

## 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.<sup>1</sup> 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.

<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> 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 normativo<sup>3</sup> y la internacionalización entendida como humanización.<sup>4</sup> El primero tiene implicaciones directas en la transformación del concepto clásico de soberanía,<sup>5</sup> la superación de la concepción de un Estado cerrado<sup>6</sup> y su consiguiente pérdida del carácter omnicomprensivo en el ámbito del derecho constitucional. Es un proceso vinculado a la globalización,<sup>7</sup> signado por la concurrencia de la democratización, junto a la internaciona-

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Entre tantos, Bustos, R., *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012, pp. 13 y siguientes.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Calliess, C., “60 Jahre Grundgesetz – ein Jubiläum im Lichte der Europäisierung”, *AnwBl*, Vol. 7, 2009, p.478.

<sup>7</sup> 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 judicialización<sup>8</sup> así como la creciente interacción entre el derecho internacional, el supranacional y el constitucional.<sup>9</sup>

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;<sup>10</sup> otros, como Armin von Bogdandy, hacen mención de la necesidad de reconfigurar la relación entre el derecho internacional y el derecho interno desde el acoplamiento.<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup>

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”,<sup>13</sup> así como por la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales a la luz de ese derecho internacional de los derechos humanos.<sup>14</sup> El Estado y la soberanía no desaparecen, sino que se han transformado en

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> Piovesan, F., “Direitos humanos e diálogo entre jurisdições”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, no. 19, 2012, p. 67.

<sup>11</sup> Bogdandy, A. v., *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM, 2011, pp. 285 y siguientes.

<sup>12</sup> Landa, C., *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, 3a. ed. corregida y aumentada, Lima, Palestra 2007, p.114.

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> *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 tiempos<sup>15</sup> y la constelación contemporánea se vincula con las nuevas formas de articulación del espacio político.<sup>16</sup>

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)<sup>17</sup> y más bien delimitado a los derechos humanos.<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup>

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-

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> Bayón, Juan Carlos, *Ciudadanía, soberanía y democracia en el proceso de integración europea*, disponible en <<http://www2.uah.es/filder//ciudadania-soberaniaydemocracia.pdf>>.

<sup>17</sup> 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)>.

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> 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,<sup>20</sup> sustentadas en los postulados doctrinarios emergidos en Italia y gracias a los aportes sobre la interpretación constitucional provenientes de Dworkin, Alexy, Zagrebelsky y Nino.<sup>21</sup>

### 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,<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> 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).

<sup>21</sup> Cfr. Capaldo, Sieckmann, Clérico, *Internacionalización del Derecho Constitucional...*, cit., supra nota 14.

<sup>22</sup> Vogel, K., *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit*, Tübinge, Mohr, 1964, p. 42.

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup> Distintas denominaciones han sido utilizadas, tales como “bisagra”,<sup>27</sup> “cláusula europea”<sup>28</sup> o “*bridging mechanism*”.<sup>29</sup>

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 social<sup>30</sup> 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.

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> Huber, P., “Offene Staatlichkeit: ein Vergleich”, *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, vol. II: *Offene Staatlichkeit, Wissenschaft vom Verfassungsrecht*, Heidelberg, C. F. Müller, 2008.

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> 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).

<sup>29</sup> Walker, N., “Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union”, *European Law Journal*, vol. 4, 1998, pp. 355-388 (375).

<sup>30</sup> 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,<sup>31</sup> lo que en definitiva representa un mecanismo de entrelazamiento normativo.<sup>32</sup>

Hoy en día es incuestionable la recepción cada vez más potente del derecho internacional en el derecho interno.<sup>33</sup> 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”.<sup>34</sup> El fenómeno de un orden policéntrico,<sup>35</sup> dominio policéntrico,<sup>36</sup> o policentrismo jurídico,<sup>37</sup> no es nuevo,<sup>38</sup> aunque sí presenta una cara novedosa propia en sociedades multiculturales como son, en el caso, las suramericanas.<sup>39</sup> En los estados constitucionales suramericanos se constata una progresiva co-determinación en la medida en que se influyen más recíprocamente en la

<sup>31</sup> Wendel, M., *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht. Verfassungsrechtliche Integrationsnormen auf Staats- und Unionsebene im Vergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, p. 71.

<sup>32</sup> Nettesheim, M., “Europäischer Verfassungsverbund?”, en Deppenheuer, O. (ed.), *Staat im Wort: Festschrift für Josef Isensee*, Heidelberg, C. F. Müller, 2007, pp. 733 y siguientes (736).

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> Di Fabio, U., “Öffentliche Meinung im System polyzentrischer Herrschaft”, *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften*, vol. 7, 2009, pp. 666-682.

<sup>37</sup> Díez de Urduvía Fernández, X., *El Estado en el contexto global*, México, Porrúa, 2008.

<sup>38</sup> Häberle, P., *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, trad. de Emilio Mikunda, Madrid, Tecnos, 2002.

<sup>39</sup> 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 caracteriza<sup>40</sup> y la Constitución, como orden abierto, cumple una función de inclusión en el seno de las sociedades diversas.<sup>41</sup>

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,<sup>42</sup> 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”,<sup>43</sup> “redes horizontales de colaboración”,<sup>44</sup> “interconstitucionalidad”,<sup>45</sup> “metaconstitucionalidad recíproca”,<sup>46</sup> influjos y lecturas simultáneas,<sup>47</sup> “*multilevel constitutionalism*”,<sup>48</sup> normativismo supranacional,<sup>49</sup> transconstitucionalismo.<sup>50</sup> Se está dibujando la figura geométrica del trapecio.<sup>51</sup>

<sup>40</sup> Valadés, D., “Peter Häberle: un jurista para el siglo XXI. Estudio introductorio”, en Häberle, *El Estado constitucional*, cit., *supra* nota 19, pp. XXI-LXXXIV.

<sup>41</sup> Gomes Canotilho, J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 1450.

<sup>42</sup> 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.

<sup>43</sup> 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).

<sup>44</sup> 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).

<sup>45</sup> Gomes Canotilho, J., *Teoría de la Constitución*, Madrid, Dykinson, 2003.

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> 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.

<sup>48</sup> 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.

<sup>49</sup> Gordillo, A., *Derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. III.10.

<sup>50</sup> Neves, M., *Transconstitucionalismo*, São Paulo, WFM Martins Fontes, 2009, p. 115 y siguientes.

<sup>51</sup> 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.<sup>52</sup> Se observó una tendencia hacia la jerarquización constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos, la definición e implementación de un Estado-nación multiétnico<sup>53</sup> 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.<sup>54</sup> 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.<sup>55</sup> 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.

<sup>52</sup> 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)>.

<sup>53</sup> 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.

<sup>54</sup> Sikkink, Kathryn, “Reconceptualizing Sovereignty in the Americas: Historical Precursors and Current Practices”, *Houston Journal of International Law*, vol. 19, 1997, pp. 705 y siguientes.

<sup>55</sup> 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,<sup>56</sup> 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*.<sup>57</sup> Independientemente de las críticas que puedan formularse al enfoque centrado en los derechos humanos,<sup>58</sup> 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.<sup>59</sup>

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.<sup>60</sup>

La Corte IDH ha manifestado “que el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados” y en determinadas cues-

<sup>56</sup> 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.

<sup>57</sup> 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.

<sup>58</sup> 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.

<sup>59</sup> 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.

<sup>60</sup> 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”.<sup>61</sup>

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.<sup>62</sup> 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.<sup>63</sup>

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.<sup>64</sup> 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.<sup>65</sup>

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-

<sup>61</sup> 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.

<sup>62</sup> 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.

<sup>63</sup> Carbonell, M., *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho de México*, México, UNAM, 1998, p. 202.

<sup>64</sup> 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>>.

<sup>65</sup> 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.<sup>66</sup>

### 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,<sup>67</sup> a los que cataloga como uno de los elementos comunes en el derecho constitucional latinoamericano.<sup>68</sup> 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.<sup>69</sup> Al momento de suscribirse la CADH existían numerosos gobiernos dictatoriales en la región<sup>70</sup> 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),

<sup>66</sup> Bidart Campos, G. J., *Teoría de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 353.

<sup>67</sup> 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.

<sup>68</sup> Carpizo, J., “Derecho constitucional latinoamericano y comparado”, *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, nueva época, vol. 7, núm. 1, 2006, p. 279.

<sup>69</sup> Cabranes, J., “Human Rights and Non-Intervention in the American system”, *Military Law Review*, vol. 65, 1967, pp. 1147, 1164.

<sup>70</sup> 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,<sup>71</sup> 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.<sup>72</sup>

### 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-

<sup>71</sup> 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.

<sup>72</sup> 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)<sup>73</sup> y demás instrumentos del ordenamiento interamericano,<sup>74</sup> con la Corte Interamericana como órgano guardián,<sup>75</sup> y, por otra parte, las propias constituciones con su apertura estructural.<sup>76</sup> Bajo diversas denominaciones, sea constitucionalismo regional (Flávia Piovesan),<sup>77</sup> constitucionalismo interamericano (Jorge Contesse)<sup>78</sup> o *acquis conventionnel* (Humberto Nogueira),<sup>79</sup> 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

<sup>73</sup> 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>>.

<sup>74</sup> 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.

<sup>75</sup> 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.

<sup>76</sup> 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.

<sup>77</sup> 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.

<sup>78</sup> 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.

<sup>79</sup> 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.<sup>80</sup> 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,<sup>81</sup> inclusive

<sup>80</sup> 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.

<sup>81</sup> 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,<sup>82</sup> reforzando la comprensión humanista de que “no se preserva el Estado de derecho desmontando sus libertades y garantías”.<sup>83</sup>

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.<sup>84</sup> 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,<sup>85</sup> 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 judicial<sup>86</sup> y el llamado control de convencionalidad, desarrollado por la Corte IDH, que representa una apertura “*ex ante*”.<sup>87</sup>

<sup>82</sup> Cfr. Considerandos de la Convención Interamericana contra el Terrorismo.

<sup>83</sup> 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.

<sup>84</sup> 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>>.

<sup>85</sup> 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.

<sup>86</sup> 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](http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico-tomo-6/61_a_76_la_emergencia.pdf)>.

<sup>87</sup> 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.<sup>88</sup> Además, el diálogo entre jueces representa un tema recurrente y tiene un especial significado para América Latina.<sup>89</sup> 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,<sup>90</sup> bien como resultado de la interacción en un modelo coevolutivo entre *tribunales*.<sup>91</sup> 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’”.<sup>92</sup> 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.

<sup>88</sup> 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.

<sup>89</sup> Una visión de la evolución, Ayala Corao, C., *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2012.

<sup>90</sup> Serna, J. M., *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 2012, pp. 243 y siguientes.

<sup>91</sup> 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.

<sup>92</sup> Bogdandy, A. v., “*Ius constitutionale commune latinamericanum*. 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”.<sup>93</sup> 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”.<sup>94</sup> 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-Katío y Chidima-Tolo, quienes alegaron que el Estado pretendía la construcción de una carretera que atravesaba su territorio y tramitar la concesión para la explotación de oro en la zona sin consultarlos previamente. 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

<sup>93</sup> 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.

<sup>94</sup> 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.<sup>95</sup>

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.<sup>96</sup> 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.<sup>97</sup> 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*,

<sup>95</sup> 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](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-129-11.htm#_ftn63)>.

<sup>96</sup> 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.

<sup>97</sup> 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.<sup>98</sup>

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.<sup>99</sup> Si bien en la doctrina se cuestiona la sentencia,<sup>100</sup> 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.<sup>101</sup>

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

<sup>98</sup> 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.

<sup>99</sup> TC de Perú, Sentencia 04611-2007-PA/TC. Disponible en <[http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/04611-2007-AA.html#\\_ftn66](http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/04611-2007-AA.html#_ftn66)>.

<sup>100</sup> 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.

<sup>101</sup> 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.<sup>102</sup>

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.<sup>103</sup> 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.<sup>104</sup> Empleó igualmente una amplia citación de los estándares internacionales y comparados.<sup>105</sup> Emblemática ha sido esta causa, iniciada por CELS en 2001 mediante un *habeas corpus* colec-

<sup>102</sup> 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.

<sup>103</sup> V. 856. XXXVIII, Recurso de hecho, *Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus*, de fecha 3.5.2005.

<sup>104</sup> Cita a la Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay”*, el 2 de septiembre de 2004.

<sup>105</sup> 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)”.<sup>106</sup> 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.<sup>107</sup> 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.<sup>108</sup> 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.<sup>109</sup> 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,<sup>110</sup> 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

<sup>106</sup> Corte IDH, *Medidas provisionales en el caso de las Penitenciarías de Mendoza*, Resolución de 18 de junio de 2005.

<sup>107</sup> Argentina, Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otros, 2006.

<sup>108</sup> Argentina, Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otros, 2007.

<sup>109</sup> 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).

<sup>110</sup> 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...”.<sup>111</sup>

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.<sup>112</sup> En cambio, el STF refleja una postura más conservadora frente a la Corte IDH, citando sólo pronunciamientos emitidos en su labor consultiva,<sup>113</sup> incluso con cierto revés,<sup>114</sup> 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

<sup>111</sup> Recurso de hecho. Derecho, René Jesús s/Incidente de prescripción de la acción penal. Causa n° 24.079.

<sup>112</sup> 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.

<sup>113</sup> 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.

<sup>114</sup> 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.<sup>115</sup>

En materia de las leyes de amnistías se ha logrado la convergencia, vía diálogo jurisdiccional, de los estándares en la lucha contra la impunidad,<sup>116</sup> 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 otros<sup>117</sup> las declaró nulas, fundamentando su decisión en la jurisprudencia Barrios Altos de la Corte IDH.<sup>118</sup> Argentina ha expandido su jurisprudencia mediante su estricto apego al estándar interamericano.<sup>119</sup> 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.<sup>120</sup> Esta línea jurisprudencial de la Corte IDH también se ha adoptado respecto a otras leyes de amnistía (Brasil, Chile y Uruguay).<sup>121</sup> 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

<sup>115</sup> 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.

<sup>116</sup> Entre tantos, Binder, C., “The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights”, *German Law Journal*, 2011, pp. 1203-1229.

<sup>117</sup> 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.

<sup>118</sup> 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.

<sup>119</sup> 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.

<sup>120</sup> 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>>.

<sup>121</sup> 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*”.<sup>122</sup> 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”.<sup>123</sup>

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

<sup>122</sup> 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>>.

<sup>123</sup> 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.<sup>124</sup>

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.<sup>125</sup> 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.<sup>126</sup> 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

<sup>124</sup> *Ibidem*, párrs. 215-224.

<sup>125</sup> 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](http://www.mpf.gov.ar/docs/Links/DDHH/informe_de_la_web_mar_2013.pdf)>.

<sup>126</sup> 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.icso.cl/web-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 2010<sup>127</sup> y Perú en 2103.<sup>128</sup>

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.<sup>129</sup> 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 denominó 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 Judicial<sup>130</sup>, 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*

<sup>127</sup> 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](http://noticias.terra.com/noticias/chile_pinera_rechaza_indulto_a_represores_de_dictadura_act2438240)>.

<sup>128</sup> Noticia reflejada en los medios de comunicación. Cfr. <<http://cnnspanol.cnn.com/2013/06/07/el-gobierno-de-peru-niega-indulto-al-expresidente-alberto-fujimori/>>.

<sup>129</sup> 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.

<sup>130</sup> 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.”<sup>131</sup>

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.”<sup>132</sup>

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.<sup>133</sup>

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

<sup>131</sup> 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.

<sup>132</sup> 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.

<sup>133</sup> 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.<sup>134</sup>

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.<sup>135</sup>

La partida de nacimiento del control de convencionalidad es la sentencia en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*,<sup>136</sup> 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.<sup>137</sup>

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-

<sup>134</sup> 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.

<sup>135</sup> 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.

<sup>136</sup> 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.

<sup>137</sup> 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).<sup>138</sup> 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

<sup>138</sup> 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.<sup>139</sup>

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.<sup>140</sup> 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.<sup>141</sup>

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.<sup>142</sup>

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-

<sup>139</sup> Corte IDH, *Caso Gomes Lund y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, cit., párr. 176.

<sup>140</sup> Sagüés, N. P., “Dificultades operativas del ‘Control de Convencionalidad’ en el sistema interamericano”, *La Ley*, Buenos Aires, 2009, p. 1.

<sup>141</sup> Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párr. 227.

<sup>142</sup> 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”.<sup>143</sup>

Existe ya reconocimiento expreso de la justicia nacional hacia el control de convencionalidad<sup>144</sup> 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.<sup>145</sup> 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.<sup>146</sup> 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”.<sup>147</sup>

## V. CONCLUSIÓN

A título de conclusión puede reiterarse que, en la medida en que los Estados ratifican los instrumentos interamericanos y adoptan la jurisprudencia

<sup>143</sup> 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.

<sup>144</sup> 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).

<sup>145</sup> 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>> .

<sup>146</sup> 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.

<sup>147</sup> 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”.<sup>148</sup>

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.<sup>149</sup>

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*”.<sup>150</sup> 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.

<sup>148</sup> Sagüés, N. P., “El poder constituyente como intérprete de la Constitución”, *Pensamiento Constitucional*, Lima, año 16, núm. 16, 2012, pp. 191 y siguiente.

<sup>149</sup> 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.

<sup>150</sup> 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 cumplidas<sup>151</sup> y que las mismas adquieren carácter definitivo e inapelable.<sup>152</sup> 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.<sup>153</sup>

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.<sup>154</sup> 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

<sup>151</sup> 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”.

<sup>152</sup> Artículo 67.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “El fallo de la Corte será definitivo e inapelable [...]”.

<sup>153</sup> 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](http://www.corteidh.or.cr/docs/discursos/cancado_16_10_02.pdf)>.

<sup>154</sup> 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.