Un caso de diálogo interesante lo reflejan Jânia Maria Lopes Saldanha, José Luis Bolzan de Moraes y Lucas Pacheco Viera cuando comentan la declaratoria de inconstitucionalidad del art. 2º, § 1º de la Lei 8072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) por parte del Supremo Tribunal Federal, aludiendo una nueva interpretación del principio de la individualización de la pena y privilegiando la resocialización del recluso, invocándose el contenido de la

¹¹¹ Recurso de hecho. Derecho, René Jesús s/Incidente de prescripción de la acción penal. Causa n° 24.079.

¹¹² La referencia a la jurisprudencia extranjera es parte de la estrategia argumentativa, citando en 80 casos la *Supreme Court* y en 58 casos al BVerfG. *Cfr.* Afonso da Silva, V., “Integración y diálogo Constitucional en América del Sur”, en Bogdandy, A. v., F. Piovesan y M. Morales Antoniazzi (coords.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 529.

¹¹³ Una primera referencia aparece tardíamente en 2006 en relación al derecho de un extranjero detenido de ser informado sobre la asistencia consular como parte del debido proceso legal criminal, con fundamento en la OC-16/99. *Cfr.* Sentencia del Supremo Tribunal Federal en 2006, en la Extradición n. 954/2006. En fecha 17 de junio de 2009 se encuentra nuevamente una mención expresa a la jurisprudencia del Tribunal de San José en la decisión del Recurso Extraordinario 511.961/SP, bajo la relatoría del Ministro Gilmar Mendes, eliminando la exigencia de diploma universitario para el ejercicio de la profesión de periodista por ser lesiva a la libertad profesión, de expresión y de información, invocando la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana OC-5/85. *Cfr.* la sentencia del Supremo Tribunal Federal en 2009, en el RE 511961.

¹¹⁴ Reciente caso sobre la ley de amnistía (Lei 6.683/79), que significó un revés. En contrapartida, en una decisión reciente (30 de abril de 2010), al deliberar sobre la Ley de Amnistía brasileña en ocasión del fallo de la ADPF no. 153, el Tribunal Supremo Federal, por mayoría, determinó improcedente la solicitud de declaración —por la técnica de interpretación conforme a la Constitución del §1º del artículo 1o. de la Ley 6.683/79— de que la amnistía no se extendía a los delitos comunes.

CADH en su artículo 5o., incisos 2 y 6, para afianzar el argumento de la función de la pena privativa de libertad.¹¹⁵

En materia de las leyes de amnistías se ha logrado la convergencia, vía diálogo jurisdiccional, de los estándares en la lucha contra la impunidad,¹¹⁶ que coadyuvan a la configuración *ius constitutionale commune*. En América del Sur, 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 otros¹¹⁷ las declaró nulas, fundamentando su decisión en la jurisprudencia Barrios Altos de la Corte IDH.¹¹⁸ Argentina ha expandido su jurisprudencia mediante su estricto apego al estándar interamericano.¹¹⁹ 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.¹²⁰ Esta línea jurisprudencial de la Corte IDH también se ha adoptado respecto a otras leyes de amnistía (Brasil, Chile y Uruguay).¹²¹ En Uruguay se ha generado una cierta tensión en el cumplimiento de esta línea jurisprudencial de la Corte IDH, 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 como un obstáculo

¹¹⁵ Lopes Saldanha, J. M., J. L. Bolzan de Moraes y L. Pacheco Viera, “Reenvio Prejudicial Interamericano: um Novo Mecanismo Processual para o Desenvolvimento do Direito internacional dos Direitos Humanos”, en Bogdandy, A. v., F. Piovesan y M. Morales Antoniazzi (coords.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica. Avançando no diálogo constitucional e regional*, Río de Janeiro, Lumen Iuris, 2011, p. 617.

¹¹⁶ Entre tantos, Binder, C., “The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights”, *German Law Journal*, 2011, pp. 1203-1229.

¹¹⁷ Bazán, V., “El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia de Argentina”, *Estudios Constitucionales*, ño 8, núm. 2, 2010, pp. 359-388.

¹¹⁸ Corte IDH, *Barrios Altos vs. Perú*, sentencia del 14 de marzo de 2001, Fondo, párr. 1; Corte IDH, *Barrios Altos vs. Perú*, sentencia del 3 de septiembre 2001, Interpretación, párr. 18.

¹¹⁹ 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.

¹²⁰ CCC, Sentencia C-695/02, de fecha 28 de agosto de 2012. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-695-02.htm>>.

¹²¹ Corte IDH, *Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Fondo y reparaciones; Corte IDH, *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, sentencia del 24 de noviembre de 2010, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones; Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*, sentencia del 24 de febrero de 2011, Fondo y reparaciones.

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 Corte IDH dictada en el caso Gelman”.¹²² No faltan voces críticas frente al desarrollo de estos estándares para combatir la impunidad.

A través del diálogo a la inversa, esto es, cuando la Corte IDH acude a la jurisprudencia de tribunales nacionales para fundamentar sus decisiones, también se genera una incorporación de estándares tuitivos de los derechos humanos desarrollados a nivel doméstico.

Un caso especialmente interesante lo representa *Gelman vs. Uruguay*. La apertura al diálogo con las instancias nacionales se manifiesta de manera particular, entre otros, en los títulos “B. *La dictadura militar y la Operación Cóndor como contexto de los hechos ocurridos a María Claudia García*” y en el “E. *Las amnistías y la jurisprudencia de tribunales de Estados Parte en la Convención*”. Respecto al título B, la Corte IDH recoge la jurisprudencia argentina desde principios de los noventa, emanada de distintas instancias, concernientes a resoluciones que dejaron sentado que, “en el período del auto-denominado Proceso de Reorganización Nacional, se sustraían menores [de edad] de la esfera de custodia de sus padres [y que esa práctica constituía un] hecho público y notorio”; que “Las mujeres embarazadas detenidas en el marco de las operaciones de contrainsurgencia eran mantenidas vivas hasta que dieran a luz para después sustraer sus niños y desaparecerlas”; que “en numerosos casos, los niños y niñas eran entregados a familias de militares o policías”, “luego de que sus padres fueran desaparecidos o ejecutados”.¹²³

Pero la Corte IDH dedica lugar destacado a la citación de la jurisprudencia nacional en cuanto a los pronunciamientos estatales (título E) acerca del alcance de las leyes de amnistía sobre graves violaciones de derechos humanos y su incompatibilidad con las obligaciones internacionales de los estados que las emiten, destacando la convergencia en su considerar que violan el deber internacional del Estado de investigar y sancionar dichas violaciones. En relación a Suramérica, comienza con la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, “que resolvió, en el Caso Simón, declarar sin efectos las leyes de amnistía que en ese país constituían un obstáculo

¹²² CEJIL denuncia sentencia de la Suprema Corte de Justicia, Montevideo, 2 de febrero de 2013. Disponible en <<https://www.cejil.org/comunicados/cejil-denuncia-sentencia-de-la-suprema-corte-de-justicia>>.

¹²³ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 61.

normativo para la investigación, juzgamiento y eventual condena de hechos que implicaban violaciones a derechos humanos”. Igualmente toma en cuenta la Corte Suprema de Justicia chilena, el Tribunal Constitucional de Perú, la Corte Suprema de Uruguay y en Colombia, no sólo la Corte Constitucional sino también la Corte Suprema de Justicia, destacando que según éste órgano, “las normas relativas a los [d]erechos [h]umanos hacen parte del gran grupo de disposiciones de Derecho Internacional General, las cuales son reconocidas como normas de *[j]us cogens*, razón por la cual, aquellas son inderogables, imperativas [...] e indisponibles”. A fin de poner de relieve el diálogo judicial que se evidencia en esta materia, la Corte Interamericana cita:

La Corte Suprema de Colombia recordó que la jurisprudencia y las recomendaciones de los organismos internacionales sobre derechos humanos deben servir de criterio preferente de interpretación tanto en la justicia constitucional como en la ordinaria y citó la jurisprudencia de este Tribunal respecto a la inaceptabilidad de las disposiciones de amnistía para casos de violaciones graves a derechos humanos.¹²⁴

Los efectos de esta línea jurisprudencial orientada a combatir la impunidad pueden constatarse con el dato empírico relativo al 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.¹²⁵ 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.¹²⁶ Perú sentó un precedente para la región en 2009 al condenar al expresidente Alberto Fujimori a 25 años de prisión como autor mediato de los delitos de homicidio calificado y lesiones graves (delito de lesa humanidad por las masacres de Barrios Altos y el Caso La Cantuta). El rechazo a conceder el

¹²⁴ *Ibidem*, párrs. 215-224.

¹²⁵ 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_mar_2013.pdf>.

¹²⁶ Juicios por Derechos Humanos en Chile y la región, Observatorio de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, *Boletín informativo* No. 20 – octubre y noviembre 2012, p. 3. Disponible en <<http://www.icsa.cl/wp-content/uploads/2011/03/Bolet%C3%ADn-20-Estadisti-cas-y-noticias-sobre-causas-ddhh-en-Chile-y-la-regi%C3%B3n-oct-a-dic-2012.pdf>>.

indulto en estos casos se ha puesto de manifiesto en Chile en 2010¹²⁷ y Perú en 2103.¹²⁸

Por la vía del diálogo entre los tribunales se está gestando el *ius constitutionale commune*. No en vano se habla de la “viva interacción” entre las decisiones de la Corte IDH y el derecho interno de los países de la región, en palabras de Diego García Sayán, entonces presidente de la Corte IDH.¹²⁹ Emerge la llamada “nacionalización” del derecho internacional de los derechos humanos.

2. *El control de convencionalidad*

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 Corte IDH 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 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 del control de convencionalidad, que debe ser ejercido *ex officio* por todas las autoridades y no sólo del Poder Judicial¹³⁰, 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 Corte IDH) y autoridades nacionales de los Estados Parte del Pacto de San José, lo que “está forjando progresivamente un auténtico *Ius*

¹²⁷ 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>.

¹²⁸ 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/>>.

¹²⁹ 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, Corte IDH, 2005, p. 325.

¹³⁰ CorteI DH. *Caso Gelman vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y reparaciones, párrs. 193 y 239.

Constitutionale Commune Americanum como un núcleo sustancial e indisoluble para preservar y garantizar la dignidad humana de los habitantes de la región.”¹³¹

Los jueces de la Corte IDH, a través de sus votos razonados, han desempeñado un papel relevante en la configuración del control de convencionalidad, tanto en la fase de génesis del mecanismo como en la fase de la expansión. Sergio García Ramírez sostuvo que “existe un “control de convencionalidad” depositado en tribunales internacionales —o supranacionales—, creados por convenciones de aquella naturaleza, que encomienda a tales órganos de la nueva justicia regional de los derechos humanos interpretar y aplicar los tratados de esta materia y pronunciarse sobre hechos supuestamente violatorios de las obligaciones estipuladas en esos convenios, que generan responsabilidad internacional para el Estado que ratificó la convención o adhirió a ella.”¹³²

Antonio Cançado Trindade, reiterativamente, expuso que

...los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana.¹³³

Eduardo Ferrer Mac Gregor, siendo juez *ad hoc*, propuso la caracterización del “control difuso de convencionalidad” a la luz de su desarrollo jurisprudencial, enunciando sus rasgos esenciales, a saber: el carácter “difuso” debido a que todos los jueces nacionales “deben” ejercerlo; su mayor o menor intensidad depende de la competencia para inaplicar o declarar la invalidez de una norma general en la medida que se trate de un sistema de justicia constitucional concentrado o difuso; el ejercicio es “de oficio”, sea invocado o no por las partes; el alcance o parámetro del control lo define el “Bloque de Convencionalidad”, incluyente de la jurisprudencia interpretativa de la Corte IDH es la interpretación del “corpus juris interamericano” con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y

¹³¹ Ferrer MacGregor 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*, en el presente volumen.

¹³² Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 5.

¹³³ Voto razonado del Juez Antonio Cançado Trindade en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 2.

efectividad, y, por último, sus efectos son retroactivos cuando sea necesario para lograr la plena efectividad del derecho o libertad.¹³⁴

También el juez *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas ha manifestado que la Convención Americana, adoptada libremente por los Estados del Continente americano, equivale a una “Constitución supranacional” en lo atinente a los derechos humanos y todos los poderes públicos en las distintas esferas (federales, estatales o municipales) están obligados a respetarla y adecuarse a ella.¹³⁵

La partida de nacimiento del control de convencionalidad es la sentencia en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*,¹³⁶ 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 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.¹³⁷

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 com-

¹³⁴ Ferrer MacGregor, E., “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, núm. 131, 2011, pp. 928 y siguientes.

¹³⁵ Voto razonado del Juez *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas en el *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, de 24 de noviembre de 2010, párr. 6.

¹³⁶ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párrs. 123-125. Sergio García Ramírez ya se había pronunciado sobre la conveniencia del control de convencionalidad. *Cf.* Voto del Juez Sergio García Ramírez en el *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, resuelto el 25 de noviembre de 2003, párr. 27.

¹³⁷ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, cit., párr. 124.

petencias 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, entre los cuales en Suramérica se pueden mencionar: *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 Loo 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).¹³⁸ En efecto, la Corte IDH 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.”

Más 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

¹³⁸ Ferrer MacGregor, E., “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, Fix Zamudio, H. y D. Valadés (coords.), *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, México, UNAM-El Colegio Nacional, 2010.

que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.¹³⁹

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 Corte IDH, a la vez que obliga a interpretar todo el derecho nacional conforme al Pacto y a la jurisprudencia, excluyendo las interpretaciones que se opongan a éstos.¹⁴⁰ 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 Corte IDH que la interpreta.¹⁴¹

Como lo ha ilustrado Sergio García Ramírez, el parámetro del control de convencionalidad es muy amplio, ya que la finalidad es que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado. Comprende todo el *corpus iuris*, lo que implica tener a la vista no sólo la aplicabilidad y aplicación del Pacto de San José sino también otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que sea parte el Estado en cada caso concreto como serían el Protocolo de San Salvador, el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera.¹⁴²

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 contenidos 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 so-

¹³⁹ Corte IDH, *Caso Gomes Lund y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, cit., párr. 176.

¹⁴⁰ Sagüés, N. P., “Dificultades operativas del ‘Control de Convencionalidad’ en el sistema interamericano”, *La Ley*, Buenos Aires, 2009, p. 1.

¹⁴¹ Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párr. 227.

¹⁴² Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, respecto de la sentencia del caso citado, de 24 de noviembre de 2006, párr. 3.

bre Derechos Humanos, mientras que el control de constitucionalidad tiene como parámetro básico la Constitución Política de la República”.¹⁴³

Existe ya reconocimiento expreso de la justicia nacional hacia el control de convencionalidad¹⁴⁴ en los términos expuestos por la propia Corte IDH, lo que permite dar un paso más en la construcción del *ius constitutionale commune*.

La adopción del control de convencionalidad en los órdenes nacionales puede determinarse claramente en la jurisprudencia Argentina. En noviembre de 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), al examinar la norma que establece un régimen indemnizatorio específico para el personal militar y declarar su inconstitucionalidad, basa su argumentación en la estatalidad abierta producida tras la reforma constitucional de 1994.¹⁴⁵ Reitera se jurisprudencia en el sentido del deber de tener en cuenta “las directivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos”, el deber del control de convencionalidad y su aplicación en el caso argentino.¹⁴⁶ En efecto, la CSJN, partiendo de su precedente “Mazzeo” (Fallo: 330:3248), que data del año 2007, enfatiza que a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano, esa Corte admite que la interpretación que realiza la Corte IDH de la CADH constituye “una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia”.¹⁴⁷

V. CONCLUSIÓN

A título de conclusión puede reiterarse que, en la medida en que los Estados ratifican los instrumentos interamericanos y adoptan la jurisper-

¹⁴³ Nogueira Alcalá, H., “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011”, *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, vol. 10, núm. 2, 2012, p. 64.

¹⁴⁴ Sobre su valor hermenéutico, véase Bazán, V., “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Valencia, núm. 18, 2o. semestre 2011, 2012, pp. 63-104 (93).

¹⁴⁵ CSJN, R. 401. XLIII. REX, Rodríguez Pereyra Jorge Luis y otra, fallo de 27/11/2012. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=697165>> .

¹⁴⁶ CSJN, M. 2333. XLII. REX, Mazzeo Julio Lilo y otros, fallo de 13/07/2007, CSJN, G. 147. XLIV. RHE, García Mendez Emilio y Musa Laura Cristina, fallo de 02/12/2008; G. 291. XLIII. REX, Gualtieri Rognone de Prieto Emma Elidia y otros, M. D. S. R. y otra /s ordinario s/, dictamen de 07/06/2011, entre otros.

¹⁴⁷ CSJN, M. 2333. XLII. REX, Mazzeo Julio Lilo y otros, fallo de 13/07/2007, considerando 20.

dencia de la Corte IDH, enriquecen el acervo del *ius constitutionale commune*. En la región se nota, como advierte Néstor Sagüés, “la necesidad de construir un *ius commune* en materia de derechos humanos y de derecho comunitario”, tal como se colige de la regulación en los textos constitucionales de la interpretación conforme con los tratados de derechos humanos (artículo 13-IV de Bolivia, por ejemplo), entendiendo que el “intérprete inter o supranacional, además, puede gozar (aunque no siempre) de una cierta presunción de mayor calidad y objetividad que el intérprete nacional, de vez en cuando más comprometido con intereses sectoriales domésticos”.¹⁴⁸

Juan Carlos Hitters enfatiza

la doble influencia que en nuestro ámbito continental tiene la Convención Americana sobre Derechos Humanos al poner en marcha, por un lado un control supranacional (a través de la Comisión y de la Corte Interamericana); y por otro —y ello es quizá lo más importante— al haber implantado un plexo normativo (Art. 75.22 de la Constitución Nacional) —por medio de tratados y convenciones internacionales— que entra en el torrente jurídico local, y se convierte en derecho positivo, por ejemplo el de rectificación y respuesta (o derecho de réplica), o la doble instancia en los andariveles del derecho criminal.¹⁴⁹

Carlos Ayala Corao se pronuncia en relación al carácter de la Corte Interamericana a partir de sus sentencias, que reconoce emanan “de un tribunal internacional o transnacional, son de obligatorio cumplimiento por los Estados parte y se deben ejecutar directamente por y en el Estado concernido, evidentemente sin que haga falta para ello ningún procedimiento de pase en el derecho interno o *exequatur*”.¹⁵⁰ Sustenta su análisis en el artículo 63.1 de la CADH en la medida que establece expresamente, que la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

¹⁴⁸ Sagüés, N. P., “El poder constituyente como intérprete de la Constitución”, *Pensamiento Constitucional*, Lima, año 16, núm. 16, 2012, pp. 191 y siguiente.

¹⁴⁹ Hitters, J. C., “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 10, 2008, pp. 131-156.

¹⁵⁰ Ayala Corao, C., “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, año 5, núm. 1, 2007, p. 130.

Los estados, al aceptar la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, reconocen que sus decisiones deben ser cumplidas¹⁵¹ y que las mismas adquieren carácter definitivo e inapelable.¹⁵² 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 Corte IDH 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.¹⁵³

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.¹⁵⁴ En esta línea se inscriben los mecanismos de diálogo jurisdiccional y el control de convencionalidad y también el litigio estratégico transnacional gira en la órbita de preservar el acervo construido.

Pareciera repetirse un ciclo histórico. Al momento de entrar en vigencia la CADH muchos de los países de Suramérica estaban gobernados por dictaduras. Se produjo una sincronización entre la transición a la democracia

¹⁵¹ Artículo 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”.

¹⁵² Artículo 67.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “El fallo de la Corte será definitivo e inapelable [...]”.

¹⁵³ 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>.

¹⁵⁴ Carazo Ortiz, P., “El sistema interamericano de derechos humanos: democracia y derechos humanos como factores integradores en Latinoamérica”, en Bogdandy, A. v., C. Landa Arroyo y M. Morales Antoniazzi (eds.), *¿Integración suramericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, CEPC, 2009, p. 231; ver también Burgorgue-Larsen, L., “El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos entre classicismo y realidad”, en *ibidem*, p. 311.

de las décadas de los ochenta y noventa y la aceptación de la jurisdicción de la Corte IDH, a fin de salvaguardar la democracia en la región y como una señal positiva de los Estados de someterse a los estándares supranacionales. En la Suramérica contemporánea también hay tendencias soberanistas y amenazas al *ius constitutionale commune* creado a nivel del sistema interamericano. Venezuela es precisamente la excepción que confirma la regla con la tesis de la inejecutabilidad de las sentencias de la Corte IDH y el preaviso de la denuncia de la CADH. Se replantea el reto de rechazar la constitucionalización simbólica y el discurso de una transición a la inversa, esto es, “de la democracia hacia el autoritarismo”. El diálogo jurisdiccional y el control de convencionalidad son herramientas clave para ir consolidando la protección de la democracia y de los derechos humanos, que como dijo la Corte IDH en el *Caso Gelman*, tiene un núcleo intangible que no puede vulnerarse ni por las decisiones de las mayorías. 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. Las garantías convencionales han sido constitucionalizadas. El *ius constitutionale commune* proveniente del sistema interamericano forma parte del piso o base sobre la cual todos los estados pueden continuar la edificación.

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*

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.*

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 constitucionalidad concurrentes con las normas constitucionales nacionales, por lo

* Investigador postdoctoral del *Lateinamerika-Institut (Freie Universität Berlin)* como miembro de *desigualdades.net*. Abogado y magister en Derecho Económico (Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá), magister en Economía Internacional y Política de Desarrollo (*Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg*) y doctor *summa cum laude* en Derecho Público (*Humboldt Universität zu Berlin*).

que un conflicto entre un tratado de derechos humanos y una ley interna puede derivar en una declaratoria de inconstitucionalidad; y 3) los derechos internacionalmente protegidos por los 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 los 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 ha argumentado previamente 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 los países de la región ha introducido en sus constituciones diversas cláusulas en las que se les concede a los instrumentos de derechos humanos una jerarquía diferenciada, un estatus “especial” que garantiza como mínimo su precedencia en caso de conflicto con la 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 efectos del reconocimiento del rango supra-legal de estos instrumentos, sino incluso para los de 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 las 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)¹ concedía jerarquía constitucional a los tratados que incorporaran derechos fundamentales.² Colombia y Ecuador invocaron, además, la cláusula de

¹ Algunos países incluyen esta cláusula desde el siglo XIX, *cfi.*, *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; Brasil: 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 9o.

² 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 de-*

primacía (según la cual, en caso de conflicto entre una norma nacional y un tratado internacional, debe primar el tratado)³ para incluir a 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).⁴ En otros países donde no se efectuaron reformas 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 las acciones de constitucionalidad como el amparo. Son los casos de Costa Rica y Honduras, donde, si bien no se han efectuado reformas relativas a la jerarquía normativa del sistema jurídico, en la práctica se ha permitido la incorporación de los tratados de derechos humanos dentro del parámetro de constitucionalidad.⁵

rechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 109.

³ 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.

⁴ *Cf.* 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”).

⁵ *Cf.* 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 hábeas 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, *cf.* Castro Padilla, Fernando, “La jerarquía y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en

En países con constituciones comparativamente más “antiguas” como Panamá (1972)⁶ y la República Dominicana (1966),⁷ 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 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 las normas internacionales con las 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 las experiencias de las distintas cortes constitucionales tienen influencia unas 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 interregional 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

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, p. 95.

⁶ Constitución de Panamá de 1972. Artículo 4o.: “La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional”.

⁷ 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”.

en 1971,⁸ pero luego fue importado por el Tribunal Constitucional de España desde 1981,⁹ y de allí se difundió por vía doctrinal y luego jurisprudencial, a principios de los años noventa, a Panamá, Costa Rica, Colombia y Perú, para luego expandirse desde estas naciones latinoamericanas hacia otros países de la región.

Quisiera abordar brevemente los orígenes europeos de la doctrina y concentrar la atención en su 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 1946.¹⁰

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.¹¹

⁸ *Conseil constitutionnel de la République française. Décision no. 71-44 DC du 16 juillet 1971.*

⁹ *Cf.* 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.

¹⁰ 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.

¹¹ 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 infra-constitucional (*v.gr.* leyes orgánicas) que definen

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, hay normas de rango legal que tienen “valor constitucional” al ser parte del parámetro de constitucionalidad, pero carecen formalmente de 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, como jerarquía legal.¹²

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, 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.

competencias o regulan el ejercicio de competencias estatutorias concretas. *Cfr.* Piniella Sorli, Juan Sebastián, *Sistema de fuentes y bloque de constitucionalidad: Encrucijada de competencias*, Barcelona, Bosch, 1994.

¹² 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).

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 los 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 y el 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 intrarregional de la doctrina del bloque de constitucionalidad*

Panamá fue el primer país latinoamericano en introducir la doctrina del bloque de constitucionalidad en su jurisprudencia constitucional, por sentencia del 24 de julio de 1990.¹³ Fue una de las primeras decisiones de

¹³ Corte Suprema de Justicia de Panamá. Sentencia de julio 24 de 1990. En este pronunciamiento, la Corte Suprema reconoció jerarquía constitucional al artículo 8o. 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 (*cf.* también: sentencia de abril 18 de 1997). En sentencia de marzo 20 de 1996,

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.¹⁴

A partir de la sentencia de noviembre 10 de 1993,¹⁵ 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”,¹⁶ es también

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 No. 87 y No. 98 no tenían rango constitucional) y no pertenecen al bloque de constitucionalidad (Sentencia de septiembre 5, 1994).

¹⁴ 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 control de constitucionalidad en nuestro país.” Hoyos, Arturo, “El control judicial y el bloque de constitucionalidad en Panamá”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXV, núm. 75, septiembre-diciembre de 1992, p. 790.

¹⁵ “[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.*” (cursivas fuera del texto). Sentencia de clarificación 05759 de noviembre 10 de 1993.

¹⁶ 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

frecuente la expresión “Derecho de la Constitución”.¹⁷ 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 internacional¹⁸ y la procedencia de la acción de inconstitucionalidad en caso de conflicto entre normas internas y el derecho internacional.¹⁹ Ya desde 1990, la Sala había incorporado los 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,²⁰ 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 Constitucional²¹ también estuvo precedida por un debate acerca de la pretendida supra-constitucionalidad de algunos tratados internacionales con base en diversas cláusulas de apertura de

14467 de septiembre 26, 2008; Sentencia 16276 de octubre 30, 2008; Sentencia 00306 de enero 14, 2009.

¹⁷ *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 No. 169 de OIT, al tenor de lo dispuesto por el artículo 48 de la Constitución Política”.

¹⁸ Ley No. 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”.

¹⁹ Ley No. 7135 de octubre 11, 1989. Artículo 73: “Cabrá 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”.

²⁰ 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 No. 169 con prevalencia sobre una disposición 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).

²¹ 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*.

la Constitución de 1991 y el concepto de *ius cogens*.²² La doctrina del bloque no sólo resolvió horizontalmente la discusión (descartando una potencial supraconstitucionalidad de los tratados de derechos humanos),²³ sino que además reforzó las capacidades del juez constitucional para controlar las fuentes normativas en un contexto institucional marcado por diversas amenazas a la estabilidad democrática (guerrillas, grupos paramilitares, carteles de las 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 2004,²⁴ básicamente se utilizó para resolver conflictos de distribución de competencias territoriales, como en España e Italia. De acuerdo con el Tribunal Constitucional peruano, las normas con jerarquía legal pueden ser incluidas dentro del parámetro de constitucionalidad

²² 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 tanto, la Corte consideró que debía ajustar el Concordato a la normatividad de los 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 los 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 varios artículos del Concordato. Véase además: Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-088/1994 y T-157/1995.

²³ “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” (cursivas fuera del texto). Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-028/2006.

²⁴ *Cfr. v.gr.* las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional de Perú: Expediente No. 0004-1996-I/TC, 03.01.1997; Expediente No. 0689-2000 AC/TC, 15.12.2000 y Expediente No. 0012-2001-I/TC, 23.05.2002.

cuando la Constitución misma lo exija.²⁵ 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 disposición constitucional establece que una ley puede limitar el contenido de otras). Por 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.²⁶ En caso de que una norma viole la Constitución por contravenir una de estas normas interpuestas, el Tribunal formula una declaración de inconstitucionalidad indirecta.²⁷ No obstante, las normas interpuestas no tienen una mayor jerarquía que las normas bajo control,²⁸ 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.²⁹ A ese conjunto de normas se le ha llamado “parámetro eventual de constitucionalidad”.³⁰ Ejemplos de normas interpuestas en la jurisprudencia peruana son la Ley Orgánica sobre Municipalidades,³¹ la Ley sobre Impuestos Municipales,³² la Ley sobre las Bases de Descentralización, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales,³³ la Ley Orgánica del Poder Judicial³⁴ y la Ley Orgánica de la Superintendencia Bancaria y de Seguros.³⁵

²⁵ Tribunal Constitucional de Perú. Expediente No. 0007-2002-AI/TC, 27.08.2003.

²⁶ Tribunal Constitucional de Perú. Expediente No. 1049-2003-AA/TC, 30.01.2004.

²⁷ Tribunal Constitucional de Perú. Expediente No.0046-2004-PI/TC, 15.02.2005.

²⁸ Tribunal Constitucional de Perú. Expediente No. 0033-2005-PI/TC, 29.08.2006.

²⁹ *Cfr.* Carpio Marcos, Edgar, “Normas interpuestas en la acción de inconstitucionalidad (el caso peruano)”, en Vega Gómez, Juan y Edgar Corzo Sosa (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2002, p. 108.

³⁰ Tribunal Constitucional de Perú. Expediente No. 0031-2005-PI/TC, 20.03.2007.

³¹ Tribunal Constitucional de Perú. Expediente No. 0689-2000-AC, 15.12.2000 y Expediente No. 0046-2004-PI/TC, 15.02.2005.

³² Tribunal Constitucional de Perú. Expediente No. 0053-2004-PI/TC, 16.05.2005.

³³ Tribunal Constitucional de Perú. Expediente No. 002-2005-PI/TC, 18.02.2005.

³⁴ Tribunal Constitucional de Perú. Expediente No. 2483-2002-AA, 27.01.2003 y Expediente No. 0669-2003-AA, 25.09.2003.

³⁵ Tribunal Constitucional de Perú. Expediente No. 0005-2005-CC/TC, 18.11.2005.

La segunda fase de difusión ha tenido lugar desde finales de los noventas 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 reconociendo³⁶ (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 (*cf.* artículo 410, II de la Constitución de 2009).

III. POTENCIAL EXPANSIVO Y CONVERGENTE DE LA DOCTRINA DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Diversos factores han facilitado la difusión de la doctrina del bloque en América Latina. En primer lugar, a finales de los noventas, 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 constitucionalistas³⁷ y por la

³⁶ *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.

³⁷ *Cfr.* Entre otros: 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, 2001, 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, 2001, 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

propia Corte Suprema de Argentina, después de la renovación de sus magistrados a comienzos de la década de 2000.³⁸

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 Venezuela 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,³⁹ asu-

Andrés Gil Dominguez (coords.), *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, 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, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2002; Ferreyra, Rodolfo Fabián, “Tratados de derechos humanos – Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, *IV Encuentro Nacional d 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 Evangelina de Fátima Sallom, “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.

³⁸ Por ejemplo, en el caso *Verbítsky*, 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. *Verbítsky, Horacio s/ habeas corpus*, 03.05.05, Fallos: 328:1146.

³⁹ *Cfr. v.gr.* 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,

mió 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,⁴⁰ la técnica de construcción del bloque a través de precedentes constitucionales⁴¹ y remisiones constitucionales,⁴² y los mecanismos de exclusión de normas del bloque de constitucionalidad.⁴³

El Tribunal Constitucional de Perú, especialmente después de la caída del régimen de Fujimori, también ha mostrado interés por la jurisprudencia colombiana,⁴⁴ como se refleja en la recepción de la doctrina colombiana del

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).

⁴⁰ Cfr. Tribunal Constitucional de Bolivia. SC 0051/05, agosto 18, 2005.

⁴¹ 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.

⁴² 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 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”.

⁴³ 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.

⁴⁴ Cfr. entre otros: Tribunal Constitucional de Perú. Expediente No. 2945-2003-AA/TC, 20.04.2004 (cita la Sentencia T-499/1992 de la Corte Constitucional de Colombia); Expediente No. 0090-2004-AA/TC, 05.07.2004 (cita la Sentencia C-175/1993); Expediente No. 0027-2005-PI/TC, 20.02.2006 (cita la Sentencia C-087/1998); Expediente No. 0003-2005-PI/TC, 09.08.2006 (cita la Sentencia C-609/1996); Expediente No. 0012-2006-PI/TC, 15.12.2006 (cita la Sentencia C-609/1996); Expediente No. 0002-2006-

“estado de cosas inconstitucional”⁴⁵ y de su interpretación del principio de proporcionalidad.⁴⁶ 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”⁴⁷ y empezó a incluir dentro del bloque no 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.⁴⁸ No obstante, en la jurisprudencia peruana coexisten las dos versiones del 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”.⁴⁹

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 estatuta-

PI/TC, 16.05.2007 (cita la Sentencia C-245/2002); Expediente No. 0018-2007-PI/TC, 24.10.2007 (cita la Sentencia C-245/2002); Expediente No. 1972-2007-AA/TC, 16.11.2007 (cita la Sentencia T-499/1992); Expediente No. 2432-2007-PHC/TC, 16.11.2007 (cita la Sentencia T-1078/2001); Expediente No. 9632-2006-PC/TC, 26.08.2008 (cita la Sentencia C-180/1994); Expediente No. 0033-2007-PI/TC, 13.02.2009 (cita la Sentencia C-592/1998).

⁴⁵ Tribunal Constitucional de Perú. Expediente No. 2579-2003-HD/TC, 06.04.2004.

⁴⁶ Tribunal Constitucional de Perú. Expediente No. 0048-2004-PI/TC, 01.04.2005.

⁴⁷ “[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 de constitucionalidad de una ley sujeta a su control”. Tribunal Constitucional de Perú. Expediente No. 002-2005-PI/TC, 18.02.2005.

⁴⁸ *Cfr.* Tribunal Constitucional de Perú. Expediente No. 0047-2004-AI/TC, 24.04.2006.

⁴⁹ Tribunal Constitucional de Perú. Expediente No. 1776-2004-AA/TC, 26.01.2007.

rias.⁵⁰ 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 1997⁵¹ y C-191 de 1998.⁵² Adicionalmente, en la sentencia C-582 de 1999, la Corte delimitó el contenido del bloque de constitucionalidad *stricto sensu* 1) al Preámbulo de la Constitución; 2) al texto constitucional; y 3) a los tratados internacionales de derechos humanos en relación con los derechos que no pueden ser limitados durante los estados de excepción.⁵³ Finalmente, mediante sentencias de

⁵⁰ 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.

⁵¹ “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 parámetros 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 cursivas no pertenecen al texto). Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-358/1997.

⁵² “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 aquél 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.

⁵³ “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

2001, la Corte Constitucional concluyó que todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia pertenecían al bloque de constitucionalidad, sin distinción del tipo de derechos que reconocen.⁵⁴

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 2004.⁵⁵ 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 de 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.⁵⁶ Con todo, en Ecuador se han incorporado expresamente en textos constitucionales y legales diversos estándares normativos que en Colombia fueron producto de interpretación jurisprudencial,

derechos humanos (C.P. artículo 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 inexecutable 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.

⁵⁴ *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.

⁵⁵ *Cfr.* Tribunal Constitucional del Ecuador. Resolución 0001-04-DI de junio 8, 2004.

⁵⁶ *Cfr.* Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 0001-09-SIS-CC, Caso 0003-08-IS, 19.05.2009.

de modo que el constitucionalismo 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.⁵⁷

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,⁵⁸ la Corte ha considerado que tal inclusión es impropia a la luz del derecho constitucional nacional.⁵⁹ 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 Constitución 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 amparo⁶⁰ (el país no tenía regulaciones constitucionales ni

⁵⁷ 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.

⁵⁸ 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 No. 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 No. 426 de diciembre 24, 2003; *AAA en representación de BBB – Denuncia – acción de inconstitucionalidad, artículo 3 de la Ley No. 15.848*, sentencia No. 332 de noviembre 15, 2004.

⁵⁹ 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.

⁶⁰ 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.

legales sobre una acción de este tipo).⁶¹ 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, las 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.⁶²

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.⁶³ Una situación similar se observa en Nicaragua, donde las tesis del bloque de constitucionalidad en algunas sentencias conviven con posturas menos abiertas al derecho internacional, por lo que no es claro cuál es la jurisprudencia vigente sobre el tema.⁶⁴ 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)

⁶¹ Cfr. Brewer-Carías, Allan, *Debate constituyente: Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente (Septiembre 9-Octubre 17, 1999)*, Caracas, Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, 1999, vol. II, pp. 95-103.

⁶² Cfr. Corte Suprema de Justicia de República Dominicana. Sentencia de agosto 10, 2005 y sentencia de diciembre 14, 2005.

⁶³ 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 No. 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).

⁶⁴ 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 No. 100, agosto 17, 2001, 1:45 p.m.; Sentencia No. 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 No. 191, septiembre 22, 2003, 10:45 a.m.) y 4) ha reconocido la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos citados en el artículo 46 (*cfr.* Sentencia No. 13, febrero 5, 2002 y sentencia No. 132, junio 10, 2003, 10:45 a.m.).

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 2007,⁶⁵ 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.⁶⁶ 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 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 (16 de diciembre 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 (6 de agosto 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*,⁶⁷ 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

⁶⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras. Recurso de inconstitucionalidad (acumulado) No. 55 y 88, 13.11.2007.

⁶⁶ 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*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2011, pp. 137-157.

⁶⁷ 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.

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 conforme a los instrumentos internacionales.⁶⁸ 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 focalizaban el debate en el artículo 133 de la Constitución) y prefirió moverse hacia el artículo 1, 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.⁶⁹

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 1 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

⁶⁸ 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, vol. XII, 2012, pp. 959-1021.

⁶⁹ *Cfr.* 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 Pedro Salazar (coords.) *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 109-110.

único precedente 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 1o. 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 DE CONSTITUCIONALIDAD 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.⁷⁰ 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 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 las 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 recrudescimiento de distintas formas de violencia, etcétera) 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

⁷⁰ 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*, vol. 9, núm. 11, 2008, pp. 1375-1400.

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 los pueblos indígenas y afrodescendientes, etcétera. El riesgo que se corre actualmente es que los actores internacionales (en particular la Corte y la Comisión Interamericanas) consideren prudente flexibilizar la supervisión a los Estados respecto de sus obligaciones en materia de derechos humanos y adopten posturas que de algún modo reviertan 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 restaría 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 los tratados de derechos humanos. Este proceso ha sido descrito aquí como “heterárquico”, debido a la existencia de múltiples experiencias nacionales que han influido en la teorización y conceptualización del bloque en los países que han ido suscribiéndose a las 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 los 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, etcétera), resolviendo las interrelaciones entre el derecho constitucional y el DIDH mediante 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 los países latinoamericanos (Panamá, Costa Rica, Colombia y Perú), y su difusión intrarregional. 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 de 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.⁷¹ La Corte Constitucional colombiana también incluyó excepcionalmente en una sentencia de 2000⁷² el derecho comunitario andino, cuando éste regule derechos fundamentales.⁷³ En conclusión, las influencias europeas en esta fase de difusión fueron notorias, y las adaptaciones en estos cuatro países siguieron dinámicas más o menos similares. Sin embargo, hay desarrollos locales muy

⁷¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica. Sentencia 11598 de diciembre 11, 2002.

⁷² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1490-2000.

⁷³ “[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.

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,⁷⁴ 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 mono-nivel 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 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.

⁷⁴ 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.

HACIA LA FORMACIÓN JURISPRUDENCIAL
INTERAMERICANA DE UN
IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE AMERICANUM

EFICACIA DE LA SENTENCIA INTERAMERICANA Y LA COSA JUZGADA
INTERNACIONAL (SOBRE EL CUMPLIMIENTO
DEL *CASO GELMAN VS. URUGUAY*)*

Eduardo FERRER MAC-GREGOR**

A la memoria de *Jorge Carpizo*

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”.*

* 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.

** 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.¹ 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 en 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 entendimiento 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”),² 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.

¹ 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 69.3 del nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vigente desde el 1o. de enero de 2010.

² *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

4. La audiencia fue especialmente importante para llegar al convencimiento del cumplimiento parcial de la Sentencia, respecto de lo ordenado en los puntos Resolutivos 12,³ 13,⁴ 14⁵ y 17⁶ 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 (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 des-

³ “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”.

⁴ “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”.

⁵ “14. El Estado debe realizar, en el plazo de seis meses, las publicaciones dispuestas en el párrafo 271 de la Sentencia”.

⁶ “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”.

tacables entre los que han sido realizados por los Estados en cumplimiento de medidas de reparación de esa naturaleza”.⁷

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”;⁸ y b) el Decreto 323/2011 de 30 de junio 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 declárase 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),⁹ de-

⁷ 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.

⁸ 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 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”.

⁹ Los artículos 1o. y 3o. de la Ley No. 15.848 de 22 de diciembre de 1986 (Publicada D.O. 28 dic/986 - N° 22295): “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

clarada “sin efectos” en la Sentencia de la 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.¹⁰ 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 2013,¹¹ en la que por mayoría de votos declaró parcialmente procedente la excepción de inconstitucionalidad y declaró inaplicables a los excepcionantes los artículos 2 y 3 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 el presente voto concurrente razonado; en la inteligencia de que si bien el suscrito no integraba dicho

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 quedan suspendidas todas las diligencias presumariales en los procedimientos mencionados en el inciso primero de este artículo”.

¹⁰ *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.

¹¹ Sentencia No. 20. IUE-2-109971/2011. Ministro relator: Doctor Jorge O. Chediak González. Disidencia del Ministro Ricardo C. Pérez Manrique.

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 *ius cogens*.¹² 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.¹³ 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 la que se hace posible que la causa sea declarada prescrita, por los tribunales nacionales*”.¹⁴ (destacado 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—,¹⁵ 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 ar-

¹² *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrs. 99, 183, 225 y 254.

¹³ 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.

¹⁴ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia del 24 de febrero de 2011, párr. 235.

¹⁵ 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”.

título 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”);¹⁶ 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 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;¹⁷ 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*

¹⁶ Cfr. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 99.

¹⁷ La sentencia de referencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay establece (págs. 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.”

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”¹⁸ (destacado 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”¹⁹ o por nuevas decisiones similares;²⁰ 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 2.º y 3.º 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 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

¹⁸ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 236.

¹⁹ 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:

1º 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;

2º Que existiere jurisprudencia en el caso planteado y se declarare por ese órgano judicial que mantendrá su anterior criterio.

²⁰ 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.

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*”.²¹ 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*”.²² (destacado nuestro).

18. Por otra parte, la incidencia del fallo de la Suprema Corte de Justicia uruguaya 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 ídem* o cualquier excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo”²³ (destacado nuestro).

²¹ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 254.

²² 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 ocurrido 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*” (destacado nuestro).

²³ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 254.

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 aquélla [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”.²⁴ 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 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*²⁵ (destacado 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*²⁶ (destacado nuestro).

²⁴ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 253.

²⁵ “Cfr. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006, 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”.

²⁶ “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, párr. 175, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*, *supra* nota 16, párr. 174”.

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 consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.*”²⁷ 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*”²⁸ (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,²⁹ 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;³⁰ 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 por haber acontecido como parte de una práctica sistemática de ‘terrorismo de Estado’ a nivel

²⁷ *Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001, párr. 44.

²⁸ *Caso Barrios Altos vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo*. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párr. 18.

²⁹ 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).

³⁰ *Cfr.* Considerando 103 de la Resolución de cumplimiento de Sentencia en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

inter-estatal”,³¹ 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 impugnación³² y, en consecuencia, no pueden ser revisadas en el ámbito nacional por ninguna autoridad.³³

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”.

³¹ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 99.

³² 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”.

³³ Artículo 31.3 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Y también del Artículo 65, *in fine*, de la misma Convención,³⁴ 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;³⁵ 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”.³⁶

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:

³⁴ En el mismo sentido se prevé esta posibilidad en el artículo 30 del Estatuto de la Corte Interamericana.

³⁵ 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”.

³⁶ 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.

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.*³⁷

25. Una vez que la sentencia interamericana es notificada a las partes de conformidad con el artículo 69 del 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.³⁸

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

³⁷ 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)*, párr. 35. Asimismo, estas consideraciones han sido reiteradamente señaladas por el Tribunal Interamericano en casos contenciosos.

³⁸ *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.

atributos son la coercibilidad, la inmutabilidad y la irrevisibilidad en otro proceso posterior”.³⁹

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.⁴⁰ Asimismo, en su momento, se determinó que sería 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.⁴¹

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

³⁹ 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.

⁴⁰ 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.

⁴¹ Cfr. Permanent Court of Justice, *The Factory At Chorzow* (Claim for Indemnity) (The Merits), p. 84.

o nacional —incluso la propia Corte IDH— en otro juicio posterior, puede volver a pronunciarse sobre el objeto del proceso. Esta institución 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; 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”.⁴² Constituyen las consideraciones jurídicas, de hecho y de derecho, aplicables al 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 resolutiva 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 cumplimiento⁴³ (destacado nuestro).

⁴² 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.

⁴³ *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 35.

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*.⁴⁴ 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 constitucionalidad”,⁴⁵ 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”.⁴⁶ Resulta relevante el criterio interpretativo que sobre el particular adoptó la Suprema Corte de Justicia mexicana en la Tesis núm. LXV/2011:⁴⁷

“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 puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte

⁴⁴ *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ 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.

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*” (destacado 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*:⁴⁸

“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*” (destacado nuestro).

39. El “Resolutivo 11” hace referencia precisa a una parte medular de la motivación realizada en el epígrafe “Reparaciones” identificado en los párrafos 253⁴⁹ y 254⁵⁰ de la Sentencia; lo cual no implica que sólo a dichas

⁴⁸ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

⁴⁹ “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, párr. 253.

⁵⁰ “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

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 de la Sentencia 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 de violaciones graves de derechos humanos acontecidos en Uruguay en el periodo 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 *ius cogens* y por tratarse la desaparición forzada de personas de un delito continuado o permanente;⁵¹ 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

actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo”. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 254.

⁵¹ 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, párr. 221.

—dictada en un caso contencioso concreto, respecto de un Estado Parte en la Convención y que reconoció expresamente su jurisdicción—,⁵² no se limita en su efecto vinculante a la parte resolutive o dispositiva del fallo “sino que incluye todos los fundamentos, motivaciones, alcances y efectos” del mismo;⁵³ 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”.⁵⁴

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 la 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*);⁵⁵ 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

⁵² 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.

⁵³ 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.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ 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.

Tribunal Interamericano “la interpretación y aplicación” de la Convención Americana”,⁵⁶ y “de otros tratados que le otorguen competencia”.⁵⁷

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 1.1⁵⁸ y 2⁵⁹ 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.⁶⁰

45. En efecto, el artículo 2o. de la Convención Americana, que se inspira en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas de 1966,⁶¹ y también recoge el artículo 2º del Protocolo adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

⁵⁶ 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.

⁵⁷ *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.

⁵⁸ “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.”

⁵⁹ “Art. 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio e 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”.

⁶⁰ 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.

⁶¹ 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”.

de 1988,⁶² 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 2, complementa, pero de ninguna manera sustituye o suple, a la obligación general y no condicionada que resulta del artículo 1”.⁶³

46. El carácter evolutivo de la jurisprudencia interamericana ha permitido interpretar el contenido obligacional 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;⁶⁴ por ejemplo, pueblos indígenas o tribales,⁶⁵ libertad de expresión y acceso a la informa-

⁶² Suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988: “Art. 2. *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 partes 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”.

⁶³ Asimismo, se precisa por la Corte IDH que “se propuso la inclusión del actual artículo 2 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.

⁶⁴ *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.

⁶⁵ *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de

ción,⁶⁶ derecho del inculpado a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior en materia penal,⁶⁷ pena de muerte,⁶⁸ fuero militar,⁶⁹ derecho laboral,⁷⁰ estabilidad e inamovilidad de jueces,⁷¹ y sobre leyes de amnistía.⁷² En esta últi-

junio de 2005; *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005; *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; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012.

⁶⁶ Cfr. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005; *Caso Kúmel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008; *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009.

⁶⁷ Cfr. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004; *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009.

⁶⁸ Cfr. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002; *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005; *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005; *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007; *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Septiembre de 2009.

⁶⁹ Cfr. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997; *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999; *Caso Las Palmeras vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001; *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009; *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010; *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.

⁷⁰ Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001; *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003, 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.

⁷¹ 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; *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1o. de julio de 2011.

⁷² Cfr. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia

ma línea jurisprudencial sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistías, como sucedió en la Sentencia del *Caso Gelman*,⁷³ expresamente se concluye en el *Resolutivo 6* que “El Estado ha incumplido la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana” y específicamente dentro de la motivación, se expresa:⁷⁴

“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” (destacado 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*

de 26 de septiembre de 2006; *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010; *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012.

⁷³ 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, párr. 240.

⁷⁴ *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 243.

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 anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda”⁷⁵ (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”.⁷⁶

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 prácticas* conducentes a la observancia efectiva de los mismos.⁷⁷ 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

⁷⁵ *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 172.

⁷⁶ *Cfr. Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009, 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; *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006, párr. 83; y *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 118.

⁷⁷ *Cfr. Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000, párr. 137.

en la Convención sea realmente cumplido”;⁷⁸ por lo que la Corte IDH ha considerado necesario reafirmar que dicha obligación, por su propia naturaleza, constituye una *obligación de resultado*.⁷⁹

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*”.⁸⁰ 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, cuyo compromiso 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 2009⁸¹ (criterio reiterado por lo menos en dos casos posteriores),⁸² 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

⁷⁸ *Caso Comunidad Indígena Yákye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005, párr. 101.

⁷⁹ *Cfr. Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005, párr. 93.

⁸⁰ *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 286.

⁸¹ Sentencia No. 365 de 19 de Octubre de 2009. Caso “Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela –Denuncia de Excepción de Inconstitucionalidad”.

⁸² 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.

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”⁸³.

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 José, en la medida en que ninguna disposición de esta Convención puede ser interpretado en el sentido de que “limite 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.

⁸³ *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. 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 [...].”

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”⁸⁴ y “dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” cuando decida que hubo violación de los mismos.⁸⁵ 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;⁸⁶ 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,⁸⁷ 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

⁸⁴ 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.

⁸⁵ Artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁸⁶ 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.

⁸⁷ 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.

poder cumplir con sus obligaciones convencionales que derivan de los artículos 1o. y 2o. del Pacto de San José, relacionado también con el principio *pro personae* contenido en el artículo 29 de la propia Convención Americana.

56. Así, en la Resolución de supervisión de cumplimiento de 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.⁸⁸ 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”.⁸⁹

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 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:⁹⁰

⁸⁸ 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.

⁸⁹ 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.

⁹⁰ *Voto razonado emitido en el Caso Cabrea García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrs. 51, 52 y 63.

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.⁹¹ 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 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”⁹² 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

⁹¹ 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.

⁹² 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).

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”,⁹³ para que tengan pleno conocimiento del contenido normativo convencional derivado 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;⁹⁴ 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.⁹⁵

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

⁹³ Artículo 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁹⁴ *Cf.* Artículos 64 de la Convención Americana y 70 a 73 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁹⁵ *Cf.* artículos 73 y 74 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

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).⁹⁶

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”:⁹⁷

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* (destacado nuestro).

⁹⁶ En esta conocida sentencia se establece (§ 154): “Nevertheless, the Court considers that the responsibilities assigned to it within the framework of the system 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 Etats”. 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).

⁹⁷ 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*),⁹⁸ 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*.⁹⁹ 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;¹⁰⁰ 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 11 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 reflexiona sobre *L'effet direct et erga omnes des arrêts de la Cour*:¹⁰¹

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

⁹⁸ 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 illusoire. 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)”.

⁹⁹ *Cfr. Caso Loizidou contra Turquía, Grand Chambre*, 23 de marzo de 1995, excepciones preliminares, § 75.

¹⁰⁰ 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

¹⁰¹ Grande Chambre, *Affaire Fabris c. France* (Requête no 16574/08), Sentencia de fondo, 7 de febrero de 2013, p. 28.

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”.¹⁰² 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.¹⁰³

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).

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

¹⁰² *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)” (destacado nuestro).

¹⁰³ Grande Chambre, *Affaire Taxquet c. Belgique* (Requête no 926/05), Sentencia de 16 de noviembre de 2010, § 33.

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, pronunciarse sobre su validez y adecuada interpretación,¹⁰⁴ como lo ha realizado en algunas ocasiones.¹⁰⁵

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.¹⁰⁶ 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 proyecta-

¹⁰⁴ La Corte IDH ha establecido que “una reserva que suspenda todo el derecho fundamental cuyo contenido es inderogable debe ser considerado 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, 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, párr. 30.

¹⁰⁵ *Cfr.*, por ejemplo, *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009, párrs. 311 y 312.

¹⁰⁶ *Cfr.* Considerando 67 de la Resolución de supervisión de sentencia del *Caso Gelman vs. Uruguay*, a que se refiere el presente voto razonado.

da 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 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”.¹⁰⁷

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 potenciar 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 cumplir con la sentencia. La “fuerza

¹⁰⁷ 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.

obligatoria y ejecución de sentencias” deriva de manera expresa del artículo 46.1 y 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.¹⁰⁸ 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.¹⁰⁹

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 Uruguay, 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”,¹¹⁰ lo que podría producir “un que-

¹⁰⁸ “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.

¹⁰⁹ *Cf.* Artículo 46.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

¹¹⁰ *Cf.* 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.

brantamiento 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”.¹¹¹

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 Interamericana en términos del artículo 65 del Pacto de San José.

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:¹¹²

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 orden

¹¹¹ 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

¹¹² 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”.

public *interamericano* basado en la fiel observancia de los derechos humanos (destacado 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:¹¹³

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 otros casos emitidos por esta Corte¹¹⁴, por el Comité de los Derechos Humanos¹¹⁵ y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹¹⁶.

¹¹³Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2012. *Caso Apütz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*, Considerandos 46 y 47.

¹¹⁴“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”.

¹¹⁵ “[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”.

¹¹⁶“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 Mamatkulov 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

La noción de garantía colectiva también ha sido utilizada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa al valorar el incumplimiento de algunas sentencias¹¹⁷ y constituye uno de los fundamentos de la 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 Europeo¹¹⁸.

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*¹¹⁹. *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 (destacado nuestro).

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 Glasenapp 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”.

¹¹⁷“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”.

¹¹⁸“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>”.

¹¹⁹“Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia*, párr. 96”.

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 IDH ha valorado el esfuerzo y las acciones realizadas por el Estado uruguayo en el cumplimiento de la Sentencia en el *Caso Gelman*,¹²⁰ y ha dado por satisfactoriamente cumplidos aspectos muy importantes del fallo (véase *supra* párrs. 4 y 5).¹²¹ 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);¹²² 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).¹²³

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,¹²⁴ teniendo “un alto valor simbólico en aras de que no se repitan hechos similares”.¹²⁵

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 Estados Parte de la Convención Americana (véase *supra* párrs. 43 a 66).

¹²⁰ 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.

¹²¹ 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.

¹²² *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.

¹²³ *Cfr. Idem.*

¹²⁴ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrs. 19-31.

¹²⁵ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 30.

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”.¹²⁶

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 obligadas por la sentencia internacional en sus términos, incluyendo los fundamentos, consideraciones, resolutivos y efectos que produce.

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

¹²⁶ 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.

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”.¹²⁷

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),¹²⁸ 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*, 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*.¹²⁹

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*.¹³⁰ (destacado nuestro).

¹²⁷ 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.

¹²⁸ 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. 2, 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.

¹²⁹ “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”.

¹³⁰ “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, párr. 175, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*, *supra* nota 16, párr. 174.”

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 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;¹³¹

(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;¹³²

(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*.¹³³

(iv) que las violaciones graves a los derechos humanos —como lo es la desaparición forzada de personas, entre otras— resultan “imprescriptibles”

¹³¹ Cfr. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrs. 246, 253 y punto Resolutivo 11.

¹³² Cfr. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, 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

¹³³ 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.

al constituir, por su propia naturaleza, una violación de normas *ius cogens*, amparadas en normas de derecho internacional de carácter inderogable,¹³⁴

(v) que la desaparición forzada de personas constituye un delito permanente o continuado;¹³⁵

(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”;¹³⁶

(vii) que la desaparición forzada de María Macarena Gelman García Iruretagoyena, resulta como consecuencia de la sustracción, supresión y sustitución de su identidad;¹³⁷ 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.¹³⁸

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

¹³⁴ Cfr. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrs. 99, 183, 225 y 254.

¹³⁵ Cfr. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrs. 71, 72, 73, 78, 233, 236 y 240.

¹³⁶ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 236.

¹³⁷ Cfr. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrs. 60, 120, 13, 163, 230, 235 y 252.

¹³⁸ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrs. 232 y 253.

del artículo 68.1 y de las reglas previstas en los artículos 26¹³⁹ y 27¹⁴⁰ 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 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

¹³⁹ “Art. 26: *Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

¹⁴⁰ “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”.

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 el presente 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.¹⁴¹ 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.

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 democráticas¹⁴², jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en

¹⁴¹ 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.

¹⁴² “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

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”.¹⁴³

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 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.¹⁴⁴ 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 internacio-

de la democracia en relación con la protección de derechos fundamentales” (Sentencia del *Caso Gelman vs. Uruguay*, párr.239).

¹⁴³ 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.

¹⁴⁴ *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; *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006; *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; y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012.

nal de trece Estados distintos: Argentina,¹⁴⁵ Barbados,¹⁴⁶ Bolivia,¹⁴⁷ Brasil,¹⁴⁸ Chile,¹⁴⁹ Colombia,¹⁵⁰ Guatemala,¹⁵¹ México,¹⁵² Panamá,¹⁵³ Paraguay,¹⁵⁴ Perú,¹⁵⁵ Uruguay¹⁵⁶ y Venezuela;¹⁵⁷ 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*

¹⁴⁵ *Caso Fontevicchia 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, párrs. 303 a 305.

¹⁴⁶ *Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 20 de noviembre de 2007, párr. 79.

¹⁴⁷ *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1o. de septiembre de 2010, párr. 202.

¹⁴⁸ *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.* Sentencia de 24 de noviembre de 2010, párrs. 49 y 106.

¹⁴⁹ *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas.* Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124; y *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas.* Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrs. 282 a 284.

¹⁵⁰ *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 26 de mayo de 2010, 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, párrs. 142 a 144.

¹⁵¹ *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 4 de septiembre de 2012, párr. 262; y *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia de 20 noviembre de 2012, párr. 330.

¹⁵² *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de noviembre de 2009, 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, párrs. 236 y 237; *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2010, 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, párrs. 21 y 225 a 233.

¹⁵³ *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr. 180; y *Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.* Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 287.

¹⁵⁴ *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 311.

¹⁵⁵ *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, párr. 173.

¹⁵⁶ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrs. 193 y 239.

¹⁵⁷ *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.* Sentencia de 1o. de julio de 2011, párrs. 164, 165 y 172; y *Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de septiembre de 2011, párrs. 226 a 28.

de 2010,¹⁵⁸ la Corte IDH ha venido ejemplificando la manera en que tribunales de la más alta jerarquía en varios 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.¹⁵⁹ Asimismo, el propio Tribunal Interamericano retoma jurisprudencia nacional para fundamentar y conceptualizar en sus resoluciones la violación de la Convención Americana.¹⁶⁰

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 en 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”.¹⁶¹ 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”.¹⁶²

98. Así, se ha generado un “control dinámico y complementario” de las obligaciones convencionales de los Estados 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—;¹⁶³ de modo que los criterios de deci-

¹⁵⁸ Cfr. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrs. 226 a 232.

¹⁵⁹ 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.

¹⁶⁰ 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.

¹⁶¹ *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrs. 193 y 239.

¹⁶² *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012, párr. 142.

¹⁶³ Cfr. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. En el Considerando 142 se expresa:

sión pueden ser conformados y adecuados entre sí,¹⁶⁴ 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 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.

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 las 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).

¹⁶⁴ 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.

EL IMPACTO DE LAS DECISIONES INTERAMERICANAS.
NOTAS SOBRE LA PRODUCCIÓN ACADÉMICA
Y UNA PROPUESTA DE INVESTIGACIÓN EN TORNO
AL “EMPODERAMIENTO INSTITUCIONAL”*

Óscar PARRA VERA**

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *Visiones instrumentales y constructivistas sobre los efectos de las decisiones interamericanas*. III. *El potencial de los enfoques constructivistas: el ejemplo del “empoderamiento institucional estratégico”*. IV. *Alcances y límites del “empoderamiento institucional”: investigaciones pendientes*.

I. PLANTEAMIENTO

En este breve artículo desarrollo una exploración preliminar sobre una parte de la producción académica en relación con los tipos de efectos y el impacto de las decisiones de la Comisión y la Corte Interamericanas (en adelante “CIDH” y “Corte IDH”). Dichos efectos se han alcanzado a través de la acción o inacción de actores locales, tanto institucionales como de la sociedad civil. Asimismo, dicha bibliografía ha visibilizado la importancia de entender el carácter polivalente, no monolítico, del Estado, en orden a contar

* Este escrito es el resultado de presentaciones efectuadas en el *Coloquio Ibero-Americano* que organiza el Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional (Heidelberg, 16 de octubre de 2013) y en el marco de las *Annual Meeting of the Law and Society Association* llevadas a cabo en Honolulu (7 de junio de 2012) y San Francisco (2 de junio de 2011). Agradezco los comentarios críticos de las y los participantes en dichos eventos, en particular, a Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi, Laura Clérico, Rodolfo Arango, Alexandra Huneeus y Judith Schonsteiner. Asimismo agradezco la asistencia investigativa por parte de Sofia Miglioli, Catalina Herrera y Nathalie Abreu para la realización de este artículo.

** Abogado coordinador en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan necesariamente el parecer de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni de su Secretaría.

con una visión más integral sobre los diferentes alcances que puede tener el Sistema Interamericano en distintas instituciones de un mismo Estado. En esta exploración preliminar, en primer lugar, establezco diferencias entre visiones “instrumentales” y enfoques “constructivistas” sobre los efectos de las decisiones interamericanas. En segundo lugar, y con el objetivo de ejemplificar el potencial de los enfoques constructivistas, esbozo una posible línea de investigación sobre un efecto indirecto de las decisiones interamericanas en la consolidación de formas de “empoderamiento” institucional de las agencias estatales que enfrentan dificultades para impulsar políticas de derechos humanos, particularmente por resistencias dentro del mismo Estado. Se trata de instituciones estatales que utilizan las decisiones interamericanas para su empoderamiento institucional en clave progresista, generalmente en un marco de pugna con otras instituciones estatales o dentro de una misma rama del poder público. El análisis de algunos éxitos y fracasos en estas formas de “empoderamiento institucional” es una variable que podría tener relevancia para entender, por ejemplo, por qué los efectos del Sistema Interamericano en algunos países son más directos y materiales, mientras que en otros son más indirectos y simbólicos.

II. VISIONES INSTRUMENTALES Y CONSTRUCTIVISTAS SOBRE LOS EFECTOS DE LAS DECISIONES INTERAMERICANAS

Tal como lo ha señalado von Bogdandy, la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido un decisivo protagonismo para la concreción y evolución de un “Derecho común latinoamericano”, así como para visibilizar sus potencialidades y retos.¹ La Corte IDH tiene un rol en este proceso no sólo por la inserción de su jurisprudencia en la consolidación de un constitucionalismo global,² sino por los efectos que sus decisiones tienen en escenarios institucionales y en procesos socio-políticos.

¹ Bogdandy, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*: Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea”, en González Pérez, Luis Raúl y Diego Valadés (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2013, pp. 39-66.

² Sobre los debates en torno al constitucionalismo global y los procesos de gobernanza global, ver Dunoff, Jeffrey L. y Joel P. Trachtman, “Understanding the Demand for International Constitutionalization”, en Dunoff, Jeffrey L. y Joel P. Trachtman, (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, New York, Cambridge University Press, 2009, pp. 3-35. Ver asimismo, 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*, San José, IIDH, 2011.

A este tipo de efectos y a la implementación y cumplimiento de las decisiones interamericanas se han referido diversas publicaciones en las últimas décadas.³ El presente texto se incorpora en un segmento de esta literatura: los estudios sociojurídicos sobre la legitimidad y el impacto de las decisiones interamericanas. A diferencia de las indagaciones focalizadas en la recepción jurisprudencial de las sentencias internacionales y sus efectos jurídicos/dogmáticos en el derecho interno,⁴ esta línea de trabajo se apoya en herramientas analíticas propias de la sociología del derecho y la ciencia política, para evaluar los efectos de dichas decisiones en realidades sociales e institucionales y en los actores que se desenvuelven en el *campo jurídico*⁵ del Sistema Interamericano.⁶

³ Una muestra de literatura reciente la constituyen estas dos obras: Ministerio Público Fiscal de Buenos Aires, *Diálogos: El impacto del Sistema Interamericano en el ordenamiento interno de los Estados*, Buenos Aires, Eudeba, 2013 y Corzo Sosa, Edgar, Jorge Ulises Carmona Tinoco y Pablo Saavedra Alessandri, *El impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant Lo Blanch-UNAM, 2013.

⁴ Un valioso ejemplo de este enfoque lo constituye Silva García, Fernando, *Derechos humanos: Efectos de las sentencias internacionales*, México, Porrúa, 2007 y varios de los textos reunidos en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Alfonso Herrera García (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, México, Tirant Lo Blanch-Corte Interamericana de Derechos Humanos-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-UNAM, 2013. Ver, asimismo, Medellín-Urquiaga, Ximena, “The Normative Impact of the Inter-American Court of Human Rights on Latin-American National Prosecution for Mass Atrocities”, *Israel Law Review*, vol. 46, Issue 3, 2013, pp. 405-430, y Contesse, Jorge, *¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, disponible en <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf> .

⁵ Aludo a la noción de campo jurídico en la teoría de Pierre Bourdieu. Ver Bourdieu, Pierre y Gunther Teubner, *La fuerza del Derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre-Ediciones Unian-des-Instituto Pensar, 2000. Para Bourdieu, el “campo jurídico” es uno de los “campos sociales”. En los campos sociales existen “actores”, “privilegios” y diversos tipos de “capital”. En el campo jurídico, los actores se disputan privilegios sobre la definición y alcance del derecho. Los diversos actores luchan a partir del capital “social”, “económico”, “intelectual” que poseen, entre otros tipos de capital que les permita posicionarse en el campo.

⁶ Estos enfoques se enmarcan en el análisis de los tribunales internacionales y el derecho internacional desde la sociología del derecho y la ciencia política. Dos referentes clásicos en esta materia son Helfer, Laurence R. y Anne-Marie Slaughter, “Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication”, *Yale Law Journal*, New Haven, vol. 107, No. 2, November 1997, y Sikkink, Kathryn; Thomas Risse y Stephen Ropp (eds.), *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999 (cuya actualización y reevaluación ha surgido recientemente: Risse, Thomas, Stephen Ropp y Kathryn Sikkink (eds.), *The Persistent Power of Human Rights. From Commitment to Compliance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013). Entre otros trabajos relevantes recientes resalto Piovesan, Flávia, “Ius constitutionale commune latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos”, en Bogdandy,

En este enfoque resultan de particular relevancia algunos marcos teóricos generales de la sociología del derecho respecto a la relación entre tribunales y cambio social. Al respecto, autores como César Rodríguez Garavito, reconstruyendo diversos elementos del debate estadounidense en esta materia, propone diferenciar cuatro tipos de efectos de las sentencias. En primer lugar, los efectos directos que impactan en quienes litigan los casos, sus beneficiarios o sus destinatarios. En segundo lugar se encuentran los efectos indirectos que se derivan de un fallo sin estar expresamente consagrados en las órdenes emitidas y que pueden afectar tanto a los actores que participan en el fallo como a aquellos que no lo hicieron. En tercer lugar, los efectos instrumentales, que se relacionan con los cambios materiales en la conducta de los actores, mientras que, en cuarto lugar, los efectos simbólicos se concentran en el impacto de las sentencias en transformaciones culturales e ideológicas respecto a los asuntos discutidos en el caso.⁷

Armin von, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.), *Ius constitutionale commune en derechos humanos en América Latina*, México, Porrúa, 2013; Shaffer, Gregory C. (ed.), *Transnational Legal Ordering and State Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, y los textos reunidos por Romano Cesare, Alter Karen y Shany Yuval (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2013. Ver, en particular, el mapa teórico que estos autores desarrollan en el capítulo introductorio: "Mapping International Courts and Tribunals, the Issues and Players", pp. 3-26, así como el capítulo de Huneeus, Alexandra, "Compliance with Judgments and Decisions", el cual se concentra en precisar un estado del arte sobre estudios en torno al sentido, alcance y medición del cumplimiento de las decisiones internacionales. Un marco teórico reciente para evaluar la legitimidad de los tribunales internacionales puede verse en Bogdandy, Armin von e Ingo Venzke, "¿En nombre de quién? Un estudio sobre la autoridad pública de los tribunales internacionales y su justificación democrática", en Ferrer Mac-Gregor y Herrera García (coords.), *Diálogo jurisprudencial...*, cit., *supra* nota 4, y Follesdal, Andreas, "The Legitimacy Deficits of the Human Rights Judiciary: Elements and Implications of a Normative Theory", *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 4, 2013, pp. 339-360. Asimismo, ver Christoffersen, Jonas y Mikael Rask Madsen (eds.), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

⁷ Rodríguez Garavito resalta que dichos efectos pueden interrelacionarse entre sí, de tal forma que sea posible aludir a efectos instrumentales directos e indirectos o efectos simbólicos directos e indirectos. Ver Rodríguez Garavito, César, "Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America", *Texas Law Review*, vol. 89, No. 7, 2011. Ver asimismo, Rodríguez Garavito, César y Diana Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2010. En este libro se alude a seis efectos de la sentencia "estructural" emitida por la Corte Constitucional en esta materia: efecto desbloqueador, efecto deliberativo, efecto creador, efecto de políticas públicas, efecto coordinador y efecto social. El influyente trabajo de César Rodríguez Garavito sobre el activismo judicial estructural en derechos sociales es útil para un análisis del Sistema Interamericano, teniendo en cuenta algunas similitudes entre el litigio estructural y las reparaciones que se ordenan en las decisiones interamericanas. Sobre estas similitudes, ver Abramovich, Víctor, *Remedios de alcance colectivo y obstáculos en la ejecución*

Además de estos elementos, al identificar los impactos de cierto tipo de intervenciones judiciales, se ha señalado que la implementación e impacto del litigio depende de muy diversas variables, tales como: i) el tipo de población beneficiaria, ii) los actores involucrados en el sistema institucional objeto del litigio, iii) el tipo de normas que reconocen los derechos en juego, iv) el tipo de proceso de implementación ordenado por la Corte, v) si se adoptan cronogramas precisos para el cumplimiento, vi) si el tribunal o autoridades locales internas son más o menos activas en la supervisión, vii) el tipo de aliados —en otras ramas del poder público o en movimientos sociales— que tiene la Corte IDH para impulsar el diálogo y el cumplimiento, y viii) el contexto social.⁸

En otros autores es posible encontrar variables relacionadas con el impacto sociojurídico del derecho internacional en el derecho interno, que complementan o pueden entenderse como insertas en los criterios anteriormente expuestos. Por ejemplo, Shaffer resalta el rol que pueden jugar actores “intermediarios” (como las élites gubernamentales o de la sociedad civil) entre el derecho internacional y el derecho interno. Asimismo, el cambio estatal derivado del derecho internacional, los cambios en los límites entre el Estado, el mercado y otras formas de orden social, los cambios en la arquitectura y distribución de autoridad entre instituciones del Estado, y, en general, los cambios en los marcos normativos y en los mecanismos de rendición de cuentas asociados a ellos. Además, Ginsburg y Shaffer resaltan el rol que puede tener la afinidad de las decisiones transnacionales con los intereses de élites domésticas y otros actores en el contexto de las luchas políticas dentro del Estado.⁹

Teniendo en cuenta estos elementos, en la aproximación preliminar que desarrollo en este artículo me interesa resaltar el aporte que puede tener

de decisiones en el Sistema Interamericano, 2010, disponible en <http://www.esr-net.org/usr_doc/Abramovich_-_Remedios_en_SIDH_%28borrador%29.pdf>, y “Autonomía y subsidiariedad. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales”, en Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011.

⁸ Adapto estos criterios a partir del análisis específico efectuado en relación con el impacto del litigio en salud. Ver al respecto, Yamin, Alicia Ely, “Power, Suffering, and Courts: Reflections on Promoting Health Rights through Judicialization”, en Yamin, Alicia Ely y Siri Gløppen (eds.), *Litigating Health Rights*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2011.

⁹ Shaffer, Gregory, *Transnational Legal Process and State Change: Opportunities and Constraints*, University of Minnesota Law School, 2010 (*Legal Studies Research Paper Series*, Research Paper No. 10-28), y Ginsburg, Tom y Gregory Shaffer, *How Does International Law Work? What Empirical Research Shows*, University of Minnesota Law School, 2010 (*Legal Studies Research Paper Series*, Research Paper No. 09-54).

diferenciar entre perspectivas instrumentales y perspectivas constructivistas sobre el impacto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Desde una *perspectiva instrumental*, algunos estudios o ciertos segmentos de los mismos evalúan la relación causa-efecto entre las decisiones interamericanas y las medidas específicas cumplidas por los estados. Se imputa a la intervención del Sistema Interamericano los resultados de ciertas políticas, tales como algunas sanciones por vía penal o la legislación, reglamentos y demás medidas orientadas a cumplir órdenes de la Comisión y la Corte. Algunos ejemplos se relacionan con la derogación del delito de desacato en Argentina,¹⁰ una reforma constitucional en Chile relacionada con un caso sobre censura,¹¹ el impulso de órganos sobre acceso a la información en Chile,¹² la derogación de los delitos de calumnias e injurias en Argentina,¹³ o la no aplicación de leyes de autoamnistía en Perú y Chile.¹⁴ Además, en este tipo de enfoques adquiere relevancia determinar los alcances de los procedimientos de supervisión de cumplimiento,¹⁵ la valoración cuantitativa de las etapas procesales ante los órganos del Sistema,¹⁶ el grado de cumplimiento de decisiones (alto, intermedio, bajo o nulo),¹⁷ así como una valoración

¹⁰ CIDH, Informe N° 22/94, Caso 11.012, Argentina, Solución Amistosa, 20 de septiembre de 1994.

¹¹ Corte IDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, sentencia de 5 de febrero de 2001, Fondo, reparaciones y costas.

¹² Corte IDH., *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, sentencia de 19 de septiembre de 2006, Fondo, reparaciones y costas.

¹³ Corte IDH, *Caso Kímel vs. Argentina*, sentencia de 2 de mayo de 2008, Fondo, reparaciones y costas, y resolución de 5 de febrero de 2013 en relación con este caso.

¹⁴ Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001, Fondo; *Caso La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, Fondo, reparaciones y costas; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

¹⁵ Schneider, Jan, “Implementation of Judgments: Should Supervision be Unlinked from the General Assembly of the Organization of American States?”, *Inter-American and European Human Rights Journal*, vol. 5, Nos. 1-2, 2013.

¹⁶ The University of Texas School of Law-Human Rights Clinic, *Maximizando la Justicia, Minimizando la Demora. Acelerando los Procedimientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, diciembre de 2011.

¹⁷ Basch, Fernando, Leonardo Filippini, Ana Laya, Mariano Nino, Felicitas Rossi y Bárbara Schreiber, “La efectividad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Un enfoque cuantitativo sobre su funcionamiento y sobre el cumplimiento de sus decisiones”, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, São Paulo, vol. 7, núm. 12, junio de 2010; González-Salzberg, Damián A., “La implementación de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina: un análisis de los vaivenes jurisprudenciales de la Corte Suprema de la Nación”, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, São Paulo, vol. 8, núm. 15, diciembre de 2011. Ver asimismo, Baluarte, David C. y Christian

cuantitativa de los efectos, como el número de sanciones determinado por un caso específico.¹⁸

Por otra parte, desde una *visión constructivista*, otros trabajos resaltan los efectos que no se reflejan necesariamente en cambios sociales deseados, sino en la redefinición de las disputas entre grupos sociales, en particular el empoderamiento de ciertos grupos de víctimas o agencias estatales (efectos indirectos),¹⁹ o en el cambio de ideas, percepciones e imaginarios sociales respecto al tema objeto de litigio (efectos simbólicos).²⁰ Se destaca al respecto el efecto desbloqueador que logra el Sistema Interamericano para

De Vos, *From Judgment to Justice: Implementing International and Regional Human Rights Decisions*, New York, Open Society Foundations, November 2010. Para una revisión del proceso de supervisión de cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH y algunas propuestas para impulsar modelos estratégicos de implementación, ver Baluarte, David C., “Strategizing for Compliance: The Evolution of a Compliance Phase of Inter-American Court Litigation and the Strategic Imperative for Victim’s Representatives”, *American University International Law Review*, vol. 27, issue 2, 2012, pp. 263-321.

¹⁸ Los trabajos de Huneeus involucran tanto perspectivas cuantitativas como cualitativas. Para efectos de lo que quiero ejemplificar con los impactos cuantitativos, Huneeus evalúa los “prosecutorial outcomes” de la Corte IDH y precisa que las decisiones de este tribunal —al momento de la finalización de su investigación— han generado “39 convicciones since reparation ruling”. En ese sentido, en términos cuantitativos, la Corte IDH ha logrado más resultados en términos de condenas penales que lo alcanzado por la Corte Penal Internacional, a pesar de la diferencia abismal entre el presupuesto de ambos órganos. Ver Huneeus, Alexandra, “International Criminal Law by Other Means: The Quasi-Criminal Jurisdiction of the Human Rights Courts”, *American Journal of International Law*, vol. 107, No. 1, January 2013, pp. 1-44.

¹⁹ Cavallaro, James L. y Stephanie Erin Brewer, “Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: the Case of the Inter-American Court”, *American Journal of International Law*, vol. 102, No. 4, 2008, pp. 768-827. Asimismo, Beristain reseña el testimonio de Carlos Marecos, líder Sawhoyamaya, quien señaló que “uno de los motivos, digamos, de que llegase el caso a la Corte es que vimos que aún nos quedaban fuerzas para luchar”. En ese libro (Beristain, Carlos Martín, *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009) se explica la forma cómo el litigio del *Caso Sawhoyamaya*, con independencia de sus resultados materiales, fortaleció los lazos entre los líderes más jóvenes —que conocían más del español— y los más ancianos. Asimismo, el litigio permitió reconstruir los lazos comunitarios —usos y costumbres— a pesar de la extrema vulnerabilidad. El efecto indirecto se relaciona con este fortalecimiento interno de la comunidad gracias al litigio. Ver asimismo Dulitzky, Ariel E., “The Inter-American Human Rights System Fifty Years Later: Time For Changes”, *Revue québécoise de droit international*, núm. 127, 2011.

²⁰ Sobre el concepto de “efecto simbólico”, ver Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, *op. cit.*, *supra* nota 7, p. 25 y García Villegas, Mauricio, *La eficacia simbólica del Derecho. Examen de situaciones colombianas*, Bogotá, Uniandes, 1993. Ver asimismo el conjunto de testimonios de víctimas, agentes del Estado y funcionarios de la Comisión y la Corte Interamericanas en casos ante el Sistema Interamericano recopilados en Beristain, *op. cit.*, *supra* nota anterior. Muchos de los entrevistados precisaron los efectos del litigio en nuevas percepciones sobre ciertos

enfrentar a los aparatos estatales y las burocracias que bloquean la democracia y el cumplimiento de los derechos.²¹ Asimismo, el efecto deliberativo de las decisiones interamericanas para impulsar mayor deliberación, participación social y rendición de cuentas respecto a los alcances y la implementación de ciertas políticas públicas.²²

Algunos de estos estudios evidencian que, al analizar los efectos de estas decisiones en las instituciones estatales, es necesario superar una visión del Estado como un actor unitario. En efecto, una visión tradicional del Estado le entiende como una forma monolítica, que algunas posturas asumen como diseñada para la dominación. Enfoques como el de Michael Mann rompen con esta concepción al reconocer que, si bien el Estado sigue siendo un espacio de unificación social, esta unificación es polimorfa,²³ es decir, que el Estado centraliza de forma distinta numerosas redes de poder político. En este marco, el poder no es sólo ejercido en forma vertical, sino que algunas resistencias desde abajo o antisistémicas se proyectan en dicha unificación. Un enfoque de esta naturaleza permite reivindicar, por ejemplo, el papel de los funcionarios o las agencias estatales que, a pesar de encontrarse dentro del sistema, asumen una actitud que pretende ser crítica y transformadora.

problemas o un conjunto de imaginarios e ideas que cada actor proyectada en torno a lo que implicaban los casos.

²¹ Tiscornia, Sofía, *Activismo de los derechos humanos y burocracias estatales. El caso Walter Bulacio*, Buenos Aires, Del Puerto-CELS, 2008. Un análisis de cómo se insertaron diversas decisiones interamericanas en procesos políticos impulsados en Perú respecto a lucha contra la impunidad puede verse en Sandoval, Clara, “The Challenge of Impunity in Peru: The Significance of the Inter-American Court of Human Rights”, *Essex Human Rights Review*, vol. 5, No.1, July 2008, pp. 97-118.

²² En este punto cabe resaltar el proceso de implementación de la sentencia emitida por la Corte Interamericana en el *Caso González y otras (“Campo Algodonero”)* respecto al asesinato de mujeres en Ciudad Juárez, teniendo en cuenta las órdenes emitidas por el Tribunal, que exigían acciones tanto en los niveles local como federal, así como en el ámbito judicial y legislativo. En términos de rendición de cuentas, cabe resaltar que la “Comisión especial para conocer y dar seguimiento a los casos de feminicidio registrados en México (CEF) de la LXI Legislatura de la Cámara de Diputados”, conformada por algunas diputadas de dicho país, impulsó un seguimiento de las acciones emprendidas por diversas agencias estatales para la implementación de la sentencia. Ver nota en la revista *Proceso*, de 5 de diciembre de 2011, consultable en <<http://www.proceso.com.mx/?p=290240>> y el informe emitido por dicha Comisión en 2010. Ver asimismo Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, resolución de 21 de mayo de 2013, Supervisión de cumplimiento de sentencia.

²³ Mann explica que “(e)n química se llama polimorfa aquella sustancia que cristaliza de dos o más formas distintas, que generalmente pertenecen a diferentes sistemas. El término se adapta a las formas en que cristaliza el Estado, como centro —diferente en cada caso— de numerosas redes de poder”. Mann, Michael, “Una teoría del Estado moderno”, en *Ídem, Las fuentes del poder social II: El desarrollo de las clases y los Estados nacionales 1760-1914*, Madrid, Alianza Editorial, 1997, p. 110.

Considero que las visiones constructivistas tienen un especial valor metodológico para visibilizar el enorme conjunto de impactos indirectos/no previstos que pueden alcanzar las decisiones interamericanas. A pesar de situaciones que, desde un punto de vista instrumental podrían estar asociadas a fuertes fallas en el cumplimiento de algunas decisiones —por ejemplo, la impunidad respecto a una grave violación de derechos humanos declarada por la Corte—, las visiones constructivistas se concentran en visibilizar la riqueza y la complejidad de los procesos institucionales y sociales que acompañan tanto al litigio como a la implementación de los fallos. Al apreciar en esta forma el impacto de la actuación de la Comisión y la Corte, es posible abrir el escenario de análisis más allá de las partes en un caso, e involucrar al conjunto de actores que, dentro del campo jurídico interamericano, están luchando por posicionar sus intereses y capitales en torno a las políticas públicas de derechos humanos.

Para explicar en forma un poco más concreta el potencial que le otorgo a las visiones constructivistas, a continuación me referiré en forma muy preliminar a un ejemplo de efecto indirecto de ciertas decisiones interamericanas, relacionado con lo que denomino experiencias de “empoderamiento institucional”. Cierta tipo de uso del Sistema Interamericano por parte de los actores estatales se relaciona con formas de “empoderamiento institucional”, particularmente en aquellos casos donde la invocación del derecho interamericano tiene un rol importante para enfrentar una correlación de fuerzas adversa para que una determinada agencia estatal pueda cumplir un mejor papel en la defensa institucional de los derechos humanos.²⁴

²⁴ Un aspecto para investigaciones posteriores lo constituye el determinar si este tipo de “empoderamiento institucional” puede explicarse en marcos teóricos como el propuesto por Ermanno Vitale respecto al concepto de “resistencia constitucional”. Vitale, Ermanno, *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*, Madrid, Trotta, 2012. Si bien Vitale no trabaja su enfoque de la “resistencia” desde las instituciones, su visión del “*contrapoder*” desde el Estado es una perspectiva relevante sobre la complejidad del funcionamiento del poder político en la actualidad. Por su parte, Arango señala que “la resistencia constitucional, a diferencia de la civil que involucra un desafío a la legalidad, consiste en hacer uso de los mecanismos que la misma Constitución otorga a los ciudadanos para garantizar la precedencia de sus derechos fundamentales sobre otros bienes públicos, intereses generales u objetivos sociales”. Arango afirma que las sentencias que protegieron a los deudores de vivienda y ordenaron la expedición de una nueva legislación para el financiamiento de la vivienda a largo plazo; la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de una reforma legal al régimen tributario por desconocer el derecho al mínimo vital de la población más pobre; la sentencia de tutela que protegió a la población desplazada o la que aseguró el derecho al mínimo vital de los recicladores “son una buena muestra de cómo se ejerce la resistencia constitucional por vía de la jurisdicción sin con ello subvertir el orden jurídico ni desconocer el principio de separación del poder público y el principio democrático”. Ver, Arango, Rodolfo, “Los derechos sociales

Este tipo de uso viene siendo documentado en la valoración general de la intervención del Sistema Interamericano para fortalecer a las democracias de la región. Así, por ejemplo, tal como lo señala Bernardes, cuando las estructuras nacionales no permiten que ciertos temas lleguen a la esfera pública, o si llegan, que se conviertan en políticas públicas oficiales —sea porque atienden a grupos sociales invisibilizados o porque desafían a grandes intereses económicos—, en esos momentos las esferas públicas transnacionales pueden ser determinantes. Bernardes analiza algunos ejemplos que permiten afirmar que algunos temas que no encuentran lugar en la agenda política nacional se pueden plantear en estos espacios transnacionales, y más tarde, en una nueva configuración de poder, se los puede volver a incluir en la política doméstica.²⁵

El enfoque es constructivista —y no instrumentalista— en el sentido de que no se parte de la efectividad de la situación de “empoderamiento institucional” —si la respectiva agencia estatal logró el objetivo propuesto—. De hecho, algunos casos se caracterizan por su efecto moderado para transformar realmente una política pública específica. La idea de “empoderamiento institucional” busca resaltar la redefinición de la estrategia de un actor estatal a partir del impulso de la intervención del Sistema Interamericano y la implementación de sus decisiones.²⁶ Interesa analizar cómo ello constituye un efecto indirecto importante de las decisiones o de la intervención interamericana, en tanto escenario de actores locales en controversia.

en Iberoamérica: estado de la cuestión y perspectivas hacia futuro”, *Cuadernos Electrónicos*, No. 5, 2009, consultable en <http://www.portalfio.org/inicio/archivos/cuadernos_electronicos/numero_5/1_%20Los%20derechos%20sociales%20en%20Iberoam%C3%A9rica.pdf>.

²⁵ Bernardes, Marcia, “Sistema Interamericano de Derechos Humanos como esfera pública transnacional: Aspectos jurídicos y políticos de implementación de las decisiones internacionales”, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, São Paulo, vol. 8, núm. 15, diciembre de 2011, pp. 137-159.

²⁶ En este tipo de enfoque resulta de especial valor el análisis de los órganos institucionales que tienen relación con la implementación de las decisiones interamericanas. Para un análisis de argumentos a favor y en contra de concentrar en una determinada agencia estatal la responsabilidad de cumplir con las decisiones internacionales, y la necesidad de fortalecer la implementación de las decisiones interamericanas a partir de la intervención de diversos actores estatales —no sólo del poder ejecutivo— ver Abregú, Martín y Olga Espinoza, “La eficacia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la aplicación de sus decisiones por los Estados Parte”, en Abramovich, Vícto, Alberto Bovino y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Del Puerto, 2007, pp. 191-214.

III. EL POTENCIAL DE LOS ENFOQUES CONSTRUCTIVISTAS: EL EJEMPLO DEL “EMPODERAMIENTO INSTITUCIONAL ESTRATÉGICO”²⁷

Durante las primeras décadas de funcionamiento del Sistema Interamericano, muchos de los estados que le conforman fueron acusados de actuar, en alguna medida, como “enemigos” del mismo. En efecto, durante cierta época se pensaba que no se lograría el número de ratificaciones de la Convención Americana que le permitiera a la Corte IDH iniciar su funcionamiento. Luego de 1979, cuando la Corte comienza sus labores, el temor era que no llegara ningún caso contencioso ante dicho tribunal, o que, en el evento de que la Comisión remitiera un determinado caso, el Estado respectivo se negara a comparecer ante el tribunal, desconociera su jurisdicción o se negara a cumplir con sus órdenes.

Si bien sigue existiendo una relación tensa entre los estados y los órganos de protección, la situación ha cambiado notablemente en las últimas décadas. Autores como Abramovich han visibilizado la utilización del Sistema Interamericano por parte de algunos estados o por organismos públicos con competencia en derechos humanos “para iluminar ciertas cuestiones e impulsar agendas nacionales o regionales”. Abramovich destaca que en algunos casos, “cuando los Gobiernos tienen políticas claras en esta materia, un caso en el SIDH suele ser considerado como una oportunidad de incidencia política, por las áreas interesadas del mismo Gobierno, para superar resistencias en el propio Estado o en otros sectores sociales”.²⁸

A continuación analizo algunos posibles casos de “empoderamiento institucional”, donde algunos funcionarios e instituciones han involucrado las decisiones interamericanas en escenarios de confrontación con otros poderes públicos. Tal como lo mencioné previamente, se trata de una valo-

²⁷ En algunos apartados de esta sección retomo parcialmente una aproximación a ciertos debates sobre la jurisprudencia de la Corte; ver Parra Vera, Óscar, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, año 13, núm. 1, 2012, pp. 5-51.

²⁸ Abramovich, *Remedios de alcance colectivo...*, cit., *supra* nota 7. Abramovich menciona como ejemplos: i) algunos procesos de solución amistosa ante la Comisión Interamericana que motivaron cambios en la legislación y en políticas nacionales, ii) las solicitudes de opiniones consultivas por parte del Estado mexicano respecto a la asistencia consular en procesos que implican la aplicación de la pena de muerte y respecto a derechos de los migrantes en situación irregular; iii) la solicitud de opinión consultiva sobre la práctica estatal de nombrar jueces *ad hoc* en litigios ante la Corte, la cual fue presentada conjuntamente con algunas organizaciones sociales, y iv) el número de funcionarios públicos, jueces, defensores, fiscales, operadores judiciales que han acudido ante la Comisión y la Corte buscando protección cautelar de urgencia.

ración del Estado como terreno en disputa entre instituciones, a veces entre distintas ramas del poder público o en ocasiones al interior de un poder público específico. Esta aproximación es muy preliminar, dado que no se hace una calificación detallada sobre el contexto político específico de cada litigio. Sin perjuicio de lo anterior, se hace mención a cierta información que permite valorar los alcances de la actuación conjunta internacional/local para enfrentar una coyuntura adversa y salvaguardar objetivos relacionados con la defensa de los derechos humanos. Son ejemplos de lo que autores como Huneeus denominan “compliance partnerships”,²⁹ donde la interacción entre lo interamericano y lo local tiene como objetivo consolidar una agenda común para impulsar una mejor implementación tanto de políticas de derechos humanos como de decisiones interamericanas. Interesantes ejemplos de este tipo de interacciones dinámicas puede verse en las sentencias emitidas por la Corte Constitucional de Colombia, en las que se consideró procedente la acción de tutela para exigir el cumplimiento de las órdenes emitidas por la Corte Interamericana.³⁰

Cabe resaltar que el análisis de algunos ejemplos de esta interacción estratégica entre instituciones se inserta en la literatura reciente que valora, desde una perspectiva sociojurídica o desde propuestas de reajuste institucional impulsadas desde las mismas cortes,³¹ la relación entre la Corte In-

²⁹ Huneeus, Alexandra, “Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights”, *Cornell International Law Journal*, vol. 44, No. 3, 2011. Sobre este tipo de alianzas que deberían surgir entre las Altas Cortes y la Corte IDH, ver Dulitzky, Ariel, *¿Quién controla a quién? O el control de Convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. O de la subsidiariedad a la supremacía convencional* (inédito).

³⁰ Ver la tutela emitida en relación con el *Caso 19 Comerciantes*, respecto a erigir un monumento en memoria de las víctimas y, mediante una ceremonia pública, colocar una placa con los nombres de éstas. Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-653 de 2012. Asimismo, en la sentencia T-367 de 2010, la Corte Constitucional de Colombia declaró procedente la tutela interpuesta por obstáculos relacionados con la implementación del *Caso Masacres de Ituango vs. Colombia*. El Alto Tribunal colombiano ordenó a la Agencia Presidencial para la Acción Social “informar a través de radio, prensa y televisión, con cubrimiento nacional y local, incluida la radio comunitaria, por lo menos una vez al mes en todos los medios y durante el término de seis meses, en horarios y espacios de alta audiencia, a la población afectada por las Masacres de Ituango de las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para las personas individualizadas en dicho fallo y del procedimiento a seguir para acceder a ellas”. De otra parte se conminó al Ministerio de Relaciones Exteriores a “ejercer una función de coordinación efectiva en la que se ilustre de manera adecuada y oportuna a las diferentes entidades del Estado responsables de la atención de la población desplazada por la violencia, de la necesidad de cumplir con los fallos judiciales de los organismos internacionales (...)”.

³¹ European Court of Human Rights, *Dialogue between Judges 2012. How Can We Ensure Greater Involvement of National Courts in the Convention System?*, Strasbourg, ECHR-Council of Eu-

teramericana y las Altas Cortes locales en orden a explicar los factores que generan alianzas y situaciones de confrontación.³²

1. *Medidas cautelares para magistrados de la Corte Suprema de Colombia*

Un ejemplo interesante en esta materia puede verse en la solicitud de medidas cautelares por parte de miembros de un poder público en el marco de la persecución de otro poder público o en el contexto de choques interinstitucionales. En este punto cabe reseñar la emisión de medidas cautelares por parte de la Comisión Interamericana para proteger a algunos magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Colombia que alegaban, entre diversas amenazas, la persecución por parte del gobierno de ese entonces. Como antecedente para entender este ejemplo, cabe anotar que, a partir de 2006, se inició en Colombia una estrategia sistemática dirigida a la investigación de los delitos cometidos por el paramilitarismo y, en particular, de las alianzas de dichos grupos ilegales con empresarios, políticos y miembros de las fuerzas armadas. Estas investigaciones generaron un proceso muy difundido públicamente y denominado “parapolítica”, en torno al cual se han detenido y sancionado penalmente a más de cuarenta congresistas de Colombia.³³ Gran parte de los congresistas eran miembros de la coalición de apoyo al gobierno de ese momento. Por tal razón, las decisiones sobre “parapolítica” generaron un fuerte conflicto entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.

rope, 2012; Spielman, Dean, “Keynote Speech”, Conference: *Judgments of the European Court of Human Rights. Effects and Implementation*, 20 September 2013, y Arden, Mary (Rt Hon Lady Justice), “Peaceful or Problematic? The Relationship between National Supreme Courts and Supranational Courts in Europe”, *Yearbook of European Law*, 2010. Estos documentos discuten las propuestas recientes para fortalecer la comunicación y el diálogo entre las Altas Cortes y el Tribunal Europeo, incluyendo los debates sobre la posibilidad de que dichas Cortes soliciten opiniones consultivas en determinadas circunstancias.

³² Huneeus, “Courts Resisting Courts...”, cit., *supra* nota 29; Uprimny, Rodrigo y María Paula Saffon, “El desafío judicial de la implementación interna y de la sostenibilidad jurídica y política del sistema interamericano de Derechos Humanos”, *Res Pública Argentina*, Buenos Aires, n° 1, ene-abril 2008, pp. 31-45; Shany, Yuval, “Categorizing Vertical and Horizontal Jurisdictional Interactions”, en *Idem, Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts*, New York, Oxford University Press, 2007, pp. 27-77 (donde se analizan, entre otros los casos sobre notificación consular que involucran a la Corte Internacional de Justicia y la Suprema Corte de los Estados Unidos). Ver, asimismo, Dothan, Shai, “Judicial Tactics in the European Court of Human Rights”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 12, No. 1, 2011.

³³ Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia y ICTJ, *Procesos contra Aforados Constitucionales - Parapolítica. Compilación de autos y sentencias. Diciembre de 2007 a septiembre de 2010*, Bogotá, ICTJ-ASDI, 2010.

En el marco de este choque, algunos magistrados de la Corte Suprema de Justicia hicieron uso del Sistema Interamericano para reclamar protección y garantías en el ejercicio de su labor, teniendo en cuenta que el Presidente había efectuado diversas acusaciones de corrupción y parcialidad contra la Corte. Uno de los aspectos que generó mayor choque entre el gobierno y el Poder Judicial se relacionaba con los presuntos seguimientos e interceptaciones ilegales contra miembros de la oposición y magistrados, y la acusación penal que el Presidente adelantó contra uno de los magistrados por el delito de injuria. Algunos de los beneficiarios de las medidas habían sido objeto de hostigamientos. Las presuntas víctimas denunciaron que en las interceptaciones ilegales e intervenciones de las comunicaciones de las presuntas víctimas, habrían participado, incluso, miembros de la escolta de protección asignada por el propio Estado, quienes también habrían filtrado información sobre sus movimientos a los organismos de inteligencia.³⁴

En este contexto, la Comisión Interamericana emitió medidas cautelares en favor de cuatro magistrados de la Corte Suprema y un magistrado auxiliar de dicho órgano. Algunos de los beneficiarios tenían relación directa con las investigaciones de dicho tribunal respecto a la “parapolítica”.³⁵ La Comisión consideró que dichos funcionarios se encontraban seriamente amenazados tras los seguimientos e interceptaciones ilegales. Las medidas involucraron la solicitud al Estado respecto a la protección de dichos magistrados y sus familiares, así como la investigación de los hechos originadores del riesgo.³⁶

A pesar de que el Sistema Interamericano ha otorgado protección cautelar y tutelar a diversos funcionarios públicos y líderes políticos, la solicitud de protección por parte de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia constituye un hecho de importancia en el contexto de los conflictos interinstitucionales que se presentan en Colombia como consecuencia de algunos esfuerzos por implementar adecuadamente las obligaciones en

³⁴ Una descripción detallada de estos hechos puede verse en Grupo Interdisciplinario por los Derechos Humanos, *Justicia: Tras la Mordaza. Apuntes y Casos sobre los ataques a la Independencia del Poder Judicial en Colombia*, Medellín, 2009.

³⁵ La Comisión emitió medidas cautelares en favor de los magistrados César Julio Valencia, Yesid Ramírez, Sigifredo Espinosa, la magistrada María del Rosario González y el magistrado auxiliar Iván Velásquez. Véase <<http://www.rcnradio.com/node/53909>> y <<http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-231745-corte-interamericana-ordena-proteccion-magistrado-espinosa>>. Ver asimismo, “Gobierno no ha cumplido con medidas de protección, dicen magistrados”, 28 de octubre del 2010, y “Medidas cautelares a favor de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia”.

³⁶ Medidas Cautelares MC 119/09, MC 157/09, MC 243/210. Consultables en <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>>.

derechos humanos. De allí la importancia que algunos magistrados de la Corte Suprema otorgaron a una denuncia internacional interamericana. En el momento en el que el choque con el Poder Ejecutivo ofrecía mayor complejidad, el Sistema Interamericano ofreció una oportunidad para visibilizar, a nivel nacional e internacional, la magnitud de la intimidación que sufrían los magistrados. Sin perjuicio de indagar empíricamente con mayor detalle los efectos de estas medidas cautelares emitidas por la Comisión, es posible señalar algunos impactos indirectos y simbólicos relacionados con la visibilización de la gravedad del problema por el carácter intimidatorio de este tipo de amenazas. En efecto, los hostigamientos contra la cúpula del Poder Judicial podían involucrar un mensaje inhibitor/intimidatorio respecto a los esfuerzos de los funcionarios judiciales por impulsar con debida diligencia estos procesos de especial complejidad. El apoyo internacional constituía un importante soporte para poder continuar en forma diligente con el impulso de los procesos penales como el de la “parapolítica” y podía contribuir a cambiar la percepción sobre la gravedad del problema o el “enquadre” que algunos medios de comunicación venían haciendo de este tipo de conflicto interinstitucional.³⁷

Una línea de investigación a futuro puede comparar este ejemplo colombiano con la protección de la Comisión Interamericana a favor de los jueces en otros países que enfrentan este tipo de intimidaciones, como se evidencia en las medidas cautelares adoptadas para proteger a los que intervinieron en el juicio y condena del exdictador guatemalteco Efraín Ríos Montt.³⁸

³⁷ Sobre el concepto de encuadre como herramienta cualitativa en el análisis de medios, ver Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social...*, cit., *supra* nota 7, p. 106 y siguientes. En el ejemplo analizado, cabe resaltar que algunos medios señalaron que era “histórico” que quien fuera cobijado por la protección cautelar por parte de la Comisión Interamericana fuera un magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Ver <<http://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/cidh-concede-medidas-cautelares-a-magistrado-de-la-corte-suprema-de-justicia/20090518/nota/813578.aspx>>.

³⁸ El 28 de junio de 2013 la CIDH otorgó medidas de protección a favor de las juezas Yassmin Barrios Aguilar, Patricia Bustamante García y del juez Pablo Xítumul de Paz, debido a numerosos actos de hostigamiento y amenazas que han recibido por su participación en el juzgamiento de los ex generales Efraín Ríos Montt y Mauricio Rodríguez Sánchez. Ver CEJIL, “Comisión Interamericana de Derechos Humanos requiere al Estado de Guatemala que proteja a Jueces que juzgaron a Ríos Montt”, 2 de julio de 2013, disponible en <<http://cejil.org/comunicados/comision-interamericana-de-derechos-humanos-requiere-al-estado-de-guatemala-proteger-a-j>>. En el comunicado de cierre del 147 Período de Sesiones, el 5 de abril de 2013, la CIDH resaltó “la importancia de que el Estado de Guatemala ofrezca garantías de seguridad para que las y los operadores de justicia puedan continuar con sus labores en condiciones de independencia e imparcialidad a fin de que el Estado continúe avanzando en el esclarecimiento de la verdad y sanción a los responsables de las graves violaciones cometidas durante el conflicto armado”.

2. *Tensiones entre la Sala Criminal de la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. La intervención de la Corte Interamericana*

Las decisiones de la Comisión y de la Corte han documentado las terribles atrocidades cometidas durante el conflicto armado que padeció Guatemala hasta los acuerdos de paz firmados en 1996. En una primera época, el Estado mantuvo una actitud confrontativa con la Comisión Interamericana, en orden a impedir al máximo tanto las visitas *in loco* como los informes sobre casos y la situación general del país. En algunos gobiernos se ha tenido algún nivel de apertura ante los órganos interamericanos, reconociendo la responsabilidad del Estado en algunas graves violaciones y ofreciendo algunas medidas de reparación que actualmente se relacionan con un “Programa Nacional de Resarcimiento” por las atrocidades del pasado.

El Estado creó en los años noventa una “Comisión Presidencial coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos-COPREDEH”. Copredeb ha impulsado soluciones amistosas en muchos de los casos más sensibles ante los órganos interamericanos. Sin embargo, tal como lo analizaron en su momento Mersky y Roth-Arriaza,³⁹ las acciones de Copredeb “a menudo no concordaban con el de otros integrantes del gabinete”. Además, se trataba de una “comisión presidencial”, cuya “estructura resulta[ba] débil en relación con otras instituciones”, como el Ministerio de Relaciones Exteriores que, al momento en que estas autoras desarrollaron su análisis, estaba “muy dispuesto a defender al Estado a cualquier precio y a negar cualquier tipo de responsabilidad”. Mersky y Roth-Arriaza resaltaban que “quienes se oponían dentro [del gobierno Portillo (2000-2004)] a cualquier tipo de responsabilidad por las violaciones cometidas en el pasado, finalmente crearon un ‘gabinete de seguridad y derechos humanos’ bajo la dirección del vicepresidente, como un centro de poder alternativo a la Copredeb”. Según dichas autoras, esta “pugna interna explica[ba] algunas incoherencias en las posturas públicas del gobierno y, en cierta medida, evidencia[ba] la fragilidad incluso de algunos de los importantes avances logrados”.⁴⁰

³⁹ Mersky, Marcie y Naomi Roth-Arriaza, “Guatemala”, en Due Process of Law Foundation, *Victimas sin mordaza, el impacto del Sistema Interamericano en la justicia transicional en Latinoamérica: los casos de Argentina, Guatemala, El Salvador y Perú*, México, DPLF-Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2007, pp. 17-51.

⁴⁰ Un ejemplo expuesto por Mersky y Roth, *op. ult. cit.*, pp. 30-31, se relaciona con un video sobre la Masacre de Las Dos Erres, transmitido por televisión en el marco de una solución amistosa impulsada por las víctimas y por Copredeb. Luego de la transmisión del video,

A continuación analizo cómo la intervención interamericana adquirió en su momento un rol importante en las estrategias que tuvieron la Copredek y la Sala Criminal de la Corte Suprema, órganos que estaban tratando de impulsar la lucha contra la impunidad en este escenario de pugnas internas entre agencias estatales.⁴¹

Como antecedente para entender este ejemplo, cabe anotar que la Corte IDH ha señalado que Guatemala enfrenta un patrón estructural de impunidad que ha dificultado el cumplimiento del deber de investigar.⁴² Por ello, en la implementación de algunas de sus decisiones, la Corte ha realizado un análisis más detallado del marco institucional en el que se insertan sus órdenes, tratando de precisar con más claridad el tipo de acción estatal idónea para impulsar las investigaciones.

Así, por ejemplo, al evaluar el cumplimiento de una sentencia dictada cinco años atrás respecto a la desaparición forzada del niño Marco Antonio Molina Theissen, la Corte emitió órdenes dirigidas a una investigación con debida diligencia según los estándares de la jurisprudencia y avanzó en precisar el tipo de compromiso institucional necesario para el impulso de las investigaciones.⁴³ En particular, el Tribunal dictó órdenes directas a diversas instituciones de Guatemala, de tal forma que acompañaran la producción de información por parte del gobierno. En efecto, la Corte ordenó la designación de funcionarios de enlace en el Poder Judicial y en Inteligencia Militar, para que dichos funcionarios informaran detalladamente la forma cómo se enfrentan los obstáculos para superar los problemas en las investigaciones. Se ordenó al Estado que:

en el que las víctimas acusaban al Ejército como responsable de la masacre, presuntamente se solicitó la renuncia de los directivos de Copredek y el Congreso de Guatemala, “bajo el control de los partidarios” de uno de los acusados por dicha masacre, “repudió el video y pidió la disolución de la Copredek”.

⁴¹ En su momento, Mersky y Roth-Arriaza analizaban esta estrategia como una continuación de los esfuerzos anteriores de Copredek dirigidos a “utilizar el Sistema Interamericano de justicia para ejercer presión sobre el sistema jurídico”, razón por la cual, “a partir del gobierno de Portillo [se] logró que representantes del Ministerio Público y de la Corte Suprema participaran en reuniones con la CIDH celebradas en Washington, y los invit[ó] a presentar información directa sobre sus iniciativas cuando los comisionados visitaron Guatemala” (Mersky y Roth-Arriaza, *op. cit.*, *supra* nota 39, p. 43). La gestión actual de Copredek es diferente y constituye un aspecto que no se analizará en este artículo.

⁴² Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, resolución de supervisión de cumplimiento, 27 de enero de 2009.

⁴³ Corte IDH, *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*, resolución de supervisión de cumplimiento, 16 de noviembre de 2009.

- Designe un funcionario de la Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia (CNSAFJ), quien, junto con la Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos (COPREDEH), deberá presentar un informe que establezca: i) el presupuesto que tiene el Estado para impulsar los casos de violaciones de derechos humanos durante el conflicto armado; ii) si dicho presupuesto es suficiente para cubrir las necesidades investigativas, en especial las del presente caso, y iii) de ser insuficiente dicho presupuesto, las medidas necesarias para incrementarlo;
- Designe un funcionario de la CNSAFJ, quien establecerá un cronograma y una metodología de trabajo con las Altas Cortes dirigido a impulsar los casos de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos;
- Designe un funcionario de enlace en la inteligencia militar del Ejército, a quien el Ministerio Público y el juzgado que estén a cargo de las investigaciones internas del presente caso, así como la CNSAFJ, la COPREDEH y las víctimas de este caso o sus representantes, puedan dirigirse en búsqueda de información para descubrir a los responsables o hallar los restos del joven Molina Theissen. Este funcionario presentará, [...], conjuntamente con la COPREDEH, un informe sobre la metodología y el cronograma dirigido a impulsar la colaboración del estamento militar en el impulso de las investigaciones.

Una de las órdenes más relevantes emitidas por la Corte fue la de solicitar información sobre “el número de acciones disciplinarias, administrativas o penales emprendidas” contra funcionarios que se niegan a colaborar en el cumplimiento de dichas órdenes. Asimismo, la Corte precisó claramente que la labor de los órganos estatales mencionados “no se puede limitar al envío de oficios transcribiendo estas órdenes, sino que estos funcionarios, que deberán contar con todo el apoyo del Estado, deberán crear las condiciones para que la información remitida” sea “precisa, completa, confiable y aprovechable o útil, es decir, brinde parámetros cualitativos y cuantitativos para hacer seguimiento al cumplimiento de estas órdenes”. Como se observa, las decisiones de la Corte precisan un margen de acción para que Coprekeh pueda interlocutar con otras agencias de las cuáles depende la implementación de las órdenes del Tribunal. Autoras como Huneeus, cuyo trabajo es pionero en focalizar el análisis de cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana desagregándolo según el órgano estatal al que va dirigida

la orden emitida por la Corte, resaltan la importancia de estas estrategias basadas en la identificación con mayor detalle de los interlocutores locales, en orden a construir una mejor alianza entre la Corte Interamericana y los jueces y fiscales internos, dirigida al cumplimiento de los fallos internacionales.⁴⁴

Otro ejemplo relevante se relaciona con la implementación de las sentencias de fondo y reparaciones emitidas el 25 de noviembre de 2000 y el 22 de febrero de 2002 respecto a la desaparición forzada de Efraín Bámaca Velásquez. En dichos fallos se ordenó la investigación de lo ocurrido. Casi una década después de estas órdenes, las investigaciones no habían avanzado. En consecuencia, en 2009,⁴⁵ el Tribunal adoptó órdenes con mayor detalle sobre los ajustes institucionales pertinentes para impulsar la obligación de investigar. La Corte solicitó información sobre “el número y las características de los actos procesales que se estén impulsando para investigar los patrones sistemáticos y la responsabilidad de las cadenas de mando militar respectivas”. La Corte añadió que dichos actos debían partir de la precisión de códigos y unidades institucionales, así como de la respectiva línea de mando. Asimismo, el Tribunal ordenó y solicitó información detallada en torno al presupuesto asignado para impulsar la investigación, así como el programa de protección de jueces, operadores judiciales y testigos, precisando que corresponde al Estado identificar de oficio el riesgo que se cierne sobre cualquier interesado o partícipe en la investigación, así como manejar en forma diligente cualquier inquietud al respecto alegada por las partes en el proceso.

Este enfoque de la Corte tuvo impacto en el impulso del caso. En un primer momento, el 11 de diciembre de 2009, la Sala Criminal de la Corte Suprema de Justicia declaró que era necesario anular un sobreseimiento emitido en dicho caso e “iniciar un nuevo procesamiento” de los responsables. Sin embargo, como consecuencia de la orden de reabrir la investigación, un militar retirado presentó un recurso de amparo ante la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, alegando que al existir un sobreseimiento a su favor, el proceso no se podía reabrir y no podía ser sometido a una nueva persecución penal. La Corte de Constitucionalidad aceptó dicho recurso señalando que la Corte Interamericana no había declarado la fraudulencia de lo actuado en el proceso y que se podían vulnerar derechos del acusado. Se ordenó entonces la revisión de la decisión de reabrir la investigación. Si

⁴⁴ Huneeus, *op. cit.*, *supra* nota 29.

⁴⁵ Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Resolución de supervisión de cumplimiento, 27 de enero de 2009.

los magistrados no lo hacían, podían ser sancionados, razón por la cual anulaban la decisión de reapertura de investigación.

Copredeh (la mencionada Comisión Presidencial para el tema de derechos humanos) solicitó a la Corte IDH un pronunciamiento específico sobre esta controversia entre la Sala Criminal y la Corte de Constitucionalidad. De hecho, la Sala Criminal también solicitó la intervención de la Corte, aunque posteriormente anuló el acto en el que solicitó dicha intervención. Al resolver lo pertinente, la Corte Interamericana recordó que ya había señalado, diez años atrás, que el fiscal del caso “recibió presiones, atentados y amenazas” y que, respecto de los recursos internos, se ejercieron “acciones directas de agentes del Estado de alto nivel tendientes a impedir que tuvieran resultados positivos”. Además, la Corte Interamericana dio dos pasos importantes para fortalecer la legitimidad de sus órdenes en este caso.

En primer lugar, la Corte consideró que no sólo su jurisprudencia constante, sino también diversas prácticas en la región, relacionadas con la implementación judicial de sus órdenes, permiten inferir que no son necesarias las órdenes específicas y desagregadas para que las autoridades internas implementen efectivamente las investigaciones judiciales y adopten las medidas necesarias para superar los obstáculos que generan impunidad. Para ello, la Corte resaltó prácticas del derecho internacional en el derecho interno en Perú (relacionadas con los alcances de la anulación de las leyes de amnistía), Bolivia y Colombia, sobre la improcedencia de oponer la garantía de prescripción para impedir investigaciones ordenadas por la Corte Interamericana respecto a graves violaciones de derechos humanos.

En segundo lugar, el Tribunal hizo un juicio de ponderación respecto a las garantías penales que se invocan para impedir la vigencia plena de la orden de investigar emitida por la Corte, frente a los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos como en el caso *Bámaca*. El Tribunal consideró que la impunidad en la que pueden quedar estas conductas por la falta de investigación genera una afectación bastante alta a los derechos de las víctimas. La intensidad de esta afectación no sólo autoriza sino que exige una excepcional limitación a la garantía de *ne bis in idem*, a fin de permitir la reapertura de esas investigaciones cuando la decisión que se alega como cosa juzgada surge como consecuencia del incumplimiento visible de los deberes de investigar y sancionar seriamente esas graves violaciones. En estos eventos, la preponderancia de los derechos de las víctimas sobre la seguridad jurídica y el *ne bis in idem* es aún más evidente, dado que las víctimas no sólo fueron lesionadas por un comportamiento atroz, sino que, además, deben soportar la indiferencia del Estado, que incumple manifiestamente con su obligación de esclarecer esos actos, sancionar a los respon-

sables y reparar a los afectados.⁴⁶ Por ello, al analizar los recursos judiciales que puedan interponer los imputados por graves violaciones de derechos humanos, el Tribunal resaltó que las autoridades judiciales están obligadas a determinar si la desviación en el uso de una garantía penal puede generar una restricción desproporcionada de los derechos de las víctimas, donde una clara violación del derecho de acceso a la justicia desdibuja la garantía procesal penal de cosa juzgada.

En este punto la Corte también utilizó como fundamento las decisiones de Altas Cortes de la región en las que se había aceptado restringir algunas garantías penales de los procesados cuando claramente constituían un obstáculo desproporcionado para la debida diligencia en la lucha contra la impunidad. La Corte hizo alusión a casos de las Altas Cortes de Perú y Colombia. Se consideró, entonces que, tanto de la jurisprudencia de la Corte como de algunas decisiones en el derecho comparado es posible concluir que, en las eventuales tensiones entre el derecho de acceso a la justicia de las víctimas y las garantías judiciales del imputado, existe una prevalencia *prima facie* de los derechos de las víctimas en casos de graves violaciones de derechos humanos y más aún cuando existe un contexto de impunidad.

A partir de todo lo anterior, la Corte concluyó que no fueron aportados los elementos que demostraran que las decisiones adoptadas por la Corte de Constitucionalidad y la Corte Suprema de Justicia —respecto al cierre del caso— hubieran sido realizadas de conformidad con lo establecido por las sentencias y resoluciones de la Corte en el caso *Bámaca*. Se señaló que en este tipo de casos, la prevalencia de un sobreseimiento por encima de los derechos de las víctimas genera que el proceso continúe con manifiestas violaciones del acceso a la justicia, proyectando la impunidad en el tiempo y haciendo ilusorio lo ordenado por la Corte.⁴⁷

El respaldo de la Corte Interamericana a la Sala Criminal de la Corte Suprema es un importante precedente para el impulso de los procesos penales relacionados con las atrocidades del pasado. Sin perjuicio de ello, durante el actual gobierno han surgido diversos debates sobre la implementación de los fallos interamericanos. En particular, la Cancillería ha hecho manifestaciones en las que se rechaza enérgicamente la jurisdicción de la Corte, así como las órdenes emitidas en materia de reparaciones.⁴⁸

⁴⁶ En este punto la Corte Interamericana siguió a la Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-004 de 20 de enero de 2003.

⁴⁷ Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, resolución de 18 de noviembre de 2010, supervisión de cumplimiento de sentencia.

⁴⁸ En enero de 2013, la Cancillería publicó un Acuerdo Gubernativo en el que no admite las indemnizaciones ordenadas por la Corte ni su jurisdicción antes de 1987. Ver Andres,

A pesar de la complejidad del contexto político-institucional, lo que me interesa resaltar es que una visión cuantitativa/instrumental sobre el porcentaje en que se ha cumplido lo ordenado por la Corte generaría una conclusión limitada, exclusivamente focalizada en la inexistencia de sanciones respecto a los graves hechos ocurridos. Por el contrario, desde una perspectiva cualitativa y constructivista, el surgimiento de mesas de trabajo y otros diseños institucionales locales para impulsar el cumplimiento de los fallos de la Corte constituye un punto de partida muy relevante en el fortalecimiento estatal destinado a la defensa de la Convención Americana. En este sentido, el caso *Bámaca* es un ejemplo de cómo la Corte Interamericana profundiza en un análisis del conflicto entre instituciones que impulsan el cumplimiento de sus órdenes y órganos que ofrecen obstáculos para ello. De otra parte, para enfrentar este tipo de obstáculos y apoyar políticas institucionales que impulsan la implementación de las reparaciones ordenadas, la Corte fortalece su papel como tribunal interamericano a través de un mayor diálogo con las experiencias notables de implementación del derecho internacional en el ámbito local en la región, lo cual ofrece mayor legitimidad a la intervención internacional.

3. *Tensiones entre los poderes legislativo, judicial y ejecutivo en relación con la implementación del Caso Gelman*

Otro ejemplo de tensiones entre diversos poderes públicos y donde las decisiones interamericanas generan una redefinición de la correlación de fuerzas respectiva y una redefinición de las discusiones colectivas en el ámbito público lo constituye la implementación del caso *Gelman vs. Uruguay*, relacionado con desapariciones forzadas y sustracción de menores.⁴⁹ En su sentencia, la Corte tuvo que referirse a los alcances de la “Operación Cóndor”, con especial énfasis en las operaciones clandestinas, que incluyeron en muchos casos la sustracción, supresión o sustitución de identidad y apropiación ilícita de niños y niñas, para lo cual las mujeres embarazadas eran detenidas en el marco de las referidas operaciones y mantenidas vivas. En numerosos casos, como en el de una de las víctimas, los niños y niñas recién nacidos o nacidos en cautiverio eran entregados a familias de militares o policías o de terceros, luego de que sus padres fueran desaparecidos o eje-

Asier, “Estado busca frenar pagos a víctimas por sentencias de la CIDH”, 3 de enero de 2013, disponible en <<http://www.elperiodico.com.gt/es/20130103/pais/222830/>>.

⁴⁹ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y reparaciones.

cutados. Para los efectos de este artículo, solo resalto el complejo debate sobre la compatibilidad con la Convención Americana de una “Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado”, aprobada en 1986, y que concedía una amnistía que impedía las investigaciones.

Dicha Ley de Caducidad contó, en dos oportunidades, con el respaldo de la mayoría de la ciudadanía por medio de mecanismos de democracia directa (un referéndum de 1989 y una propuesta de anular la ley, sometida a plebiscito en el año de 2009). Al respecto, la Corte Interamericana reiteró su jurisprudencia respecto a que son inadmisibles las disposiciones de amnistía que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos. En relación con el apoyo a dicha ley a través de un referendo y un plebiscito, el Tribunal agregó que el hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático, y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones, no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La Corte Interamericana indicó, además, que 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, por lo que la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de las 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 similar sentido, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay había declarado inconstitucional dicha ley cinco días antes de la realización de un plebiscito en el que la población tenía que decidir sobre la derogación de la ley. Si bien una mayoría de los votantes optó por la derogación de la ley, no se logró una votación superior al 50 por ciento, lo cual era necesario para la reforma constitucional correspondiente. Esta situación generó un choque entre lo decidido en dicho referendo y lo señalado por la Suprema Corte.

La decisión de la Corte Interamericana citó y concordó con la Corte Suprema. A partir de la decisión interamericana surgieron diversos debates en el órgano legislativo, entre aquellos congresistas que defendían el estricto cumplimiento de las obligaciones internacionales en derechos humanos y aquellos que consideraban que no se podía desconocer los resultados de los plebiscitos realizados en 1989 y 2009. Esta controversia es de particular relevancia, teniendo en cuenta el lugar que tiene la figura del plebiscito en la democracia uruguaya. Fue precisamente a través de un plebiscito, en 1980, que la población rechazó la Constitución propuesta por los militares en el

poder e inició el camino hacia la transición.⁵⁰ Sin embargo, en el referendo realizado en 1989, donde una mayoría apoyó la Ley de Caducidad, se ha alegado un importante nivel de presión por parte de las fuerzas militares que habían abandonado el poder, pero que seguían teniendo un poder intimidatorio.⁵¹

Asimismo, entre las múltiples interpretaciones respecto al plebiscito celebrado en 2009 se encuentran voces críticas respecto a que éste involucre una clara manifestación de “soberanía popular” a favor de la Ley de Caducidad, dado que la votación mayoritaria se concentró en la derogación de la misma.⁵² Sin perjuicio de ello, Roberto Gargarella⁵³ critica que los

⁵⁰ Errandonea, Jorge, “Justicia transicional en Uruguay”, *Revista IIDH*, San José, C.R., núm. 47, 2008.

⁵¹ Barahona de Brito, A. “Truth, Justice, Memory, and Democratization in the Southern Cone”, en Barahona de Brito, Alexandra, Carmen González Enríquez y Paloma Aguilar (eds.), *The Politics of Memory. Transitional Justice in Democratizing Societies*, New York, Oxford University Press, 2001. Sobre la intimidación militar al momento de la aprobación de la Ley de Caducidad, en 1986, ver lo manifestado por el dirigente del Frente Amplio, Luis Puig, en los debates de la aprobación de la ley que en 2011 declaró la imprescriptibilidad de los crímenes. *Cfr.* López San Miguel, Mercedes, “El Frente Amplio lucha contra la impunidad”. *Página 12*, 27 de octubre de 2011, disponible en <<http://www.pagina12.com.ar/diario/elmundo/4-179888-2011-10-27.html>> (último acceso 10 de noviembre de 2011). Asimismo, ver la entrevista con Oscar López Goldaracena en 2007, cuando iniciaba la recolección de firmas dirigidas a impulsar la nulidad de la ley mediante plebiscito. *Cfr.* Amorín, C., “Con Oscar López Goldaracena. Iniciativa por la Nulidad de la Ley de Caducidad. Arrancar la cultura de la impunidad de la identidad nacional”, *Rel UITA*, 3 de septiembre de 2007, disponible en <http://www.rel-uita.org/internacional/ddhh/con_oscar_lopez.htm> (último acceso 29 de abril de 2012).

⁵² Sin negar la enorme cantidad de posturas al respecto, resalto la posición de la congresista Constanza Moreira, adscrita al Frente Amplio, quien ha defendido la reciente ley sobre imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad al responder a las críticas según las cuales el Poder Legislativo estaría desconociendo lo decidido por la ciudadanía. Moreira señaló que “hay tantas mentiras repetidas con apariencia de verdad. La primera, la más repetida, es la de que ‘violentamos’ la voluntad popular al impulsar esta ley en el Parlamento. Y que desconocemos dos plebiscitos. Error: uno fue un plebiscito y el otro una derogación. En la derogación, la voluntad popular se expresó: 58% de los uruguayos prefirieron mantener la ley. El otro, fue un plebiscito para anularla, veinte años después: 48% dijo que quería anularla. No alcanzó. Nos faltó un 2% para llegar a lo que la Constitución quiere. Pero esa es la voluntad popular: la que no alcanzó. No la otra, la del 52% que se mantuvo en silencio y del que no sabemos si quería mantener la ley, si se abstuvo, o si prefirió simplemente no votar. Eso no lo sabemos, no lo sabremos nunca. Y el silencio no es nunca expresión de voluntad soberana. Porque la voluntad soberana, desde la revolución francesa hasta nuestros días, es activa”.

⁵³ Gargarella, Roberto, *Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman*, 2013, disponible en <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf>.

reiterados pronunciamientos mayoritarios no tuvieron importancia para la Corte Interamericana a la hora de evaluar la validez de la norma. También critica la pretensión de independizar la discusión del sentido, significado y alcance de los derechos, de los procesos de toma de decisiones basados en el uso de la regla mayoritaria. Gargarella agrega que la idea de que existen aspectos que no pueden ser decididos por parte de las mayorías en instancias democráticas se enfrenta a la dificultad de lo que Jeremy Waldron define como *el hecho del desacuerdo*: entre los miembros de una sociedad existen profundos desacuerdos en relación a cuáles son los derechos irrenunciables, incondicionales e inviolables. En este contexto, es inevitable utilizar el recurso de la regla mayoritaria para zanjar ese desacuerdo. Pero si la Corte IDH se niega a avanzar en tal sentido, es porque en su razonamiento podría encontrarse presente la idea de que las decisiones de las mayorías son irrazonables y, por consiguiente, las cuestiones de derechos deben ser de competencia exclusiva del Poder Judicial.⁵⁴

Volviendo a lo ocurrido con posterioridad a la emisión del fallo, a la postre fue aprobada una ley que restableció la pretensión punitiva del Estado y declaró como crímenes de lesa humanidad los delitos ocurridos durante la dictadura, lo cual garantizaba su imprescriptibilidad. En la exposición de motivos de esta ley, presentada por los congresistas que hacían parte del partido político “Frente Amplio”, se invocaron como razones centrales los tratados de derechos humanos y la sentencia emitida por la Corte Interamericana.⁵⁵ Por otra parte, en el acto de reconocimiento de responsabilidad internacional celebrado como consecuencia de lo dispuesto en la sentencia

⁵⁴ Finalmente, el autor critica el que, para la Corte, la única manera en que un Estado puede responder a la comisión de graves violaciones a derechos humanos sea a través del castigo, lo cual no derivaría necesariamente de la letra de la Convención. Agregó que, asumiendo que dentro de una comunidad, ninguna autoridad resulta superior a la voluntad deliberada de sus propios miembros, ésta debiera tener la capacidad para decidir sobre los principios con los que va a organizar sus instituciones fundamentales, en particular, decidir de qué forma quiere premiar o reprochar determinadas conductas.

⁵⁵ La exposición de motivos del proyecto presentado por el Frente Amplio señaló que “tiene como propósito adaptar la legislación nacional a estándares internacionales de protección de los derechos humanos, en particular a los contenidos en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Gelman vs. Uruguay*; ratificar por vía legal el compromiso del Estado uruguayo con la idea más avanzada de que ciertos crímenes afectan la dignidad humana de tal magnitud e integran la categoría contra la humanidad, y clarificar en forma inequívoca que los términos procesales para ese tipo de conductas no podrán ser computados mientras la pretensión punitiva no estuviese vigente”. El 27 de octubre de 2011 fue promulgada la Ley 18.831 titulada “Pretensión Punitiva del Estado: Restablecimiento para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1° de marzo de 1985”.

interamericana, el presidente del Uruguay, José Mujica, señaló que esta obligación de cumplir con las decisiones de la Corte era un acto libre y soberano y reivindicó el principio de buena fe en el cumplimiento de la Convención Americana, tanto frente a otros estados como frente a los ciudadanos de su país. El presidente Mujica señaló que se trata de dar pasos dirigidos a la reparación del daño en este tipo de graves violaciones.⁵⁶

Como se observa, la decisión de la Corte tuvo un efecto desbloqueador de la discusión en el Senado y un importante efecto deliberativo, teniendo en cuenta que, desde un análisis del discurso, adquieren especial relevancia los argumentos que resaltan las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos y la responsabilidad del Congreso y del Ejecutivo respecto a la salvaguarda de los derechos de las víctimas.

Este peso del discurso sobre las “obligaciones internacionales” es de especial relevancia en este caso, si se tiene en cuenta que el referendo de 2009 fue realizado a pesar de que la Comisión Interamericana y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas habían emitido, en 1992, 1993 y 2008, decisiones en las que se establecía la incompatibilidad de la Ley de Caducidad con diversos tratados de derechos humanos.⁵⁷ Surge la duda de si existió suficiente discusión pública sobre lo que implica este desconocimiento del principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales. Si bien es cierto que los impulsores del referendo invocaban el derecho internacional como uno de los fundamentos para revertir la ley mediante referendo, cabe preguntarse hasta qué punto se puede afectar la imparcialidad en la deliberación colectiva sobre estos temas, si se somete a discusión ciudadana una alternativa de acción que ya había sido señalada como inviable desde el derecho internacional aplicable.⁵⁸

Es innegable la inserción de la decisión en el caso *Gelman* y la mayoría de las decisiones interamericanas en profundas tensiones entre actores locales.

⁵⁶ Para consultar el acto de reconocimiento de responsabilidad, ver <<http://www.youtube.com/watch?v=s9osFrV2cVk&feature=related>>.

⁵⁷ Ver CIDH, Informe núm. 29/92, Casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375, Uruguay, 2 de octubre de 1992; CIDH, Informe de Fondo No. 32 -Caso *Gelman*- del 18 de julio de 2008, y Comité de Derechos Humanos, *Caso Hugo Rodríguez vs. Uruguay*, Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales sobre Uruguay en 1993 y 1998.

⁵⁸ Por su parte, autores como Filippini resaltan que “los juicios penales ... podrían materializar, en parte, y de un modo difícil de sustituir a través de otras intervenciones, las exigencias de justicia negadas por leyes que, incluso aprobadas en democracia, fueron de pobre factura republicana, en tanto desconocieron los derechos, intereses y deseos relevantes de un enorme colectivo y, especialmente, los del grupo perseguido”. Cfr. Filippini, Leonardo, “Reconocimiento y justicia penal en el caso *Gelman*”, en *Anuario de Derechos Humanos 2012*, Santiago de Chile, 2012, p. 192.

Sin perjuicio de la necesidad de un mayor soporte empírico sobre cómo operó la discusión pública en Uruguay sobre este tema, lo cierto es que, en el marco de esa compleja coyuntura, la decisión de la Corte IDH hace visible la existencia de principios y valores constitucionales internos que pudieron haber sido invisibilizados o ignorados, y somete a discusión elementos que parecen no haber sido tenidos en cuenta, en forma suficiente, en la deliberación pública —por ejemplo, hasta qué punto han sido silenciados judicialmente o en el debate público los reclamos de acceso a la justicia de las víctimas—. Además, al adoptarse la nueva ley sobre imprescriptibilidad, el Congreso impulsa una deliberación teniendo en cuenta, entre otros elementos, los principios desarrollados por la Corte. La Corte IDH termina, entonces, coadyuvando a la defensa de valores constitucionales efectuada por la Suprema Corte interna e impulsando una importante deliberación a nivel doméstico con enfoque de derechos. La decisión de la Suprema Corte, adoptada cinco días antes del referendo, había ofrecido una importante señal de la voluntad del Poder Judicial de influir en el debate público que en ese momento se hacía sobre la amnistía. La Corte Interamericana entra a coadyuvar a esta actuación institucional en defensa de la Convención Americana.

En este sentido, la decisión interamericana no anula la democracia sino que visibiliza que el argumento basado en el derecho internacional es también democrático, en tanto ha sido una decisión soberana asumida por el Estado, a partir de la participación política de diversos actores que deciden comprometerse con una debida diligencia en la investigación de graves violaciones de derechos humanos.⁵⁹ ¿Es este un argumento poco importante en el contexto de la discusión previa y posterior al plebiscito? Será necesaria mayor verificación empírica de cómo operó la discusión local sobre el tema; sin embargo, es difícil evidenciar como persuasivo un acuerdo ciudadano en donde el compromiso con las obligaciones internacionales pareciera tener un lugar residual. De otra parte, tampoco es un asunto menor señalar que los crímenes de sistema, como aquellos ocurridos en la dictadura, estaban relacionados con un notable soporte institucional, es decir, muchas personas

⁵⁹ En similar sentido, Basch ha señalado que a través de la incorporación al derecho interno de los tratados de derechos humanos, el Estado “no está creando nuevas reglas con inspiración en las de otros lugares; se está incorporando a una comunidad internacional de defensa de ciertos principios. Esto significa ser parte de una práctica común, que difiere de recorrer un camino propio con fuentes de inspiración ajenas”. Basch, Fernando, “La autoridad interpretativa de la Corte Interamericana: en transición hacia una comunidad regional de principios”, en Gargarella, Roberto (coord.), *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 359.

que también pudieron haber participado en esta votación podrían haber tenido algún nivel de relación o, en cuando menos, apoyo tácito respecto a las violaciones. ¿En qué afecta ello la imparcialidad de la deliberación y la posibilidad de persuadir sobre la conveniencia de no investigar y no castigar? En suma, el escenario de discusión colectiva con posterioridad a la sentencia ha involucrado el peso democrático del derecho internacional, esto es, impulsando niveles más profundos de debate sobre la forma como la sociedad y el Estado uruguayos deben dialogar con el pasado de graves violaciones. La discusión pública posterior a la sentencia sigue teniendo un rol fundamental para hacer visibles los puntos de vista tan disímiles que pueden surgir en estos temas y el derecho interamericano ha indicado aquellos aspectos no negociables, no como una imposición desde afuera, sino desde la conciencia de los compromisos asumidos autónoma y soberanamente por el Estado.⁶⁰

Cabe resaltar que en el marco de la implementación de la sentencia, luego de la emisión de la ley sobre pretensión punitiva del Estado (octubre de 2011), una decisión de la Suprema Corte de Justicia, del 22 de febrero de 2013, declaró que los delitos referidos a hechos constitutivos de graves violaciones de derechos humanos cometidos durante la dictadura podían prescribir y que no eran aplicables calificaciones legales como la desaparición forzada o los crímenes de lesa humanidad, por considerar que fueron tipificados con posterioridad a esos hechos y, por ende, tal calificación implicaría su aplicación en forma retroactiva, atentando contra el principio de legalidad. Ello generó que la Corte IDH expidiera una resolución en la cual declaró que esta sentencia de la Suprema Corte constituía un obstáculo para el pleno cumplimiento del caso *Gelman* y que era necesario que las autoridades internas reconocieran, en lo pertinente, la aplicabilidad de la imprescriptibilidad de ciertos crímenes de derecho internacional.⁶¹

Para efectos del presente artículo no procede detenerse en el debate técnico jurídico respecto a las diferencias de criterio entre la Suprema Corte y la Corte IDH. Lo que interesa resaltar es que el Estado alegó ante la Corte que estaba en manos de los jueces internos aplicar la ley interna adoptada para cumplir con el caso *Gelman*, aún cuando ello pudiera implicar apartarse de lo establecido por la Suprema Corte. Lo que hace la Corte IDH es ofrecer herramientas argumentativas vinculantes para impulsar estas inicia-

⁶⁰ Rincón Covelli, Tatiana, “El derecho internacional de los derechos humanos: ¿límite o elemento constitutivo de la democracia? —A propósito de la transición uruguaya a la democracia”, *Estudios Sociojurídicos*, Bogotá, vol. 14, núm. 2, 2012.

⁶¹ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, resolución de 20 de marzo de 2013, Supervisión de cumplimiento de sentencia.

tivas del Ejecutivo y que pueden ser acompañadas sea por jueces de menor rango o por una modificación en el criterio de la Suprema Corte. En otras palabras, la interesante paradoja que vale la pena visibilizar a efectos del presente artículo es que, en un primer momento, cuando se emite el fallo *Gelman*, la interacción más estratégica es posible encontrarla en la convergencia entre la decisión que había tomado la Suprema Corte en contra del plebiscito y la sentencia de la Corte IDH. Pero durante la implementación, la interacción más estratégica viene a surgir entre el Poder Ejecutivo, el Legislativo y la Corte IDH, en orden a restar efectos jurídicos a la decisión posterior de la Suprema Corte que obstaculizaba la ejecución del fallo.⁶²

Teniendo en cuenta todo lo anterior, si los efectos del caso *Gelman* se analizaran sólo desde una visión instrumental, habría que decir que mucho de lo ordenado respecto a la superación de la impunidad no está cumplido. Sin embargo, desde una perspectiva constructivista, es posible ver que tanto en el Poder Ejecutivo como en el Poder Legislativo, la sentencia se incorporó en esfuerzos institucionales muy relevantes en escenarios políticos bastante complejos y con rechazos institucionales de importancia. El impacto del caso puede analizarse de diversas formas según la rama del poder público que haya estado involucrada en su implementación.⁶³

4. *Tensiones entre los ámbitos federal y local. Otros escenarios de conflicto e interacción entre poderes públicos*

En otros países, el uso del Sistema Interamericano por las agencias estatales comienza a tener algunos rasgos de activismo estratégico. Un escenario relevante es la interacción del Sistema Interamericano con los gobiernos federales para lograr la implementación de políticas en los estados locales o provincias. Al respecto, Abramovich resalta los casos de crisis carcelaria en Brasil y Argentina, donde el SIDH generó diversas formas de intervención

⁶² Para un análisis más detallado sobre la implementación del fallo, ver Errandonea, Jorge, “Garantías procesales y obligación de investigar, y en su caso juzgar y sancionar a los responsables de crímenes internacionales: el caso de Uruguay”, *Aportes DPLF*, año 6, núm. 18, agosto de 2013, y Michelini, Felipe, “Reflections on Uruguayan Law No. 18831 a Year After Its Enactment”, *Human Rights Brief*, vol. 20, issue 3, 2013.

⁶³ Sobre estos choques entre poderes públicos ver la teoría que desarrollan Helmke, Gretchen y Jeffrey K. Staton, “El rompecabezas de la política judicial en América Latina: una teoría sobre el litigio, las decisiones judiciales y los conflictos entre poderes”, en Helmke, Gretchen y Julio Ríos Figueroa (coords.), *Tribunales constitucionales en América Latina*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, pp. 517-562. Estos autores diseñan su propuesta en torno a estos referentes: a) jugadores y acciones, b) preferencias y estructuras de información, y c) equilibrio de los poderes en pugna.

de las autoridades federales en sistemas penitenciarios locales.⁶⁴ Otro caso al respecto lo constituye una solución amistosa celebrada por el gobierno federal de México para implementar la adopción por los estados locales de un protocolo sobre abortos no punibles.⁶⁵ Abramovich resalta la tensión persistente entre el ámbito federal, el cual responde ante el Sistema Interamericano, y el ámbito local, que tiende a desentenderse de la rendición de cuentas en el ámbito internacional.

Las decisiones del Sistema Interamericano pueden también insertarse en las disputas entre diversos sectores de un mismo gobierno. Así, por ejemplo, en el caso de Brasil ha sido documentada las tensiones dentro del gobierno entre los sectores favorables o contrarios a impulsar investigaciones sobre graves violaciones de derechos humanos durante el periodo dictatorial.⁶⁶ En Colombia ha sido objeto de debate público la tensión entre el

⁶⁴ Corte IDH, *Asunto de las Penitenciarías de Mendoza*, respecto de Argentina, resolución de 1 de julio de 2011; *Asunto de las personas privadas de libertad de la penitenciaría “Dr. Sebastião Martins Silveira” en Araraquara, São Paulo*, respecto de Brasil, resolución de 25 de noviembre de 2008. En el Sistema Europeo, ver la sentencia emitida en el caso *Assanidzé*, en la que la Gran Sala señaló que “Detenido arbitrariamente en violación de los principios fundadores del Estado de derecho, el demandante está en una situación de impotencia y de frustración. Se encuentra confrontado, por una parte, a la negativa de las autoridades abjasias de respetar la Sentencia de absolución dictada hace ya tres años y, por otra, al fracaso de los intentos del estado central para que las autoridades locales respeten tal decisión”. Por esta razón, la Corte Europea dispuso como reparación la liberación inmediata de la víctima. Ver Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Assanidzé c. Georgia [GC]*, sentencia de 8 de abril de 2004, analizado por Morte Gómez, Carmen, “La eficacia de las sentencias del TEDH”, en *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, Bilbao, Universidad del País Vasco, vol. 11, 201, pp. 225-242.

⁶⁵ CIDH, Informe No. 21/07, Petición 161-02, Solución Amistosa, Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, México, 9 de marzo de 2007.

⁶⁶ Vannuchi, Paulo y Cristina Timponi, “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Reformar para fortalecer”, *Foreign Affairs Latinoamérica*, vol. 13, núm. 3, julio-septiembre, 2013. Estos autores señalaron que “entre 2007 y 2010, al interior del gobierno *Lula*, se había fortalecido bastante el ala decidida a superar todas las barreras opuestas a la investigación del periodo dictatorial. [...] dicha fracción buscó ampararse enfáticamente en la autoridad del SIDH para convencer a los segmentos adversarios [...]. Esa ala mantuvo duras controversias con el Ministerio de Defensa, con la Defensoría General e incluso con el Ministerio de Relaciones Exteriores. [...] En 2011, el anuncio repentino de la resolución de la CIDH de que se paralizaran inmediatamente las obras de la hidroeléctrica del río Xingu representó un verdadero tiro en el pecho para esa ala interna comprometida con la agenda de los derechos humanos. Los sectores adversarios corrieron a la prensa argumentando que ese tipo de decisiones irresponsables no podían ser acatadas en ningún caso, porque agredían la soberanía nacional. [...] Se abrió así una gigantesca brecha para que el segmento conservador, debilitado por el anuncio 4 meses antes de la sentencia condenatoria de la Corte Interamericana [...] respecto de la Guerrilla de Araguaia [...] se aprovechara del error de la CIDH para atacar vivamente el acierto de ésta y de la Corte en el episodio referente a la dictadura”.

Ministerio de Defensa y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado respecto a la postura que debe asumir el Estado en el caso de los desaparecidos en el Palacio de Justicia.⁶⁷

En países, como México, donde las primeras condenas de la Corte Interamericana contra el Estado son relativamente recientes, las decisiones interamericanas han sido utilizadas por algunos congresistas para impulsar la rendición de cuentas y las políticas con enfoque de derechos. Así, por ejemplo, la presidenta de la Comisión Especial sobre Femicidios de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión ha relacionado algunas de sus propuestas para la tipificación y debida investigación del delito de femicidio con la implementación de la sentencia emitida por la Corte Interamericana respecto al patrón de asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez.⁶⁸ Cabe resaltar que el problema de los femicidios viene ocupando un lugar

⁶⁷ Ver las diversas columnas que sobre este tema ha publicado Juanita León en el portal “La Silla Vacía”: “El Gobierno critica ahora la defensa del Palacio de Justicia que antes avaló”, en <<http://lasillavacia.com/historia/el-gobierno-critica-ahora-la-defensa-del-palacio-de-justicia-que-antes-avaló-45326>>; y “Defensa del Palacio de Justicia: ¿qué verdad pueden esperar las víctimas del gobierno de Santos?”, en <<http://lasillavacia.com/historia/defensa-del-palacio-de-justicia-que-verdad-pueden-esperar-las-victimas-del-gobierno-de-sant>>.

⁶⁸ Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, sentencia de 16 de noviembre de 2009, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. La legisladora Teresa Inchaústegui ha hecho propuestas para que no prescriba el delito de violación de derechos humanos por omisión de funcionarios y para que se tipifique como delito el femicidio. Según dicha legisladora, esta propuesta podría sacar de la “invisibilidad” esos hechos para que existan penalmente y se les pueda nombrar en términos de registro y de formas especiales para su tratamiento. La legisladora también propuso crear un banco de datos de registros genéticos para que cuando se halle algún cuerpo de una niña o mujer muerta, esa información se pueda cotejar con las muestras genéticas de sus familiares y hacer más rápida la búsqueda y la identificación de presuntas víctimas de femicidio. Además, se propone el desarrollo de protocolos y manuales para conducir investigaciones forenses con perspectiva de género que consideren las circunstancias y características con las que se presentan los hechos violentos contra las mujeres, que haya capacidad para registrar, tomar las muestras, preservarlas, cuidar el lugar y tener las evidencias obtenidas. Estas últimas iniciativas tienen mucha relación con las reparaciones dispuestas por la sentencia de la Corte Interamericana. Ver nota “Pugna PRD por tipificar como delito femicidio”, 29 de enero de 2011, consultable en <http://m.terra.com.mx/noticia?n=1034045&a=noticias&s=2&c=seguridad&e=especiales_noticias_mx>. Asimismo, en diciembre de 2010, diputadas de la Comisión Especial de Femicidios exigieron a los titulares del Ejecutivo Federal, del gobierno de Chihuahua y de Ciudad Juárez, un compromiso sin prórroga, así como “acciones verificables y contundentes”, para el cumplimiento de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) por el caso “Campo Algodonero”. Las congresistas se comprometieron a promover que los gobiernos de las 32 entidades de la República adopten los resolutivos de la condena de la CoIDH. Ver nota “La voluntad política no es suficiente para cumplir sentencia de CoIDH”, 16 de diciembre de 2010, consultable en <<http://cimacnoticias.com.mx/node/59669>>.

importante en la agenda pública desde que, a finales de los noventa, diversos órganos internacionales comenzaron a documentar la magnitud de la violencia contra la mujer en Ciudad Juárez. Hoy en día esta problemática se extiende a otros estados, razón por la cual esta congresista utiliza la decisión de la Corte para impulsar acciones tanto a nivel local como federal. Sin perjuicio de la necesidad de mayor indagación empírica sobre los alcances de estas iniciativas, las decisiones interamericanas pueden tener un rol relevante para la redefinición de estrategias que emprenden congresistas y otros actores que desarrollan trabajo en el foro legislativo.⁶⁹

Otro ejemplo se relaciona con los defensores públicos, quienes han hecho uso del Sistema Interamericano en relación con casos de pena de muerte o prisión perpetua.⁷⁰ En estos casos, corresponde diagnosticar en qué contexto socio-político se desenvuelven los defensores públicos. ¿Qué resistencias específicas encuentran estos defensores en otros poderes públicos? Frente a estos casos, el litigio ha servido para prevenir más vulneraciones de los derechos humanos e inhibir cierto tipo de reformas poco sensibles a los beneficiarios de los servicios de seguridad y salud.

Finalmente, otro ejemplo para investigar a futuro lo constituyen las audiencias públicas ante la Comisión Interamericana relacionadas con la forma como la Procuraduría General de la Nación de Colombia habría obstaculizado el acatamiento y la implementación de decisiones de la Corte Constitucional en relación con la interrupción voluntaria del embarazo.⁷¹

⁶⁹ Y en otros escenarios de las relaciones inter-estatales, como se observa en el impacto de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana respecto a la violación sexual, por parte de militares, de Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú. La subsecretaría de Estado adjunta para el Hemisferio Occidental de Estados Unidos, Roberta Jacobson, indicó en 2010 que la liberación de 26 millones de dólares para el Plan Mérida, los cuales habían sido retenidos, “estará supeditada —entre otros factores— a la respuesta del gobierno mexicano a los fallos emitidos en los casos de las indígenas Me’phaa (tlapanecas) Valentina Rosendo Cantú e Inés Fernández Ortega”. Dicha subsecretaría explicaba que, en aquel entonces, se había fijado un plazo de hasta dos años para que el gobierno de Estados Unidos decidiera si entregaba o no dichos fondos como parte de la Iniciativa Mérida. Ver Otero, Silvia, “EU vincula fondos a fallos de la CIDH”, *El Universal*, 7 de octubre de 2010, disponible en <<http://www.eluniversal.com.mx/nacion/181001.html>>.

⁷⁰ Corte IDH, *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, sentencia de 20 de junio de 2005, Fondo, reparaciones y costas; *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, sentencia de 14 de mayo de 2013, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones.

⁷¹ Una de las audiencias públicas ante la Comisión Interamericana se llevó a cabo el 15 de marzo de 2013. Para entender este tipo de bloqueos desarrollados por la Procuraduría en relación con la sentencia de la Corte Constitucional puede tomarse como referencia lo decidido en la sentencia T-627 de 2012. En este fallo, el Alto Tribunal ordenó al Procurador General de la Nación rectificar un comunicado de prensa, “de manera personal, pública y con despliegue y relevancia equivalente, en el sentido de explicar que incurrió en una equi-

Diversas organizaciones de la sociedad civil que han solicitado la realización de dichas audiencias persiguen una mayor visibilización internacional de este tipo de conflicto interinstitucional, en el que la implementación de las decisiones de la Corte Constitucional han enfrentado fuertes resistencias por parte no sólo de la Procuraduría sino de otros actores institucionales y sociales.

IV. ALCANCES Y LÍMITES DEL “EMPODERAMIENTO INSTITUCIONAL”: INVESTIGACIONES PENDIENTES

A pesar de la aproximación preliminar desarrollada en este trabajo, los ejemplos analizados son suficientes para reflejar la necesidad de superar los enfoques que ven al Estado como un solo actor unitario, así como la pertinencia de analizar la interacción estratégica entre la intervención internacional interamericana y las agencias estatales locales que enfrentan resistencias internas en otros órganos estatales.⁷² En la interacción de los diversos estados con el Sistema Interamericano es posible ver ejecutivos divididos, órganos de control que actúan en línea con el Sistema o en rechazo del mismo, legisladores a favor y en contra de ciertas políticas de derechos humanos, y Altas Cortes con conflictos entre sí. En otras palabras, dentro de un mismo Estado existen agencias en competencia por diversas formas de poder político, y en ese contexto es posible advertir la forma cómo ciertas decisiones

vocación al referirse a las campañas ordenadas en la sentencia T-388 de 2009 como ‘*campañas masivas de promoción del aborto como derecho*’, ya que, en realidad, éstas buscan promover que las mujeres colombianas conozcan el contenido de sus derechos sexuales y reproductivos, dentro de los cuales se encuentra la interrupción voluntaria del embarazo en las hipótesis despenalizadas” a través de una sentencia de la Corte Constitucional emitida en 2006. La Corte Constitucional también ordenó a la Procuraduría modificar la posición oficial de la Procuraduría en el sentido de que, en Colombia, la anticoncepción oral de emergencia (i) no tiene carácter abortivo sino anticonceptivo, (ii) su uso no está restringido a las hipótesis despenalizadas de aborto, (iii) las mujeres que hacen uso de ella fuera de las causales despenalizadas de aborto no incurrir, en ningún caso, en el delito de aborto, y (iv) hace parte de los servicios de salud reproductiva que las mujeres colombianas pueden libremente elegir. Asimismo, la Corte ordenó a la Procuraduría rectificar un oficio en el sentido de aceptar que la Superintendencia Nacional de Salud está obligada a remover los obstáculos para el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, ordenó eliminar toda referencia al derecho de las instituciones a objetar conciencia o la posibilidad de su ejercicio colectivo, en lo que toca con la IVE. También ordenó a la Procuraduría que se abstenga de interferir de manera infundada en el proceso de inclusión del misoprostol en el Plan Obligatorio de Salud. Ver asimismo “Procuraduría, ante OEA por presunto hostigamiento en casos de aborto”, disponible en <http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12687023.html>.

⁷² Sobre este punto, ver Ginsburg y Shaffer, *op. cit.*, *supra* nota 9.

interamericanas pueden contribuir al surgimiento de nuevos equilibrios y nuevos contrapesos. Es necesaria mayor indagación empírica para determinar cómo, en esa competencia, pueden surgir formas de “empoderamiento institucional” a partir del uso de las decisiones interamericanas por las agencias estatales para destrabar, desbloquear o recomponer una específica correlación de fuerzas, superar retrasos institucionales, reactivar decisiones internas bloqueadas, reconfigurar escenarios de diálogo ya existentes, entre otros escenarios que podrían asociarse al impulso de una agenda “progresista” o con enfoque de derechos. Este tipo de situaciones, según el contexto de cada caso, puede asociarse a efectos deliberativos, participativos o coordinadores de las decisiones interamericanas.

Formulado en esos términos, el concepto puede ser muy general y se necesita mayor indagación empírica sobre los casos para fortalecer su fuerza explicativa. Es aún necesario precisar con claridad las variables de análisis y hasta qué punto el “empoderamiento institucional” resulta una variable dependiente o independiente. Asimismo, debe indagarse si lo que denomino “empoderamiento institucional” explica lo que otros conceptos no logran explicar,⁷³ y corresponde evaluar el impacto del análisis de las modificaciones en las políticas institucionales luego de los cambios en los funcionarios que les conforman.⁷⁴ En especial, es necesario contrastar el llamado “empoderamiento institucional” con aquellas capacidades que han desarrollado algunos estados de “aprender a jugar estratégicamente con la ambigüedad de las normas internacionales sin necesariamente incurrir en cumplimiento irrestricto o en incumplimiento flagrante”, tal como lo han documentado Nelson Camilo Sánchez y Sandra Borda en un estudio reciente sobre la postura del Colombia respecto a la reforma del Sistema Interamericano.⁷⁵

⁷³ Agradezco esta y otras observaciones a Judith Schonsteiner.

⁷⁴ En lo cual puede jugar un rol el concepto de “veto players” (los actores que tienen en su poder la decisión sobre la posibilidad de modificar una situación) o de actores políticos que declinan una elección ya efectuada. También agradezco esta observación a Judith Schonsteiner.

⁷⁵ Borda Guzmán, Sandra y Nelson Camilo Sánchez, “La administración Santos y el proceso de reforma del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: De la negación y las concesiones tácticas al estatus prescriptivo”, *Pensamiento Propio: El Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Actores, reformas y desafíos*, año 18, núm. 38, julio-diciembre de 2013, pp. 151-183. En esta revista es posible encontrar otros artículos relevantes sobre la interacción entre los Estados y el Sistema Interamericano. Ver Engstrom, Par, “A Special Relationship Gone Normal? Argentina and the Inter-American Human Rights System, 1979-2013”, pp. 115-149, y Serrano, Sandra y Luis Daniel Vázquez, “La postura del Ecuador frente al proceso de fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La disputa por los conceptos y sus consecuencias”, pp. 185-234.

Es claro que no será posible determinar, “en abstracto”, las potencialidades y límites del “empoderamiento institucional”. En el presente texto, la información sobre los casos es aún insuficiente para determinar hasta qué punto la institución respectiva o la interacción entre lo internacional y lo local logra superar los factores generadores de impunidad o las barreras para la implementación de una política con enfoque de derechos en una específica coyuntura. Estos aspectos dependen del contexto institucional y político en el que se insertan las decisiones interamericanas.

De otra parte, será importante analizar qué tipo de disputas entre instituciones puede generar un mayor incentivo para implementar con más fuerza ciertas decisiones interamericanas. Puede ser que una estrategia para alcanzar mayor “empoderamiento institucional” resulte más difícil en relación con los superiores jerárquicos o en conflictos de competencias —como puede ocurrir en el conflicto entre algunas Altas Cortes de Guatemala—, mientras que puede tener mayor viabilidad ante un choque entre ramas distintas del poder público —como podría ocurrir en Colombia, cuando el Poder Judicial se enfrenta con el Poder Ejecutivo. También deberá analizarse el impacto de las decisiones interamericanas para redefinir los votos en los órganos colectivos, caracterizados por la división entre sectores de magistrados, ministros o congresistas, cuya votación específica resulta decidida por un margen ínfimo. La importancia de la intervención interamericana puede ser de mayor relevancia cuando una agencia estatal trata de enfrentar a funcionarios de rango superior que desconocen la Convención Americana, pero a quienes puede resultarles difícil eludir por los obstáculos y las complejidades de actuar contra la ley. Ello es aplicable también en el caso de los conflictos entre el ámbito federal y el local, donde la intervención interamericana puede ayudar a legitimar la acción o reacción respectiva.

En línea con lo anterior, cabe resaltar que este tipo de reposicionamientos de algunas instituciones puede enfrentar más dificultades en escenarios de excesiva concentración del poder político. En efecto, en los escenarios en los que todas las autoridades públicas se encuentran sometidas a un estricto control jerárquico, sin mayor autonomía y particularmente desde el gobierno, es más difícil que surjan diferencias de peso entre las instituciones que impulsan o implementan cierto tipo de políticas.

En suma, la implementación de las decisiones interamericanas relacionadas con escenarios de “empoderamiento institucional” dependerá de un contexto institucional y político favorable en el que podrían influir: i) el tipo de sanciones o impacto negativo —dificultades para ascensos o nombramientos— a las que se exponga un determinado funcionario, ii) la libertad

para disentir de instancias superiores o de cierre, iii) la aceptabilidad de interpretaciones amplias sobre la normativa aplicable, iv) el tipo de diseño institucional que permite efectuar un control de convencionalidad —es decir, si se restringe esta posibilidad a todo juez o poder público o solo a una Alta Corte— y iv) el eventual éxito que pueda tener una acción de esta naturaleza. Todos estos aspectos tienen estrecha relación con la fortaleza democrática y del Estado de derecho del país respectivo, particularmente en lo que corresponde a los principios de separación y colaboración entre poderes públicos.⁷⁶ Otro factor determinante es hasta qué punto la institución o el actor se fortalecen o se debilitan y hasta qué punto el ámbito interamericano es utilizado excesivamente para eludir los canales ordinarios nacionales para el impulso de ciertas iniciativas o para modificar una correlación de fuerzas a través de dichos canales ordinarios.

Por otra parte, corresponde indagar más a detalle la relación de los “empoderamientos institucionales” con la hipótesis de Gauri y Brinks⁷⁷ en su estudio sobre el impacto de la protección judicial del derecho a la salud y el derecho a la educación en algunos países del Sur Global, según la cual los jueces suelen tomar decisiones cuando encuentran socios relevantes entre los actores políticos, las burocracias o la sociedad civil. La intervención interamericana puede constituir un tipo de aliado para ciertas instituciones locales y entonces contribuir para impulsar nuevos equilibrios que faciliten los pesos y contrapesos, empoderando a las agencias estatales que defienden estrategias cuya base son las obligaciones internacionales en derechos humanos. La Comisión y la Corte pueden actuar como aliados de los gobiernos, los jueces y el Poder Legislativo, para impulsar el cumplimiento de promesas constitucionales y legales y auxiliar en la ejecución de programas ya establecidos. Al invocar el “amparo”, tanto instrumental como simbólico, por parte del sistema interamericano, así como una protección jurídica específica (como en el caso de las medidas cautelares para magistrados o jueces), no se busca eludir el escenario político interno, sino que se utiliza el escenario interamericano como un factor más para legitimar un ejercicio de la función pública relacionado con una agenda progresista.

⁷⁶ El peso de esta variable ha sido analizado, entre otros, en Raduletu, Sebastian, “Is the Constitutional Democracy a Necessary Condition for Implementing Human Rights”, *Revista de Drept Public*, No. 2, 2013, pp. 68-72.

⁷⁷ Gauri, Varun y Daniel M. Brinks (eds.), *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, New York, Cambridge University Press, 2008.

Por otro lado, en el diálogo de la Corte y la Comisión Interamericana con algunas instituciones locales es posible observar algunos elementos para inferir el complemento de razonamientos puramente normativos con constataciones empíricas sobre la mejor forma de impulsar lo ordenado por la Corte.⁷⁸ Ello es particularmente visible cuando la Corte ha mencionado el diseño institucional de Guatemala como un referente para modular sus órdenes de supervisión, llegando a disponer, en su momento, que Copredek presente informes en forma conjunta con algunos órganos estatales responsables de la administración de justicia.

En conclusión, el análisis de los “empoderamientos institucionales” complementa los análisis centrados en las estrategias de las organizaciones de la sociedad civil en torno al Sistema Interamericano. En general, este enfoque es alternativo a las visiones marcadamente instrumentales respecto al cumplimiento e impacto de las decisiones interamericanas. Así, por ejemplo, en el caso de Guatemala, a pesar de las dificultades que puedan existir en el avance en el cumplimiento de las órdenes de investigar emitidas por la Corte, existe evidencia que permite situar la intervención interamericana como una importante herramienta para fortalecer el trabajo que durante cierta época desarrollaron Copredek y la Corte Suprema, en los específicos momentos analizados anteriores al gobierno actual y en los específicos escenarios adversos señalados. De allí que sea necesario, no sólo hacer énfasis en el resultado de una orden específica de la Comisión o la Corte, sino también visibilizar aquellas diferencias de grado entre los niveles de impacto de las decisiones interamericanas durante los procesos de su implementación.

Finalmente, en el marco de los enfoques constructivistas, cabe insistir en que las decisiones interamericanas han tenido un importante rol en el empoderamiento de las voces excluidas del debate público y en el fortalecimiento de los actores institucionales locales con una agenda progresista en materia de derechos humanos. Las decisiones interamericanas adquieren relevancia para fortalecer el diálogo colectivo local, en el que, a través de reformas constitucionales, legislativas o de decisiones judiciales internas, se ha involucrado algún grado de deliberación democrática de los actores po-

⁷⁸ Al respecto, autores como Cavallaro y Brewer, *op. cit.*, *supra* nota 19, han resaltado la necesidad de que la Corte Interamericana procure la mayor conciencia posible sobre el contexto fáctico y político en el que se insertan sus decisiones, como una precondition para que ellas alcancen efectividad.

líticos internos, dirigida a dar mayor peso al derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno. En esos escenarios, los argumentos basados en el derecho internacional adquieren un peso democrático relevante, que es importante tener en cuenta al valorar la legitimidad de las decisiones interamericanas.⁷⁹

⁷⁹ En este tipo de análisis sigo el derrotero señalado por Abramovich y Filippini, quienes han resaltado que no es posible asimilar los pronunciamientos internacionales como derecho “extranjero” o como “préstamos”, teniendo en cuenta los procesos políticos, actores y discusiones colectivas que llevaron a la inserción constitucional del derecho internacional en el derecho interno y el protagonismo del Estado en la producción de normas internacionales. Cfr. Filippini, Leonardo, “El Derecho Internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, núm. 8, 2007, pp. 191-202, y Abramovich, Victor, “Transplante y neopunitivismo. Debates sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en Argentina”, en Tiscornia, *op. cit.*, *supra* nota 21, y Abramovich, “Autonomía y subsidiariedad...”, *cit.*, *supra* nota 7.

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS COMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*

Laurence BURGORGUE-LARSEN**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El control de constitucionalidad de los actos*. III. *El control de la distribución de competencias*. IV. *El control de la protección efectiva de los derechos fundamentales*. V. *Perspectivas*.

I. INTRODUCCIÓN

El tema al cual debo referirme supone un ejercicio (complejo) de analogía conceptual. Por ende, surge de inmediato la pregunta acerca del método epistemológico para abordar la cuestión de saber si es posible concebir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte Interamericana, Corte IDH o Corte de San José) como tribunal constitucional. En realidad, el “referente analítico” no puede ser muy variado: tiene que ser el derecho constitucional y, de manera aún más precisa, la justicia constitucional, característica del neoconstitucionalismo que ha otorgado a los derechos fundamentales una preeminencia funcional.

Aún más, el referente analítico impone, de manera indirecta pero muy clara, asimilar el “Sistema Interamericano de Derechos Humanos” a un sistema constitucional, es decir, a un sistema en el cual el “guardián de la Constitución” tiene, en principio, la última palabra para asegurar la coherencia de dicho sistema. Así que, en filigrana, se cuestiona la capacidad de

* Agradezco a Laura Clérico sus constructivos comentarios a raíz de la presentación de este trabajo durante el seminario “Jornada sobre Constitución e impacto de los derechos humanos”, celebrado el día 23 de septiembre de 2013 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

** Catedrática de derecho público de la Facultad de Derecho de La Sorbona (Universidad de París I).

la Corte Interamericana para asegurar la coherencia de lo que se podría llamar un “sistema constitucional” interamericano, formado tanto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos como por todos los tratados en los cuales se haya reconocida la competencia de la Corte de San José: el famoso “*corpus iuris* interamericano”.

Dicho esto, son muy variados los caminos epistemológicos para poner en marcha este ejercicio de analogía conceptual. Se podría utilizar una vía “moderna” para pensar el tema, integrándolo en el gran debate que ha ocupado a la doctrina estos últimos años y que se refiere, de manera general, a la “constitucionalización del derecho internacional”.¹ Se podría también hacer uso de los criterios de los autores que han trabajado sobre el tema en lo tocante al Tribunal Europeo —como el politólogo norteamericano Alec Stone Sweet,² por ejemplo, o el jurista francés Jean-François Flauss—,³ transponiendo sus análisis al sistema interamericano. Al elegir uno de estos “ejes”, la plusvalía de mi aporte personal a la problemática sería nula o casi nula. Por tanto, he decidido tomar otro camino, mucho más “estrecho” u “ortodoxo”. Para intentar dar una respuesta más cercana de la realidad (*de lege lata*), absteniéndome de presentar lecturas personales que podrían asimilarse a reflexiones *de lege ferenda*, habría que empezar por preguntarse: ¿cuáles son, a pesar de la diversidad de la justicia constitucional en el mundo, las competencias principales de un tribunal constitucional?

Desde mi punto de vista, este enfoque, enmarcado en los rasgos principales del “*office*” —en francés— de los jueces constitucionales, es quizá el más clásico o estrecho, pero el más idóneo para abordar la problemática, mostrando a los que no están de acuerdo con el hecho mismo de la comparación, que se puede avanzar sobre su terreno de manera “técnica” y no exclusivamente “simbólica” o “pragmática”, utilizando conceptos que pertenecen más a la ciencia del derecho como tal que a la ciencia políti-

¹ Ruiz Fabri, H. y Rosenfeld, M. (dirs.), *Redéfinir le constitutionnalisme à l'ère de la mondialisation*, París, Ed. SLC, 2011 (Collection de l'UMR de droit comparé). Los estudios de A. Peters en la materia son de gran interés; ver entre muchos “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental Norms and Structures”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 9, 2006, pp. 579-610.

² Según Alec Stone Sweet, (“Sur la constitutionnalisation de la Convention européenne des droits de l'homme: cinquante ans après son installation, la Cour européenne conçue comme une Cour constitutionnelle”, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, núm. 80, 2009, pp. 923 y siguientes) ningún tribunal constitucional puede incrementar su autoridad sobre su entorno político y jurídico sin la presencia de tres condiciones: la competencia para interpretar la ley; un número de casos suficiente, y, una concepción fuerte del “precedente”.

³ Flauss, J.-F., “La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une cour constitutionnelle?”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1999, pp. 711-728.

ca. Utilizando este enfoque funcional —o sea, partiendo de las funciones o competencias de los tribunales constitucionales— dejo de manera consciente fuera del análisis cuestiones como las del carácter obligatorio o no de la jurisdicción, así como de la legitimación para acudir a ésta. Se trata, de manera obvia, de temas clave que merecerían un estudio profundo y especializado en términos comparativos con la Corte Interamericana.⁴ Espero, un día, emprender esta tarea.

Como sabemos, un tribunal constitucional ejerce varios tipos de control: 1) el control de constitucionalidad de los “actos” (en general, las leyes); 2) el control de la distribución de competencias, tanto orgánicas (entre los poderes constituidos) como territoriales (entre el centro y las periferias en los estados llamados compuestos), y, *last but not least*, 3) a través de diversos mecanismos en función de las culturas jurídicas propias de cada país, el control del respeto, por parte de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, de los derechos fundamentales tal y como se hallan consagrados en las constituciones, en general en la primera parte de ellas. Vemos aquí que el tema de la protección de los derechos fundamentales puede, más aún, tiene que abordarse desde dos perspectivas. La perspectiva procesal (la manera de acudir al tribunal y las competencias de éste relativas a los demás poderes) y la perspectiva material (la protección sustancial de cada uno de los derechos expresamente protegidos por el texto convencional y la manera en que esta protección se lleva a cabo).

Estos tres puntos —que *grosso modo* corresponden al esquema clásico de las competencias más comunes de los tribunales constitucionales— van a servir como marco analítico para descubrir si la afirmación que consiste en equiparar a la Corte Interamericana a un tribunal constitucional es un

⁴ En efecto, la jurisdicción de la Corte Interamericana (Corte IDH) como tal no es obligatoria —lo que genera una variedad de compromisos estatales en cuanto a ella y a la facultad de cada Estado parte de sustraerse a su competencia mediante la denuncia de la Convención Americana (como lo han hecho Trinidad y Tobago y Venezuela); el acceso del individuo es indirecto (en la medida en que tiene que presentar su petición ante la Comisión y no directamente ante la Corte), y, *last but not least*, su legitimidad puede ser cuestionada considerando el carácter internacional de la Corte IDH y los procesos de nombramiento de los jueces... Sobre estos elementos, intentaremos en un futuro trabajo abordar directamente tales “hard questions”. Se podría reflexionar, entre otras cosas, sobre la legitimidad de la Corte invocando las reflexiones críticas de A. von Bogdandy al respecto. Véase particularmente “¿En nombre de quién? Un estudio sobre la autoridad pública de los tribunales internacionales y su justificación democrática”, en Ferrer Mac-Gregor, E. y Herrera García, A. (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Corte Interamericana de Derechos Humanos-UNAM-Tirant lo Blanch, 2013, pp. 83 y ss.

mero deseo o, por el contrario, algo que se puede sostener de manera viable en el ámbito jurídico.

II. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS

La función esencial de todo tribunal constitucional consiste en examinar la conformidad con la Constitución —es decir, con el texto supremo del orden jurídico— de todo tipo de actos, tanto legislativos como infra-legislativos. La misión de la Corte Interamericana consiste en examinar la conformidad con el texto de la Convención Americana —como con los demás tratados que forman parte del *corpus iuris* interamericano en los cuales se haya establecido la competencia de la Corte— de toda norma procedente de los Estados Parte que configuran el escalón inferior del “sistema constitucional” interamericano. Así, según este esquema, tendrían que ser controladas las normas con rango constitucional, además de las normas con rango legislativo o infra-legislativo.

¿Que demuestra la práctica? Nos demuestra que tanto a través de la función consultiva (A.) como, sobre todo, a través de su función contenciosa (B.), la Corte IDH está en capacidad de examinar y controlar la conformidad con el “*corpus iuris*” interamericano (esto es, con el “sistema constitucional interamericano”), de todo tipo de actos que provienen del ámbito interno de los países.

1. *La función consultiva*

No obstante que el mecanismo consultivo previsto en el artículo 64, inciso 2, de la Convención Americana se puede equiparar a un mecanismo de control *in abstracto*, veremos al mismo tiempo que la analogía tiene sus límites.

A. *Los elementos claves de la analogía*

El artículo 64, inciso 2, de la Convención Americana es el fundamento jurídico que permite, en efecto, únicamente a los Estados Parte de la Organización de Estados Americanos (OEA) y a algunos de sus órganos (en la práctica, exclusivamente la Comisión Interamericana) pedir —fuera de toda controversia contenciosa, es decir, fuera de todo tipo de proceso— una opinión a la Corte acerca de las leyes internas, para determinar si son conformes tanto con la Convención Americana como con los tratados interna-

cionales de protección de los derechos humanos. Sobre la base de una interpretación extensiva de este fundamento jurídico, la Corte Interamericana ha reconocido su propia competencia para examinar tanto las leyes en vigor como las que están en gestación. Son tres las opiniones consultivas que han permitido a la Corte IDH pronunciarse en la materia (OC 4, 5 y 12). Según la Corte Interamericana, las leyes en vigor son tanto las normas con rango constitucional (OC 4, párr. 14) como las demás de rango inferior, o sea, “la normas de cualquier índole, de cualquier naturaleza”. Por tanto, el elenco es muy amplio.

Sabemos que hay mecanismos constitucionales internos que, *grosso modo*, permiten examinar la constitucionalidad de las leyes ya en vigor. Aquí hay un parentesco evidente entre el procedimiento del artículo 64, inciso 2, de la Convención Americana y los procesos de control *a posteriori* de las leyes activados por las autoridades políticas. Entre los procedimientos de control *a posteriori in abstracto*, se puede citar el artículo 98, inciso a) de la Constitución de Andorra,⁵ el artículo 140, inciso a), de la Constitución austriaca, el recurso de inconstitucionalidad del artículo 161, inciso 1-a) de la Constitución española,⁶ la acción directa de constitucionalidad prevista en el artículo 102, párr. 1-a) de la Constitución Federal de Brasil y el artículo 61, párrafo 2 de la Constitución francesa.⁷

Otro mecanismo procesal para cuestionar la constitucionalidad de las leyes radica en la posibilidad, por parte del llamado juez “ordinario”, de pedir el examen de la constitucionalidad de las leyes mediante el control *a posteriori in concreto*. Se trata del sistema procesal genéricamente llamado “cuestión de inconstitucionalidad”. Así como la consulta pre-judicial de

⁵ Dice lo siguiente: “Le Tribunal Constitutionnel connaît: a) des recours en inconstitutionnalité contre les lois, les décrets pris en vertu d’une délégation législative et le Règlement du Conseil General...” (“El Tribunal constitucional conoce: a) de los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes, los decretos expedidos en virtud de una delegación legislativa y el Reglamento del Consell General...”).

⁶ Dice lo siguiente: “El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: 1. a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”.

⁷ Dice lo siguiente: “Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l’Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs” (“Para los mismos fines, las leyes pueden ser reenviadas al Consejo Constitucional, antes de su promulgación, por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores”).

constitucionalidad del artículo 428 de la Constitución ecuatoriana de 2008,⁸ de la cuestión del artículo 163 de la Constitución española,⁹ o del artículo 61-1 de la Constitución francesa, que ha permitido a este país acceder, por fin, al derecho común del neoconstitucionalismo. Aquí, el parentesco es menos evidente, ya que existe un litigio, un proceso a partir del cual la cuestión está activada...

Pronunciarse acerca de las leyes en gestación (OC 4, párr. 26), es también un elemento que permite hacer funcionar la analogía conceptual entre la Corte Interamericana y un tribunal constitucional. Sabemos, por ejemplo, que en Francia el control *a priori* de las leyes se pone en marcha después de la firma y antes de la promulgación de la ley. Se puede deducir de esta regla procesal que las leyes están todavía en gestación sin la promulgación oficial. De manera más significativa, se puede mencionar a la Constitución colombiana que prevé un control previo de los proyectos de leyes estatutarias (artículos 153, 241-8 de la Constitución de 1991 y artículo 39 y siguientes del Decreto 2067 de 1991).¹⁰

Se puede ver, claramente, que la analogía no está totalmente fuera de propósito: funciona bastante bien. No obstante, se tiene que reconocer, al mismo tiempo, que tiene unos cuantos límites.

B. *Los límites de la analogía*

La analogía tiene unos límites iniciales, si se advierte que el papel de la Corte IDH en el ámbito consultivo consiste en dar su punto de vista acerca de una norma interna (en gestación o no), sin tener ningún tipo de poder

⁸ Dice lo siguiente: “Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente”.

⁹ Se lee así: “Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”.

¹⁰ En este caso, el presidente del Congreso debe enviar una copia auténtica del proyecto de ley a la Corte Constitucional después de la aprobación del segundo debate y sólo después de la revisión favorable el proyecto puede ser enviado al Presidente de la República para sanción presidencial; de lo contrario, el proyecto será reenviado a la Cámara para su primer debate. Este control es obligatorio, *a priori*, integral y definitivo.

para proceder a la abrogación o anulación de esa norma si se revela contraria a la Convención. El poder de anulación o derogatorio sigue estando en manos de los poderes constituidos de los Estados miembros. Sabemos que esto no coincide con la práctica procesal común en el ámbito constitucional. Los actos declarados inconstitucionales son puestos fuera del ordenamiento jurídico, bien con efectos limitados al caso (efectos *inter partes*), que es la hipótesis de las consecuencias de la cuestión de constitucionalidad, o bien, con efectos generales (*erga omnes*) en el contexto de las declaraciones generales de inconstitucionalidad.

El segundo límite es más bien político en un sentido amplio. Lo que demuestra la jurisprudencia interamericana es que la Corte IDH no quiere ser “instrumentalizada” por los estados a través de su facultad consultiva; en este contexto, se ha negado a contestar a una opinión (OC 12) acerca de un proyecto de ley, en el marco del cual Costa Rica quería, de manera obvia, utilizar el mecanismo consultivo en una “pugna” constitucional interna. Esta capacidad de denegar permite claramente la objetivación del mecanismo consultivo. No se le puede encontrar en el ámbito interno, ya que los mecanismos de control de constitucionalidad —aún los mecanismos *a priori* e *in abstracto*, como en Francia— son una manifestación de las oposiciones políticas, binarias, entre los partidos más influyentes.

2. *La función contenciosa*

Sin embargo, la analogía sigue siendo interesante cuando se analiza la función contenciosa de la Corte Interamericana en aspectos particulares como el alcance del control (1.) y, sobre todo, los efectos del control implementado (2.). Veremos que son numerosos los elementos que hacen pensar en un control de constitucionalidad *a posteriori*.

A. *El alcance del control*

Si continuamos con la analogía, que consiste en asimilar el “*corpus iuris*” interamericano a una Constitución (o sea, a una carta constitucional), nos damos cuenta de que todas las normas “inferiores” (es decir, las de los Estados Parte) pueden ser y han sido controladas, tanto las normas con rango constitucional como las normas con jerarquía de ley.

a. El control de las normas con rango constitucional

El Caso de La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos vs. Chile),¹¹ famoso en el Hemisferio Sur, fue el primer caso juzgado por la Corte Interamericana en materia de censura previa. La prohibición de la película “La Última Tentación de Cristo” fue declarada contraria al artículo 13 de la Convención Americana, relativo a la libertad de expresión, señalando en esa ocasión que la existencia misma de una disposición constitucional (artículo 19.12 de la Constitución chilena de 1980) que autorizaba la censura previa era incompatible con la Convención Americana. Efectivamente, el párrafo 72 de la sentencia contra Chile es excepcional y demuestra que no hay ningún espacio normativo exento del control de la Corte Interamericana. Merece la pena presentarlo en su integralidad:

Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Ahora bien, la Corte Interamericana, después de constatar que el Estado violó el artículo 13 (libertad de expresión) y que de este modo no respetó los artículos 1, incisos 1 y 2, de la Convención Americana, se dirigió al Estado en la fase de determinación de las reparaciones y le instó a proceder en dos etapas. Así, bajo el ángulo del artículo 63, inciso 1, la Corte afirmó lo siguiente:

Respecto del artículo 13 de la Convención, la Corte considera que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película “La Última Tentación de Cristo”, ya que está obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. En relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, las normas de derecho interno chileno que regulan la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica todavía no han sido adaptadas a lo dispuesto por la Convención Americana en el sentido de que

¹¹ Corte IDH, *La Última Tentación de Cristo vs. Chile*, sentencia del 5 de febrero de 2001, fondo y reparaciones, párrs. 97-98.

no puede haber censura previa. Por ello el Estado continúa incumpliendo los deberes generales a que se refieren aquéllas disposiciones convencionales. En consecuencia, Chile debe adoptar las medidas apropiadas para reformar, en los términos del párrafo anterior, su ordenamiento jurídico interno de manera acorde al respeto y el goce del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en la Convención.

El punto 4 del dispositivo impone a Chile modificar su derecho interno, o sea, ni más ni menos el artículo 19.12 de la Constitución chilena que consagraba el principio de la censura previa...

Las fórmulas son muy claras y no generan la menor duda en torno a su contenido y alcance. Es menester aquí recordar que esta sentencia no generó la menor resistencia en cuanto a su ejecución. Fue uno de los primeros casos considerados por la Corte Interamericana como definitivamente “cerrados”. En efecto, la Constitución chilena fue modificada para adaptarse al estándar convencional en materia de libertad de expresión...

b. El control de las normas con rango de ley

Las normas con rango de ley son las que, de manera rutinaria, caen bajo el escrutinio convencional. Más precisamente, podemos observar que este control de “derecho común” se asimila a un control *in concreto* de las normas con rango de ley. El sistema interamericano exige la presencia de víctimas que han padecido la aplicación de una norma que, al final del proceso interamericano, será objeto de examen. Sabemos también que la Corte Interamericana —merced a su poder pretoriano— ha desarrollado una jurisprudencia muy audaz que le ha permitido poner en marcha un control *in abstracto* de las leyes, sin que se halle condicionada por la aplicación concreta de la ley dentro del proceso. Aquí, surge la problemática de la inconvencionalidad *per se* de las leyes de amnistía que tienen como meta absolver “graves violaciones” de derecho internacional de los derechos humanos.¹² Su sola existencia vulnera la Convención Americana, en particular, su artículo 2o., que obliga a los Estados adaptar su derecho interno al estándar convencio-

¹² Para un estudio que desarrolla una perspectiva desde el derecho internacional penal, véase Estupiñán Silva, R., “Principios que rigen la responsabilidad internacional penal por crímenes internacionales”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012, pp.133-173.

nal. Entre la opinión consultiva núm. 14¹³ y el Caso Suárez Rosero,¹⁴ confirmado magistralmente en el famoso caso Barrios Altos¹⁵ —y precisado en los importantes casos juzgados en el otoño del 2006 contra Chile y Perú, en los famosísimos casos Almonacid Arellano y La Cantuta¹⁶ y cuatro años después (en 2010 y 2011) contra Brasil y Uruguay, en los casos, tan célebres como los demás, Araguaia y Gelman—¹⁷ la evolución de la jurisprudencia interamericana sobre la cuestión de la inconventionalidad *per se* de algunas leyes —las que organizan la amnistía de los autores de violaciones masivas de los derechos humanos— es magistral. La Corte Interamericana ha fijado una jurisprudencia realmente extraordinaria, tanto desde el punto de vista de la lucha contra la impunidad como desde el de las modalidades del control. Dicha jurisprudencia tiene como consecuencia erradicar del ordenamiento jurídico interno toda ley que directa o indirectamente —ya sea que haya sido aprobada o no por el pueblo— decida dar preferencia al olvido en detrimento de la justicia.¹⁸ En este punto, es obvio que la Corte IDH actúa más como un tribunal constitucional que confronta una ley interna con los valores supremos del ordenamiento constitucional que no admiten ser derogados. En consecuencia, el vigor de la Corte Interamericana al declarar la inconventionalidad *per se* de las leyes de amnistía de graves violaciones de derechos humanos se asemeja a la capacidad de los tribunales constitucionales para invalidar (anulándolas en general) todo tipo de normas contrarias a la Constitución.

No obstante, observamos con obvedad que una declaración de inconventionalidad no se puede equiparar a una invalidación como tal. En este aspecto, la diferencia en materia de poder de acción sigue siendo evidente.

¹³ Corte IDH, OC 14/94 de 9 de diciembre de 1994, “*Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*” (artículos 1o. y 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

¹⁴ Corte IDH, *Suárez Rosero vs. Ecuador*, sentencia del 12 de noviembre de 1997, Fondo.

¹⁵ Corte IDH, *Barrios Altos vs. Perú*, sentencia del 14 de marzo de 2001, Fondo.

¹⁶ Corte IDH, *Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Fondo y reparaciones, y *La Cantuta vs. Perú*, sentencia del 29 de noviembre de 2006, Fondo y reparaciones.

¹⁷ Corte IDH, *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, sentencia del 24 de noviembre de 2010, Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones, y *Gelman vs. Uruguay*, sentencia del 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones.

¹⁸ Burgorgue-Larsen, L., “Le bannissement de l’impunité: décryptage de la politique jurisprudentielle de la Cour interaméricaine des droits de l’homme”, *Revue Trimestrielle des Droits de L’homme*, núm. 89, janvier 2012, pp. 3-42, publicado en español en Dreyzin de Klor, A. (dir.) y C. Harrington (coord.), *El derecho en movimiento. En Homenaje a Elena Highton*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2012, pp. 17-56.

La Corte de San José no tiene el poder de invalidación. Sin embargo, me gustaría ahora intentar demostrar que, en realidad, si observamos la práctica de ambos sistemas —la de los ordenamientos constitucionales al igual que la del ordenamiento convencional— hay un punto de inflexión que permite, de manera bastante evidente, hacer funcionar la asimilación en cuanto a los efectos del control.

B. *Los efectos del control*

Los sistemas jurídicos constitucionales, en su heterogeneidad, no tienen una visión única acerca de los efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad. Sin embargo, por regla general una declaración de inconstitucionalidad tiene que desembocar sobre la anulación de la ley (o todo tipo de acto) inconstitucional.¹⁹ La práctica demuestra, por tanto, que ante las graves consecuencias de la anulación —sobre todo cuando tiene un efecto retroactivo en los casos de control *a posteriori* de inconstitucionalidad— muchos jueces constitucionales ponen en marcha la teoría de la interpretación conforme: no se anula la ley, pero se impone a los jueces nacionales interpretar la ley de manera conforme a la interpretación constitucional (e.g., esta práctica es muy común en Alemania).²⁰

Esta tendencia incontestable está presente en muchos países que disponen de un sistema concentrado de justicia constitucional. Se permite así mantener la vigencia la ley y modificar los errores de la producción nor-

¹⁹ No desarrollaremos aquí la temática de los efectos vinculantes de las sentencias constitucionales, en particular respecto del legislador. Sin embargo, es interesante tomar conocimiento del punto de vista minoritario, a lo menos en la doctrina española, de C. Viver Pi-Sunyer, según el cual el legislador puede apartarse de la jurisprudencia constitucional. Véase “Los efectos vinculantes de las sentencias del Tribunal constitucional sobre el legislador: ¿Puede éste reiterar preceptos legales que previamente han sido declarados inconstitucionales?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 97, enero-abril 2013, pp. 13-44. Para un punto de vista comparado, a lo menos en los países europeos, hay que consultar los informes presentados durante la XV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, *La justice constitutionnelle. Fonctions et relations avec les autres autorités publiques*, Ed. R.A. Monitorul Oficial, 2011.

²⁰ Beguin, J.-C., *Le contrôle de constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, París, Économica, 1982, p. 207; Zeidler, W., “The Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany: Decisions on the Constitutionality of Legal Norms”, *Notre Dame Law Review*, vol. 62, 1982, pp. 501 y siguientes. Es una técnica muy común tanto en el ordenamiento de la Unión Europea como en el del sistema convencional europeo; ver los comentarios críticos de M. Luciani, “L’interprétation conforme et le dialogue des juges. Notes préliminaires”, *Le dialogue des juges. Mélanges en l’honneur du président Bruno Genevois*, París, Dalloz, 2009, pp. 695-707.

mativa, obligando al llamado juez “ordinario” a optar por una lectura *pro-constitutione*. Vamos a ver que el sistema interamericano ofrece mecanismos muy semejantes.

La saga judicial que ha permitido crear una obligación a cargo de los jueces nacionales se asemeja a un vals de tres tiempos. El primer tiempo se caracterizó por la aparición de la obligación del control de convencionalidad en 2006, en la sentencia *Almonacid Arellano*;²¹ el segundo tiempo consistió en precisar los contornos de esta obligación con la sentencia *Trabajadores Cesados del Congreso*²² de 2007 (que fue confirmada reiteradamente, en particular en las sentencias *Heliodoro Portugal*,²³ *Radilla Pacheco*,²⁴ entre otras).²⁵ El tercer tiempo consistió, ni más ni menos, en “teorizarla” en el marco del Caso *Carrera García y Montiel Flores* de 2010.²⁶

Esta doctrina ha sido objeto de una teorización excepcional por el juez *ad hoc* mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor —constitucionalista reconocido— que fue designado por su gobierno para desempeñarse como juez *ad hoc* en el caso *Cabrera García y Montiel Flores*, del 26 de noviembre de 2010.²⁷ El juez *ad hoc* (en aquel entonces)²⁸ presenta con destreza y precisión el estado de cosas en las diferentes facetas del control de convencionalidad en América Latina, un tema que nutre hoy en día la literatura jurídica latinoamericana.²⁹ Tomando conocimiento del texto, el lector comprende

²¹ Corte IDH, *Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Fondo y reparaciones.

²² Corte IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia del 30 de noviembre de 2007, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

²³ Corte IDH, *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, sentencia del 12 de agosto de 2008, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones.

²⁴ Corte IDH, *Radilla Pacheco vs. México*, sentencia del 23 de noviembre de 2009, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones.

²⁵ Se encuentran también referencias al control de convencionalidad en las siguientes sentencias de la Corte IDH, *La Cantuta vs. Perú*, 29 de noviembre de 2006, Fondo y reparaciones; 20 de noviembre de 2007, *Boyce et al. vs. Barbados*, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones.

²⁶ Corte IDH, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia del 26 de noviembre de 2010, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones.

²⁷ *Idem*.

²⁸ Ahora forma parte de la Corte IDH desde el 1o. de enero de 2013.

²⁹ Rey Cantor, E., *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008; García Ramírez, S., *Cuestiones jurídicas en la sociedad moderna*, México, Cuadernos del Seminario de Cultura Mexicana, 2009, p. 344; García Morelos, G., *El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México*, México, Ubijus, 2010. Señalaremos igualmente los artículos del jurista argentino Néstor Pedro Sagüés, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Estudios constitucionales*, Santiago de

que estamos en presencia, ni más ni menos, de una teorización del control de convencionalidad que pretende servir de guía a cualquier juez nacional del continente.³⁰ Y, además, establecer una distinción entre el denominado control “concentrado” de convencionalidad —que se encuentra en manos de la Corte Interamericana, intérprete natural de la Convención Americana— y el que él denomina “control difuso” que, por su parte, se encuentra en manos de todos los jueces nacionales, los que deben actuar como “jueces convencionales de derecho común” desde el momento en que ellos deben resolver asuntos en los cuales es aplicable el derecho internacional. Consciente de las dificultades de aplicación de tal obligación respecto de la diversidad constitucional del continente y de la variedad de competencias de los jueces nacionales, Ferrer Mac-Gregor desarrolla las opciones posibles y

Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 8, núm. 1, 2010, pp. 117 y siguientes; “Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano”, *La Ley*, Buenos Aires, 11 de agosto de 2010, pp. 1-3; “El control de convencionalidad, en particular sobre las Constituciones nacionales”, *La Ley*, Buenos Aires 2009-B, p. 761; “El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en Bogdandy, A. v. *et al.*, (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, México, UNAM-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011, pp.381-417. Un análisis que pone en perspectiva las dificultades de tal tipo de control desde el punto de vista de la especificidad de un sistema constitucional preciso es el de K. Castilla, “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, pp. 593-624; se podrían leer igualmente unos cuantos artículos que ponen de relieve los problemas de articulación entre control de constitucionalidad y de convencionalidad: Gelli M. A., “Cooperación, conflictos y tensiones entre la jurisdicción constitucional y la convencional”, en Capaldo, G. *et al.*, *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba-Fundación Humboldt, 2012, pp. 413-424; Gullco, H. V., “Parecidos y diferencias entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad”, en *ibidem*, pp.425-435; Landa, C., “Jurisdicción constitucional y jurisdicción internacional: cooperación, conflictos y tensiones”, en *ibidem*, pp.437-449.

³⁰ Es revelador constatar que esta opinión separada ya estaba reproducida literalmente como un verdadero artículo de doctrina en varias revistas, ad exemplum, “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLIV, núm. 131, mayo-agosto de 2011, pp. 917-967. Conviene señalar que el profesor Ferrer Mac-Gregor es un constitucionalista mexicano de renombre, dirige la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* que publica, desde hace ya varios años, análisis constitucionales sobre la temática de control de convencionalidad. Sus trabajos personales demuestran, por otra parte, que ya con anterioridad había abordado el tema, ad exemplum, Ferrer Mac Gregor, E., “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en Fix-Zamudio, H. y Valadés, D. (coords.), *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, México, UNAM-El Colegio Nacional, 2010, pp. 151-188.

las sintetiza en el párrafo 41 de su opinión separada. Se trata de diferentes niveles de “intensidad” de este control. El primer grado de intensidad se caracteriza por la obligación de interpretación conforme del derecho nacional a la luz del conjunto del *corpus iuris* interamericano, tal como es interpretado por la Corte de San José. Aquí, la idea es la de interpretar el derecho nacional tomando en consideración especialmente el principio *pro homine*, el cual sabemos que es mencionado en el artículo 29 de la Convención. Si tal operación interpretativa no es posible, entonces el control de convencionalidad presenta una intensidad más fuerte, que será aplicada en función de las posibilidades ofrecidas a los jueces en cada sistema. Dos opciones son consideradas: la primera consiste en dejar de aplicar la norma nacional contraria en el caso en cuestión. La segunda, más radical, corresponde a declarar su invalidez en el orden jurídico; esta declaración de invalidez tendría un efecto *erga omnes*. Tal demostración de los contornos del oficio del juez nacional respecto del derecho convencional americano no tiene su equivalente, como tal, en el sistema de la Convención europea.³¹ En ningún momento el Tribunal de Estrasburgo ha elaborado de manera tan estructurada una teoría de este tipo que tenga por consecuencia enmarcar de manera explícita las competencias de las jurisdicciones nacionales.³² En cambio, es sintomático constatar que tal limitación procesal ha provenido del juez de la Unión, —i.e., del Tribunal de Luxemburgo— en el marco de un proceso que, aunque haya deseado dejar un margen de maniobra a las autoridades nacionales (sobre la base del famoso principio de la autonomía

³¹ Para una excelente síntesis del tema remitimos a Jimena Quesada, J-L., “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad”, en *Hacia la formación de un derecho constitucional europeo* (Congreso de la Asociación Española de Derecho Constitucional), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 285-317. Igualmente, para un acercamiento al “interior” del tribunal, ver el artículo del juez polaco del Tribunal Europeo, L. Garlicki, “Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité”, en *La conscience des droits. Mélanges en l’honneur de Jean-Paul Costa*, París, Dalloz, 2011, pp. 271-280.

³² Lo que si se nota en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es la voluntad de inscribir, en su jurisprudencia, la importancia de ir mas allá del contenido del artículo 46 del Convenio Europeo (efecto declaratorio de sus sentencias y efecto inter partes). El caso *Fabris contra Francia* es sintomático en la materia (TEDH, Gran Sala, 7 de febrero de 2013; véase Burgorgue-Larsen, L., *AJDA*, “Crónica. Actualidad de la Convención europea-Enero-junio de 2013”, 23 de septiembre de 2013). Sobre la cuestión en general de la competencia del TEDH para vigilar la correcta ejecución de sus sentencias, Malinverni, G., “La compétence de la Cour pour surveiller l’exécution de ses propres arrêts”, *La Convention européenne des droits de l’homme, un instrument vivant/The European Convention on Human Rights: A Living Instrument, Mélanges en l’honneur de/Essays in Honour of Christos L. Rozakis*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 361-375.

institucional y procesal),³³ —y en el cual ciertos autores han podido ver una manifestación clásica del nuevo concepto “de moda”, aquel de la “identidad constitucional”, para no nombrarlo—,³⁴ ha participado en la consolidación de la influencia procesal del Tribunal de Justicia Europeo sobre el oficio de los jueces nacionales, especialmente para que los principios de primacía y de efecto directo sean en mayor medida respetados.

¿Qué tipo de conclusiones (provisionales) podemos hacer en este tema de la función contenciosa de la Corte Interamericana al equipararla con los sistemas de justicia constitucional? La primera es la omnipresencia y la importancia del principio de interpretación conforme. Este principio constituye la práctica constitucional más relevante: cuando es posible, los jueces constitucionales no declaran de manera rigurosa la inconstitucionalidad, más bien formulan una “interpretación correcta” de la ley que tendrá que ser seguida por los jueces ordinarios. La misma aplicación prevalece en el ordenamiento convencional interamericano: se exige de los jueces nacionales una interpretación de la ley interna que sea conforme a la Convención.

La segunda se refiere a la transformación de un límite en una obligación positiva. En efecto, la Corte IDH transforma su imposibilidad de obtener la inaplicación de una norma nacional inconventional o la declaración de invalidez de ésta, en una obligación convencional puesta, firmemente, a cargo de los jueces nacionales. En consecuencia, podemos afirmar que, en alguna medida, los efectos de una declaración de inconventionalidad son, aunque indirectamente, asimilables a los efectos de una resolución de inconstitucionalidad.

III. EL CONTROL DE LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

En este aspecto la doctrina suele decir que los tribunales constitucionales asumen un papel de árbitro entre los poderes, transformándose en “garante” de los equilibrios democráticos al interior de los Estados Parte. La Corte Interamericana ejerce este papel de árbitro tanto en la distribución orgánica, transformándose en protectora del Estado de derecho (A), como en la llamada distribución territorial, aunque aquí, dada la especificidad del contencioso interamericano, la Corte mantiene el “pluralismo jurídico”

³³ CJCE, 7 de julio de 1981, *Rewe Handelsgesellschaft Nord mbH*, 158/80, Rec. 1981 p. 1805.

³⁴ Véase Burgorgue-Larsen, L. (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, París, Pedone, 2011.

propio de ciertos estados que han consagrado un lugar fuera de lo común al “hecho indígena” (B).

1. *La distribución orgánica*

Asegurar la separación de los poderes supone la promoción del Estado de derecho. La promoción del Estado de derecho por parte de la Corte así como por la Comisión Interamericana es indiscutible.³⁵ Los dos órganos han utilizado para ello la Carta Democrática Interamericana adoptada el 11 de septiembre de 2001 y, en particular el artículo 4.2, dada su importancia en la materia: “La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al Estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia”. Construir un verdadero Estado democrático de derecho exige el respeto del principio de separación de los poderes y, en este aspecto, la jurisprudencia interamericana es ejemplar. Sabemos que la acumulación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial en las mismas manos constituye la definición de la tiranía.³⁶

Es muy interesante constatar, en este contexto, que a pesar de la ausencia del principio de la separación de los poderes, tanto en la Declaración como en la Convención Americanas, tal principio ha sido afirmado de manera tajante por la Corte IDH, que le ha dado una fuerza vinculante clave, capaz de concederle competencia para controlar los actos del poder ejecutivo y, por ende, de mantener el equilibrio entre los tres poderes.

Se puede afirmar que los principios elementales de tal jurisprudencia empezaron a estructurarse con fuerza en la famosísima sentencia “Tribunal Constitucional contra Perú”, del 31 de enero de 2001, a través de la cual la Corte Interamericana ha dado un alcance excepcional al artículo 8 de la Convención, sometiendo a todas las instancias estatales a un control estricto y afirmando, por ende, un escrutinio muy riguroso de los sistemas judiciales nacionales. Así, tanto en unos cuantos casos venezolanos (independencia del poder judicial),³⁷ mexicanos (problemática de la jurisdicción militar),³⁸ o

³⁵ Véase al respecto la tesis de A. Úbeda de Torres, *Las relaciones entre democracia y derechos humanos en los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Madrid, Reus, 2007.

³⁶ Madison, *El Federalista*, núm. 84.

³⁷ Ad. ex. Corte IDH, *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, sentencia del 1o. de julio de 2011, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas.

³⁸ Ad ex., Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, sentencia del 30 de agosto de 2010, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, párr. 234; *Rosendo Cantú y otros vs.*

brasileños (papel del Supremo Tribunal Federal en la puesta en marcha del control de convencionalidad),³⁹ se constató la fuerza del control convencional en relación con el poder judicial de los estados, lo que es, al fin al cabo, una manera de dar vida al Estado de derecho y hacerlo efectivo.

2. *La distribución territorial*

Asegurar las peculiaridades constitucionales que otorgan a las comunidades indígenas una autonomía política es la manera que la Corte Interamericana ha adoptado para consagrar “el pluralismo jurídico” en sociedades multiculturales.⁴⁰ Así, se podría equiparar el multiculturalismo al federalismo y, por ende, a la función de distribución territorial que tienen muchos tribunales constitucionales de estados federales, regionales o — usando una expresión doctrinal— de todo tipo de Estado “compuesto”, ya que los equilibrios que se tienen que encontrar funcionan con los mismos principios: asegurar la diversidad sin olvidar la coherencia y la unidad.

A. *El hecho diferencial indígena “constitucionalizado”*

El particularismo indígena ha terminado por ser “constitucionalizado”, a pesar de que la tradición constitucional en el Hemisferio Sur ha sido más bien Estado-céntrica y ha girado en torno al principio —por largo tiempo erigido en dogma— de la “unidad nacional”, hermética a todo tipo de diferenciación. Numerosas reformas constitucionales iniciadas en los años ochenta empezaron a tomar en consideración la especificidad cultural y lingüística de los pueblos indígenas existentes sobre los territorios de los es-

México, sentencia del 31 de agosto de 2010, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, párr. 219; *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia del 26 de noviembre de 2010, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, párr. 225.

³⁹ Corte IDH, *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, sentencia del 24 de noviembre de 2010, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones.

⁴⁰ Para un debate reciente acerca del multiculturalismo en las sociedades latinoamericanas, véase el Simposio “Pluralismo jurídico y derechos humanos”, con contribuciones de Alexei Julio-Estrada, José Antonio Rivera Santivañez, Neus Torbisco, Aresio Valiente, Raquel Z. Irigoyen, en *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago de Chile, núm. 9, 2013, pp. 62-85. También Berraondo, M. (dir.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006.

tados concernidos, al mismo tiempo que algunas de ellas llegaban incluso a reconocerles derechos específicos.⁴¹

La Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 es emblemática en la materia: además de reconocer los derechos “originarios” de los pueblos indígenas sobre sus tierras (artículo 119), crea una “jurisdicción especial indígena” como modo alternativo de justicia (artículo 260).⁴² Otros ejemplos interesantes, en este sentido, pueden encontrarse en la Constitución Política de la República de Colombia de 1991, que otorgó a los miembros de los pueblos indígenas una circunscripción especial en lo legislativo, conforme a sus modos de participación tradicional (artículo 171); estableció una jurisdicción especial indígena a cargo de las autoridades tradicionales y conforme a la justicia consuetudinaria indígena (artículo 246); reconoció los territorios indígenas como entidades territoriales autónomas (artículo 286, 329); institucionalizó el gobierno indígena sobre sus territorios conforme a su propio derecho (artículo 330), y reconoció los derechos especiales de otros pueblos tribales, como las comunidades raizales del archipiélago de San Andrés y Providencia (artículo 310) y las comunidades negras tradicionales (artículo 55 transitorio).⁴³ En el mismo sentido, en Ecuador, por mandato del artículo 171 de la Constitución de 2008, las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, tienen la potestad para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, en un marco de garantía de participación y decisión de las mujeres y siempre que sus normas o procedimientos no sean contrarios a la Constitución.

El “pluralismo jurídico” —que para la doctrina latinoamericana hace referencia a la coexistencia de varios sistemas normativos en el marco de un mismo campo social— se tomó el campo constitucional latinoamericano. Dicho esto, conviene, sin embargo, mencionar que no todos los países latinoamericanos en cuyo territorio habitan comunidades indígenas han constitucionalizado el “hecho indígena” y, aquellos que lo han hecho están lejos de ser ejemplares respecto de sus propias reglas. En este contexto, la protección de los pueblos indígenas ha sido un caballo de batalla de la Corte

⁴¹ Iturralde, D. A., “Reclamo y reconocimiento del derecho indígena en América latina: logros, límites y perspectivas”, *Revista IIDH*, San José, núm. 41, 2005, pp. 17-47.

⁴² Colmeras Olívar, R., “El derecho consuetudinario indígena en Venezuela: balance y perspectivas”, *Revista IIDH*, San José de Costa Rica, núm. 41, 2005, pp. 83-118.

⁴³ Agradezco a Rosmerlin Estupiñán Silva por haberme sensibilizado al “hecho indígena” en el sistema constitucional colombiano.

Interamericana y, de forma más amplia de la OEA, que creó en 1997 una Relatoría para su protección en el seno de la Comisión Interamericana.⁴⁴

B. *La jurisprudencia “indigenista” de la Corte*

De hecho, la Corte Interamericana ha debido pronunciarse en casos que conciernen no sólo los límites territoriales de las tierras indígenas,⁴⁵ sino también sobre el reconocimiento en sí de sus títulos de propiedad, con motivo de las políticas de desplazamiento forzado⁴⁶ o incluso de persecución y masacre de las comunidades indígenas en el marco de una política genocida.⁴⁷ En el asunto de la Comunidad Mayagna Awas Tingni,⁴⁸ la Corte Interamericana ha hecho historia, trayendo por primera vez a la luz del universo de la jurisprudencia internacional un tema engorroso, si bien quizás la situación planteada ante la Corte reviste un carácter menos trágico que en otras ocasiones. No nos llamemos a equívocos. Nicaragua, uno de los estados de Centroamérica con mayor diversidad de comunidades indígenas, posee una Constitución en la que los pueblos indígenas no sólo son reconocidos por el Estado, sino que además, en su artículo 5, establece que éstos

gozan de los derechos, deberes y garantías consignados en la Constitución, y en especial los de mantener y desarrollar su identidad y cultura, tener sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales; así como mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras y el goce, uso y disfrute de las mismas, todo de conformidad con la ley. Para las comunidades de la Costa Atlántica se establece el régimen de autonomía en la presente Constitución.

⁴⁴ El reconocimiento de su riqueza cultural y lingüística, la concienciación progresiva en cuanto a la necesidad de la protección de sus necesidades básicas propias, el derecho de acceso a las reparaciones son, entre otros, los elementos que han ido despertando poco a poco de su letargo jurídico, pero que están aún lejos de conllevar un respeto generalizado.

⁴⁵ Salmón, E. *Los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares en torno a su protección y promoción*, Lima, GTZ, 2010.

⁴⁶ Corte IDH, *Comunidad Yaky Axa vs. Paraguay*, sentencia del 17 de junio de 2005, Fondo y reparaciones.

⁴⁷ Corte IDH, *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, sentencia del 29 de abril de 2004, (Fondo); *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, sentencia del 15 de junio de 2005, Fondo y reparaciones.

⁴⁸ Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, sentencia del 31 de agosto de 2001, Fondo y reparaciones.

A pesar de ello, las autoridades nacionales otorgaron una concesión a una compañía forestal en las tierras ancestrales de la comunidad Mayagna, compuesta por 130 personas, aproximadamente.

Los atentados contra los derechos colectivos de los pueblos indígenas sobre sus tierras han dado lugar a uno de los elementos más audaces de la protección puesta en práctica en el sistema interamericano. La Corte, pionera, ha estado acompañada por los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que ha protegido también el “derecho a las tierras ancestrales” de los pueblos indígenas gracias a la combinación de los artículos 1.2 (principio de libre determinación de los pueblos) y 27 (derecho de las minorías) del citado Pacto.⁴⁹ Descartando que el derecho de propiedad se corresponda únicamente con las concepciones más tradicionales de la noción, la Corte toma en cuenta su “significado colectivo”, para interpretar los derechos de uso y disfrute de los bienes de la forma más acorde con la especificidad cultural de cada pueblo.⁵⁰ La relación entre los indígenas y sus tierras se inscribe en una dimensión intertemporal,⁵¹ ya que su título proviene de un pasado muy lejano y está destinado a las generaciones futuras.

En este contexto —en el cual ha tomado las riendas para supervisar la buena puesta en marcha de numerosas disposiciones constitucionales en materia de “pluralismo jurídico”— era natural que la Corte se pronunciara al fin y al cabo acerca de los derechos políticos (artículo 23) de las comunidades indígenas, más peculiarmente sobre el derecho a la participación política en procesos de elección de autoridades. Así, el Tribunal ha señalado que los miembros de pueblos indígenas y tribales deben poder integrarse a las instituciones y órganos estatales, y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos. De esta manera, no se puede exigir su participación política a través de partidos políticos, ya que se trata de una forma de organización que no les es propia. Ello supone que puedan participar “desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización”.⁵² Por otro lado,

⁴⁹ Sobre todo en lo que concierne a los derechos en Chile de los Mapuches, Huilliches, Rapas, Aymaras y Atacameños (Comité DH, 15 de marzo de 2007, Chile, CCPR/C/CHL/CO/5/CRP1).

⁵⁰ Corte IDH, *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia del 29 de marzo de 2006, Fondo y reparaciones, párr. 120.

⁵¹ Según la expresión utilizada por los jueces Cançado Trindade, Pacheco Gómez y Abreu Burelli en Corte IDH, *Mayagna Tingni vs. Nicaragua*, voto concordante, párrs. 8 y 9.

⁵² Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua*, sentencia del 23 de junio de 2005, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, párrs. 194-195, 201-202, 218-219, 220, 223-226.

la Corte ha declarado la responsabilidad del Estado por violación a los derechos políticos, al verificar que una comunidad indígena quedó privada de la representación de uno de sus líderes,⁵³ impidiendo así el acceso al ejercicio pleno de la participación directa de éste en las estructuras del Estado, donde “la representación de grupos en situaciones de desigualdad resultaba ser un prerequisite necesario para la realización de aspectos fundamentales como la inclusión, la autodeterminación y el desarrollo de las comunidades indígenas dentro de un Estado plural y democrático”.⁵⁴

IV. EL CONTROL DE LA PROTECCIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Quizás el elemento más pertinente en la materia para considerar que la Corte Interamericana actúa como tribunal constitucional es que su tarea principal, cuando no exclusiva, consiste en interpretar y aplicar los derechos fundamentales protegidos por la Convención Americana y los demás tratados bajo su competencia. Se trata de un “bloque de convencionalidad” que se tiene que interpretar de modo similar al famoso “bloque de constitucionalidad” que muchos ordenamientos constitucionales conocen, aunque con diferencias históricas y, por ende, de contenido y manejo. Los estudios que se pueden encontrar en la bibliografía científica y que han equiparado al TEDH con un tribunal constitucional, insisten todos, sin excepción, sobre este aspecto, el más obvio. Los catálogos de derechos son relativamente similares y la función en este contexto de los tribunales es equivalente: salvaguardar los derechos de los seres humanos.

Sin embargo, debemos advertir inmediatamente que hay un elemento técnico que no se puede evacuar y que otorga a esta afirmación una dimensión ligeramente atenuada. Hoy en día, sabemos todos que la jurisdicción de la Corte IDH sigue siendo facultativa y que no es obligatoria, a tal punto que dos Estados (Trinidad y Tobago en 1998 y Venezuela en 2012) han denunciado la competencia de la Corte IDH como consecuencia de la denuncia de la Convención Americana. El hecho de que la jurisdicción de la Corte Interamericana no sea (todavía) obligatoria es un elemento negativo

⁵³ Corte IDH, *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, sentencia del 25 de mayo de 2010, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, párr. 108.

⁵⁴ *Ibidem*, párr. 113.

que demuestra las dificultades de una comparación “técnica”, cuando cada uno de los elementos procesales se analizan uno después de otro...⁵⁵

Con esta salvedad, si tomamos en consideración lo que está haciendo la Corte Interamericana con los Estados Parte, es evidente que su tarea en materia de interpretación de los derechos protegidos en el “bloque de convencionalidad” es, ni más ni menos, una función constitucional y que pone en marcha merced a técnicas interpretativas equivalentes. En ese sentido, pondré en evidencia dos elementos: el recurso a una técnicas de interpretación “abierta” de los derechos protegidos (A), y el uso del principio de proporcionalidad (B).

1. *El recurso a la “interpretación abierta”*

Tanto la Corte Interamericana como muchos tribunales constitucionales —esencialmente latinoamericanos— están “abiertos” al derecho “ajeno”, o más peculiarmente, al derecho internacional de los derechos humanos (en adelante DIDH) para interpretar su texto de referencia (la Convención Americana, la primera, y sus constituciones los segundos). Las últimas lo son merced a una multiplicidad de “cláusulas de interpretación” que les permiten referirse al DIDH como instrumento de interpretación de los textos constitucionales cuando éstos otorgan una protección menos favorable que los instrumentos internacionales. La interconexión, la interrelación entre los sistemas constitucionales y el derecho internacional de los derechos humanos es ya una realidad. El enlace sistémico pasa, en América Latina, por la presencia de “cláusulas-puente” que permiten la “apertura” de los sistemas nacionales a lo que proviene de la esfera internacional. En este sentido, se puede hablar apoyándose en los estudios de Mariela Morales Antoniazzi, de “estatalidad abierta”⁵⁶ (1). En cuanto a la Corte Intera-

⁵⁵ No podemos desconocer este elemento. En efecto, un elemento clave puesto en evidencia por Alec Stone Sweet para la equiparación del TEDH con un tribunal constitucional es justamente la jurisdicción obligatoria de este último. Como lo hemos señalado en la introducción, este elemento asociado al del acceso como tal a la jurisdicción internacional, más el de su legitimidad, podrán ser, en el futuro, objeto de desarrollos extensos.

⁵⁶ Se inspira en la materia de una fórmula típica de la dogmática alemana creada por K. Vogel. Para un muy pormenorizado y convincente análisis, véase Morales Antoniazzi, M., “La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las Constituciones suramericanas”, *Estudios Avanzados de Derechos Humanos*, São Paulo, Elsevier, 2013, pp. 178-227. Esta característica del constitucionalismo latinoamericano tendría que ser más conocida fuera de las fronteras de las Américas. Es una indudable plusvalía del constitucionalismo latinoamericano si lo comparamos con el europeo o el “occidental” entendido en un sentido amplio.

mericana, sabemos que el artículo 29 b) —al postular la importancia del principio *pro homine*—⁵⁷ induce el recurso a múltiples fuentes ajenas para interpretar la Convención Americana como un “instrumento vivo”⁵⁸ (2). El resultado de este proceso interpretativo es semejante: tanto la Convención como las constituciones nacionales se quedan “*in*”, jamás fuera de la realidad socio-política de las sociedades contemporáneas.

A. La “interpretación abierta” constitucional

Si bien algunas constituciones europeas toman en cuenta, *expressis verbis*, el derecho internacional de los derechos humanos como parámetro interpretativo de los derechos fundamentales constitucionales —basta con mencionar las importantes “cláusulas de interpretación” española (10, inciso 2, de la Constitución de 1978),⁵⁹ rumana (artículo 20, inciso 1, de la Constitución de 1991)⁶⁰ y portuguesa (artículo 16, inciso 2, de la Constitución de 1976),⁶¹ así como las secciones 2 (1) y 3 de la *Human Rights Act* de Gran

⁵⁷ Pinto, M., “El principio *pro homine*. Criterios de la hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 1997, pp. 163-171. Mónica Pinto lo define de esta manera: “El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”.

⁵⁸ Corte IDH, *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*, sentencia del 19 de noviembre de 1999, Fondo, párr. 193; *Hermanos Paquiyauri vs. Perú*, sentencia del 8 de julio 2004, párr. 165.

⁵⁹ El artículo 10, inciso 2 dispone lo siguiente: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

⁶⁰ El artículo 20, inciso 1, que se intitula (en su versión francesa) “Les traités internationaux portant sur les droits de l’homme”, dice: “Les dispositions constitutionnelles relatives aux droits et libertés des citoyens seront interprétées et appliquées en concordance avec la Déclaration universelle des droits de l’homme, avec les pactes et les autres traités auxquels la Roumanie est partie” (“Las disposiciones constitucionales relativas a los derechos y libertades de los ciudadanos serán interpretadas y aplicadas en concordancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, con los Pactos y los otros tratados de los cuales Rumania sea parte”).

⁶¹ El artículo 16 que se intitula “La extensión de los derechos”, expresa: “1. Los derechos fundamentales consagrados en la Constitución no excluyen cualesquiera otros que resulten de las leyes y de las normas aplicables de derecho internacional. 2. Los preceptos constitucio-

Bretaña,—⁶² 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,⁶³ con la excepción (notable) de la Constitución de Bosnia-Herzegovina.⁶⁴ Se sabe que en dicho Estado “la internacionalización ha

nales y legales relativos a los derechos fundamentales deberán ser interpretados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre”.

⁶² Sobre la *Human Rights Act* y el sistema británico de protección de las libertades, se reenvía aquí a la notable tesis de Aurelie Duffy que llena una laguna de la doctrina francesa, todavía muy alejada del análisis de los sistemas de common law. Véase *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni*, prefacio de G. Scoffoni et “Avant-propos” de J. Jowell, París, LGDJ-La Fondation Varenne, 2007. La HRA no otorga (ciertos juristas continentales podrían incluso agregar “todavía no”) a los tribunales británicos, incluso a la House of Lords, la posibilidad de invalidar leyes. Este elemento constituye todavía, y sin duda por largo tiempo, una diferencia radical entre el sistema constitucional británico — que todavía consagra la soberanía parlamentaria— y los sistemas constitucionales continentales. Sin embargo, los procedimientos instituidos por esta importante legislación, erigida al rango de “ley constitucional” en el importante caso *Thoburn vs. Sutherland City Council* [2002] EWHC 195, [2002] 3 WLR 247, se acercan en ciertos aspectos a los sistemas constitucionales de interpretación de los derechos fundamentales español, portugués o incluso rumano aplicando una obligación de interpretación, semejante a una “toma en cuenta” privilegiada. Si las cláusulas británicas de interpretación conforme (sección 3) y de “toma en consideración” del *corpus* convencional (sección 2(1)) no mencionan los tratados internacionales de derechos humanos en su conjunto —ya que están centradas en la sola Convención Europea y sus protocolos, mientras que los otros países (España, Rumania, Portugal) han llegado incluso a mencionar textos de *soft law*—, no es menos cierto que la lógica de la obligación es la misma. El juez debe hacer todo lo posible por interpretar el catálogo constitucional de derechos de acuerdo con el catálogo convencional de la misma manera como es interpretado por el juez de Estrasburgo.

⁶³ Es incluso lo contrario, si juzgamos a la luz de las reformas recientes en los Países Bajos, en Luxemburgo y, *last but not least*, Francia, en el marco de la implementación de la QPC. La intención de los constituyentes de estos tres países está presidida, *grosso modo*, por la misma obsesión: reubicar a la Constitución (y, por tanto, a los derechos constitucionales) en el centro de la vida política y jurisdiccional. Estos procesos, en esta época de internacionalización del derecho, son sorprendentes y marcan una desconfianza clara respecto de los derechos fundamentales tal como son reconocidos por los tratados internacionales de protección de los derechos humanos. Véase Thomassen, W., “La Constitution néerlandaise et les droits de l’homme”, *La conscience des droits. Mélanges en l’honneur de Jean-Paul Costa*, París, Dalloz, 2011, pp. 627-634.

⁶⁴ Grewe, C., “Le contrôle de constitutionnalité des lois en Bosnie-Herzégovine”, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, núm. 27, 2009, p. 33: “On sait que sa Constitution forme l’annexe 4 des Accords de Dayton, signés à Paris le 14 décembre 1995, pour mettre un terme à la guerre en ex-Yougoslavie. Ce texte très court, assorti cependant de onze annexes, se présente à la fois comme un armistice, un traité de paix ainsi qu’un règlement durable tant des institutions internes que des relations internationales” (“Se sabe que su Constitución integra el Anexo 4 de los Acuerdos de Dayton, firmados en París el 14 de diciembre de 1995, para poner fin a la guerra en la ex Yugoslavia. Este texto, muy breve, aunque acompañado de once anexos, se presenta a la vez como un armisticio, un tratado de paz, así como reglamentación duradera tanto de las instituciones internas como de las relaciones internacionales”).

parecido constituir el instrumento más eficaz para restablecer la paz y reconstruir el Estado”.⁶⁵ En este contexto, “el artículo II.2 de la Constitución hace la Convención directamente aplicable, incluso antes de la ratificación de la Convención Europea de Derechos Humanos por Bosnia-Herzegovina (.../...). La Constitución bosnia concibe esta aplicabilidad directa precisando que la Convención y sus Protocolos ‘priman sobre toda otra ley’ (‘priority over all other law’)”.⁶⁶ Lo que constituye una excepción para el continente europeo⁶⁷ simplemente es la regla en América Latina. Así, cuando se menciona el fenómeno de la internacionalización de las constituciones nacionales, se hace referencia, por regla general, al lugar que toma el derecho internacional de los derechos humanos en su seno y no esencialmente, como en Europa, a la comprensión del fenómeno integrador.

Este proceso se ha extendido en América Latina y se explica muy fácilmente. Una vez recuperada la democracia a principios de los años ochenta, era imperativo dar vuelta a la página de los regímenes autoritarios de los años sesenta y setenta que habían ubicado el continente a la cabeza de la ingeniería de lo macabro (desapariciones forzadas, ejecuciones sumarias, terrorismo de Estado transfronterizo encarnado por el funesto “Plan Cóndor”, etcétera). En tal contexto, el derecho internacional de los derechos humanos surgió como la encarnación jurídica de los valores democráticos basados sobre el respeto irreductible de la dignidad de la persona humana. Así, adoptar las constituciones modernas consistió —además de establecer jurisdicciones constitucionales y supremas a cargo de la protección de los derechos fundamentales—⁶⁸ en situar el derecho internacional de los derechos

⁶⁵ Grewe, *op. ult. cit.*, p. 35: “D’où la présence de juges internationaux dans une Cour constitutionnelle, la création d’une Chambre des droits de l’homme, la surveillance des institutions par le Haut Représentant et les références multiples, dans les Accords de Dayton ainsi que dans l’annexe 4, aux instruments internationaux, surtout ceux en matière de droits de l’homme” (“De ahí la presencia de jueces internacionales en un tribunal constitucional, la creación de una Sala de los Derechos Humanos, la vigilancia de las instituciones por el Alto Comisionado y las múltiples referencias, en los Acuerdos de Dayton, así como en el Anexo 4, a los instrumentos internacionales, sobre todo en materia de derechos humanos”).

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ Podríamos matizar esta aseveración tratándose de ciertas constituciones de las nuevas democracias en el este del continente. Sin embargo, si algunas son bastante abiertas a la “cosa internacional” (ad exemplum, los artículos 90. y 87 de la Constitución polaca de 1997), otras, a la inversa, han magnificado la soberanía largo tiempo reprimida. Las constituciones de los países bálticos son significativas a este respecto.

⁶⁸ Recordemos que América Latina fue vanguardista, ya que el recurso de amparo fue inventado en el siglo XIX en México. Sin duda, hoy en día, hay en el continente tribunales constitucionales líderes, uno de ellos es la Corte Constitucional de Colombia, conocida por su ingeniería jurídica y la calidad de sus decisiones.

humanos en lugares privilegiados en la jerarquía de normas,⁶⁹ pero también en organizar el hecho que dicho derecho pudiera primar, bajo ciertas circunstancias, sobre el derecho interno, incluso el derecho constitucional (mediante cláusulas llamadas de “prevalencia”)⁷⁰ y, por supuesto, en erigirlo en referente interpretativo de los derechos fundamentales constitucionales mediante “cláusulas de interpretación”, como por ejemplo en Colombia,⁷¹ en Perú,⁷² en Haití⁷³ o incluso, más recientemente, en la República Dominicana⁷⁴ y en México.⁷⁵ Si ciertos ordenamientos jurídicos han optado por estas soluciones de manera alternativa, otros, en cambio, las han acumulado.

⁶⁹ En Argentina, mientras que los tratados internacionales “clásicos” tienen un simple valor supralegal e infraconstitucional, se le atribuye *expressis verbis* un valor constitucional a los tratados internacionales de protección de los derechos humanos (artículo 75, inciso 22, de la Constitución de 1994).

⁷⁰ Las cláusulas de “primacía” (*primacy clause*) establecen que los tratados internacionales ratificados por los estados forman parte del orden jurídico interno y que en caso de conflicto entre el derecho nacional y los tratados internacionales, priman estos últimos. La expresión y la definición es de M. E. 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, IIDH, 2011, p. 91.

⁷¹ El artículo 93 de la Constitución colombiana del 4 de julio de 1991 dispone: “Los deberes y derechos consagrados en esta Carta se interpretarán en conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

⁷² La 4a. disposición transitoria de la Constitución peruana del 29 de diciembre de 1993 agrega la Declaración Universal: “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”.

⁷³ Es sólo a la Declaración Universal que hace referencia el artículo 19 de la Constitución haitiana del 10 de marzo de 1987: “L’État a l’impérieuse obligation de garantir le Droit à la Vie, à la Santé, au Respect de la Personne Humaine, à tous les Citoyens sans distinction, conformément à la Déclaration Universelle des Droits de l’Homme” (“El Estado tiene la imperiosa obligación de garantizar el derecho a la vida, a la salud, al respeto de la persona humana, a todos los ciudadanos sin distinción, conforme a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre”).

⁷⁴ El artículo 74, inciso 4 de la nueva Constitución de la República Dominicana del 26 de enero de 2010 establece lo siguiente: “Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución”.

⁷⁵ Luego de la reforma constitucional de junio de 2011, el nuevo tenor del artículo primero es el siguiente: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.”

Por ello, allí donde el constituyente ha acordado no solamente un valor supraconstitucional 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. Es el caso hoy en día de Bolivia y Ecuador.⁷⁶

Esta “especificidad” totalmente ejemplar del derecho internacional de los derechos humanos es el mayor rasgo característico del constitucionalismo latinoamericano;⁷⁷ sólo algunos países permanecen al margen de este vasto movimiento, como es el caso de la más grande potencia económica y política del continente —por no decir del nuevo mundo emergente— Brasil, celoso de su poder soberano.⁷⁸

Las normas relativas a derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

⁷⁶ Se destacará aquí el caso de la reciente Constitución boliviana del 25 de enero de 2009, que reconoce valor supraconstitucional a los tratados internacionales de protección de los derechos humanos —que hayan sido firmados o ratificados por Bolivia o a los cuales el Estado se haya adherido— y que acuerden una protección más favorable que las normas internas, particularmente las constitucionales (artículo 256.I). Igualmente, la Constitución prevé también una “cláusula de interpretación” de los derechos constitucionales a la luz de los derechos reconocidos por los tratados internacionales cuando ellos “prevén normas más favorables” (artículo 256.II). Los textos originales son reproducidos a continuación: Artículo 256.I: “Los tratados e instrumentos internacionales 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”; Artículo 256.II: “Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables”.

Igualmente, el caso ecuatoriano es interesante, ya que la Constitución del 20 de octubre de 2008 concede a los tratados internacionales de protección de los derechos un valor supraconstitucional (artículo 424, segunda frase) y prevé una “cláusula de apertura” (artículo 417): “Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a los establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”.

⁷⁷ Brewer-Carías, A. R., *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of Amparo Proceedings*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009.

⁷⁸ Brasil es celoso de su soberanía política, jurídica y económica. Eso repercute a nivel de la Constitución y de la interpretación de la misma por parte del Tribunal Supremo Federal,

La Corte Interamericana, desde los comienzos de su actividad, ha desarrollado el mismo tipo de interpretación abierta, merced al famosísimo artículo 29, inciso b) de la Convención Americana.

B. La “interpretación abierta” convencional⁷⁹

La Corte Interamericana ubica sistemáticamente la Convención no solamente en el “*corpus juris*” interamericano, sino igualmente en lo que llama “*corpus juris* internacional”.⁸⁰ En otras palabras, allí donde la Corte europea habla de “consenso europeo” o —en algunas ocasiones— de “consenso in-

de tendencia muy conservadora. Para un trabajo notable sobre esta importante jurisdicción constitucional, reenviamos a la tesis de Thomas Passos Martins, *La Cour Suprême du Brésil et l’Etat démocratique de droit*, Montpellier, Universidad de Montpellier, 2012, p. 544 (director de tesis: Dominique Rousseau).

⁷⁹ Desarrollo los rasgos claves de este método utilizado por la Corte IDH en un artículo en prensa y mucho más detallado, “Los métodos de interpretación de la Corte IDH: contexto, técnicas y consecuencias”.

⁸⁰ Este fenómeno concierne hoy en día todos los tipos de jurisdicciones que “usan” fuentes ajenas para rendir justicia “en connaissance de cause”. En el ámbito interno, las Cortes Supremas —que pueden ser al mismo tiempo Cortes Constitucionales— conocen esta temática a través el fenómeno del “diálogo de los jueces”. Sobre este muy importante tema, ver el muy completo análisis de J. García Roca, “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 183-224. En la misma línea de estudio, véase Bustos Gisbert, R., “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, mayo-agosto 2012, pp. 13-63; Burgorgue-Larsen, L., “La formación de un Derecho Constitucional europeo a través del diálogo judicial”, en Ugartemendía Ezeizabarrena, J. I., G. Jáuregui Bereciartu (coords.), *Derecho constitucional europeo (Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas españoles (4-6 de febrero de 2010))*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, pp.41-76. Para tener una visión del tema de los países de *common law*, véase Sanders, S., “Judicial Dialogue in Common Law Countries”, *Renouveau du droit constitutionnel. Hommage à Louis Favoreu*, París, Dalloz, 2007, pp. 413-428. Para una visión “continental”, Maus, D., “Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des Cours constitutionnelles”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 80, 2009, pp. 675-696. Ciertos autores critican este uso de un concepto que consideran “flojo” y que en realidad no es más, para ellos, que la conceptualización contemporánea de un sencillo uso del derecho comparado; en este sentido véase Vergottini, G. de, *Más allá del diálogo judicial entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2011.

En este panorama —donde todo tipo de jurisdicciones “dialogan”— hay que mencionar dos sumamente famosas excepciones: la del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) —que no cita a la jurisprudencia que no es suya; ver el artículo de M. Forteau, quien legitima tal actitud, “La Cour internationale de justice et les systèmes régionaux. Plaidoyer pour le pluralisme désordonné”, en Dubout, E. y S. Touzé (dirs.), *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systèmes juridiques*, París, Pedone, 2010, pp. 39-64— y la de la Corte Suprema de los Estados Unidos; para una presentación en castellano del debate en los Estados Unidos véase Legarre,

ternacional,” la Corte Interamericana prefiere expresiones de “*corpus juris*”, bien sea latinoamericano o internacional.⁸¹

A pesar de que la terminología difiere, la técnica es idéntica: esta interpretación “diáfana” de la Convención Americana se encuentra conforme con la aproximación “cosmopolita” dada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁸² La Corte de San José utiliza al mismo tiempo tanto el derecho internacional exigible⁸³ como el *soft law*;⁸⁴ la jurisprudencia internacional (universal, penal,⁸⁵ regional) como la jurisprudencia de las jurisdicciones

S., C. Orrego, “Los usos del derecho constitucional comparado y la universalidad de los derechos humanos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, enero-abril 2010, pp. 11-37.

⁸¹ Esto no quiere decir que la expresión de “consensos” sea totalmente inexistente (ver por ejemplo, CIDH, *Claude Reyes vs. Chile*, sentencia de 19 septiembre 2009, Fondo y reparaciones, párr. 78), pero su uso es extraño.

⁸² Véase sobre este punto Burgogue-Larsen, L., “Interpreting the European Convention: What Can the African Human Rights System Learn from the Case of the European Court of Human Rights on the Interpretation of the European Convention?”, *Inter-American and European Human Rights Journal*, vol. 5, 2012, pp. 90-123.

⁸³ Los tratados internacionales citados son frecuentemente tratados en vigor (ad ex. Convenio núm. 169 de la OIT, los Pactos Internacionales de 1966, la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño de 1989, etcétera); esta situación no le impide a la Corte su utilización, incluso cuando el Estado defensor no los ha ratificado. En todo caso, los últimos fallos demuestran que la Corte se ha empeñado en demostrar la ratificación por el Estado defensor de los tratados internacionales utilizados.

⁸⁴ En el caso Humberto Sánchez, la Corte utiliza el “Protocolo de Minnesota” (Doc. NU E/ST/CSDHA/12, 1991), con el fin de determinar el alcance de la obligación estatal de realizar una investigación seria, imparcial y efectiva en materia de ejecuciones extra-judiciales (Corte IDH, *Humberto Sánchez vs. Honduras*, sentencia de 7 junio 2003, Fondo, párr. 127). En el mismo sentido, se pronuncia sobre la obligación estatal en cuanto a los enfermos mentales. Por ello, utiliza una resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas proclamando los principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la salud mental (Doc NU A/46/49 [1991], Corte IDH, *Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentencia de 4 julio 2006, Fondo y reparaciones, párr. 128.

⁸⁵ La jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia acerca de la prohibición de la tortura como norma de *jus cogens* (TPIY, 10 de diciembre de 1998, *Procureur c. Furundzija*) ha sido utilizada por la Corte IDH a partir del caso Maritzia Urrutia (Corte IDH, *Maritzia Urrutia vs. Guatemala*, sentencia de 27 de noviembre de 2003, Fondo y Reparaciones, párr. 92), confirmado varias veces y mezclado con otras referencias internacionales, tal como la propia jurisprudencia del TEDH en la materia (TEDH, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, sentencia del 21 de noviembre de 2001), en los asuntos *Caesar* (Corte IDH, *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, sentencia del 11 de marzo de 2005, Fondo y reparaciones, párr. 70), *Bueno Alves* (Corte IDH, *Bueno Alves vs. Argentina*, sentencia del 11 de mayo de 2007, Fondo y reparaciones, párrs. 76-77), *Bayarri* (Corte IDH, *Bayarri vs. Argentina*, sentencia de 30 de octubre de 2008, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, párr. 81, nota 70).

internas (emanadas del continente americano⁸⁶ o de fuera del mismo); la doctrina de los comités convencionales (interamericano como universales)⁸⁷ como las reglas de buena conducta en los campos particulares (como por ejemplo en materia de medicina legal). Es cierto que estamos lejos de los límites fijados por el artículo 31.3 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados que se refiere a todo “acuerdo” o “práctica” ulterior o a toda “regla pertinente acordada entre las partes”...⁸⁸

Esta amplitud a múltiples referentes exteriores tiene como objetivo principal interpretar tanto el contenido como el alcance de los derechos

⁸⁶ Es necesario subrayar que, desde hace algunos años, la puesta en funcionamiento de una verdadera “teoría del control de convencionalidad”, véase infra— ha permitido a la Corte valorar especialmente el derecho constitucional de los Estados Parte de la OEA y, más específicamente, la jurisprudencia de los tribunales constitucionales. Estas referencias recurrentes a decisiones nacionales —que son todo el tiempo combinadas con referencias a los tratados internacionales— tienen, a mi juicio, dos tipos de objetivos, además de ser una manera de legitimar la aproximación. El primero consiste en valorizar la existencia de un patrimonio común latinoamericano, mientras que el segundo consiste en desarrollar un diálogo fructífero con los jueces nacionales.

⁸⁷ CIDH, *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012, Fondo y reparación, párr. 81.

⁸⁸ En cuanto a una virulenta crítica de la superación de las reglas fijadas por la Convención de Viena, véase Neuman, G. L., “Import, Export and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, *European Journal of International Law*, vol. 19, 2008, pp. 101-123 *contra* Lixinski, L., “Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 21, 2010, pp. 585-604. El mismo tipo de divisiones doctrinales existen en lo que refiere al uso de fuentes “externas” por el TEDH. Los autores críticos son, entre otros y en la bibliografía francófona, Flauss, J.-F., “Actualité de la Convention européenne des droits de l’homme (septembre 2008-février 2009)”, *AJDA*, 2009, p. 872; Wachsmann, P., “Réflexions sur l’interprétation ‘globalisante’ de la Convention européenne des droits de l’homme”, *La conscience des droits. Mélanges en l’honneur de Jean-Paul Costa*, París, Dalloz, 2011, pp. 667-676. Para una crítica que va mas allá del ámbito europeo, Rozenkrantz, C., “Against Borrowings and Nonauthoritative Use of Foreign Law”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, 2003, pp. 269-295; Law, D., W. Chang, “The Limits of Global Judicial Dialogue”, *Washington Law Review*, vol. 86, 2011, pp. 523-577. Entre los autores partidarios de tal apertura al derecho “externo”, véase Tulkens, F., S. Van Drooghenbroek, “Le soft law des droits de l’homme est-il vraiment si soft? Les développements de la pratique interprétative récente de la Cour européenne des droits de l’homme”, en *Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 505-526; Burgorgue-Larsen, L., “Le destin judiciaire strasbourgeois de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne. Vices et vertus du cosmopolitisme normatif”, en *Chemins d’Europe. Mélanges en l’honneur de Jean-Paul Jacqué*, París, Dalloz, 2010, pp. 145-173; “La internacionalización del diálogo de los jueces”, en Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundap, 2012, pp. 33-62; *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, Mexico, Porrúa, 2013.

garantizados por la Convención. La Corte lo afirmó claramente tratándose del artículo 19 relativo a los derechos del niño: “Tanto la convención Americana como la Convención de los Derechos del Niño son parte de un amplio *corpus iuris* internacional para la protección de los niños que coadyuva a la Corte en el establecimiento del contenido y alcance del artículo 19 de la Convención Americana”.⁸⁹ A pesar que tal *dictum* no se encuentra sistemáticamente en la jurisprudencia, la interpretación dada por la Corte tiene los mismos efectos jurídicos.

Delimitar el contenido de un derecho pasa tanto por la definición de nociones indefinidas⁹⁰ como por el descubrimiento de una o varias dimensiones o categorías en el ámbito del derecho analizado. Identificar el alcance de un derecho es la otra faceta de la interpretación evolutiva que se caracteriza por tomar en consideración ciertos contextos específicos en el continente americano. La idea importante en este aspecto sobre la cual debe insistirse es la de la efectividad. La Corte trata de realizar lo que está a su alcance para que los derechos consagrados en el texto convencional tengan una realización concreta y efectiva en el contexto complejo y violento de la realidad latinoamericana. En una palabra, el uso en demasía de la teoría del efecto útil. Así, el alcance del derecho a la propiedad (artículo 21), del derecho de circular (artículo 22) o del derecho a la vida (artículo 4o.) ha sido establecida en el contexto de los “conflictos armados internos” merced a la utilización, como instrumentos interpretativos, de los principios del derecho internacional humanitario.⁹¹ La especificidad latinoamericana no está sistemáticamente en el origen de la determinación del alcance de un derecho. El derecho a la intimidad o vida privada (artículo 11, derecho a la intimidad) es significativo en ese sentido. Se asiste en la jurisprudencia de la Corte de San José a una ampliación consecuencial del contenido del derecho y, por ende, el referente exterior utiliza ni más ni menos aquel emanado de la jurisprudencia del Tribunal Europeo que, gracias a la dilución del concepto de vida privada, ha sido llevada a integrar numerosos elementos. El párrafo 143 de la sentencia emitida en el Caso Fecundación in Vitro⁹² es significativo en

⁸⁹ Corte IDH, Villagrán Morales y otros vs. Guatemala (“niños de la calle”), sentencia del 19 de noviembre de 1999, Fondo, párr. 166.

⁹⁰ Así, las de “niño” (artículo 19), de tortura (artículo 5o.), de propiedad (artículo 21), de discriminación (artículo 1o., inciso 1).

⁹¹ Burgogue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A., “War in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, vol. 33, February 2011, pp. 148-174.

⁹² Corte IDH, *Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) vs. Costa Rica*, sentencia del 28 de noviembre de 2012, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, párrs. 163-264.

ese sentido: demuestra no solamente la extensión del alcance del derecho, sino que al mismo tiempo importa nociones como autonomía y desarrollo personal.⁹³

2. *El recurso al principio de proporcionalidad*

El principio de proporcionalidad es una de las estrellas conceptuales de la dogmática alemana. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Karlsruhe lo ha atado definitivamente a la protección de los derechos fundamentales para prohibir todo tipo de acción pública “excesiva”.⁹⁴ No existe un solo un juez que no lo use, inclusive en países en principio ajenos a la cultura de los “derechos fundamentales”, como Francia.⁹⁵ “En esencia,

⁹³ *Ibidem*, párr. 143: “El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico”.

⁹⁴ La bibliografía acerca de este principio es muy extensa. Citaremos únicamente unas referencias bastante recientes. El artículo de R. Arnold, J-I. Martínez Estay, F. Zuñiga Urbina, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional”, *Estudios Constitucionales*, año 10, núm. 1, 2012, pp. 65-115, es muy interesante ya que presenta una visión bastante amplia del uso del principio por el Tribunal Constitucional alemán hasta los dos tribunales europeos (TJUE y TEDH), la Corte interamericana y, por fin, el Tribunal Constitucional chileno.

⁹⁵ El fenómeno de las migraciones de los conceptos y de los principios toma a veces vías originales. Para un estudio acerca de la manera en la cual los principios alemanes (como el de la proporcionalidad) han sido importados en Francia a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase Grewe, C., “Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français : le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, *Revue Universelle des Droits de L’homme*, vol. 16, 2004, pp. 26-32. De manera más general, acerca de la influencia sobre el sistema jurídico francés de los conceptos de “libertades públicas” y de “derecho fundamental”, véase Burgorgue-Larsen,

(...) apunta a la interdicción de actuaciones o intervenciones excesivas por parte de los poderes públicos”.⁹⁶

Este principio en la actualidad ha integrado todos los ordenamientos jurisdiccionales nacionales como internacionales. Los tribunales constitucionales, bien sean europeos o latinoamericanos, lo usan —adaptándolo a las características de su entorno constitucional—⁹⁷ y, como se podía prever, la Corte Interamericana lo maneja también. En efecto, si tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁹⁸ como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹⁹ lo han integrado en su *ratio decidendi* para evaluar la necesidad de las acciones de los poderes públicos, ¿por qué la Corte Interamericana quedaría al margen de este proceso? La adecuación de los medios utilizados para perseguir un fin legítimo está siempre en el centro de su escrutinio, y lo ha estado desde los primeros momentos de su actividad, o sea, desde su función consultiva. En la Opinión Consultiva 5/85,¹⁰⁰ que puso énfasis en este principio relacionándolo con la fórmula “necesaria en una sociedad democrática” —que, como sabemos, está presente únicamente en tres artículos de la Convención en materia de derecho de reunión (artículo 15), de libertad de asociación (artículo 16), y de derecho de circulación y de residencia (artículo 22). Los párrafos 45 y 46 de la opinión consultiva son emblemáticos tanto por el uso de la proporcionalidad como por el uso del referente europeo

L., “Les concepts de liberté publique et droit fondamental”, en Auby, J-B. (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 389-407.

⁹⁶ Arnold, Martínez Estay y Zuñiga Urbina, “El principio de proporcionalidad...”, *cit.*, *supra* nota 94, p. 68.

⁹⁷ Carbonell, M. (dir.), *El principio de proporcionalidad en la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008; Clérico, L., *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, UBA (Facultad de Derecho)-Eudeba, 2009; Philippe, X., *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives françaises*, Paris, Economica, 1990; Xynopoulos, G., *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, Paris, LGDJ, 1996; Stone Sweet, A. y J. Mathews, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 47, 2008, pp. 74-165.

⁹⁸ Para una sentencia histórica, TJUE, 17 de julio de 1970, Internationale Handelsgesellschaft aff.11/70, Recuei,l p.1125.

⁹⁹ Berger, V., “Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour européenne des droits de l’homme”, *Les Petites Affiches*, núm. 46, 2009, pp. 40-45; Christoffersen, J., *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

¹⁰⁰ Corte IDH, Colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva del 13 de noviembre de 1985, solicitada por el gobierno de Costa Rica.

para llegar a aquella utilización.¹⁰¹ La Opinión Consulta número 7 confirmó la necesaria importancia de la proporcionalidad en el sistema interamericano. A partir de aquel entonces, la jurisprudencia contenciosa de la Corte se impregnó de este principio, fundamental a la hora de examinar la necesidad de todo tipo de acción pública. El campo privilegiado de tal uso fue y sigue siendo el derecho a la libertad de expresión¹⁰² —sobre todo cuando choca con otros derechos, como el derecho al honor o a la vida privada, y está en juego la penalización de ciertas opiniones o informaciones.¹⁰³

¹⁰¹ Aquí vienen estos dos párrafos importantes de la OC núm. 5: “45. La forma como está redactado el artículo 13 de la Convención Americana difiere muy significativamente del artículo 10 de la Convención Europea, que está formulado en términos muy generales. En este último, sin una mención específica a lo ‘necesari(o) en una sociedad democrática’, habría sido muy difícil delimitar la larga lista de restricciones autorizadas. En realidad, el artículo 13 de la Convención Americana al que sirvió de modelo en parte el artículo 19 del Pacto, contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que el mismo Pacto, sólo sea porque éste no prohíbe expresamente la censura previa. 46. Es importante destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que ‘necesarias’, sin ser sinónimo de ‘indispensables’, implica la existencia de una ‘necesidad social imperiosa’ y que para que una restricción sea ‘necesaria’ no es suficiente demostrar que sea ‘útil’, ‘razonable’ u ‘oportuna’ (Eur. Court H. R., *The Sunday Times case*, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párr. no. 59, págs. 35-36). Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la ‘necesidad’ y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo (*The Sunday Times case*, supra, párr. no. 62, pág. 38; ver también Eur. Court H. R., *Barthold judgment* of 25 March 1985, Series A no. 90, párr. no. 59, pág. 26)”.

¹⁰² Remitimos a la muy buena tesis de F. Barbosa, *El margen de apreciación y sus límites en la libertad de expresión: análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012. Ver igualmente, Nogueira Alcalá, H., “El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión”, *Estudios constitucionales*, año 9, núm. 1, 2011, pp. 119-156.

¹⁰³ La sentencia *Kimel vs. Argentina* (Corte IDH, sentencia del 2 de mayo de 2008, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones) es reveladora de estos tipos de confrontación, puesta también en evidencia en las dos opiniones separadas de los jueces García Sayán y García Ramírez, opuestas en el tema; ver nuestros desarrollos en Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A., *The Inter-American Court of Human Rights, Case Law and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 529-535; Grossman, C., “Challenges to Freedom

Lo interesante sin embargo, es descubrir que la Corte no ha ceñido el uso de la proporcionalidad sólo al ámbito de la libertad de expresión. Así, tanto en materia de la libertad personal (artículo 7), de garantías judiciales (artículo 8), de derecho de circulación y de residencia (artículo 22), de derechos políticos (artículo 23), de protección judicial (artículo 25),¹⁰⁴ y, *last but not least*, el derecho a la propiedad en el contexto indígena (artículo 21), la Corte Interamericana ha activado lo que llama el “juicio de proporcionalidad”. En este último contexto, hay que precisar que la propiedad indígena-tribal sobre los territorios no se sustenta en el “reconocimiento oficial del Estado, sino en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos”, de manera que los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales, “existen sin un título formal de propiedad”.¹⁰⁵ En cuanto a la acreditación del dominio sobre la tierra, la Corte —tomando como referencia el propio derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y tribales—¹⁰⁶ ha derivado la obligación estatal de reconocer el derecho sobre dichas tierras; adoptar medidas para su respectivo registro, y garantizar su goce efectivo mediante la delimitación, demarcación y titulación, evidenciando que no se trata de un “reconocimiento meramente abstracto o jurídico”. Sin embargo, frente a los casos en que las tierras comunales se encuentren en manos de terceros que actuaron de buena fe, la jurisprudencia de la Corte desarrolló el derecho de reivindicación o restitución de las tierras, en aplicación del denominado “juicio de proporcionalidad”.¹⁰⁷ De esta manera, un caso puede exigir el pago de la justa indemnización para el perjudicado tercero de buena fe o, por el contrario, el reasentamiento de los miembros de los pueblos indígenas o tribales en tierras alternativas, contando con el consenso de éstos en un proceso que respete sus valores, usos y derecho consuetudinario.¹⁰⁸

of Expression within the Inter-American System: A Jurisprudential Analysis”, *Human Rights Quarterly*, vol. 34, 2012, pp. 361-403.

¹⁰⁴ Arnold, Martínez Estay y Zuñiga Urbina, “El principio de proporcionalidad...”, *cit.*, *supra* nota 94, p. 78.

¹⁰⁵ Corte IDH, *Mayagna-Awas Tingni*, *cit.*, párr. 151.

¹⁰⁶ *Ibidem*, párr. 151.

¹⁰⁷ Corte IDH, *Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia del 17 de junio de 2005, Fondo y reparaciones, párr. 144; Corte IDH, *Xákmok Kásek vs. Paraguay*, sentencia del 24 de agosto de 2010, Fondo y reparaciones, párrs. 111, 116.

¹⁰⁸ Corte IDH, *Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia del 17 de junio de 2005, Fondo y reparaciones, párr. 151; Corte IDH *Xákmok Kásek vs. Paraguay*, sentencia del 24 de agosto de 2010, Fondo y reparaciones, párrs. 117-121, 286. Vease Estupiñan Silva, R. y J. M. Ibáñez Rivas, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales*, comunicación presentada en Valdivia el 11 de abril de 2013.

A este propósito, es idóneo remitirnos a los trabajos de Laura Clérico, quien desarrolla un esquema conceptual, creando una *summa divisio* entre la proporcionalidad — que yo llamaría “clásica”— que entra en juego para evaluar la acción excesiva del Estado cuando dos “derechos-principios” (o sea, los derechos susceptibles de limitaciones) chocan entre sí (libertad de expresión/derecho al honor) y la proporcionalidad que mide la carencia del Estado.¹⁰⁹ La jurista argentina pone de relieve que la jurisprudencia de la Corte Interamericana, si bien usa la acepción clásica de la proporcionalidad como prohibición del exceso estatal, también utiliza lo que llama la prohibición por omisión o insuficiencia. Es al analizar el contencioso relativo a los niños (Caso Villagrán Morales) y a las comunidades indígenas (Yakye Axa, Sawhoyamaya, Xakmok Kásek) que considera clave poner en evidencia que la jurisprudencia interamericana enfatiza la necesaria “protección adecuada” que tiene que generar eficacia y medidas positivas. Este enfoque no solamente nos permite tener un cuadro analítico interesante para revisar el contencioso interamericano, sino que demuestra en sí mismo el uso de una técnica sumamente “clave” para cualquier tribunal constitucional. Una vez más, la comparación “Corte IDH-Tribunal constitucional” funciona perfectamente, pues lo que está en juego son los derechos fundamentales.

V. PERSPECTIVAS

Pensar la Corte Interamericana como tribunal constitucional no es una fantasía. La analogía entre la Corte de protección regional de los derechos humanos en el Hemisferio Sur y los tribunales constitucionales tiene sentido aún tomando, como hice en este artículo, una perspectiva “estrecha”, por no decir técnica, al comparar las funciones de los tribunales constitucionales y no los textos de referencia (constituciones y Convención Americana) que consagran los derechos fundamentales como tales —como la bibliografía relativa al proceso de “constitucionalización del derecho internacional” hubiera podido hacer. Esta perspectiva funcionalista, más que material, ha permitido poner de relieve los puntos comunes como los pocos que, todavía,

¹⁰⁹ Clérico, L., “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Capaldo, G. et al. (coords.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba-Fundación Humboldt, 2012, pp. 199-219.

permanecen diferentes. Al final, nos damos cuenta del rol clave de la Corte Interamericana, que permite transformar y mejorar las jóvenes democracias latinoamericanas, las cuales han terminado con la época negra de las dictaduras. Sin lugar a dudas, la Corte Interamericana participa de manera continua, como cualquier tribunal constitucional, en la edificación de los estados de derecho latinoamericanos.

LA “NAVEGACIÓN AMERICANA” DE LOS DERECHOS HUMANOS: HACIA UN *IUS COMMUNE*

Sergio GARCÍA RAMÍREZ*

SUMARIO: I. *Un objetivo y un itinerario.* II. *Los elementos del Sistema Interamericano.* III. *Espacio político y espacio judicial.* IV. *Democracia y factores de cambio.* V. *Las “miradas” sobre la navegación americana.* VI. *Autoritarismo y proyecto democrático.* VII. *Los puentes entre el derecho interno y el DIDH.* VIII. *La misión del juzgador.* IX. *Los grandes temas para el ius commune.*

I. UN OBJETIVO Y UN ITINERARIO

Este artículo, que aloja un tema previamente expuesto en otras reflexiones,¹ se suma al esfuerzo colectivo por avanzar en la ruta del *ius commune* latinoamericano relativo a los derechos humanos, tarea que ha ganado voluntades y territorios en los últimos años. Hoy existe una circunstancia favorable a esta marcha —pese a los infinitos obstáculos que tradicionalmente ha enfrentado—, que se manifiesta en sendas reformas normativas, giros jurisprudenciales, políticas públicas emergentes y atenciones académicas.² De ahí que poda-

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e investigador nacional emérito. Exjuez y expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Con la colaboración de Eréndira Nohemí Ramos Vázquez, asistente de investigación en el Sistema Nacional de Investigadores (SNI).

¹ La más cercana, de la que deriva el texto actual, fue la exposición del autor en la conferencia inaugural con la misma designación de este artículo del Seminario Internacional *Ius Constitutionale Commune en los Derechos Humanos en América Latina. Sus objetivos*, el 20 de noviembre de 2013, en el Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg, Alemania).

² Mencionaré, sólo por vía de ejemplo, que en los dos meses anteriores a la elaboración del presente trabajo, hubo en México diversas expresiones de atención política y académica hacia el tema central que ahora interesa, los derechos humanos. Fueron la Reunión de la Red de Organizaciones Nacionales de Protección de los Países Americanos (octubre de 2013); el período extraordinario de sesiones —y los encuentros académicos conexos— de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (por segunda vez; la primera fue en 2005, también en

mos aludir con buen fundamento al asunto que anuncia el título del artículo, al que adelante me referiré con mayor detalle: una “navegación americana” en el derrotero de los derechos humanos.

Han transcurrido veinte años desde que se reunió la Conferencia Mundial de Derechos Humanos,³ que produjo documentos fundamentales para esta materia —una Declaración y un Programa que concentraron el pensamiento y los propósitos de la humanidad en 1993.⁴ Entonces manifestó el secretario general de Naciones Unidas, Boutros-Boutros Ghali, que esa conferencia constituía “uno de esos momentos raros y esenciales en que toda la comunidad de los Estados se halla bajo la mirada del mundo”.⁵ Esa mirada no ha cesado: se tiende sobre los progresos, pero también sobre los tropiezos y los retrocesos. Está en vigilia. Observa las afirmaciones y las negaciones. Mantiene la atención en torno a las deliberaciones y las tensiones que se advierten dondequiera, América incluida.⁶

El examen de estas cuestiones conduce inmediatamente tanto al abordaje de un binomio inescindible: derechos humanos y democracia, como a la revisión del itinerario que hemos desarrollado —mujeres y hombres de América, Estados y sociedad civil, es decir, pueblos americanos— para alcanzar, como quien se orienta hacia la “tierra prometida”, los extremos de aquel binomio. Derechos humanos y democracia se reclaman y condicionan mutuamente; lo que ocurre en un extremo repercute en el otro, como que son caras de una sola medalla.⁷ En la normativa interamericana de los

la Ciudad de México; *cf.* Saavedra Alessandri, Pablo y Gabriela Pacheco Arias, “Las sesiones ‘itinerantes’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar por América”, en García Ramírez, Sergio y Mireya Castañeda (coords.), *Recepción nacional del Derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas)-Secretaría de Relaciones Exteriores-Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009, pp. 37 y siguientes), y las XIV Jornadas sobre Justicia Penal del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, del 3 al 6 de diciembre de 2013, acerca de los “Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos. Influencia y repercusión en la justicia penal”.

³ *Cfr.* ONU, *Conferencia mundial de derechos humanos. Declaración y programa de acción de Viena. Junio 1993*, New York, Naciones Unidas, 1995.

⁴ Adoptados por consenso de los representantes de 171 Estados, el 25 de junio de 1993, y aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 48/121 del mismo año. *Cfr. ibidem*, p. 1.

⁵ *Cfr. ibidem*, p. 5.

⁶ *Cfr.* un comentario general acerca de la evolución reciente del Sistema Interamericano, la relación entre órganos políticos y de derechos humanos de la Organización de los Estados Americanos y el debate sobre reformas en esta materia, en González Morales, Felipe, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 61 y siguientes.

⁷ Este reconocimiento es constante y generalizado. Mencionemos, así, la Carta Democrática Interamericana, aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Esta-

derechos humanos y en los pronunciamientos de la jurisprudencia regional es constante la referencia al marco de la sociedad democrática, en la que legalidad y legitimidad se hallan indisolublemente vinculadas.⁸ Estas referencias ilustran y confieren rumbo y contenido al *ius commune* interamericano.

También me referí al itinerario que hemos venido cumpliendo y que caracteriza los afanes del orden interamericano, sus pasos —adelante, confiamos— y sus estaciones. En este punto aludo, sobre todo, a “nuestra América”, conforme a la expresión martiana:⁹ el conjunto de repúblicas identificadas por elementos históricos y culturalmente compartidos (en su mayoría), que han desenvuelto su travesía a partir de circunstancias comunes (en amplia medida) y con el mismo (supuesto) puerto de arribo. Me he permitido utilizar con frecuencia esta figura “náutica”, que considero ilustrativa¹⁰ y que permite deslindar las tareas mundiales de los cuidados regionales e inclusive nacionales: distinguir, pues, entre los datos generales y los datos particulares, comunicados entre sí por anhelos, empeños y propósitos que confieren coherencia al conjunto.

Lo que llamo navegaciones “regionales”, como son los casos notorios de la europea,¹¹ la americana y la africana —y pudieran ser las navegaciones

dos Americanos el 11 de septiembre de 2001 (misma fecha de los trágicos atentados terroristas en Washington y Nueva York), en cuyos considerandos se reafirma que “la promoción y protección de los derechos humanos es condición fundamental para la existencia de una sociedad democrática”, y se reitera que “la democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos (...)”.

⁸ La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) se refiere a los derechos y garantías derivados “de la forma democrática representativa de gobierno” (artículo 29, c) y a la correlación entre derechos y deberes “en una sociedad democrática” (artículo 32). La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) puntualizó que en una sociedad democrática, legalidad y legitimidad se hallan inseparablemente vinculados; las enlaza el bien común. *Cfr. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85*, del 13 de noviembre de 1985.

⁹ *Cfr. Martí, José, “Nuestra América”, La Revista Ilustrada*, de Nueva York, del 10 de enero de 1891, y *El Partido Liberal*, de México, del 30 de enero de 1891. Para una revisión de este tema en la producción martiana, *cf. Martí, José, Nuestra América*, Caracas, Fundación Biblioteca Ayacucho, 2005.

¹⁰ *Cfr. García Ramírez, Sergio, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la pena de muerte”, en Muñoz Aunión, Antonio (coord.), Por la abolición universal de la pena de muerte*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, p. 229; García Ramírez, Sergio, *Control judicial de convencionalidad*, I, Aguascaliente, Poder Judicial del Estado de Aguascalientes, 2012; “El control judicial interno de convencionalidad”, *Revista IUS*, México, vol. 5, núm. 28, julio-diciembre, 2011, consultable en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-21472011000200007&script=sci_arttext.

¹¹ Que se manifiesta en la “construcción de Europa”, nada menos. *Cfr. García Roca, Javier y Pablo Antonio Fernández Sánchez, “Prefacio” a Integración europea a través de derechos*

que aguardan—, tiene que ver con experiencias, necesidades, posibilidades, expectativas, “vientos” (apacibles o cruzados), tiempos e instrumentos, que imponen el signo de lo particular sin negar —antes bien, afirmando— el signo de lo general. Existe una navegación europea, la primera en aparecer formalmente,¹² en la que hoy figuran 47 protagonistas nacionales, incorporados paulatinamente,¹³ que abarca a 800 millones de seres humanos, ha enviado “señales orientadoras” a otras navegaciones y cuenta con algunos medios “tácticos” que preservan la gran estrategia: así, el margen nacional de apreciación.¹⁴ A buena distancia de la travesía de los países europeos, se halla la más reciente entre todas: la navegación africana, conducida por una Carta de Derechos, seguida por numerosos estados y alentada por un tribunal que inició, hace una década, sus difíciles tareas.¹⁵

fundamentales: de un sistema binario a otro integrado, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. XIX; o bien, como entiende José Antonio Pastor Ridruejo, con una inflexión distinta, un “peregrinaje de la Unión Europea en pos de la seguridad jurídica en el campo de los derechos fundamentales”. “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la adhesión al Convenio Europeo según el Tratado de Lisboa”, en *ibidem*, p. 3.

¹² Con sustento en el Convenio (europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950, consultable en http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

¹³ Los ratificadores originales (quienes estuvieron presentes en la Conferencia del 4 de noviembre de 1950) del Convenio de Roma de 1950 fueron: Reino Unido, Alemania, Noruega, Suecia, Dinamarca, Islandia, Irlanda y Luxemburgo. Y los que se han incorporado en la década 1995-2005, son: Albania, Andorra, Armenia, Azerbaiyán, Bosnia Herzegovina, Bulgaria, Estonia, Letonia, Lituania, Georgia, Macedonia, Moldova, Mónaco, Montenegro, Rusia, Serbia y Ucrania, *Cfr.* Consejo de Europa, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=005&CM=8&DF=&CL=ENG>.

¹⁴ *Cfr.* García Roca, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, Civitas, 2010; Vergottini, Giuseppe de, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, trad. de Pedro J. Tenorio Sánchez, pról. de Javier García Roca, Pamplona, Cuadernos Civitas-Thompson Reuters, 2010, pp. 110-111; y Delmas-Marty, Mireille, quien sostiene que este margen nacional es la “llave principal” de lo que denomina “pluralismo ordenado”, *Le pluralisme ordonné*, Paris, Éditions du Seuil, 2006, p. 75. Igualmente, *cfr.* Blackburn, Robert, “The Institutions and Processes of the Convention”, en Blackburn, Robert y Jörg Polakiewicz (eds.), *Fundamental Rights in Europe. The ECHR and its Member States, 1950-2000*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 24 y siguientes.

¹⁵ El Sistema Africano tiene base en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981, adoptada por 53 estados. Además de la Comisión Africana de Derechos Humanos, existe una Corte establecida por protocolo de 1998, vigente en 2004; el Tribunal funciona a partir de 2006. Hoy día, dos jurisdicciones se han unido en un solo órgano: la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos. *Cfr.* Saavedra Álvarez, Yuria, “El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos. Prolegómenos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VIII, 2008, pp. 671-712, consultable en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/8/cmt/cmt20.pdf>; Fischel de Andrade, José H., “El siste-

En este momento interesa la navegación americana, tema de mi artículo y cauce del *ius commune* interamericano. Para acotarla conviene establecer una fecha “oficial” de inicio, aunque haya múltiples fechas significativas, “nutricias”, en una larga historia poblada de sombras: 1945, año de la Conferencia de Chapultepec,¹⁶ que sugirió una suerte de redefinición continental —entre el final de la Segunda Guerra y el inicio de una era de paz mundial— y anunció el reconocimiento internacional de los derechos humanos. Seguiría la Novena Conferencia Interamericana, conmovida por el “Bogotazo” que ensombreció sus trabajos,¹⁷ pero no impidió sus buenos frutos, afines a los que comenzaban a poblar otros espacios geopolíticos en el proceso de los derechos humanos. Fueron aquéllos, nada menos: la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre —primer instrumento de su género en la historia del Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)—,¹⁸ la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales y las

ma africano de protección de los derechos humanos y de los pueblos. Primera parte”, *Estudios básicos de derechos humanos*, San José de Costa Rica, 1999, t. VI, pp. 448-462, consultable en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1840>> .

¹⁶ Cfr. “Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz. México, 1945”, *Conferencias internacionales americanas. Segundo suplemento, 1945-1954*, consultable en <http://biblio2.colmex.mx/coinam/coinam_2_suplemento_1945_1954/base2.htm> .

¹⁷ Hay crónicas interesantes sobre los días difíciles que transitó la Novena Conferencia Interamericana. Entre las obras que ofrecen valioso testimonio, figura la del entonces Secretario de Relaciones Exteriores de México y Jefe de la Delegación Mexicana, Jaime Torres Bodet: *Memorias. La victoria sin alas*, México, Biblioteca Mexicana de la Fundación Miguel Alemán, A. C., 2012, especialmente pp. 299 y siguientes.

¹⁸ En efecto, la Declaración Americana fue adoptada el 2 de mayo de 1948; siete meses más tarde, el 10 de diciembre del mismo año, se proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Contrariamente al criterio tradicionalmente seguido acerca del valor jurídico de aquella Declaración (cfr. García Bauer, Carlos, *Los derechos humanos, preocupación universal*, Guatemala, Universidad de San Carlos, 1960, p. 113; este fue mi punto de vista en otro tiempo, cfr. García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y el derecho penal*, 2ª. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 1988), la Corte Interamericana le ha reconocido eficacia vinculante en la medida en que contiene los derechos humanos a los que alude la Carta de la OEA, verdadero tratado internacional. Cfr. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89*, del 14 de julio de 1989; para los estados miembros de la OEA, “la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización una fuente de obligaciones internacionales”, párrs. 43 y 45. Cfr., asimismo, Hauser, Denise, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a partir de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre”, en Courtis, Christian *et al.* (comps.), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, México, Porrúa-ITAM, 2005, pp. 123 y siguientes.

Convenciones de Derechos Civiles y Políticos de la Mujer. De esta suerte se ponían las primeras piedras en la edificación de nuestro *ius commune* sobre derechos humanos.

En el ámbito americano aparecieron, seguidamente, los proyectos de convención sobre derechos humanos: en 1959, el formulado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, con la participación de ilustres juristas,¹⁹ y más tarde, los aportados por los gobiernos de Chile y Uruguay.²⁰ En ese tiempo hubo un notable paso adelante, que inició la etapa “instrumentadora”, si se me permite llamarla así, del Sistema Interamericano de Protección: se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por acuerdo de una reunión de cancilleres.²¹ Esa Comisión, que nació con facultades importantes, pero reducidas, “hizo camino al andar” y prestó —como lo hace hoy mismo— servicios eminentes a la causa que atiende.²²

En 1969, tras una detallada preparación, se contó con un proyecto de convención, que conocería la Conferencia Interamericana Especializada en Derechos Humanos, reunida en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969; el 21 de este mes fue adoptada la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José”.²³ En esta forma se cumplió una etapa más —decisiva— de la fragua del *ius commune* de los derechos humanos en América. Empero, el entusiasmo de los Estados fluyó lentamente: fue necesario que transcurriera una década para que adquirie-

¹⁹ Destacan el guatemalteco Carlos García Bauer y el uruguayo Eduardo Jiménez de Aréchega. En torno al proyecto del Consejo, *cf.*, García Bauer, *op. cit.*, *supra* nota anterior, pp. 147 y siguientes.

²⁰ *Cfr.* OEA, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969. Actas y documentos. OEA/Ser.K/XVI/1.2*, reimpr., Washington, D.C., Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, 1978, p. 1.

²¹ Emitido por la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile, en 1959, que expidió otras resoluciones importantes para la tutela de los derechos humanos y la eficacia del “principio democrático”. *Cfr.* *Acta Final, Documento OEA/Ser.C/II.5*.

²² Acerca de la Comisión IDH, *cf.*, entre otros, Santos Coy, Bertha, *La Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme et le développement de sa compétence par le système des pétitions individuelles*, Génève, Publications de l'Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales, 1995; Sepúlveda, César, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1960-1981)” y “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA. Un cuarto de siglo de evolución y empeños”, en Sepúlveda, *Estudios sobre Derecho internacional y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, y González Morales, *Sistema Interamericano...*, cit., *supra* nota 6, especialmente pp. 31 y siguientes, 89 y siguientes, y 183 y siguientes.

²³ *Cfr.* OEA, *Conferencia Especializada Interamericana...*, cit., *supra* nota 20.

se vigencia el tratado,²⁴ no obstante la “atracción facilitadora”²⁵ que habían incluido los autores de aquél a través de la cláusula facultativa que permite a las partes asumir la Convención sin acoger simultáneamente la competencia contenciosa de la Corte Interamericana.²⁶

La Corte Interamericana, que atendería las provisiones de René Cassin y del presidente de Costa Rica, Rodrigo Carazo,²⁷ sobre la necesidad de contar con una jurisprudencia orientadora e integradora del régimen de tutela —es decir, una jurisprudencia laboriosa en el rumbo del *ius commune*—, quedó instalada en 1979; lentamente adquiriría su propia “velocidad de crucero”, para utilizar la expresión que Pastor Ridruejo empleó a propósito de la Corte Europea.²⁸ El inicio fue lento: transitó primero una etapa de opiniones consultivas;²⁹ luego llegarían, paulatinamente, los casos conten-

²⁴ En los términos del artículo 74.2 se requería la ratificación de once estados para que iniciara la vigencia del tratado. Esto ocurrió el 18 de julio de 1978, merced a las ratificaciones de Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela. Cfr. OEA, <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm>.

²⁵ Cfr. Úbeda de Torres, Amaya, *Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Madrid, Reus, 2007, p. 101. La autora establece el contraste entre esta “facilidad” contenida en el Pacto de San José y la solución prevista en el Convenio Europeo.

²⁶ Artículo 62 CADH, que permite a los Estados reconocer la competencia al depositar el instrumento de ratificación o adhesión al Pacto, o en cualquier momento posterior, en forma amplia o circunscrita a cierto tiempo o determinados casos.

²⁷ Las expresiones “judicializadoras” de Cassin pueden verse en OEA, *Conferencia Especializada Interamericana...*, cit., *supra* nota 20, p. 434. El parecer de Carazo figura en Varios, *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Memoria de la instalación*, reimpr., San José, Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos-Unión Europea, 1998, p. 20.

²⁸ Pastor Ridruejo, José Antonio, “Dos años de singladura del nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Catalina Ayora, Juan Ignacio y Juan Miguel Ortega Terol (coords.), *Globalización y derecho*, Cuenca, Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2003, p. 52.

²⁹ En esta etapa se emitieron las siguientes opiniones consultivas: “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82, del 24 de septiembre de 1982; El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82, del 24 de septiembre de 1982; 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; Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984; La Colegiación Obligatoria de Periodistas..., cit., *supra* nota 8; La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986; 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

ciosos: en 1987, casi cuatro lustros a partir de la fecha de la Convención, y dos desde la instalación de la Corte.

En un primer momento de esta segunda etapa, la atención del tribunal se concentró en un pequeño número de casos, resueltos a través de varias sentencias —los denominados “casos hondureños”—,³⁰ sobre una violación frecuente en América: desaparición forzada. A partir de entonces, el Sistema Interamericano contribuyó a la formación del Derecho interamericano de los derechos humanos, e incluso del Derecho internacional de la materia, considerando que la Corte debió elaborar conceptos sobre desaparición forzada antes de que existieran las convenciones respectivas, tanto americana como mundial.³¹

Si se contempla la evolución de la Corte y del derecho común prohijado por ésta a través de su jurisprudencia, desde la perspectiva del número de personas abarcadas por la competencia contenciosa potencial, convendrá observar que la gran mayoría de los habitantes de América ingresó en ese número apenas en 1998 —casi treinta años después de la Conferencia de San José—, cuando los países más poblados, Brasil y México, que reúnen esa mayoría, aceptaron dicha competencia de manera prácticamente simultánea.³²

II. LOS ELEMENTOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO

Fue así que se construyó lo que hoy denominamos el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos —que ciertamente no se resume en los dos órganos de supervisión internacional: Comisión y Corte—,³³ cuya integración supone elementos o datos de tres categorías. Ante

29 de agosto de 1986, y *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-8/87*, del 30 de enero de 1987.

³⁰ La Corte emitió diez sentencias para la atención de sólo tres casos, los únicos que la ocuparon durante los primeros años de ejercicio jurisdiccional contencioso; el número de sentencias se explica al tomar en cuenta que algunas se contrajeron a las excepciones provisionales, otras abordaron el fondo, varias las reparaciones —“indemnizaciones compensatorias”, se les llamaba entonces— y alguna más la interpretación de aquellas resoluciones. Los casos iniciales fueron: *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras* y *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*.

³¹ Las sentencias de los “casos hondureños” fueron dictadas entre 1987 y 1990. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada es de 1994; la mundial, de 2006.

³² Brasil depositó el instrumento de ratificación el 10 de diciembre de 1998, México, el 16 del mismo mes y año.

³³ Me he referido a la caracterización estricta del Sistema en diversos trabajos, entre ellos mi libro *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007, pp. 33 y siguientes

todo, un dato “ideológico” —compartido con las navegaciones universal y europea— que establece la posición del individuo, la sociedad y el Estado e implica una profesión de fe y un compromiso *pro homine* invocados en el conjunto del ordenamiento interamericano y, por supuesto, en las resoluciones de la Comisión y de la Corte. Este dato ideológico arraiga en la noción de sociedad democrática y en los valores y principios que lo identifican.³⁴

El segundo dato del Sistema tiene carácter normativo. Es preciso observar que hace poco más de medio siglo este terreno se hallaba baldío; hoy está densamente poblado. Mídase lo que va de la Conferencia de Chapultepec a la regulación —tan numerosa y heterogénea— en los primeros años del siglo XXI. En la época del “gran baldío”, el Derecho de los derechos humanos existente en los países americanos era el acogido en el ordenamiento interno, a partir de la independencia alcanzada en el siglo XIX —y previamente en la de los Estados Unidos de América, en el siglo XVIII—; podría hablarse de un derecho común, considerando sus raíces ideológicas y sus expresiones normativas, pero no de un derecho interamericano. En todo caso, la misión identificadora corría a cargo del Derecho comparado; hoy, también corre a cargo del Derecho internacional, que provee fuentes copiosas y directas para la formación de los ordenamientos internos.

En la navegación americana, a la CADH se han agregado, para integrar crecientes capítulos del *ius commune*, varios protocolos³⁵ —con diverso número de ratificaciones o adhesiones—³⁶ y convenciones especiales —también con distinto y muy contrastado número de Estados partes.³⁷ Este con-

³⁴ Así, la Corte ha señalado que “el concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías (es) inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira”. Añade: “En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”. Cfr. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías...*, cit., *supra* nota 29, párr. 26.

³⁵ La suscripción y ratificación de un protocolo a la CADH supone la previa incorporación en el Pacto de San José. Dado que no es éste el caso de todos los estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), resulta potencialmente mayor el conjunto de las partes en las convenciones especializadas, que no implican la misma condición.

³⁶ Por un lado, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador”, que cuenta con 16 Estados Parte; por el otro, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, con 13 ratificaciones. Cfr. OEA, <<http://www.oas.org/es/>>.

³⁷ El número de ratificaciones o de Estados Parte de estos instrumentos regionales (al 19 de diciembre de 2013) son: Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, 18; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”, 32; Convención Interamericana sobre

junto normativo amplía el alcance del *ius commune*, como también lo extiende el desempeño jurisdiccional de la Corte cuando se pronuncia sobre la interpretación o la aplicación de los protocolos y las convenciones.

No queda en este marco todo el Derecho interamericano de los derechos humanos. En sentido amplio, éste abarca otros actos jurídicos que también ingresan, con diversa fuerza, a los ordenamientos internos y a la observancia de las autoridades nacionales. Forman parte del Derecho Interamericano de los DDHH los estatutos y reglamentos de los órganos de supervisión internacional,³⁸ a los que se ajusta el comportamiento procesal de los Estados, las sentencias, opiniones consultivas y diversas resoluciones jurisdiccionales, las recomendaciones, relatorías y otros actos del llamado *soft law*,³⁹ que proveen o identifican estándares para la observancia de los estados: es decir, derecho común de éstos, inmediatamente aplicable o en formación.

Por último, el Sistema Interamericano incluye un tercer dato, político operativo, que permite avanzar “de los dichos a los hechos”; en él reside, obviamente, la prueba de fuego para las convicciones, el discurso y los preceptos. Me refiero a las estructuras nacionales, que acogen el DIDH a través de una recepción amplia y por diversas vías, que en otro lugar mencionaré; y a las estructuras internacionales, que proveen garantía colectiva,⁴⁰ supervisión, tutela internacional y colaboración.

Desaparición Forzada de Personas, 14; Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, 19. Cfr. OEA, <<http://www.oas.org/es/>>.

³⁸ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuenta con un estatuto que data del 31 octubre de 1979 y un reglamento vigente desde 13 de noviembre de 2009. Éste fue modificado el 22 de marzo de 2013 y entró en vigor el 1º de agosto del mismo año. Cfr. OEA, <<http://www.oas.org/es/>>.

³⁹ Del Toro Huerta, Mauricio Iván, “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional Público*, vol. VI, 2006, pp. 513-549, consultable en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/6/art/art12.pdf>>.

⁴⁰ Explícitamente lo manifiesta el preámbulo de la Convención Europea: “resueltos (los gobiernos de los estados europeos) a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de cierto número de derechos enunciados en la Declaración Universal”. En forma menos directa, la misma idea reside en los preámbulos de la Declaración Americana y la Convención Americana. En todo caso, la jurisprudencia interamericana ha desarrollado el deber de colaboración entre los estados, particularmente a propósito de la aplicación de la justicia en supuestos de grave violación de derechos; así, “...ante la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún tratándose de un contexto de violación sistemática de derechos humanos, la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación inter-estatal para estos efectos...” Cfr. *Caso Goi-*

Éste es el ámbito de los protagonistas del Sistema: estados, organización de los estados, entes internacionales de supervisión, sociedad civil —particularmente esforzada y diligente,⁴¹ y ciertamente heterogénea— y actores emergentes, como los he denominado, en cuyas filas cuentan, entre otros agentes, el *ombudsman* nacional, inicialmente mirado con reticencia,⁴² y la defensoría pública interna, que también fue observada con recelo, toda vez que se trata de una figura del Derecho doméstico legitimada para actuar internacionalmente en contienda con el Estado al que corresponde. Del impulso provisto por las defensorías internas en gestiones tutelares de derechos humanos en la escena internacional, provino una figura interesante y relevante del enjuiciamiento interamericano: el defensor público interamericano.⁴³

burú y otros vs. Paraguay, sentencia de 22 de septiembre de 2006, Fondo, reparaciones y costas, párr. 131.

⁴¹ Sobre la función y actividad de las instituciones de la sociedad civil en la tutela de derechos humanos a través del Sistema Interamericano, *cf.* Krsticevic, Viviana, “El papel de las ONG en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Trámite de casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Varios, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI. Memoria del Seminario. Noviembre de 1999*, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, t. I, p. 409; y “Desafíos de la comunidad de derechos humanos de cara a la Asamblea General de la OEA”, *Revista IIDH*, San José de Costa Rica, edición especial, núms. 30-31, 2001, pp. 245 y siguientes; Cuéllar, Roberto, “Participación de la sociedad civil y Sistema Interamericano de Derechos Humanos en contexto”, en *El Sistema Interamericano de Protección...*, cit., *supra*, t. I, p. 349; y Rodríguez Brignardello, J. Hugo, “OEA y participación de la sociedad civil. Entre un modelo para armar y otra posibilidad perdida”, *Revista CEJIL*, diciembre de 2005, pp. 27 y siguientes. En lo que respecta a Europa, cabe citar ahora, por ejemplo, a Buchet, Antoine, “El papel de las ONG europeas en el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos”, en *Similitudes y divergencias entre los Sistemas de Protección Regionales de los Derechos Humanos. El caso de América y Europa. Memoria del Seminario Internacional*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2000, pp. 175 y siguientes.

⁴² El primer caso en el que participó un *Ombudsman* ante la Corte Interamericana, en apoyo a la víctima —y consecuentemente en contienda con el Estado— fue *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*, sentencia de 27 de noviembre de 2008, Fondo, reparaciones y costas, párr. 4. La importancia del *Ombudsman* ha sido constantemente destacada. Lo hizo la resolución 48/134 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 20 de diciembre de 1993, referente a las “Instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos”, y su anexo sobre los “Principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales” (Principios de París). Lo reiteró la resolución 50/176 de la misma Asamblea, el 27 de febrero de 1996.

⁴³ En el actual Reglamento de la Corte Interamericana se acoge esta figura en el artículo 37: “En casos de presuntas víctimas sin representación legal debidamente acreditada, el Tribunal podrá designar un Defensor Interamericano de oficio que las represente durante la tramitación del caso.” *Cf.* Corte IDH, <http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_esp.pdf>.

En este punto de la exposición resulta pertinente recordar que la Corte Interamericana es un tribunal permanente. En efecto, desempeña “permanentemente” sus funciones jurisdiccionales, aunque sus integrantes no estén “constantemente” reunidos en la sede de San José. Tiene una clara vocación institucional —cuyo cumplimiento ha sido condición de éxito— hacia las grandes definiciones que forman jurisprudencia vinculante (o al menos orientadora, tema sujeto a debate) que luego se reflejará, como en efecto ha ocurrido con frecuencia creciente, en todos los horizontes internos.⁴⁴ En este sentido cabe decir que es una Corte reguladora (¿normativa?), democratizadora, que no se concentra apenas en litigios individuales, sino avanza hacia definiciones continentales, y en este sentido se asemeja a los tribunales constitucionales internos dotados de mayor competencia.

III. ESPACIO POLÍTICO Y ESPACIO JUDICIAL

Actualmente la Organización de los Estados Americanos —ámbito geopolítico del Sistema que estamos examinando— consta de treinta y cuatro estados en ejercicio de sus derechos dentro de la Organización, número que subiría a treinta y cinco si se agrega a Cuba.⁴⁵ No todos son parte en la Convención Americana: sólo 23 —que eran 25 hasta el 26 de mayo de 1999, cuando entró en vigor la denuncia formulada por Trinidad y Tobago,⁴⁶ y 24 hasta septiembre de 2013, cuando adquirió vigencia la denuncia depositada por Venezuela.⁴⁷

⁴⁴ Por ello es reducido —y conviene que lo siga siendo; ya dije que ha sido condición de éxito para la protección continental de los derechos humanos, en lo que atañe a la Corte IDH— el número de casos sujetos al conocimiento de este tribunal. En el curso de su historia (hasta el 16 de enero de 2014) ha dictado 275 sentencias, relativas a 174 casos resueltos por aquel medio. Las cifras de sentencias anuales, que guardan proporción con el número de demandas (o sometimientos de casos) y han permitido evitar el rezago son naturalmente reducidas: 18 en 2008, 19 en 2009, 9 en 2010, 18 en 2011, 21 en 2012, 16 en 2013.

⁴⁵ La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, en su Trigésimo Noveno Período de Sesiones, llevado a cabo del 2 al 3 de junio de 2009, emitió la resolución AG/doc.5005/09. En ésta se resolvió dejar sin efecto la exclusión que se hizo del Gobierno de Cuba el 31 de enero de 1962, y que la reincorporación de éste será producto del diálogo. *Cfr.* OEA, <<http://www.oas.org/council/sp/AG/AG39ordinaria.asp>>. Respecto del rechazo de Cuba para reingresar a la Organización de los Estados Americanos, véase *El País*, <http://internacional.elpais.com/internacional/2009/06/04/actualidad/1244066404_850215.html>.

⁴⁶ Denuncia depositada el 26 de mayo de 1998 ante la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. *Cfr.* OEA, <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Trinidad_y_Tobago>.

⁴⁷ Denuncia depositada el 10 de septiembre de 2012 ante la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. *Cfr.* OEA, <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Venezuela>.

Los países de la América septentrional —Estados Unidos y Canadá— no parecen dispuestos a incorporarse en la Convención;⁴⁸ tampoco existe movimiento favorable al ingreso de países caribeños: sólo dos —Surinam y Barbados—⁴⁹ son Estados Parte en el Pacto de San José.⁵⁰ Ningún Estado ha adherido a la Convención después de 1993.⁵¹ Por supuesto, es preocupante que el número de Estados Parte no haya crecido —sino disminuido— a lo largo de veinte años, pese a las constantes convocatorias de la Organización y de los estados, individualmente, para avanzar en el proceso de universalización o, en este caso, regionalización.

En fin de cuentas, existe un verdadero (aunque no seguro) “espacio judicial (y convencional) latinoamericano” en materia de derechos humanos. Esto acota la formación del *ius commune*, aunque los estados sustraídos al Pacto comulgan, en gran medida, con los valores y principios que informan ese derecho compartido. De ahí que las fronteras entre el interior y el exterior del *ius commune* formal sean relativas y borrosas.

Desde sus orígenes, el Sistema Interamericano general —dentro del que opera el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos— se ha visto asediado por fuerzas centrípetas y centrífugas, tensiones y disputas;⁵² aquí han entrado en colisión las ideas y las prácticas del monroísmo y el bolivarismo y otros avatares, tema ajeno a este artículo.⁵³ Ha

⁴⁸ Entre los documentos que permiten advertir la posición canadiense frente al Sistema Interamericano, *cf.* *Enhancing Canada's Role in the OAS. Canadian Adherence to the American Convention on Human Rights. Report of the Standing Senate Committee on Human Rights*, Ottawa, The Senate, May 2003, pp. 58 y siguientes.

⁴⁹ Barbados es el Estado americano que más recientemente reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH: 4 de junio de 2000.

⁵⁰ La “frialdad” caribeña —que se puso de manifiesto en la aludida denuncia de la Convención por Trinidad y Tobago— se relaciona con la subsistencia de la pena de muerte en países anglófonos, aunque no sólo con este tema. La coyuntura para el retiro de Trinidad surgió con motivo del *Caso James y otros*, sentencia del 3 de abril de 2009, y el alegato del Estado a propósito del tiempo máximo que podría transcurrir para la ejecución de un condenado a muerte, bajo la regla de plazo (cinco años) establecida en la decisión del Privy Council en el caso *Pratt y Morgan*, de Jamaica. *Cfr.* Committee of the Privy Council, *Earl Pratt and Ivan Morgan v. Attorney General of Jamaica*, November 2 of 1993, consultable en <<http://www.eji.org/files/Pratt%20and%20Morgan%20v.%20Jamaica.pdf>>.

⁵¹ Dominica lo hizo el 11 de junio de 1993. *Cfr.* OEA, <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm>.

⁵² Para un panorama sobre esta cuestión, *cf.* Moreno Pino, Ismael, *Orígenes y evolución del Sistema Interamericano*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1977.

⁵³ Entre las “crisis” del sistema tutelar, que impactaron o impactan tareas de la Comisión y de la Corte, figuró el pretendido retiro de Perú de la competencia de la Corte IDH, sin denuncia de la Convención. Acerca del retiro y retorno del Perú a la jurisdicción de la Corte Interamericana, *cf.* Landa Arroyo, César, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, 3a. ed.,

habido propuestas de ampliación de los términos de la CADH, a través de un protocolo, para acentuar los deberes estatales y el carácter imperioso de aquel instrumento. Estas iniciativas no han tenido éxito.⁵⁴ Las instituciones de la sociedad civil han objetado, generalmente, las sugerencias de “abrir la Convención”, tomando en cuenta el riesgo de que se “desande” el camino andado —diríamos: retroceda la navegación— tanto en aspectos procesales como sustantivos.

Es indispensable observar que en años recientes —y particularmente entre 2011 y 2013— renacieron las tensiones a partir del proyecto de revisión del Sistema de Protección emprendido por varios estados y acompañado por otros, que culminó en deliberaciones intensas y acuerdos transitorios. La mayor incidencia de este proceso se proyectó sobre la Comisión Interamericana, frecuentemente asediada.⁵⁵

Lima, Palestra Editores, 2007, pp. 867 y siguientes; García Ramírez, “Una controversia sobre la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios jurídicos*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2000, pp. 389 y siguientes, y en *La jurisdicción internacional. Derechos humanos y justicia penal*, México, Porrúa, 2003, pp. 389 y siguientes; Cerna, Christina, “Questions on International Law Raised by Peru’s ‘Withdrawal’ from the Inter-American Court of Human Rights”, y Ossa Henao, Carmela, “La OEA y el pretendido ‘retiro’ de la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el gobierno peruano (1999-2000)”, en Ribeiro, Renato Zerbini (coord.), *Os rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ensaios em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Liber Amicorum Cançado Trindade*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, t. V, pp. 323-352 y 353-392. Cfr. las resoluciones de la Corte IDH sobre este asunto en el *Caso Ilicher Bronstein*, sentencia del 24 de septiembre de 1999, Competencia, párrs. 36, 46, 49, 50 y 53, y *Caso del Tribunal Constitucional*, sentencia del 24 de septiembre de 1999, Competencia, párrs. 35, 45, 48, 49 y 52. Actualmente, son significativas las tensiones entre países del ALBA y la OEA y la denuncia de la Convención por parte de Venezuela, a raíz del *Caso Díaz Peña vs. Venezuela*, sentencia del 26 de junio de 2012, un litigio desencadenado por las condiciones de reclusión de Díaz Peña, que en otras circunstancias difícilmente hubiera tenido tan hondas repercusiones.

⁵⁴ Cfr. Cançado Trindade, Antonio, “Informe: Bases para un proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI. Memoria del Seminario. Noviembre de 1999*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, t. I.

⁵⁵ La reflexión de 2012-2013 ocurrió en el marco de conflictos intrarregionales de mayor calado. Hubo una Asamblea General Extraordinaria de la OEA (abril de 2013) para examinar esta materia. Se acordó mantener abierta la reflexión colectiva. La Comisión Interamericana introdujo modificaciones en su reglamento, sus políticas y sus prácticas. Los cambios se sustentan en la Resolución 1/2013 de la propia Comisión, del 18 de marzo de 2013, y entraron en vigor el 1 de agosto del mismo año. Abarcan varios extremos; así: medidas cautelares, admisibilidad, procedimiento de fondo, indagaciones, informes, supervisión y numerosas tareas de promoción y fortalecimiento.

IV. DEMOCRACIA Y FACTORES DE CAMBIO

El paisaje latinoamericano a la mitad del siglo XX mostraba un amplio conjunto de regímenes autoritarios, reacios a los progresos de la democracia y reticentes en la observancia de los derechos humanos. Proliferaban las dictaduras, civiles o militares. No había calado, desde luego, la práctica (aunque hubiese proclamación de la idea) que hoy campea en el artículo 1 de la Carta Democrática Interamericana: “Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla”. En los últimos lustros la situación se ha modificado; la democracia avanza —con detenciones y tropiezos— y trae consigo la conciencia y la exigencia de los derechos humanos, que a su turno impulsan nuevos pasos adelante en el proceso democratizador de varios países.

Los factores del cambio que se observa en el Continente son diversos y vigorosos; entre ellos, por supuesto, el acento en la legalidad y la lucha contra la impunidad.⁵⁶ Ensayemos una breve relación. Los temas del pasado persisten y crecen en la opinión pública, que se resiste a olvidar. Indudablemente, “para construir el futuro es preciso conocer el pasado”, expresión de Otto Frank inscrita en un muro de la casa de Ana Frank en Amsterdam.

De ello da cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana, acogida con puntualidad por la mayoría de los Estados a los que es aplicable, acerca de autoamnistías (y amnistías en períodos democráticos) y otros obstáculos para el “recuerdo y la acción”.⁵⁷ Existe, claramente, una constancia del reclamo de las víctimas y sus sucesores: dan testimonio —por ejemplo, pero un ejemplo que conoce el mundo entero— las madres y las abuelas de la Plaza de Mayo,⁵⁸ los grupos comprometidos con la “memoria histórica”, la exigencia de recurso efectivo a favor de las víctimas, las fotografías de des-

⁵⁶ Refiriéndose al escenario argentino —pero su concepto tiene mayor alcance— María José Guembe señala que entre los factores que operan en este campo cuentan “la persistencia y crecimiento de los temas del pasado en la opinión pública; la constancia del reclamo de las víctimas; la fortaleza de las organizaciones de derechos humanos; y la asunción en el gobierno de autoridades convencidas de la necesidad de revertir la impunidad”. “Obligación de investigar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos”, en Abramovich, Víctor, Alberto Bovino y Christian Curtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2007, p. 421.

⁵⁷ Cfr. *Caso Gelman vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y reparaciones, párrs. 232, y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, sentencia de 25 de octubre de 2012, Fondo, reparaciones y costas, párr. 283.

⁵⁸ Cfr. Asociación Madres de Plaza de Mayo, *Historia de las madres de Plaza de Mayo. Prólogo*, consultable en <<http://www.madres.org/navegar/nav.php?idsitio=5&idcat=906&idindex=173>>.

aparecidos que abundan en los muros de edificios públicos en países donde la desaparición forzada fue costumbre e “instrumento de gobierno”.

Los tratados de derechos humanos, constantemente invocados en condiciones de transición o de paz arraigada, se orientan obviamente a exigir el imperio de esos derechos y sus consecuencias, mucho más que a promover la conciliación y la pacificación, objetivos que se persiguen por otros medios.⁵⁹ La Corte Interamericana, siguiendo a la jurisprudencia europea, ha destacado que los tratados de derechos humanos revisten un carácter especial y distinto de otros convenios internacionales, por cuanto no sólo fijan deberes bilaterales o multilaterales entre los Estados, sino tienen destinatarios adicionales: los seres humanos.⁶⁰ La normativa internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia interamericana han llevado al conjunto de los países del área la conciencia de que el Estado debe perseguir los delitos graves, en defensa de la sociedad y en ejercicio de autodefensa, pero nunca a costa de los derechos humanos.⁶¹ Consta este principio en la Convención contra el Terrorismo, de 2002.⁶²

En la misma dirección favorecedora de los derechos humanos, que destaca las consecuencias de las violaciones y el imperativo de las reparaciones, se encuentra el quehacer de organismos establecidos para este fin, en el curso o al cabo de violentísimas contiendas internas, o bien, de los órganos regulares del Estado en el desempeño de su misión natural. En el primer caso se hallan las comisiones de la verdad (particularmente eficaces cuando las jurisdicciones internacional —orientadora del tratamiento general de esta materia— y nacional reconocen el valor probatorio de sus hallazgos),⁶³ y en

⁵⁹ Al respecto, *cf.* Saavedra Alessandri y Pacheco Arias, “Las sesiones «itinerantes» de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...”, *cit.*, *supra* nota 2.

⁶⁰ *Cfr.* la *Opinión Consultiva OC-02/82*, de la Corte IDH, a propósito de *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, del 24 de septiembre de 1982, párr. 29. Ese Tribunal cita las sentencias europeas en los casos *Irlanda v. Reino Unido* y *Soering v. Reino Unido*, en una resolución del *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú...* *cit.*, *supra* nota 53, párrs. 42-45.

⁶¹ Al respecto, *cf.* *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párr. 87, y *Caso J. vs. Perú*, sentencia de 27 de noviembre de 2013, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párr. 124.

⁶² *Cfr.* García Ramírez, Sergio, “The Inter-American Court of Human Rights’ Perspective on Terrorism”, en Salinas de Frías, Ana María, Katja LH Samuel y Nigel D. White (eds.), *Counter-Terrorism. International Law and Practice*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2012, pp. 785 y siguientes.

⁶³ Así, por ejemplo, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador...*, *cit.*, *supra* nota 57, párr. 316.

el segundo, los órganos jurisdiccionales que asumen una función específica de “garantes” de la observancia de los derechos humanos.⁶⁴

En este punto corresponde hacer referencia a las experiencias —tan variadas y controvertidas— en el campo de la “justicia de transición”, que no puede operar como una “justicia de transacción” entre las corrientes favorecedoras del DIDH y las tendencias conciliadoras o reconciliadoras. Cada una acoge los términos de la cuestión: de una parte, justicia; de la otra, perdón, pero difieren en el orden de presentación en la escena.⁶⁵ La jurisprudencia interamericana ha abordado el punto a propósito de ordenamientos concretos, como la Ley de Justicia y Paz (Colombia) y destacado las condiciones del debido proceso en este marco: debido proceso exigente e ineludible, aunque se entiendan las difíciles circunstancias que median en países empeñados en esfuerzos de pacificación.⁶⁶ Nuestro *ius commune* no podría ignorar la exigencia procesal, y menos aún si se acepta —como ocurre generalmente— que el acceso a la justicia (por todos; las víctimas inclusive, evidentemente) es pieza angular en el régimen de protección de los derechos. El tema interesa asimismo, con explicable intensidad, en el campo de la justicia penal internacional.⁶⁷

Estamos mencionando los factores del cambio democratizador en América Latina, que incide en la reformulación del ordenamiento de los dere-

⁶⁴ Hay abundante normativa constitucional y secundaria en los países latinoamericanos que proclama la independencia del juzgador y alienta la misión de éste como garante de los derechos humanos. Al respecto, *cf.* Varios, *La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez*, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Uruguay, España, San José, C.R., Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD)-Comisión Europea, 1996. En su propio estudio de revisión y síntesis sobre la investigación realizada, Eugenio Raúl Zaffaroni (codirector científico del proyecto) destaca progresos y obstáculos. Sintetiza: “existe un impulso republicano que, más allá del resultado inmediato, testimonia una tendencia innegable (...) puede decirse que, si bien se nota un movimiento generalizado hacia la independencia del poder judicial en la región abarcada, es claro que el mismo se enfrenta a tendencias muy fuertes que en buena medida neutralizan los esfuerzos”. *Ibidem*, pp. 31 y 32.

⁶⁵ Abordo este punto en mi prólogo a Mill, Rita Aurora, *Mediación penal*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, Editores, 2013, pp. 19-20. Ahí comento el punto de vista de la autora (p. 203), que invoca una prelación deducida del salmo 85 en el *Libro de los Salmos*.

⁶⁶ *Cfr.* *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*, sentencia de 11 de mayo de 2007, Fondo, reparaciones y costas, párrs. 180 y siguientes.

⁶⁷ Acerca de la dependencia de la Corte Penal Internacional a cargo de la protección de víctimas y en torno a la reparación del daño, *cf.* García Ramírez, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, 3ª ed., México, Ed. Novum-Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2012, especialmente pp. 46-47 y 214 y siguientes.

chos humanos —a escala nacional o continental—, y en este sentido hay que dejar constancia de lo que pudiéramos denominar la “mundialización activa” de los derechos humanos, abastecida por mecanismos de observación, cada vez más vigorosa y puntual, a través de instancias específicas⁶⁸ y actuaciones de los organismos no gubernamentales, cuyo desenvolvimiento opera en una suerte de redistribución mundial del poder.⁶⁹

En la actualidad, el Derecho interno reconoce dos fuentes: la tradición jurídica doméstica y el Derecho internacional atraído al sistema nacional por diversos medios de recepción.⁷⁰ Además, se ha formado una nutrida jurisprudencia interna sustentada en disposiciones internacionales, proceso que incluye un gran tema actual en pleno desarrollo: el control

⁶⁸ Entre los órganos basados en la Carta de las Naciones Unidas se encuentra el Consejo de Derechos Humanos. Con relación a los órganos creados para supervisar el cumplimiento de tratados de derechos humanos hay nueve comités: Comité de Derechos Humanos (CCPR), Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Comité contra la Tortura (CAT), Subcomité para la Prevención de la Tortura (SPT), Comité de los Derechos del Niño (CRC), Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW), Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (CRPD), Comité contra las Desapariciones Forzadas (CED). *Cfr.* Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, <<http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx>>. Es muy relevante la labor de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas y la contribución de América Latina a ésta, que no es —lo subrayo— un órgano de supervisión como los mencionados anteriormente. Para una noticia a este respecto *cfr.* Herdocia Sacasa, Mauricio, *La obra de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en el quinquenio 1997-2001. El aporte global de América Latina*, Managua, Imprimatur Artes Gráficas, 2003.

⁶⁹ En torno a esta reconsideración universal del poder, *cfr.* Delmas-Marty, Mireille, “Le Droit pénal comme éthique de la mondialisation”, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, no. 1, janvier-mars, 2004, p. 1. “Las ONG’s son ya un factor de poder mundial”. Gamas Torruco, José, “Constitucionalismo, globalización y transiciones democráticas”, en Galeana, Patricia (coord.), *El constitucionalismo mexicano. Influencias continentales y trasatlánticas*, México, Senado de la República-Siglo XXI Editores, 2010, p. 264.

⁷⁰ A propósito de la recepción del DIDH y de la jurisprudencia internacional en el orden interno, *cfr.* los artículos reunidos en el volumen *Recepción nacional del Derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa...*, cit. *supra* nota 2. *Cfr.* igualmente, Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del Derecho internacional en el Derecho interno*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2006, y Caballero Ochoa, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, México, Porrúa, 2009. Es interesante mencionar que en México, país donde ahora se acentúa el fenómeno de la recepción, son aplicables al tema de los derechos humanos 168 tratados internacionales, según informa la Suprema Corte de Justicia, tratése de esa especialidad exclusivamente, tratése de instrumentos que atañen a otra materia, pero reconocen y tutelan derechos fundamentales del individuo. *Cfr.* SCJN, <<http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/>>.

de convencionalidad,⁷¹ frecuentemente impulsado por técnicas de “litigio estratégico”.⁷²

El diálogo jurisprudencial —o jurisdiccional, fuente de la jurisprudencia— y la *cross fertilization* que de aquí resulta, constituyen otros datos a considerar en el proceso de cambio que estamos analizando. Ciertamente influyen de manera decisiva en la elaboración del *ius commune*.⁷³ Este diálogo, que hasta hace poco escaseó, hoy abunda. Hay buenos ejemplos en la experien-

⁷¹ En la creciente bibliografía sobre control de convencionalidad, cabe mencionar, además de un buen número de artículos: Albanese, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, EDIAR, 2008; Ayala Corao, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2012; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Querétaro, FUNDAP, 2012; García Ramírez, *Control judicial de convencionalidad...*, cit., *supra* nota 10; Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008; García Morelos, Gumesindo, *El control judicial difuso de constitucionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México*, México, UBIJUS, 2010; García Villegas Sánchez Cordero, Paula (coord.), *El control de convencionalidad y las cortes nacionales. La perspectiva de los jueces mexicanos*, México, Porrúa, 2013; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 659 y siguientes. En esta relación debe figurar el voto particular de Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. Estados Unidos Mexicanos*, en el que se hace un examen detallado del control; además, Brewer-Carías, Allan R. y Santofimio, Jaime Orlando, *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, y Nogueira Alcalá, Humberto y Claudio Nash (coords.), *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Santiago de Chile, Librotecnia, 2012. Asimismo, *cf.* Del Toro Huerta, Mauricio, “Retos de la aplicación judicial en México conforme a los tratados de Derecho internacional de los derechos humanos”, en *La armonización de los tratados de derechos humanos en México*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea-Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005, pp. 119 y siguientes.

⁷² A este respecto, *cf.* Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS, Argentina), *Litigio estratégico y derechos humanos. La lucha por el derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2008. La idea del litigio estratégico ha cundido y se actualiza en numerosas experiencias nacionales. Un ejemplo, entre otros, es México. *Cf.* *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico. Experiencias de la sociedad civil*, México, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007.

⁷³ A estos respectos, es interesante el concepto de “transconstitucionalismo”, que alude a “una cuestión que podrá involucrar a tribunales estatales, internacionales, supranacionales y transnacionales (arbitrales), así como a instituciones jurídicas locales nativas, en busca de solución”. Neves, Marcelo, “Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência a experiencia latinoamericana”, en Bogdandy, Armin von, Flávia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica*, Río de Janeiro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law-PUC.SP-Lumen Juris Editora, 2011, p. 255. También interesa el concepto de “diálogo transjudicial” entre tribunales constitucionales y de éstos con tribunales internacionales de DDHH. *Cf.* Nogueira y Nash (coords.), *El diálogo transjudicial...*, cit., *supra* nota 71.

cia entre la Corte Interamericana y los tribunales nacionales,⁷⁴ y también en la recepción por éstos de criterios de aquel tribunal, adoptados en terceros países y en casos distantes de aquellos en los que posteriormente se aplica.⁷⁵ Esta fórmula de atracción y admisión es particularmente eficaz en la forja del Derecho común, bajo normas y conforme a criterios internacionales, que trascienden las fronteras domésticas y generan una suerte de “internacionalidad” que alimenta la “comunidad” de soluciones.

Sólo agregaré en esta relación de factores del cambio operado en el panorama latinoamericano la estimulante presencia de los que podríamos llamar la “fortaleza expugnada”: grandes juicios —que parecieron impensables— de personajes del más elevado nivel en sus respectivos gobiernos, a partir de la invocación de derechos humanos vulnerados, la comisión de crímenes de lesa humanidad y, en varios casos, las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A este respecto hay ejemplos notorios en los juicios seguidos contra exgobernantes en Argentina, Chile, Perú⁷⁶ y Guatemala.⁷⁷ La jurisprudencia interamericana ha sido un agente eficaz en la lucha contra la impunidad, caracterizada y rechazada desde las primeras sentencias que dictó la Corte IDH,⁷⁸ y ha provisto elementos importantes

⁷⁴ A este respecto es relevante la sentencia de la Corte Interamericana en el *Caso Bulacio vs. Argentina*, sentencia del 18 de septiembre de 2003, la reacción (admisoria, pero discrepante) de la Corte Suprema de este país y la reflexión de la Corte Interamericana en el *Caso Albán Cornejo vs. Ecuador*, sentencia del 22 de noviembre de 2007, que constituyó una precisión (o rectificación, si se prefiere). Comento este benéfico diálogo en mi voto concurrente en el *Caso Albán Cornejo*. Por otra parte, acerca de la relación entre la jurisdicción internacional y las jurisdicciones nacionales, *cf.* García Sayán, Diego, “Una viva interacción; Corte interamericana y tribunales internos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo, 1979-2004*, San José, Costa Rica, Corte IDH, 2005, pp. 323 y siguientes.

⁷⁵ Así, la expresa y fundada admisión por parte de la Corte Suprema de Argentina, en sentencia del 14 de junio de 2005, alusiva a las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, de la jurisprudencia interamericana establecida en el *Caso Barrios Altos vs. Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001, Fondo.

⁷⁶ En lo que respecta al enjuiciamiento del expresidente peruano, *cf.* Pérez Arroyo, Miguel (dir.) y Percy Velázquez Delgado (coord.), *El caso de Alberto Fujimori Fujimori*. La sentencia, Lima, Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2009. Además, *cf.* *Caso Barrios Altos vs. Perú...*, *cit.*, supra nota anterior, párrs. 36 y siguientes, y *Caso La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, Fondo, reparaciones y costas, párrs. 80.86-80.92.

⁷⁷ Dentro del periodo en que ejerció la presidencia de Guatemala, José Efraín Ríos Montt (23 de marzo de 1982 a 8 de agosto de 1983) acaecieron los hechos que provocaron los *Casos Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala* sentencia de 29 de abril de 2004, Fondo; *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, sentencia de 24 de noviembre de 2009, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, y *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, sentencia de 4 de septiembre de 2012, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas.

⁷⁸ *Cfr.* *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, Fondo, párrs. 176, y *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, sentencia de 20 de enero de 1989, Fondo, párr. 187.

a las corrientes reorientadoras o rectificadoras del desempeño de la justicia en países americanos.⁷⁹

V. LAS “MIRADAS” SOBRE LA NAVEGACIÓN AMERICANA

Abundan las miradas sobre esta navegación americana, sus características, implicaciones, presente y futuro. Las hay severas y benévolas; unas y otras ponderan las circunstancias en que ocurre y avanza la navegación, o las pierden de vista e incurrir en calificaciones cuestionables. Algunas miradas, que entrañan enjuiciamiento, se posaron primero en Europa —o en el sistema mundial— y luego hicieron el viaje a las Américas. Las hay “metropolitanas”, que trabajan en el cotejo entre las distintas travesías, con preferencia sobre las más desarrolladas, y sus respectivos progresos. Varias son oriundas de América misma, y en algunos casos de dolorosas experiencias cosechadas en países americanos: poseen un *plus* importante, porque los observadores han sido víctimas o procuradores o defensores de derechos, libertades y democracia.

Contamos con una buena galería de versiones sobre la navegación americana, una suerte de “biografías” que corresponden a varios géneros necesarios. El conjunto aporta una nutrida bibliografía, cada vez más penetrante, crítica y propositiva.⁸⁰ En algunos casos se ha puesto el acento sobre las vicisitudes del origen y la primera etapa de las instituciones, a través de trabajos descriptivos;⁸¹ en otras, el énfasis se cifró en las competencias y los procedimientos de protección de los derechos, indispensable en el desarrollo

⁷⁹ Al respecto, *cfr.* Saavedra Alessandri, Pablo, “Impunidad de violaciones a derechos humanos”, en García Ramírez, Sergio, Olga Islas de González Mariscal y Mercedes Peláez Ferrusca (coords.), *XIV Jornadas sobre Justicia Penal. Criterios de Jurisprudencia Interamericana de Derechos Humanos: Influencia y repercusión en la justicia penal* (3 al 6 de diciembre de 2013), México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas)- Corte y Comisión IDH-INACIPE-PUDH-AMCP, jueves 5 de diciembre, mesa 6, video consultable en <<http://www.juridicas.unam.mx/vjo/>>.

⁸⁰ Próximamente aparecerá una obra colectiva, abarcadora de la normativa interamericana y de su sistema de protección internacional: *La América de los Derechos*, coordinada por Edgar Corzo y editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, equivalente, para nuestra región, a García Roca, Javier y Pablo Santolaya (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

⁸¹ *Cfr.*, por ejemplo, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo, 1979-2004*, San José, Costa Rica, Corte IDH, 2005. Asimismo, *cfr.* *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Memoria de la instalación*, 2ª. ed., San José, Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999.

del “procesalismo internacionalista”.⁸² También existen descripciones de la relación entre el Sistema Interamericano, estático (como figura) y dinámico (como desarrollo), y la efectiva tutela de los derechos y las libertades (el impacto de aquél), la construcción o reconstrucción de la democracia que está entre las “ideas fuerza” del Sistema y el cumplimiento de sus objetivos.

En este “fresco biográfico” representativo de la navegación americana y el Sistema que aquélla procura a través de diversas estaciones o puertos intermedios, hay referencias analíticas y orientadoras. Así, mencionaré —también como ejemplos— el cotejo entre las genealogías de los sistemas europeo y americano en el solar y bajo el designio común de la democracia;⁸³ la visión integral del Sistema Americano, desde el principio hasta nuestros días, con acento en la Comisión IDH, “proa” de la nave americana;⁸⁴ las incursiones en temas específicos de la justicia regional, clasificados conforme a su materia y proyecciones y con énfasis en ciertas categorías o grupos, caracterizados por el desvalimiento de sus integrantes (niños, trabajadores —migrantes—, detenidos);⁸⁵ la ponderación de la democracia, santo y seña

⁸² Cfr., por ejemplo, Pasqualucci, Jo., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003; Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3ª ed., San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004; Medina Quiroga, Cecilia y Claudio Nash Rojas *Sistema interamericano. Introducción a sus mecanismos de protección*, Santiago de Chile, Universidad de Chile (Facultad de Derecho-Centro de Derechos Humanos), 2007; Monterisi, Ricardo D., *Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Lib. Editora Platense, 2009; Pizzolo, Calogero, *Sistema Interamericano. La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informes y jurisprudencia*, Buenos Aires, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas)-EDIAR, 2007.

⁸³ Cfr. Úbeda de Torres, *Democracia y derechos humanos...*, cit., *supra* nota 25, donde se reflexiona sobre el “arranque” democrático de ambos sistemas; el Consejo de Europa y la Organización de los Estados Americanos, señala la autora, “parecen estar ligados por un mismo destino democrático”, aunque el Consejo aventaje en la marcha (p. 80).

⁸⁴ Cfr. González Morales, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos...*, cit., *supra* nota 6. El autor conoce directamente la actividad de la Comisión IDH, de la que es miembro.

⁸⁵ Cfr. Burgogue Larsen, Laurence y Amaya Úbeda de Torres, *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruyant, 2008, especialmente pp. 443 y siguientes (versión en inglés: *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, New York, Oxford University Press, 2011, pp. 645 y siguientes; versión en español: *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2009). Sobre la importancia que la jurisprudencia interamericana asigna al “principio de preferencia a grupos en situación de riesgo o vulnerabilidad”, cfr. Santolaya Machetti, Pablo y Sergio M. Díaz Ricci, “Derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables”, en García Roca, Javier, Pablo Antonio Fernández, Pablo Santolaya y Raúl Canosa (eds.), *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*. Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 287 y siguientes. Asimismo, cfr.

del Sistema;⁸⁶ la reflexión sobre el múltiple y penetrante impacto nacional de la normativa y la jurisprudencia internacional;⁸⁷ esta misma consideración en torno al impacto, desde la óptica de las organizaciones no gubernamentales;⁸⁸ el carácter ejemplar de la jurisprudencia interamericana en materia de reparaciones;⁸⁹ y el examen comparado —un “diálogo”, mutuo reflejo— de las características y planteamientos de los sistemas europeo y americano en nuestros días.⁹⁰

VI. AUTORITARISMO Y PROYECTO DEMOCRÁTICO

Ya me referí al binomio democracia-derechos humanos, cuyos despliegue e incidencias conducen la navegación americana y constituyen el cimiento del *ius commune* en formación. He aludido —y lo haré de nuevo— al

Burgogue-Larsen, Laurence, “Les nouvelles tendances dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l’homme”, en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2008, pp. 164 y siguientes, y García Ramírez, Sergio, “Los ‘vulnerables’ ante la jurisdicción interamericana de los derechos humanos”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, año 21, no. 105 noviembre-diciembre 2013, pp. 225 y siguientes. Este artículo también fue publicado en *Acceso a justicia y derechos humanos*, Buenos Aires, Ministerio Público Fiscal de la CABA-ILANUD, 2013, pp. 97-120.

⁸⁶ Cfr. Aguiar Anguiano, Asdrúbal, *La democracia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1987-2012*, Buenos Aires-Caracas, Observatorio Iberoamericano de la Democracia, 2012, que aporta la rica perspectiva de quien ha sido juzgador y es académico y expatriado.

⁸⁷ Cfr. Varios, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local...*, *op. cit.*, importante obra sobre dicha aplicación en Argentina, que no cuenta con equivalentes del mismo alcance en otros países americanos. Asimismo, cfr. Corzo Sosa, Edgar, Ulises Carmona y Pablo Saavedra (coords.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant Lo Blanch, 2013. En este mismo orden de ideas, siempre a propósito del impacto interno del derecho interamericano y de la correspondiente jurisprudencia, 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*, San José, C.R., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2011; Silva García, Fernando, *Derechos humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, México, Porrúa, 2007, y García Ramírez, Sergio y Mauricio Del Toro Huerta, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decisiones y transformaciones*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas)-Porrúa, 2011. Asimismo, cfr. Piovesan, Flávia, *Temas de direitos humanos*, 5ª ed., Sao Paulo, Saraiva, 2012, pp. 82 y siguientes y 111 y siguientes.

⁸⁸ Cfr. Krsticevic, Viviana y Liliana Tojo (coords.), *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, Buenos Aires, CEJIL, 2007.

⁸⁹ Cfr. Lambert Abdelgawad, Elisabeth y Kathia Martin-Chenut (dirs.), *Réparer les violations graves et massives des droits de l’homme: la Cour Interaméricaine, pionnière et modèle?*, Paris, Société de Législation Comparée, 2010.

⁹⁰ Cfr. *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano...*, cit. *supra* nota 85.

alba de esa navegación en la historia moderna de nuestra región. No examinaré el punto de partida en el choque entre el poder y el individuo en la etapa prehispánica y en el momento del “encuentro”⁹¹ entre europeos y americanos. Tras este acontecimiento, el problema no sería de “derechos humanos” —antes de la independencia de Estados Unidos y la Revolución Francesa—, sino de “condición humana”: un problema pleno y profundo; el debate, con reverberaciones actuales, giraba en torno a la condición humana de los indígenas —la amplia mayoría de la población americana— en los términos de la controversia abanderada por Ginés de Sepúlveda y fray Bartolomé de las Casas, en sus trincheras respectivas.⁹² ¿Cómo hablar de derechos y libertades fincados en la dignidad de sujetos cuya dignidad se hallaba en cuestión?

Los primeros siglos cultivaron el más intenso autoritarismo, inmemorial y variado. Lo hubo antes de la conquista, durante la colonia y en un extenso periodo de la era independiente. Las constituciones emergentes, a lo largo del siglo XIX, acogieron con puntualidad —y escasa fortuna práctica— los conceptos aportados por los grandes documentos fundacionales de la era moderna: derechos humanos, naturales y radicales, entraña de la Constitución;⁹³ reconocimiento y protección de aquéllos, como objeto y fin de la sociedad política, y soberanía del pueblo, concepto difícil en sociedades estratificadas, que no incurrió, sin embargo, en concesiones a la “tiranía de la mayoría”.⁹⁴ El perfecto marco constitucional, ilustra-

⁹¹ Piadosa expresión propuesta por el ilustre profesor Miguel León Portilla para superar los debates sobre este momento de la historia, que alumbraron en 1992, al conmemorarse el quinto centenario del “descubrimiento”.

⁹² Me refiero a la controversia suscitada por las posiciones de Ginés de Sepúlveda (*De justis belli causis apud indios*, o *De la justa causa de la guerra contra los indios*) y Las Casas (*Treinta proposiciones muy jurídicas*), que generó la “polémica de los naturales” o de los “justos títulos”.

⁹³ Histórica y doctrinalmente, el concepto no es uniforme. Un notable constitucionalista mexicano sostuvo, al analizar el desarrollo constitucional de este país, que “la novedad (1857) de tomar el derecho individual como base de las leyes constitutivas, era de la mayor trascendencia, pues debía obrar en la sucesión del tiempo un cambio de rumbos en toda la organización política y su desenvolvimiento progresivo”. Rabasa, Emilio, *La Constitución y la Dictadura*, México, Porrúa, 1956, p. 75. Sobre la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos como datos centrales de la Constitución, *cf.* Hartwig, Matthias, “Democracy, the State of Law and Human Rights: Constitutional Concepts Exemplified by the German Constitution”, en Bogdandy, Armin von, Flávia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica*, Río de Janeiro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law-PUC.SP-Lumen Juris Editora, 2011, pp. 3 y siguientes.

⁹⁴ Sobre este concepto, véase el magistral comentario de Alexis de Tocqueville acerca de los riesgos que entraña esa “tiranía”, a título de “omnipotencia” ejercida sobre la

do por las mejores ideas de la filosofía política occidental, brindó amplia hospitalidad a la ilusión democrática y estuvo poblado por “ciudadanos imaginarios”.⁹⁵

El Sistema Interamericano se ha visto permeado, en todo tiempo, por un proyecto democrático que abarca las dos versiones de la democracia: formal y material. En el preámbulo de la CADH se manifiesta el propósito de “consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de *justicia social*, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”.⁹⁶

He aquí, en consecuencia, tanto la democracia sin calificativos, *sans phrase*, como la democracia concebida como sistema, estilo, patrón de vida: social, integral,⁹⁷ asociada “vocacionalmente” a valores que constan en la Declaración y en la Convención, y en la jurisprudencia de la Corte IDH

sociedad y las instituciones de Norteamérica, cuya calidad democrática reconoce el autor francés en su obra clásica en torno a la gran república emergente. *Cfr. La democracia en América*, 2a. ed., trad. Luis R. Cuéllar, México, Fondo de Cultura Económica, 1963, pp. 254 y siguientes.

⁹⁵ La elocuente expresión es de Fernando Escalante Gonzalbo, autor de la obra *Ciudadanos imaginarios*, México, El Colegio de México, 1992.

⁹⁶ Énfasis apegado. Se halla presente el imperio de los DESC, implícito en el concepto de la justicia social. Agrega el preámbulo la idea de crear “condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

⁹⁷ La democracia sin adjetivos (*sans phrase*) es la democracia política. *Cfr. Sartori, Giovanni, ¿Qué es la democracia?*, trad. de Miguel Ángel González Rodríguez, México, Tribunal Federal Electoral-Instituto Federal Electoral, 1993, p. 8. Otra versión carga el acento sobre el fondo e invoca una serie de motivos, razones, valores que desbordan la formación del poder y exploran su destino: democracia sustancial; ya no sólo “gobierno del pueblo”, sino “para el pueblo”. Dice Norberto Bobbio: se suele diferenciar la democracia formal de la democracia sustancial, o, según otra conocida formulación, “la democracia como gobierno del pueblo de la democracia como gobierno para el pueblo”; véase *Liberalismo y democracia*, 4ª reimpr., trad. de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 39-40. Bajo una concepción más elaborada, los derechos fundamentales no tienen de primera intención este carácter central nítido, pero se conserva su altísima jerarquía en virtud de su enlace con los valores supremos que acoge su constitución. En este sentido, *cfr.* el punto de vista de Gregorio Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, con la colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Ángel Llamas Cascón, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1995, pp. 357 y siguientes. Ferrajoli distingue entre la “dimensión política de la democracia, la cual se expresa en el principio de las mayorías”, y el sentido sustancial “que se expresa en la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, de sus intereses materiales primarios”. *Cfr.* “Justicia penal y democracia. El contexto extraprocesal”, en *Capítulo Criminológico*, vol. 16, 1988, p. 3; *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 77-89, y *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 27-39.

que invoca bien común y justicia social.⁹⁸ Una y otra se hallan en la base ideológica del Sistema y en el itinerario de la navegación americana.⁹⁹

VII. LOS PUENTES ENTRE EL DERECHO INTERNO Y EL DIDH

Para la construcción del derecho común de los derechos humanos en el plano latinoamericano es relevante —mejor todavía, indispensable— lo que acostumbro denominar tendido de “puentes” entre el DIDH y el derecho doméstico.¹⁰⁰ Conviene que esos “puentes” o vías de comunicación e integración sean expresos, suficientes, en distintos órdenes de la vida política, social y jurídica. A mi juicio, los puentes son constitucionales —en primer término, necesario, decisivo—, legales, jurisprudenciales, políticos y culturales. Brevemente me ocuparé de estas categorías en los siguientes párrafos, a partir del “puente constitucional”.

El desarrollo democrático latinoamericano y el primado de los derechos humanos, indicadores de la navegación que alimenta el proceso del *ius commune*, tienen acogida en la reforma constitucional que se ha producido en América Latina en el último cuarto de siglo.¹⁰¹ Esta es consecuente con la

⁹⁸ Cfr. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas...*, cit., *supra* nota 8, párrs. 66 y 67, y *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86*, del 9 de mayo de 1986, párrs. 29-31.

⁹⁹ Asdrúbal Aguiar menciona: “Suman 631 las enseñanzas de la Corte IDH, tomadas de sus opiniones consultivas y sentencias contenciosas más relevantes, que muestran a la democracia en sus fortalezas y como lo que es, no sólo un régimen político, sino, por sobre todo, una forma de vida social y un estado individual del espíritu”. *La democracia en la jurisprudencia...*, cit., *supra* nota 86, p. 11.

¹⁰⁰ Sobre este tema es abundante la doctrina. Véase, por ejemplo, Ortiz Ahlf, “Armonización legislativa interna de las normas internacionales en materia de derechos humanos”, en *La armonización de los tratados internacionales...*, cit., *supra* nota 71, pp. 287 y siguientes.

¹⁰¹ Cfr. acerca de algunos extremos de esta reforma, Fix-Zamudio, Héctor, “La protección judicial de los derechos humanos en Latinoamérica y en el sistema interamericano”, en Fix-Zamudio, Héctor (coord.), *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, 2ª ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1999, pp. 175 y siguientes; “Avances y perspectivas de la protección procesal de los derechos humanos en Latinoamérica”, en *ibidem*, pp. 113 y siguientes, y “Estudio preliminar” sobre Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al Derecho constitucional comparado*, 2ª ed., trad. Héctor Fix-Zamudio, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 30 y siguientes. Asimismo, cfr. Varios, *Garantías jurisdiccionales para la reforma de los derechos humanos en Iberoamérica*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 1992. Desde luego, se distingue entre la reforma constitucional que acentúa determinados contenidos democratizadores, esto es, una reforma con “designio”, y la ingeniería constitucional en el sentido en que la describe Giovanni Sartori, que a este respecto pondera la “neutralidad de fondo”. *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos*

idea de un constitucionalismo antropocéntrico: el ordenamiento que coloca al ser humano en el centro de la escena.¹⁰² Este movimiento constitucional abarca la arquitectura del poder, los derechos básicos de las personas, las garantías de esos derechos —inclusive el florecimiento del *ombudsman*— y el enlace, tan complejo y polémico, entre el Derecho interno y el DIDH,¹⁰³ que suscita temas de excepcional importancia: jerarquía de normas y principio *pro persona*.

Obviamente, el desenlace que tenga cada una de estas cuestiones — cada vez más uniforme en la normativa continental, con apreciables vicisitudes— influye en el derecho común que ahora construimos, aporta el perfil de las instituciones regionales y fija su destino. Este mismo movimiento ha determinado la admisión de un “bloque de constitucionalidad” en la doctrina y la jurisprudencia de los países de la región, que incluye las aportaciones del ordenamiento internacional de los derechos humanos, al lado de la preceptiva constitucional en sentido estricto.¹⁰⁴ El bloque de constitucionalidad —generado en la doctrina europea y luego difundido en América Latina, con modalidades propias— implica una de las aportaciones más relevantes de la nueva era; cabe advertir el alcance del *ius commune* constitucional latinoamericano si en éste figuran, además de las particularidades nacionales —frecuentemente compartidas y, por ello, generalizadas o regionalizadas—, los dones del DIDH, aplicable a todos los Estados del área.

La reforma constitucional posee rasgos y trae consigo consecuencias que conviene ponderar. Entre los cambios precursores, que pronto adquirieron prestigio, figura el cambio constitucional argentino de 1994,¹⁰⁵ que

y resultados, 2a. ed., trad. Roberto Reyes Mazzoni, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 217.

¹⁰² Peter Häberle señala: “Los textos clásicos, pero también los más recientes, sugieren una concepción antropocéntrica de Constitución”. *El Estado Constitucional*, trad. Héctor Fix-Fierro, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2001, p. 115.

¹⁰³ Sobre el régimen constitucional de los tratados en la reciente normativa latinoamericana, *cf.* Villarroel Villarroel, Darío, *Derecho de los tratados en las Constituciones de América*, México, Porrúa, 2004.

¹⁰⁴ La noción de bloque de constitucionalidad, aportada por la doctrina del Consejo Constitucional de Francia, posee diversas connotaciones en los países que la han acogido. Interesa destacar que en los países de América Latina domina la idea de que el bloque abarca la preceptiva de los derechos humanos.

¹⁰⁵ *Cf.* Vanossi, Jorge R., “Los tratados internacionales ante la reforma de 1994”, en Abregú, Martín y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997; 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, pp. 149 y siguientes.

elevó a rango constitucional un buen conjunto de instrumentos internacionales.¹⁰⁶

Las novedades constitucionales argentinas de 1994 han producido efectos de suma importancia, que enuncia la doctrina: “incorporó nuevos derechos y garantías al sistema constitucional; contribuyó a insertar plenamente al país en un sistema de justicia internacional de derechos humanos; impuso cambios en la administración de justicia; determinó la necesidad de repensar la organización federal; favoreció la creación de una nueva institucionalidad pública encargada de diseñar e implementar políticas de gobierno específicas de derechos humanos; y contribuyó a la consolidación de una disciplina académica que discutió y favoreció la aplicación de esos estándares y principios en los distintos campos del derecho público y privado”.¹⁰⁷ Estas mismas consecuencias pueden observarse en otros países, entre los que figura México, puesto que son “efectos naturales y necesarios” del enlace entre el Derecho doméstico y el internacional de los DDHH.

Otras constituciones han abordado y resuelto, con diversas expresiones —y, a menudo, con distintas interpretaciones— la coexistencia, la tensión o la contradicción —mucho menos frecuente de lo que se supone— entre normas nacionales del más alto rango y normas internacionales que reconocen derechos humanos. Las fórmulas de “entendimiento”, que son reglas de interpretación, disponen la interpretación conforme, es decir, conforme a los instrumentos internacionales, y el imperio del principio *pro homine* o *pro persona*, máximo conductor de la tutela, que no es sólo un principio de interpretación, sino también de formulación jurídica, guía para el legislador, además de serlo para el juzgador.

El tema de la interpretación tiene expresiones notables tanto en la normativa interamericana, que invoca una amplísima tutela de la persona: las disposiciones de la CADH y otros instrumentos son “piso”, no “techo” de los derechos humanos,¹⁰⁸ como en la jurisprudencia internacional o supra-

¹⁰⁶ Sea por mandato constitucional taxativo, que enuncia determinados instrumentos, sea por disposición, asimismo suprema, que establece las condiciones para agregar tratados a la relación original, cosa que efectivamente ha ocurrido. Cfr. artículo 75.22 de la Constitución de la Nación Argentina, <http://www.ara.mil.ar/archivos/Docs/constitucion_nacional.pdf>.

¹⁰⁷ Abramovich, “Prólogo” a *La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local. La experiencia...*, cit., *supra* nota 56, p. III.

¹⁰⁸ Artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra

nacional. En este sentido, tómesese en cuenta la orientación democrática del Sistema, que se proyecta en todas sus vertientes: las exigencias derivadas del principio democrático deben “orientar la interpretación de la Convención (CADH) y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas”.¹⁰⁹

En este ámbito, hay disposiciones relevantes en los textos supremos de Colombia, Venezuela, Guatemala, Bolivia, Ecuador, República Dominicana, Brasil y México.¹¹⁰ Desde luego, las disposiciones constitucionales se desenvuelven en normas secundarias y en sentencias judiciales; éstas deben respetar la intención explícita o implícita de la norma constitucional y del DIDH.¹¹¹

En seguida de los textos constitucionales, como su herramienta regular, corresponde atender el “puente legal”, esto es, las normas estatutarias de implementación relativas a tratados y a cumplimiento de sentencias y otros actos del DIDH,¹¹² que constituyen un rubro hasta hoy deficitario en la construcción del andamiaje normativo para el enlace entre los ordenamientos interno y externo en pos de un solo ordenamiento nacional de doble fuente.

convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”. *Cfr.* OEA, <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>.

¹⁰⁹ *Cfr. La Colegiación Obligatoria de Periodistas...*, cit., *supra* nota 8, párr. 44.

¹¹⁰ *Cfr.* Colombia (art. 94), Venezuela (art. 23), Guatemala (art. 46), Bolivia (art. 256), Ecuador (arts. 417 y 424), República Dominicana (art. 74.3 y 74.4), Brasil (art. 5.LXXVII.2) y México (art. 1º). Además, *cfr.* sobre la influencia actual de los derechos humanos en la dinámica constitucional y en las relaciones del Estado y la sociedad, Caballero Ochoa, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, México, Porrúa, 2009, pp. 45 y siguientes.

¹¹¹ ¿Lo hacen siempre? No es posible expresar una opinión que abarque todos los casos. Hay diversos pareceres basados en experiencias nacionales específicas, inclusive de fechas muy recientes. Así, *cfr.* Ayala Corao, Carlos, *La inexecución de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2009.

¹¹² Por ejemplo, en México la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado (*Diario Oficial de la Federación* de 31 de diciembre de 2004, consultable en <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFRPE.pdf>>) y la Ley General de Víctimas (*Diario Oficial de la Federación* de 9 de enero de 2013, consultable en <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGV.pdf>>). En el caso de Perú el artículo 115 del Código Procesal Constitucional, consultable en <http://tc.gob.pe/Codigo_Procesal.html>.

VIII. LA MISIÓN DEL JUZGADOR

El juzgador posee un papel de extraordinaria importancia en la recepción del derecho internacional de los derechos humanos. Aquí es preciso hacer referencia breve tanto al juzgador internacional o supranacional como a los tribunales nacionales, factores de la recepción. Ya hemos dicho que los jueces son garantes del respeto a los derechos fundamentales; esta misión de garantía es aplicable, por supuesto, a ambas categorías de juzgadores.

El juez internacional, que no puede “echar a volar la imaginación” al aplicar las normas que le obligan, ni “inventarse” competencias que no le han sido conferidas, debe, sin embargo, procurar el mayor alcance de los derechos y las libertades bajo orientación *pro homine*. Esto implica concepciones de gran aliento al tiempo de interpretar los tratados —que son “cuerpos vivos”, evolutivos—,¹¹³ cuya lectura se debe hacer con ojos de la hora en que se interpretan y aplican, no del momento en que fueron redactados. Esta misma progresividad entra en juego cuando el juzgador internacional declara la responsabilidad del Estado por la conducta de individuos que no son agentes formales de éste, declaración que ha sido formulada por la Corte IDH en diversas oportunidades.¹¹⁴

En el Sistema Europeo se reconoce al juzgador la potestad de definir el sentido de las normas bajo el concepto de “cosa interpretada”.¹¹⁵ En el

¹¹³ La Corte Europea de Derechos Humanos ha estimado que el Convenio de 1950 “es un instrumento vivo que (...) debe ser interpretado a la luz de las condiciones presentes hoy en día”. Eur. Court H.R. *Tyrer Case*, Judgement of 25 april 1978, párr. 31. En el mismo sentido, la Corte IDH por lo que toca a la Declaración Americana: *Opinión Consultiva OC-10/89*, del 14 de julio de 1989, sobre *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, párr. 37. *Cf.* Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, Madrid, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Civitas, 1987, p. 95.

¹¹⁴ Por ejemplo, *cf.* *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1 de julio de 2006, párrs. 125.1, 125.25 y 133, y *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párrs. 121-123.

¹¹⁵ Refiriéndose al Tribunal Europeo, Claudio Zanghi señala que la sentencia sólo obliga a los Estados parte en la contienda, “pero no puede ignorarse el valor de la interpretación de la norma convencional, lo que, a menudo, llega más allá del caso concretamente examinado. En tal situación es manifiesta la eficacia de *res interpretata* de las sentencias del Tribunal. Así, en numerosos casos la evaluación efectuada por el Tribunal sobre la forma de entender una norma convencional, a partir de una hipótesis concreta que aparentemente involucra a un solo Estado parte, en realidad repercute sobre otros muchos Estados, dada la identidad o la similitud de situaciones, y aunque esa repercusión pueda no resultar manifiesta en el plano de la inmediatez jurídica sino en el de la oportunidad política”. García Ramírez y Zanghi, “Las jurisdicciones regionales de derechos humanos y las reparaciones y efectos de las sentencias”, en *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano...*, cit., *supra* nota 85, p. 444.

Sistema Interamericano podemos hablar del carácter vinculante de las resoluciones que emite la Corte IDH. Este alcance —verdaderamente fundamental para la fragua del *ius commune* de los derechos humanos— deriva de la condición del juzgador como intérprete de una normativa de obligatoria observancia: la CADH y otros tratados interamericanos que confieren competencia material a la Corte IDH.¹¹⁶ El carácter vinculante de la jurisprudencia interamericana¹¹⁷ ha sido reconocido, con acento creciente, tanto por las altas cortes nacionales como por otros tribunales domésticos; dicho reconocimiento —invocado y aquilatado por esa Corte—¹¹⁸ ha significado un progreso extraordinario en la navegación americana.

Es oportuno mencionar aquí el papel de los juzgadores nacionales en el proceso de recepción. Se ha reiterado que la obligación estatal abarca a todos los órganos del Estado, inclusive los que ejercen funciones jurisdiccionales. En consecuencia, los jueces internos deben contribuir a esa recepción en el espacio de sus facultades, lo que lleva al “control de convencionalidad”, uno de los fenómenos más relevantes en la hora actual, particularmente en algunos países latinoamericanos. Este control judicial interno supone que los juzgadores domésticos confronten las disposiciones internacionales con las nacionales y opten por la aplicación de aquéllas en caso de duda o conflicto. La Corte Interamericana, promotora de la doctrina del control, ha producido importantes decisiones en esta materia, que

¹¹⁶ En mi concepto, “las sentencias dictadas en casos contenciosos incluyen criterios de la Corte Interamericana, intérprete oficial de la CADH, que establece la interpretación de una norma de observancia obligatoria para los Estados partes en el Pacto (artículos 1 y 2) (...) Lo establecido en el litigio correspondiente al Estado ‘A’ fue asumido como deber propio por los tribunales del Estado ‘B’, en la medida en que por este medio se definió el sentido de una norma —no sólo la realización de unos hechos— con fuerza en el Estado ‘B’, no apenas en aquél. El derecho de ‘B’ se integra con la disposición de la CADH y la interpretación oficial que provee el órgano autorizado para ello: la Corte Interamericana”. García Ramírez y Zanghi, *idem*. Sobre la eficacia de la sentencia de la Corte IDH en relación con las partes en el litigio en el que aquélla se pronuncia y con los Estados parte en la CADH, *cf.* Ferrer MacGregor, “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*), en *Panorámica del Derecho procesal...*, cit., *supra* nota 71, pp. 1021 y siguientes.

¹¹⁷ En este mismo sentido, Ayala Corao señala que “las interpretaciones convencionales realizadas por la Corte IDH adquieren fuerza de cosa juzgada y por tanto de norma interpretada, a los fines de que los operadores jurídicos del sistema y en especial los Estados, puedan no sólo guiarse sino seguir las mismas”. *Del diálogo jurisprudencial al control...*, cit., *supra* nota 71, p. 131.

¹¹⁸ La Corte IDH ha citado, a este respecto, las afirmaciones formuladas por los más altos tribunales de Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica y República Dominicana. *Cf.* *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México...*, cit., *supra* nota 61, párrs. 225 y siguientes.

cuentan con interesante desarrollo jurisprudencial a partir de las primeras referencias formuladas en votos particulares del autor de estas líneas.¹¹⁹ Hay copiosa bibliografía sobre la materia, cuyo examen extendería demasiado este artículo.

Bien entendido, el control judicial de convencionalidad debe ser factor de armonización jurídica, no semilla de dispersión. De ahí la necesidad perentoria de establecer el cauce, los métodos, los procedimientos, las facultades, las consecuencias de ese control —un instrumento de “manejo delicado”—, en suma, la mejor manera de entenderlo y practicarlo para avanzar en la unificación nacional de la interpretación y abonar en seguida al *ius commune*, que pudiera verse obstruido por un “control descontrolado”. A este respecto hay opiniones apreciables que postulan un régimen de media vía entre el control concentrado y el control difuso,¹²⁰ toda vez que la Corte Interamericana no ha optado por una sola de estas modalidades de control, cuya selección debiera atender a las tradiciones, posibilidades, ventajas que deriven de la circunstancia nacional.¹²¹

¹¹⁹ A esto se refieren, por ejemplo, De Vergottini, *Más allá del diálogo...*, cit., *supra* nota 14, p. 112; Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”, *La Ley*, Buenos Aires, 27 de julio de 2009, pp. 1-5; Rey Cantor, *Control de convencionalidad de las leyes...*, cit., *supra* nota 71, pp. 46 y 167-171. Asimismo, *cf.* Sagüés, Néstor Pedro, “El ‘control de convencionalidad’ como instrumento para la elaboración de un *ius commune interamericano*”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización, ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, t. II, pp. 449 y siguientes.

¹²⁰ Al respecto, *cf.* De Vergottini, *Más allá del diálogo...*, *op. ult. cit.*, pp. 106 y siguientes.; Sagüés, “El control de convencionalidad...”, e *La justicia constitucional y su internacionalización...*, *op. cit.*, *supra* nota anterior, pp. 451 y siguientes, y Serna de la Garza, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2012, pp. 279 y siguientes. Desde que emprendí el estudio del control de convencionalidad en México, subrayé que la Corte Interamericana no se ha pronunciado sobre la naturaleza de ese control: concentrado o difuso. Es indispensable, a mi juicio, ponderar con cuidadosa reflexión la vía más conveniente para hacer del control un instrumento de armonización jurídica, seguridad y justicia, ruta hacia el *ius commune*, no hacia la dispersión jurisprudencial, que constituye uno de los más graves riesgos en este ámbito. En este orden de consideraciones “es perfectamente posible —añadí— que el legislador interno organice un régimen de consultas similar a las cuestiones de constitucionalidad que ofrecen otras experiencias nacionales y que permiten la unidad de interpretación y favorecen la seguridad jurídica”. García Ramírez, “Presentación”, en , *Control judicial de convencionalidad...*, cit., *supra* nota 10.

¹²¹ En este sentido es relevante el examen que hace Serna de la Garza. Invoca la enseñanza que deriva del régimen español sobre cuestiones de inconstitucionalidad, y se refiere a la obra del jurista mexicano Edgar Corzo (*La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Centro de

En el examen del papel de los jueces domésticos en la recepción y aplicación del derecho internacional se ha hecho notar que de esta suerte el juzgador interno se convierte en un juez internacional, y más específicamente —en lo que ahora nos concierne— en un juez interamericano. Esto implica una especie de “desdoblamiento funcional”, concepto explorado. Para que el juez interno opere en este sentido se requieren ciertas determinaciones de orden nacional (así, atribución de competencias específicas en esta materia y formulación de los procedimientos idóneos para la operación judicial nacional).¹²²

IX. LOS GRANDES TEMAS PARA EL *IUS COMMUNE*

Al examinar las aportaciones de la jurisprudencia interamericana a la formación de un derecho común latinoamericano sobre derechos humanos, es necesario invocar los “grandes temas” de esa jurisprudencia. A mi juicio, es posible destacar las contribuciones jurisprudenciales al principio de especificidad, en sus diversas aplicaciones, al sistema de reparaciones por violación de derechos humanos y, dentro de éstas, al desempeño de la justicia (y la lucha contra la impunidad). Las elaboraciones jurisprudenciales han calado, cada vez más, en el orden jurídico de la región y, por lo tanto, en la construcción de un derecho común latinoamericano.

El Derecho internacional de los derechos humanos se erige sobre principios de universalidad e igualdad, que corresponden al *jus cogens*. La Corte IDH ha insistido en esta condición a propósito de la igualdad y la no discriminación, anverso y reverso de un planteamiento fundamental.¹²³ Ahora bien, el mismo tribunal ha sostenido, en forma constante y enfática, la ne-

Estudios Constitucionales, 1998). Cfr. Serna de la Garza, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización...*, *op. ult. cit.*, *supra* nota anterior, pp. 283 y siguientes.

¹²² En la obra *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos...*, *cit.*, *supra* nota 87, de García Ramírez y Del Toro Huerta, se alude brevemente a esta cuestión, p. 218 y n. 23. El concepto *dédoublement fonctionnel* es de Georges Scelle, *Précis de droit de gens* (1931), p. 11, y “La phénomène du dédoublement fonctionnel”, *Rechtsfragen der Internationalen Organisation. Festschrift für Hans Wehberg* (1956) p. 324. Véase Cassese, Antonio, “Remarks on Scelle’s Theory of ‘Role Splitting’ (*dédoublement fonctionnel*) in International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 1, 1990, pp. 210-231, y Shany Yuval, *Regulating Jurisdictional Relations Between National and International Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 97-99.

¹²³ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03*, de 17 de septiembre de 2003, párrs. 97-101.

cesidad de acoger y promover medidas específicas —atentas a un “principio de especificidad”—,¹²⁴ a fin de asegurar el efectivo ejercicio de derechos y libertades de individuos pertenecientes a grupos vulnerables. Estos no constituyen excepciones dentro de un panorama igualitario. Lamentablemente, en América Latina la desigualdad y la vulnerabilidad no son excepción, sino regla; lo “extraordinario” es “ordinario”, regular y cotidiano. El problema queda de manifiesto en los “estrechos laberintos” del acceso a la justicia.¹²⁵ De ahí la necesidad de prohijar “leyes del más débil”, producto de reivindicaciones específicas y resistencia frente a culturas opresivas.¹²⁶

En este ámbito, la jurisprudencia interamericana sirve a un proyecto democrático que pone la mirada en grandes conjuntos de personas, sometidas a fuerte presión en virtud de su debilidad personal o su pertenencia a grupos frecuentemente desvalidos; esta condición precaria propicia violación a derechos humanos y enrarece la operación de sus garantías. En consecuencia, es preciso que la navegación americana se desarrolle con las características que convienen al *mare nostrum* en el que aquélla transita. Aquí florecen las acciones afirmativas y las tutelas específicas,¹²⁷ que no pierden de vista los problemas de fondo en aras de las soluciones formales, a menudo ilusorias.

Es verdaderamente notable, impresionante inclusive, la relación de preocupaciones —y desarrollos orientadores y constantes— de la jurisprudencia interamericana con respecto a los sujetos vulnerables. Se ha mostrado en casos contenciosos —y otras resoluciones— concernientes a niños,¹²⁸

¹²⁴ Cfr. García Ramírez, *Derechos humanos de los menores de edad. Perspectiva de la jurisdicción interamericana*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), pp. 56 y siguientes.

¹²⁵ Cfr. *100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, consultables en <<http://www.justiciachaco.gov.ar/pjch/contenido/varios/100reglas.pdf>>. En torno a los problemas del acceso a la justicia que gravitan sobre sectores débiles o desvalidos, cfr. Ferrer MacGregor, “Acceso a la justicia y constitucionalismo social”, en *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional...*, cit., *supra* nota 71, Madrid, pp. 531 y siguientes.

¹²⁶ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, trad. Miguel Carbonell, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2006, pp. 8-9 y 19. Igualmente, “Prefacio”, a varios, *Infancia, ley y democracia en América Latina*, García Méndez Emilio y Mary Beloff (comps.), Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, Temis-Ediciones Depalma, 1998, p. XII.

¹²⁷ Sobre tutelas específicas en función de condiciones que las requieren, cfr. Berizonce, Roberto, *Tutelas procesales diferenciadas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009.

¹²⁸ La jurisprudencia destacada acerca de niños consta en la opinión consultiva *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, del 28 de agosto de 2002 y los Casos “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*, sentencia de 19 de noviembre de 1999; *Bulacio vs. Argentina*, cit., *supra* nota 74; “*Instituto de Reeducción del Menor*” vs. *Paraguay*, sentencia de 2 de

mujeres,¹²⁹ discapacitados,¹³⁰ indígenas e integrantes de grupos étnicos (regularmente, afrodescendientes),¹³¹ víctimas de abusos de poder (entre ellos, de-

septiembre de 2004, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, y *Mendoza y otros vs. Argentina*, sentencia de 14 de mayo de 2013, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones Asimismo *cf.* García Ramírez, *Derechos humanos de los menores de edad...*, cit., *supra* nota 124.

¹²⁹ La jurisprudencia más significativa al respecto se halla en los *Casos del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006, Fondo, reparaciones y costas, en el que figura mi *Voto* acerca de la competencia de la Corte IDH para aplicar la Convención de Belém do Pará; *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, sentencia de 16 de noviembre de 2009, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas; *Rosendo Cantú y otra vs. México*, sentencia de 31 de agosto de 2010, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, y *Fernández Ortega y otros vs. México*, sentencia de 30 de agosto de 2010, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. *Cf.*, asimismo, en relación con los derechos de las mujeres en países de América Latina, en Escobar, Guillermo (dir.), *Derechos de la mujer. II Informe sobre Derechos Humanos*, Madrid, Federación Iberoamericana de Ombudsmen-Trama Editorial, 2004, y García Ramírez, Sergio, “Los derechos de las mujeres y la jurisdicción interamericana de derechos humanos”, en Soroeta Licera, Juan (ed.), *Los derechos humanos de la mujer. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Donostia, Universidad del País Vasco, 2007, vol. VIII, pp. 11 y siguientes.

¹³⁰ Los casos relevantes en este tema son: *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentencia de 4 de julio de 2006; *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, sentencia de 31 de agosto de 2012, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, y *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica*, sentencia de 28 noviembre de 2012, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Igualmente, *cf.* Cardona Lloréns, Jorge y Sanjosé Gil, Amparo, “La promoción y protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad en el camino de su reconocimiento universal”, en *Protección internacional...*, cit., *supra* nota 18, pp. 147 y ss.

¹³¹ La jurisprudencia más significativa aparece en *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*, sentencia de 4 de diciembre de 1991, Fondo; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001, Fondo, reparaciones y costas; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia 17 de junio de 2005, Fondo reparaciones y costas; *Caso Yatama vs. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas (en el *Voto* que emití en esta sentencia mencioné la siguiente clasificación de violaciones de derechos a indígenas: despojo de territorios ancestrales, eliminación física y cultural, exclusión y contención); *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006, Fondo, reparaciones y costas; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, sentencia de 24 de agosto de 2010, Fondo, reparaciones y costas, y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, sentencia de 27 de junio de 2012, Fondo y reparaciones. Para un detallado panorama informativo en torno a la consideración de los derechos de indígenas bajo el Derecho internacional, *cf.* Mackay, Fergus, *Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional. Una fuente instrumental para las organizaciones indígenas*, Lima, Asociación pro Derechos Humanos, 1999, y Varios, *Derechos indígenas en la actualidad*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 1994.

ensores de los derechos humanos),¹³² migrantes,¹³³ desplazados,¹³⁴ pobres,¹³⁵ miembros de minorías (inclusive por motivos de preferencia sexual)¹³⁶ y sujetos privados de libertad.¹³⁷

¹³² *Cfr. Caso Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil*, sentencia de 28 de noviembre de 2006, Excepciones preliminares y fondo, párr. 77; *Caso Fleury y otros vs. Haití*, sentencia de 23 de noviembre de 2011, Fondo y reparaciones, párr. 100; *Caso García y Familiares vs. Guatemala*, sentencia de 29 noviembre de 2012, Fondo, reparaciones y costas, párr. 179, y *Caso Luna López vs. Honduras*, sentencia de 10 de octubre de 2013, Fondo, reparaciones y costas, párr. 243.

¹³³ Destaca la siguiente jurisprudencia: *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18...*, cit., supra nota 123; *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, sentencia de 23 de noviembre de 2010, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas; *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, sentencia de 24 de octubre de 2012, Fondo reparaciones y costas, y *Caso Tide Méndez y otros vs. República Dominicana* (pendiente de sentencia al tiempo de la elaboración de este artículo: enero de 2014). El tema de los derechos humanos de migrantes tiene doble raíz; en efecto, arraiga tanto en el Derecho internacional de los derechos humanos, que es la perspectiva desde la que ahora lo consideramos, como en el Derecho internacional de los refugiados, ramas (conjuntamente con el Derecho internacional humanitario) del gran conjunto normativo internacional dirigido a la tutela del ser humano. *Cfr. Cançado Trindade, Antônio, Gérard Paytrignet y Jaime Ruíz de Santiago, Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana*. México, Porrúa, 2003, y Sepúlveda, César, “Vinculaciones entre el Derecho internacional humanístico, los derechos humanos y la protección de los refugiados”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XIX, núm. 59, mayo-agosto de 1987.

¹³⁴ Como jurisprudencia trascendente en este tópico, *cfr. Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*, sentencia 15 de junio de 2005, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas; *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia...*, cit., supra nota 114, y *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, sentencia de 25 de mayo de 2010, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. El párrafo 123 de este último caso menciona: “El desplazamiento de la población indígena maya durante el conflicto interno en Guatemala, así como el terror y el desarraigo, han sido documentados en varios informes. Al respecto, el informe Guatemala, Memoria del Silencio, señaló que: “... La estimación de desplazados oscila entre 500 mil y un millón y medio de personas en el período de mayor afectación (1981-1983), sumando las que se desplazaron internamente y también aquellas que se vieron obligadas a buscar refugio fuera del país...”.

¹³⁵ Con relación a la exención del agotamiento de los remedios previstos en las leyes nacionales, por razón de indigencia, *cfr. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90*, del 10 de agosto de 1990, párrs. 30-31.

¹³⁶ *Cfr. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, sentencia del 24 de febrero de 2012, Fondo, reparaciones y costas, párrs. 77 y ss.

¹³⁷ Reconociendo la existencia de violaciones graves y frecuentes vinculadas con la privación de libertad, y tomando en cuenta la abundante jurisprudencia interamericana sobre esta materia, la CorteIDH ha publicado un volumen de muy útil consulta: *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)* (que en la portada se presenta como *Privación de libertad y condiciones carcelarias. Artículo 7 de la Convención Americana*

En el abordaje de la situación prevaleciente y de los derechos quebrantados (y rescatables) de millones de personas inscritas en estas categorías del desvalimiento y la vulnerabilidad queda de manifiesto la ideología democrática del ordenamiento interamericano y la consecuente emisión de una jurisprudencia (realista y reivindicadora) que opera bajo el principio de especificidad. Esta jurisprudencia tributa significativamente al *ius commune* latinoamericano, que gradualmente recibe e interna sus orientaciones. Ya es posible hablar del Derecho interamericano de los derechos humanos sobre niños, mujeres, indígenas, migrantes, etcétera, que prosperaría si se contase con instrumentos vinculantes —no sólo declaraciones— en torno a grupos o temas cuyas características y soluciones han sido perfiladas por la jurisprudencia, pero que todavía no se hallan recogidos en convenciones o protocolos.¹³⁸

Otro capítulo descollante del Derecho interamericano de los derechos humanos —en el que se han multiplicado las aportaciones al DIDH— es el concerniente a las reparaciones.¹³⁹ El régimen de esta materia adquirió originalidad desde que se deliberó en torno al proyecto de Convención Americana: los autores del artículo 63.1 se apartaron deliberada y evidentemente del modelo europeo¹⁴⁰ y construyeron un modelo americano llamado a remover —“pugnar por remover”, explícitamente— los factores de las violaciones. Esto significa la provisión de reparaciones de carácter estructural,¹⁴¹ que acentúan las medidas de prevención y no repetición —sin perder de vista las compensaciones debidas a la víctima—, es decir, los medios para evitar que se produzcan nuevas violaciones, no sólo corresponder, litigio por litigio, individuo por individuo, a las violaciones perpetradas que motivan la actuación casuística de la Comisión y de la Corte.

sobre Derechos Humano, San José, Costa Rica, Cuadernos de Compilación Jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010).

¹³⁸ Cfr. García Ramírez, Sergio, “Bioética y protección de los derechos humanos ante la jurisdicción interamericana”, en Brena Sesma, Ingrid y Gérard Teboul (coords.), *Hacia un instrumento regional interamericano sobre la bioética. Experiencias y expectativas*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2009, pp. 376-377.

¹³⁹ Cfr. Pasqualucci, Jo, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court...*, cit., *supra* nota 82, p. 289. El tema merece mayor atención en la doctrina internacional. Al respecto, cfr. Antkowiak, Thomas M., “Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 46, no. 2, 2008, pp. 351 y 355.

¹⁴⁰ Cfr. mi comentario en *La Corte Interamericana...*, cit., *supra* nota 33, pp. 278 y siguientes.

¹⁴¹ Cfr. la síntesis que formulo sobre este tema, en cotejo con el sistema europeo, en García Ramírez y Zanghi, “Las jurisdicciones regionales...”, en *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano...*, cit., *supra* nota 85, pp. 452 y siguientes.

También debo mencionar ahora —capítulo de las reparaciones, o mejor todavía, de las “consecuencias jurídicas de la conducta ilícita”— la obligación de justicia, no sólo penal, que debe atender el Estado a raíz de la violación de derechos.¹⁴² En este punto la Corte ha sido “intransigente”,¹⁴³ y su determinación motivó decisiones de gran calado por parte de legisladores y juzgadores en el espacio latinoamericano. *Supra* me referí al rechazo jurisdiccional de las medidas legislativas que impiden o estorban el ejercicio de la justicia: investigación, enjuiciamiento, sanción, ejecución.¹⁴⁴ En este orden de cuestiones es digna de mención la nueva jurisprudencia interamericana —llamada a influir en el orden jurídico de los Estados de la región— a propósito de la investigación de violaciones graves de derechos humanos; la Corte fija estándares de investigación y enjuiciamiento, con fórmulas cada vez más específicas e imperiosas.¹⁴⁵

¹⁴² García Ramírez, *La Corte Interamericana...*, cit., *supra* nota 33, pp. 271 y siguientes.

¹⁴³ En este sentido y a propósito de la posición de la Corte IDH con respecto a las disposiciones de amnistía que pretenden asegurar la impunidad de los autores de violaciones graves de derechos humanos, *cf.* Burgorgue-Larsen, Laurence, “La lutte contre l’impunité dans le système interaméricain des Droits de l’homme”, *Los derechos humanos frente a la impunidad. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2009, vol. X, pp. 89 y siguientes. Las respuestas de la Corte IDH frente a los intentos de sortear la persecución de estos hechos han sido “intransigentes” (*idem*, p. 90).

¹⁴⁴ *Cf.* *Caso Barrios Altos vs. Perú...*, cit., *supra* nota 75, párr. 41; *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, sentencia de 24 de noviembre de 2010, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 147; *Caso Gelman vs. Uruguay...*, cit., *supra* nota 57, párr. 232, y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador...*, cit., *supra* nota 57, párr. 283.

¹⁴⁵ En materia de ejecución extrajudicial, la Corte IDH ha invocado las diligencias que resultan de la razón, la técnica y la experiencia. Se asume el *Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias, de Naciones Unidas, 1991*. Con esta base, la Corte especifica “los principios rectores que es preciso observar cuando se considera que una muerte pudo deberse a una ejecución extrajudicial”. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia...*, cit., *supra* nota 114, párr. 224. Implícitamente, *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*, sentencia de 3 de abril de 2009, Fondo, reparaciones y costas, párr. 102; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, sentencia de 1 de septiembre de 2010, Fondo, reparaciones y costas., párr. 217. Por lo que hace a tortura, el Tribunal Interamericano invoca las convenciones de la materia y el *Protocolo de Estambul, Manual para la Investigación y Documentación Eficaces de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, de 1999. *Cf.* *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*, sentencia de 12 de septiembre de 2005, párrs. 100, 109-110; *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrs. 91, 93; *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México...*, cit., *supra* nota 129, párrs. 502, 542; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México...*, cit., *supra* nota 129, párrs. 242-243, 245; *Caso Fernández Ortega y otros vs. México...*, cit., *supra* nota 129., párrs. 256, 259; *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México...*, cit., *supra* nota 61, y *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, sentencia de 22 de noviembre 2004, Fondo, reparaciones y costas., párrs. 215, 245. En cuanto a desaparición forzada, la Corte considera la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 1992, la Convención Interamericana, de 1994, y la Convención Internacional, de 2006.

Aún podríamos considerar otros temas de muy apreciable relevancia, que la Corte IDH ha examinado y sobre los que ha emitido pronunciamientos, que a su vez han permeado los sistemas nacionales y contribuido a la formación de definiciones comunes para los países del área. Entre esos temas figuran, por ejemplo, el régimen de las limitaciones y restricciones a derechos en el marco de la sociedad democrática, bajo principios rectores de legalidad, necesidad, inevitabilidad, temporalidad y proporcionalidad, régimen que excluye —también lo mencionamos— las imposiciones de las mayorías, e incluso las determinaciones del Poder Constituyente.¹⁴⁶

En países latinoamericanos han abundado las suspensiones de garantías, que debieran ser un instrumento para la protección del Estado de Derecho y el sistema democrático, no un expediente de “dictadura constitucional”.¹⁴⁷ El tribunal interamericano ha recogido la tutela del “núcleo duro” de derechos y libertades en situaciones de emergencia, rechazando el menoscabo de la vida, la integridad personal, el desconocimiento de la personalidad, la proscripción de la esclavitud y servidumbre, el ejercicio de derechos políticos, la intangibilidad de medios judiciales —habeas corpus y amparo para tutelar los derechos excluidos de la suspensión, e incluso verificar las condiciones en que ésta se dispone y ejerce, etcétera.¹⁴⁸

Se alude a los estándares que éstas fijan. *Cfr.* Casos *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia...*, cit., párr. 197. Asimismo, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay...*, cit., *supra* nota 40., párrs. 83-84; *Caso Radilla Pacheco vs. México*, sentencia de 23 de noviembre de 2009, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párrs. 153, 159, 299 y siguientes, y *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala...*, cit., *supra* nota 134, párrs. 118 y siguientes. En cuanto a violencia de género, invoca la Convención de Belém do Pará. *Cfr. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú...*, cit., *supra* nota 129, párr. 378 y *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México...*, cit., párrs. 41, 58 y siguientes. Se requiere “diligencia estricta” en casos de desaparición de mujeres, durante las primeras horas y días (“*Campo Algodonero*”, párr. 283); “la investigación deberá incluir una perspectiva de género” (“*Campo Algodonero*”, párr. 453). En relación con la violencia sexual, la Corte IDH remite al Protocolo de Estambul y a *Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence*. *Cfr. Caso Fernández Ortega y otros vs. México...*, cit., párr. 193.

¹⁴⁶ La Corte IDH postula que la “protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de las mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas”. *Caso Gelman vs. Uruguay...*, cit. *supra* nota 57, párr. 239.

¹⁴⁷ *Cfr.* Valadés, Diego, *La dictadura constitucional en América Latina*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 1974. Asimismo, *cfr.* Meléndez, Florentín, *La suspensión de los derechos fundamentales en los estados de excepción según el Derecho internacional de los derechos humanos*, San Salvador, Criterio, 1999, pp. 247 y siguientes, y Despouy, Leandro, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 1999, pp. 55 y siguientes. Por lo que toca a la jurisprudencia de la Corte IDH, *cfr. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías...*, cit., *supra* nota 29.

¹⁴⁸ *Cfr. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías...*, cit. *supra* nota 29, y *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. *Opinión*

La libertad de pensamiento y expresión¹⁴⁹ ha motivado la emisión de lineamientos jurisdiccionales vinculados, sobre todo, con el ejercicio del periodismo,¹⁵⁰ pero también con el desarrollo de campañas políticas,¹⁵¹ el acceso a información oficial sobre asuntos de interés público,¹⁵² la relación entre el individuo y las dependencias en las que ha prestado sus servicios.¹⁵³ También se ha manifestado la Corte en defensa del ejercicio de derechos políticos.¹⁵⁴

Hay precisiones relevantes de la jurisprudencia interamericana en torno a la división de poderes y la defensa del Poder Judicial, como garantía para los integrantes de éste y para los derechos de los individuos en general, dentro de una sociedad democrática.¹⁵⁵

Consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987. Asimismo, *cf.* Ferrer Mac-Gregor, “La suspensión de garantías en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Panorámica del Derecho...*, cit., *supra* nota 71, pp. 997 y siguientes.

¹⁴⁹ Esta es una “piedra angular en la existencia de una sociedad democrática”, *cf.* *La Colegiación Obligatoria de Periodistas...*, cit., *supra* nota 8, párr. 70.

¹⁵⁰ *Cfr.* *La Colegiación Obligatoria de Periodistas...*, cit., *supra* nota 8, párrs. 30 y siguientes. y *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. párrs. 108 y ss. Además, *cf.* García Ramírez, Sergio y Gonza, Alejandra, *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 3ª ed., Miami, Sociedad Interamericana de Prensa, 2013 y Morales Antoniazzi, “La democracia y su piedra angular: la libertad de expresión. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Derechos humanos, democracia...*, cit. *supra* nota 73, pp. 313 y siguientes. La autora señala que en esta materia —como en otras— se manifiestan “el control de convencionalidad y el diálogo jurisprudencial como desafío para la concretización del *ius constitutionale commune* en general, y de la libertad de expresión como piedra angular de la democracia, en particular”. *Ibidem*, p. 343.

¹⁵¹ *Cfr.* *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia de 31 de agosto de 2004, Fondo, reparaciones y costas., párrs. 98 y 103.

¹⁵² Este acceso constituye, en concepto del Tribunal Interamericano, un “requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia”. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil...*, cit., *supra* nota 144, párr. 298. Asimismo, *cf.* *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, sentencia de 19 de septiembre de 2006, Fondo, reparaciones y costas., párrs. 77, 92 y 137.

¹⁵³ *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005, Fondo, reparaciones y costas., párr. 74.

¹⁵⁴ El ejercicio efectivo de estos derechos “constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención”. *Caso Castañeda Gutman vs. México*, sentencia de 6 de agosto de 2008, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 143.

¹⁵⁵ El ataque a la debida integración de los tribunales afecta el control jurisdiccional democrático, esto es, el “examen de la adecuación de la conducta del Estado a la Constitución”. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentencia de 31 de enero de 2001, Fondo, reparaciones y costas. párr. 112.

El acceso a la verdad es un tema constantemente examinado por la jurisprudencia interamericana, que a este respecto ha formulado lineamientos acogidos por la normativa y la jurisprudencia de países latinoamericanos. El conocimiento de la verdad —derecho subsumido en la investigación de las violaciones perpetradas— interesa a la víctima, a la familia y a la sociedad en su conjunto, interés que también destacan la Convención de Naciones Unidas acerca de la desaparición forzada, de 2006, y el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra.¹⁵⁶ Con esta cuestión emparenta el ordenamiento y la práctica de la Corte Interamericana, en el sentido de proseguir el examen público de los casos, hasta su natural conclusión mediante sentencia, aunque medien actos de parte que en otras jurisdicciones determinarían el sobreseimiento del asunto y el cierre del expediente: especialmente, reconocimiento de responsabilidad, que apareja confesión y allanamiento.¹⁵⁷

Reviste suma importancia la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH en materia de privación de libertad, tanto cautelar como punitiva (e incluso otras formas de privación por orden de autoridad: enfermos, menores de edad, por ejemplo). En este sentido, los pronunciamientos de la Corte han sido fuertemente restrictivos de las hipótesis de privación de libertad: la cautelar, asociada al riesgo de sustracción a la justicia o afectación severa del procedimiento, pero no a medidas materialmente punitivas, anticipación de pena, prevención del delito, que debe ser atendida con fórmulas diferentes;¹⁵⁸ y la punitiva (consecuencia de una sentencia de condena).

¹⁵⁶ Cfr. artículo 24.2 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, consultable en <<http://www.pgjdf.gob.mx/temas/4-6-1/fuentes/13-A-10.pdf>> y artículo 32 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, 1977, consultable en <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-i.htm>>.

¹⁵⁷ El artículo 64 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispone: “La Corte, teniendo en cuenta las responsabilidades que le incumben de proteger los derechos humanos, podrá decidir que prosiga el examen del caso, aun en presencia de los supuestos señalados en los artículos precedentes”, consultable en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_esp.pdf>.

¹⁵⁸ Como referencia jurisprudencial sobre detención y prisión preventiva, cfr. *Caso Tibi vs. Ecuador*, sentencia de 7 de septiembre de 2004, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 106; *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, sentencia de 17 de noviembre de 2009, Fondo, reparaciones y costas, párr. 67, 111; *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, sentencia de 20 de noviembre de 2009, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párr. 144; *Caso J. vs. Perú*..., cit., *supra* nota 61, párr. 157. Acerca de la situación de las prisiones en América Latina, es importante el panorama que se ofrece en Escobar, Guillermo (dir.), *Sistema penitenciario. V Informe sobre Derechos Humanos*, Madrid, Federación Iberoamericana de Ombudsmen-

En los lineamientos de la jurisprudencia interamericana sobre esta cuestión —que no han sido atendidos puntualmente por los estados— figuran: condición de garante del Estado en los supuestos de internamiento en “instituciones totales”,¹⁵⁹ aplicación del principio de legalidad,¹⁶⁰ condiciones de vida digna,¹⁶¹ trato especial para mujeres recluidas,¹⁶² medidas de coerción estrictamente necesarias,¹⁶³ formación de recursos humanos para la ejecución penal respetuosa de los derechos fundamentales de los reclusos.¹⁶⁴

Trama Editorial, 2007. Asimismo, *cf.* Bigliani, R. y Bovino, A., *Encarcelamiento preventivo y estándares del Sistema Interamericano*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación-Ed. del Puerto, 2008.

¹⁵⁹ “La “responsabilidad de los actos de los funcionarios del gobierno es imputable al Estado”; éste, como responsable de los establecimientos de detención es el garante de los derechos de los detenidos. *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*, sentencia de 19 de enero de 1995, Fondo, párr. 63; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri respecto Perú*, resolución de 7 de mayo de 2004, Medidas provisionales, considerando décimo tercero; *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, sentencia de 7 de junio de 2003, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párr. 111; *Caso Bulacio vs. Argentina...*, *cit. supra* nota 74, párr. 126; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentencia de 8 de julio de 2004, Fondo, reparaciones y costas, párr. 98; *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay...*, *cit. supra* nota 128, párr. 152; *Caso Tibi vs. Ecuador...*, *cit., supra*, párr. 150; *Caso de la Cruz Flores vs. Perú*, sentencia de 18 de noviembre de 2004, Fondo, reparaciones y costas, párr. 124; *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2004, Fondo, reparaciones y costas, párr. 102, *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*, sentencia 11 de marzo 2005, Fondo, reparaciones y costas, párr. 97; *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, sentencia de 20 de junio de 2005, Fondo, reparaciones y costas, párr. 118, y *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, sentencia de 5 de julio de 2006, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párr. 87.

¹⁶⁰ *Cfr. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, sentencia de 21 de noviembre de 2007, Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas, párr. 57; *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*, sentencia de 26 de agosto de 2011, Fondo, reparaciones y costas., párr 76; *Caso Fleury y otros vs. Haití...*, *cit., supra* nota 132, párr. 54 y *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana...*, *cit., supra*, párr. 126.

¹⁶¹ *Cfr. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay...*, *cit., supra* nota 128, párr. 153; *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador...*, *cit.*, párr. 170, y *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*, sentencia de 27 de abril de 2012, Fondo, reparaciones y costas, párr. 64.

¹⁶² *Cfr. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú...*, *cit. supra* nota 129, párrs. 292, 298, 303, 306, 308-313, 331-332.

¹⁶³ *Cfr. Casos Loayza Tamayo* (“todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana en violación del artículo 5 de la Convención Americana”), sentencia de 17 de septiembre de 1997, Fondo, párr. 476; *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú...*, *cit.*, párrs. 187 y 284-285, y *Montero Aranguren y otros vs. Venezuela...*, *cit., supra* nota 159,, párrs. 67-71.

¹⁶⁴ *Cfr. Caso Tibi vs. Ecuador...*, *cit., supra* nota 158, párr. 263, y *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú...*, *cit., supra* nota 129, párr. 452.

EPÍLOGO

El amable lector que haya llegado hasta estas páginas después de recorrer los textos que las preceden, habrá encontrado en ellos una extraordinaria riqueza de planteamientos y reflexiones a propósito del *ius constitutionale commune* latinoamericano, todos guiados por tres preguntas esenciales. ¿Qué es el *ius constitutionale commune* latinoamericano y cómo puede ser descrito y caracterizado? ¿Cuáles son las razones que permiten hablar de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como raíz y fundamento de un derecho constitucional común latinoamericano? ¿Cuáles son los desafíos y los obstáculos que enfrenta el desarrollo de semejante derecho común? Se trata de planteamientos tanto académicos como de la realidad política y jurídica del continente. Como proyecto académico, los textos reunidos en este volumen se apoyan en la convicción de que las transformaciones del orden jurídico en el mundo contemporáneo, impulsadas por la globalización y la revolución de las comunicaciones en marcha, abren un espacio significativo para la implantación de otras formas de desarrollo jurídico, así como en la idea de que el “derecho constitucional”, como ordenamiento específico de las relaciones de poder y legitimidad en las sociedades modernas, resulta un factor de gran significado para el desarrollo político, social y económico de los países de América Latina.

Las aportaciones que conforman este volumen no son, de ninguna manera, definitivas en este sentido. El proyecto, tanto en sus dimensiones académicas como jurídico-políticas, apenas está dando sus primeros pasos. Es mucho lo que tiene que avanzar todavía en ambas dimensiones, y son muchas, todavía, las incertidumbres y los escollos que tiene que superar. Así, el propósito de estas breves líneas no es el de ofrecer conclusiones y reflexiones de cierre respecto de lo precedente, sino, acaso, apuntar a alguna de las direcciones hacia las cuales podría encaminarse el proyecto en el futuro.

Existe una figura que se ha convertido en el personaje central del *ius constitutionale commune* latinoamericano, tal como es examinado por los autores de esta obra. Aunque su importancia está fuera de duda, no fue aborda-

da como tal y de manera explícita en estos ensayos. Su centralidad deriva de la jurisprudencia misma de la Corte Interamericana y, concretamente, de la doctrina del “control de convencionalidad”. Me refiero al juez nacional, que por virtud de la doctrina mencionada, adquiere también la condición de “juez interamericano”. En sus manos está el futuro del derecho constitucional común latinoamericano, pues le corresponde aplicar, en los procedimientos judiciales internos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en la medida en que todos los órganos de un Estado están obligados a cumplir con las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que les da fundamento y con su interpretación auténtica, a cargo de la Corte. Al mismo tiempo, su función tiene una dimensión activa, en tanto debe velar, en todo momento, porque la actuación de los particulares y las autoridades públicas, incluida la judicatura misma, se ajuste también a las normas de derechos humanos de fuente internacional reconocidas y aceptadas por el Estado, aun en los casos en que no exista pronunciamiento expreso de la Corte Interamericana. Por supuesto, no se afirma que el juez nacional sea el único responsable de esta tarea, pero sí lo es, en última instancia, cuando la dinámica jurídica nacional requiere la intervención judicial.

Apenas hace falta decir que se trata de una enorme responsabilidad, de una misión nueva para los jueces latinoamericanos en general, y no sólo para los tribunales constitucionales o supremos, en los que se ha enfocado, hasta ahora, buena parte de la atención que genera el “diálogo judicial”. La cultura política y jurídica tradicional de nuestros países, producto de la historia, no es favorable a este nuevo papel. Lo ponen muy en claro varios de los ensayos que conforman el volumen. Pero ahí reside justamente el valor y la apuesta del proyecto del *ius constitutionale commune*, porque sabemos que en las sociedades humanas nada valioso se logra sin grandes esfuerzos ni grandes sacrificios. Más aún, precisamente porque la evolución política y económica de nuestro continente tiende a la fragmentación y a la disgregación, como de manera contundente explica Andrés Malamud, gracias al estrato cultural común de nuestras sociedades podemos pensar en que el orden jurídico supranacional se convierta en un elemento mínimo de integración. No es otra la función de una Constitución en un Estado nacional, como no se cansa de insistir Peter Häberle. Para Häberle, la Constitución es el único ordenamiento común a todos los ciudadanos, quienes, por esa sola circunstancia, se convierten en intérpretes y guardianes de ese patrimonio cultural que los cobija a todos. Para este punto de vista, un grado elevado de cumplimiento de este ordenamiento es deseable, pero si no ocurre, de todos modos puede desplegar, a largo plazo, una importante función de moldeo y transformación, como referente común, la cultura social.

Por supuesto, desde hace varias décadas se realiza un esfuerzo considerable por alterar las condiciones tradicionales del ejercicio de la función judicial en nuestro continente. Por razones que, en su momento, no han tenido que ver con la idea de un derecho constitucional común, la llamada “reforma judicial” se ha propuesto, con resultados muy dispares en los distintos países, no exentos de fracasos y decepciones, convertir a la judicatura en el centro de una nueva cultura social basada en la legalidad y el Estado de derecho.

El proyecto del *ius constitutionale commune* latinoamericano sería un motivo adicional para revigorizar los propósitos de la reforma judicial, pero en este punto no puedo examinar su viabilidad. Las tareas por realizar, sin embargo, siguen estando bastante claras. Hay que preparar a los jueces para su nuevo papel y, sobre todo, hay que lograr nuevas condiciones de inserción de su labor en la sociedad, es decir, que ésta confíe en sus funciones y responsabilidades, considerándolos a la vez como aliados y representantes.

La incorporación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha desencadenado en algunos países, como México (pero es seguro que algo similar ha ocurrido en otros países del continente), una extraordinaria dinámica de conocimiento y difusión del derecho internacional de los derechos humanos, como herramienta y horizonte de la función jurisdiccional en todos sus niveles. La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México acaba de recibir el Premio de Derechos Humanos de Naciones Unidas no sólo por su contribución a la defensa directa de los derechos fundamentales, sino porque ha impulsado, por todos los medios a su alcance, la cultura de los derechos humanos en el medio judicial mexicano. Sólo a través de la comunicación y la persuasión, no la imposición de “autoridad”, se logrará convertir a la judicatura en aliada de la construcción del derecho constitucional común latinoamericano como elemento y factor de la nueva cultura jurídica.

Desde una modesta perspectiva académica, es necesario, entonces, conocer mejor a ese personaje de nuestra vida jurídica. Podríamos empezar por releer, en clave del *ius constitutionale commune*, la rica investigación socio-jurídica que existe, en casi todos nuestros países, sobre los jueces, pero también debemos generar nuevas investigaciones. Hay que preguntarnos quiénes son, cómo piensan, de qué manera asumen su labor, para poder proponer nuevas y mejores estrategias de incorporación a esta nueva iniciativa de integración jurídica latinoamericana. Sin duda, como lo pone de relieve el magnífico ensayo de Óscar Parra, no es ésta la única arena en la que se da la lucha por lograr la vigencia del derecho interamericano de los derechos humanos, pero, quizá por primera vez en nuestra historia, es

la arena en la que confluyen y se expresan las expectativas de ciudadanos y autoridades.

No sabemos todavía si la judicatura logrará, finalmente, elevarse a la altura de semejante desafío, pero, como subraya con gran tino Armin von Bogdandy en su planteamiento inicial, y que podríamos recordar para cerrar esta reflexión final, “los académicos son no solamente testigos, sino también actores en este proceso de transformación, en el que asumen varios papeles”. Uno de tales papeles es el de la conceptualización, “para entender el alcance de las realidades jurídicas con los cuales nos confrontamos, como son las normas, los fallos, las opiniones, las consultas”. Otro, es el de “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”. Finalmente, le toca a la academia “la función esencial de criticar o cuestionar, tanto las políticas y actos legislativos como las decisiones jurisdiccionales”, reconociendo, en consonancia con lo aquí señalado, que “el nuevo derecho público confiere un papel preponderante al juez, el cual necesita un foro de expertos, de carácter público e independiente, que ejerza la crítica de los órganos jurisdiccionales”.

Como toda apuesta valiosa, no es seguro el triunfo de este proyecto, sino que, en mayor o menor medida, depende de nuestro compromiso. Otra vez las elocuentes palabras de von Bogdandy:

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

Héctor FIX-FIERRO*

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).