

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE LATINOAMERICANUM
UNA ACLARACIÓN CONCEPTUAL DESDE
UNA PERSPECTIVA EUROPEA

Armin von BOGDANDY

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

I. INTRODUCCIÓN

Participar en un libro homenaje a Jorge Carpizo, una de las figuras pioneras del derecho constitucional latinoamericano, es un gran honor que agradezco sinceramente al colega y amigo Diego Valadés, presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Mis reflexiones, expuestas en el seminario “El Constitucionalismo Contemporáneo”, celebrado en homenaje a Jorge Carpizo el 5 de febrero de 2013 en México, están dedicadas a honrar su legado, el cual contiene una extraordinaria riqueza de conceptos y propuestas. Todos le conocíamos y reconocíamos como un personaje que trascendió las fronteras mexicanas y latinoamericanas. Era amigo, como él sabía serlo, solidario, comprometido, servidor. Era maestro, en toda la extensión de la palabra, como lo acostumbran decir los mexicanos, no sólo por sus enseñanzas académicas, sino por el espíritu transformador, propositivo y enérgico para defender sus ideas.

Representa un desafío asumir con entusiasmo la tarea que nos dejó a los académicos. Según decía Jorge, “los científicos sociales

no podemos darnos el lujo del juego de abalorios”, siendo objetos de decoración. Decía: “Al contrario, con nuestros instrumentos, que son los académicos, debemos realizar propuestas, y lograr consensos”. Para él “los congresos académicos, constituyen foros estupendos para escuchar, ponderar y analizar ideas y pensamientos que sean estrellas polares en el largo, difícil y azaroso camino de cuidar y proteger los sistemas democráticos, la defensa y la protección de los derechos humanos...”.¹ Jorge Carpizo era protagonista estelar en la divulgación de un pensamiento crítico. Cuando prologó mi primer libro en español escribió que esperaba que cada ensayo del libro “interese, inquiete e invite” al lector al debate.²

En esta dirección apunta el proyecto de un *ius constitutionale commune*. Las siguientes consideraciones se entienden como un intento de análisis conceptual de textos científicos y no como una afirmación sobre el derecho vigente en los países de América Latina, del cual está alejado por los niveles de abstracción. Por lo tanto, con base en la experiencia europea, intenta esbozar una concepción científico-jurídica que se observa en los postulados de los colegas latinoamericanos,³ con los cuales existen grandes similitudes metodológicas y de contenido académico. Desde hace varios años se ha gestado un fructífero intercambio en torno al *ius commune* entre el Instituto Max Planck y prestigiosos colegas tanto de México, Héctor Fix-Zamudio, Jorge Carpizo, Diego Valadés, Sergio García Ramírez, Héctor Fix-Fierro, José María

¹ Discurso del doctor Jorge Carpizo, presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, en el acto inaugural del congreso internacional “El constitucionalismo, a dos siglos de su nacimiento en América Latina”, efectuado en el auditorio de la Universidad Autónoma de Puebla el 2 de febrero de 2010, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 128, mayo-agosto de 2010, p. 1009.

² Carpizo, Jorge, “Prólogo”, en Bogdandy, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM, 2011, p. XI.

³ Como antecedente de soporte institucional de este concepto pueden mencionarse los documentos fundacionales del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Serna, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, entre muchos, como de otros países de la región, Flávia Piovesan de Brasil, Rodolfo Arango de Colombia, Laura Clérico de Argentina, Jesús María Casal de Venezuela, César Landa de Perú, por mencionar sólo algunos.⁴

La idea de un *ius constitutionale commune latinoamericanum* tiene larga data, pero ha adquirido un renovado perfil en este siglo XXI. Desde los tiempos de la fundación del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional en 1974, hacen ya casi cuatro décadas, acompañando a Héctor Fix-Zamudio, Diego Valadés, Domingo García Belaunde y otros tantos colegas argentinos y mexicanos, Jorge Carpizo soñaba y construía canales de comunicación para intercambiar experiencias sobre las distintas normativas y realidades constitucionales, en su expresión para “no inmovilizarse”, pues era la época difícil de las dictaduras e imperaba la necesidad de colaborar con “los medios académicos” al restablecimiento de la democracia.⁵ Su trayectoria de vanguardia refleja el lugar preponderante que en la obra de Carpizo jugaron el respeto de los derechos humanos, el principio democrático y el Estado de derecho, ejes centrales de un derecho constitucional latinoamericano y pilares del nuevo *ius commune*.

⁴ Entre las citas al *ius commune*, véase Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la corte interamericana de derechos humanos en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 26 de noviembre de 2010; Sagüés, Néstor, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, Chile, año 8, núm. 1, 2010, pp. 117–136; García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, *IUS*, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, año V, núm. 28, julio-diciembre de 2011, pp. 123-159; Góngora Mera, Manuel Eduardo, *Inter-American Judicial Constitutionalism: on the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America Through National and Inter-American Adjudication*, San José, 2011; Piovesan, Flávia, “Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano”, *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 77, núm. 4, octubre-diciembre de 2011, São Paulo; *id.*, “Direitos humanos e diálogo entre jurisdições”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, núm. 19, enero-junio de 2012.

⁵ Carpizo, Jorge, “Treinta años del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional”, *Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Estatuto*, México, 2005, p. 18.

Jorge Carpizo definió el derecho constitucional comparado latinoamericano y el derecho constitucional latinoamericano contraponiendo sus conceptos.

El primero implica el conocimiento del universo constitucional de los diversos países de la región, sus aproximaciones y sus diferencias, con la finalidad primordial de que dicho estudio sea útil al perfeccionamiento de los sistemas constitucional-democráticos de los Estados del área.

Bajo el término universo constitucional abarcaba “las Constituciones, las leyes, la jurisprudencia y las costumbres constitucionales, así como su aplicación a la realidad de cada país, sin olvidar su evolución jurídico-política”. Por el contrario, el derecho constitucional latinoamericano lo concebía referido a “las instituciones, organismos, órganos y asociaciones supranacionales que los países han creado, a través de tratados, convenios y acuerdos internacionales, y que se obligan a respetar”.⁶

Como la tarea de resumir su apego hacia un derecho constitucional latinoamericano es muy difícil, cito sólo cinco de sus postulados de la última década. Al celebrarse el trigésimo aniversario del Instituto Iberoamericano en 2004, Jorge Carpizo enfatizaba que la dignidad humana era la raíz y el tronco de las convicciones, acciones y labores de esta asociación. Un año más tarde, escribía Jorge Carpizo acerca de la constitucionalización de la idea de América Latina como espacio de integración y unidad, dentro de su diversidad, forjado por elementos aglutinadores de viejo y de nuevo cuño.⁷ Entre los primeros sistematizaba las historias comunes, la herencia cultural, la tradición jurídico-política similar y la inspiración en una cohesionada unión. Pero siempre con su espíritu crítico, admitía que la balbuciente integración pos-

⁶ Carpizo, Jorge, “Derecho constitucional latinoamericano y comparado”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 114, 2005, pp. 951 y ss.

⁷ *Ibidem*, pp. 952 y ss.

democracia debía ocuparse de los problemas comunes como la pobreza y la desigualdad.

Con motivo de los 200 años del constitucionalismo latinoamericano y buscando delinear sus tendencias, se pronunció el profesor Carpizo sobre las claves del contenido material de la democracia en América Latina, y ratificaba que ésta se edifica y preserva con reglas del orden jurídico y los académicos tienen la responsabilidad y compromiso de afrontar el reto enorme de viabilizar una existencia digna para la gran mayoría de la población latinoamericana.⁸ En su vinculación con el Instituto Max Planck y concretamente sobre nuestro proyecto, dedicó algunas líneas del prólogo de mi libro —*Hacia un nuevo derecho público*— para exponer que la experiencia europea tiene gran interés en el mundo latinoamericano, donde tal vez se esté creando un *Ius commune*, cuando menos, en dos campos: los derechos humanos (gracias a las construcciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos) y los tratados de integración económica o de libre comercio, con la creación de órganos supranacionales para dirimir las controversias que surjan de su aplicación.⁹

Cuando Jorge Carpizo actuó como perito ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en enero de 2011, en el caso Leopoldo López, en su dictamen afirmó que

La Convención Americana y su interpretación de última instancia, realizada por la Corte Interamericana de Derechos humanos (Corte IDH), está creando un *ius commune* latinoamericano de derechos humanos, que implica que cualquier habitante de la región goza de un mínimo de derechos que la Constitución de cada país puede ampliar, pero nunca restringir, en virtud de las obligaciones internacionales que cada Estado contrajo al ratificar la propia Convención Americana y aceptar la jurisdicción obligatoria de la Corte IDH.

⁸ Carpizo, Jorge, “Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano”, *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, en Carbonell, Miguel *et al.* (coords.), México, 2009, pp. 5 y ss.

⁹ Carpizo, Jorge, “Prólogo...”, *cit.*, nota 2, pp. X y ss.

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

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

1. *Constatar el cambio*

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

¿Por qué evolución y hasta transformación? Hasta hace poco tiempo, el ámbito principal del poder público, tanto en los países europeos como en los latinoamericanos, se limitaba al Estado. Hoy en día la situación es claramente distinta. Las instituciones supranacionales e internacionales influyen de manera significativa en la convivencia social y en el ejercicio de poder público por los Estados, no solamente en Europa, sino también en Latinoamérica.¹⁰ El principio de soberanía nos provee de un marco más

¹⁰ Así el resultado de una serie de estudios comunes Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Estudos Avançados de Direitos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público*, Río de Janeiro, Elsevier Editora Ltda., 2013; *idem.* (eds.), *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012; *id.* (eds.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica. Avançando no diálogo constitucional e regional*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2011; *idem.* (eds.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2010; Bogdandy, Armin von *et*

preciso para ilustrar esta transformación en la estructura básica del derecho público. La noción tradicional del derecho del Estado y del derecho internacional ha sido desarrollada a partir del principio de soberanía, tanto desde el punto de vista de la dogmática jurídica como de la teoría de la legitimación. Según Georg Jellinek todo “puede ser explicado por medio de la soberanía y a partir de la soberanía”.¹¹ Una de las aportaciones más trascendentes de Latinoamérica a la doctrina del derecho internacional es la Doctrina Calvo en 1868, basada precisamente en el principio de soberanía nacional, la igualdad entre ciudadanos nacionales y extranjeros, y la jurisdicción territorial.¹²

La soberanía permite una construcción conceptual que se destaca por su transparencia y coherencia. A pesar de todos los problemas que los conceptos abstractos traen siempre consigo, el principio clásico de soberanía está provisto de una enorme fuerza analítica y normativa. La soberanía, entendida como soberanía *estatal*, es el fundamento del poder del Estado para crear normas jurídicas y hacerlas respetar por todos. La soberanía, entendida como soberanía *popular*, justifica ese poder ya que se basa en el principio democrático. La soberanía, entendida como soberanía

al. (eds.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, Mexico, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011; *idem.*, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, 2010, 2 vols.; *idem.*, *¿Integración suramericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, 2009.

¹¹ Jellinek, Georg, *Die Lehre von den Staatenverbindungen* (1882), ed. e introd. por Walter Pauly, 1996, pp. 16 y ss., esp. 36. Para conceptos paralelos en Latinoamérica Serna, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, 2012, pp. 9-15.

¹² Según sus postulados, los Estados soberanos gozan del derecho de estar libres de cualquier forma de interferencia (*ingérence d'aucune sorte*) por parte de otros Estados, y los extranjeros gozan de los mismos derechos que los nacionales, de modo que en caso de alguna demanda o reclamación, están obligados a agotar los recursos legales ante los tribunales locales sin pedir la protección e intervención diplomática de su país de origen. Cfr. Tamburini, Francesco, “Historia y destino de la ‘Doctrina Calvo’: ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, Chile, núm. 24, 2012, pp. 81-101.

nía *internacional* protege lo antes descrito como un “escudo”¹³ y fundamenta la validez del derecho internacional público de la misma manera en la cual fundamenta la validez del derecho del Estado: a partir de la voluntad del Estado. En resumen: gracias al principio de soberanía, el Estado crea un universo normativo por medio de su ordenamiento jurídico.

Sin lugar a dudas, el principio de soberanía, tanto en el derecho del Estado como en el derecho internacional y en la teoría de la legitimidad, sigue teniendo una gran importancia.¹⁴ No obstante, a raíz de una serie de cambios contemporáneos, la estructura fundamental del poder público ya no se puede basar solamente en este principio. La apertura y globalización socavan la famosa premisa del principio clásico de soberanía según la cual los Estados son “comunidades independientes”.¹⁵ Con una imagen Eyal Benvenisti describe claramente este cambio de paradigma: la vieja soberanía se asemejaba a la propiedad sobre una villa situada sola en un gran terreno, mientras que la nueva soberanía se asemeja a la propiedad sobre un apartamento en un inmueble con 200 unidades.

2. *El papel de la academia*

La apertura y la globalización hacen surgir la pregunta de cómo entender las estructuras fundamentales del derecho público. Entiendo el concepto de un derecho común latinoamericano como una estrategia para dar respuesta a tal interrogante.¹⁶ Se trata de un

¹³ Véase Calvo, Carlos, “Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América”, en Wolfrum, Rüdiger (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 1863.

¹⁴ Compárese con el fallo de la Corte Internacional de Justicia, de 3 de febrero de 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, núm. 57, por el derecho internacional.

¹⁵ Clásicamente en el caso *Lotus* de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), de 7 de noviembre de 1927, *The Case of the S.S. Lotus, France vs. Turkey*, serie A, núm. 10, 1927, p. 18.

¹⁶ Véase notas 1 y 2.

concepto parecido al concepto de un derecho común europeo.¹⁷ Similares son también las estrategias que sustentan otros conceptos como los de un supuesto derecho de la humanidad,¹⁸ un derecho cosmopolita,¹⁹ un derecho global,²⁰ un derecho mundial,²¹ un derecho mundial interno (Weltinnenrecht),²² o un derecho transnacional.²³ Corresponde a la academia la tarea de profundizar a nivel teórico sobre dichos conceptos e investigar cómo se puede desarrollar sobre tal base un nuevo derecho público.

Con su labor intelectual, los académicos son no solamente testigos, sino también actores en este proceso de transformación; asumen varios papeles.²⁴ Un rol relevante es precisamente conceptualizar para entender el alcance de las informaciones jurídicas con los cuales nos confrontamos, como son normas, fallos, opiniones, consultas. En el mural del Auditorio “Antonio Martínez Báez” de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM, se lee que “No hay revolución sin teoría revolucionaria”. Aunque, siendo reformistas, no compartimos la

¹⁷ Algunos impulsos lo ofrecen la Asociación Europea de Derecho (Societas Iuris Publici Europaei/SIPE), la European Public Law Association o el proyecto *Ius Publicum Europaeum*.

¹⁸ Cançado Trindade, Antônio A., “International Law for Humankind. Towards a New *Jus Gentium* (I)”, *Recueil des cours* 316, 2005, pp. 9-439; “International Law for Humankind. Towards a New *Jus Gentium* (II)”, *Recueil des cours* 317, 2005, pp. 9-312; Jenks, Clarence Wilfred, *The Common Law of Mankind*, Londres, 1958.

¹⁹ Benhabib, Seyla, “The Philosophical Foundations of Cosmopolitan Norms”, en Post, Robert y Benhabib, Seyla (eds.), *Another Cosmopolitanism*, Oxford, Berkeley Tanner Lectures, 2006, p. 13.

²⁰ Domingo, Rafael, *The New Global Law*, Cambridge 2010.

²¹ Delmas-Marty, Mireille, *Trois défis pour un droit mondial*, París, 1998.

²² Habermas, Jürgen, *Der gespaltene Westen: Kleine politische Schriften*, 2004, pp. 143, 159 y ss.

²³ Jessup, Philip C., *Transnational Law*, New Haven, 1956.

²⁴ En más detalle Bogdandy, Armin von, *Hacia...*, *cit.*, nota 2, pp. 18-23 y 132-144; muy parecida la idea de dogmática teológica protestante, Barth, Karl, *Die kirchliche Dogmatik*, 10a. ed., 1981, vol. 1, pp. 1-3.

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

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

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

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

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

una ciencia del derecho público que abarca el derecho nacional e internacional, la argumentación se realiza con base en los principios y se le asigna una mayor importancia al derecho comparado.

III. OBJETIVOS Y DESAFÍOS DEL *IUS COMMUNE* LATINOAMERICANO

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

El nuevo derecho público promovido por el *ius commune* latinoamericano se inspira en tres principios fundamentales: el respeto de los derechos humanos, el Estado de derecho y la democracia. En este sentido, el derecho no es concebido solamente como un instrumento de poder, sino que tiene una capacidad emancipadora. No niega que el derecho puede ser corrompido por el poder político;²⁵ pero tiene una potencialidad emancipadora.

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

2. *Estado abierto*

El segundo objetivo trascendente es concretizar el Estado abierto; abierto a las instituciones internacionales. Ello no signifi-

²⁵ Neves, Marcelo, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, 2009.

ca que la apertura sea la panacea o remedio a todos los problemas. Seguramente numerosos asuntos necesitan ser resueltos a nivel nacional, y las instituciones nacionales son en primer lugar las responsables para una determinada actuación. Al mismo tiempo, el concepto de un derecho común latinoamericano tiene la convicción de que tener un Estado abierto al derecho internacional, a las instituciones internacionales así como a la comparación jurídica, es una herramienta decisiva para el progreso. A partir de la democratización y de dejar atrás las dictaduras, muchos Estados latinoamericanos han optado por abrirse para salvaguardar los principios fundamentales de sus Constituciones. Las cláusulas de apertura, como las denominó Héctor Fix-Zamudio,²⁶ han otorgado rango constitucional a los tratados de derechos humanos y primacía sobre la ley. Para citar sólo algunos ejemplos, el artículo 75, nr. 22, de la Constitución de Argentina de 1994 enumera una serie de instrumentos a los que asigna rango constitucional.²⁷ La Constitución boliviana de 2009 dispone que los tratados de derechos humanos prevalecen en el orden interno, agrega que los derechos y deberes consagrados en esa Constitución se interpretarán de conformidad con dichos tratados²⁸ y que se éstos se

²⁶ Fix-Zamudio, Héctor, “El derecho internacional de los derechos humanos y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, año 1, núm. 1, 2004, pp. 141-180.

²⁷ Constitución de Argentina, artículo 75, nr. 22, La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

²⁸ Constitución de Bolivia, artículo 13.IV: Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

aplicarán de manera preferente cuando declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución.²⁹ En México, con la reforma constitucional de junio de 2011, el artículo 1o. párrafo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos amplió, mediante un reconocimiento explícito en la Constitución, la base de derechos humanos que rige en el país y otorga rango constitucional a los derechos contenidos en los tratados internacionales de los que México es parte.³⁰

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

Igualmente desde la perspectiva de la soberanía internacional existen resistencias frente al Estado abierto. Tradicionalmente se dice que todo el derecho internacional se basa en la soberanía, en la voluntad y en el consenso de los Estados, y en ese esquema no es posible que las instituciones internacionales tengan autonomía.

²⁹ Constitución de Bolivia, artículo 256: I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta. II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables.

³⁰ Mediante la decisión relativa al expediente Varios 912/2010, de 14 de julio de 2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció sobre las implicaciones de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Radilla, en el marco del nuevo esquema constitucional en materia de derechos humanos.

Pero hoy día las instituciones internacionales tienen autonomía, por ejemplo la Corte Interamericana, el Consejo de Seguridad o el Banco Mundial.

3. *Instituciones internacionales fuertes y legítimas*

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

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

Latinoamérica, pues asume un papel de *lawmaker*.³¹ Ciertamente, la Corte, como órgano del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, mediante su jurisprudencia desarrolla un mecanismo de protección y consolidación de la democracia en los Estados sometidos a su jurisdicción.³² Ahora bien, ¿basta este razonamiento para calificarla como una institución democráticamente legítima? O ¿es necesario valorar o tomar en cuenta también otros criterios?

La solución no se orienta a concebir las instituciones internacionales como instituciones de un Estado en vías de formación. La gran mayoría de los autores que sostienen que el Estado abierto es un instrumento esencial y que se necesitan instituciones internacionales eficientes no se pronuncian a favor de un Estado global o regional. Opinan que éste no es un objetivo convincente porque hay mucha valorización en la diversidad y conciencia de la complejidad. En este sentido, el nuevo universalismo que sirve de pilar del concepto de un derecho común latinoamericano, no es un universalismo que señale que el Estado nación debe superarse. El Estado-nación es un elemento central en esta nueva visión del nuevo derecho público, pero involucrado en un sistema internacional. El Estado y la soberanía no desaparecen, sino que se han transformado en conceptos ajustados a los nuevos tiempos.³³ Por tanto, la nueva constelación se vincula con las nuevas formas de articulación del espacio político.³⁴

³¹ Binder, Christina, “The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights”, en Bogdandy, Armin von y Venzke, Ingo (eds.), *International Judicial Lawmaking*, Springer, 2012, p. 293.

³² Véase Morales Antoniazzi, Mariela, *Protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el ius constitutionale commune*, Heidelberg, 2013.

³³ 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*, Tubinga, 1998, p. 94; Oeter, Stefan, “Souveränität – ein überholtes Konzept?”, *Festschrift H. Steinberger*, 2002, pp. 259 y ss.

³⁴ Bayón, J., “Ciudadanía, soberanía y democracia en el proceso de integración europea”, disponible en <http://www2.uah.es/filder//ciudadania-soberania-ydemocracia.pdf>

Somos conscientes que el concepto de un derecho común latinoamericano como tal es ambiguo,³⁵ una ambigüedad que se puede explicar mediante los dos paradigmas del universalismo y del particularismo. El paradigma del particularismo se basa en la convicción que un orden social solamente es posible en el marco de un Estado nación, lo mismo vale para la realización de los principios democráticos, de respeto de los derechos humanos así como contar con un orden público fuerte. Es una concepción de larga data, con Maquiavelo, Carl Schmitt y Samuel Huntington. Los más famosos en el debate contemporáneo son los neoconservadores americanos que sustentaron las bases de la política de George Bush.³⁶ Bajo este paradigma del particularismo, hay dos visiones de un derecho común latinoamericano: o bien optar por un Estado nación formado por varios Estados actuales de la región, o bien asumirlo como un concepto peligroso, ya que ni siquiera un Estado regional es posible.

Por el contrario, el universalismo argumenta que es posible un derecho público eficaz y legítimo más allá del Estado nación y ésta también es una tradición con un fuerte peso y arraigo. Vinculado a América Latina, es un paradigma que nace con Suárez y Victoria, con la cuestión de ¿cómo vamos a tratar a los pueblos originarios?³⁷ Hoy el universalismo se nota en personajes como Antônio Cançado Trindade o Jürgen Habermas. Es un pensamiento extendido, según el cual hay la posibilidad de tener orden en un derecho público que trasciende al Estado nación. Dada la

³⁵ Grote, Rainer, “Los esfuerzos integradores en el contexto histórico suramericano”, y Fischer, Thomas, “Las iniciativas de integración en la segunda mitad del siglo XX”, Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *¿Integración suramericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, cit., nota 10, p. 23.

³⁶ Rabkin, Jeremy A., *Why Sovereignty Matters*, 1998; Kagan, Robert, “America’s Crisis of Legitimacy”, 83 *Foreign Affairs* 65, 73, 2004; Goldsmith, Jack L. y Posner, Eric A., *The Limits of International Law*, 2005.

³⁷ Suárez, Francisco, “De legibus, ac Deo legislatore”, *Selections from Three Works*, núm. 1, 1944; Vitoria, Francisco de, *Relectio prior de Indis recenter inventis*, De Indis recenter inventis et de jure belli Hispanorum in Barbaros 1, 1952.

relevancia que los autores de un *ius commune* latinoamericano dan a los derechos humanos universales, me parece evidente que se inscriben en la tradición universalista.³⁸

IV. CONCEPTOS CLAVES

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

1. *Diálogo*

El concepto de diálogo se utiliza para calificar varios fenómenos del nuevo derecho público.³⁹ Aquí nos limitamos al diálogo entre las cortes.⁴⁰ Para los órganos jurisdiccionales, el concepto conlleva ante todo la necesidad de justificar sus decisiones fundamentándolas con argumentos suficientes. Tradicionalmente, las cortes deciden y fundamentan principalmente a partir de su autoridad; argumentan poco sus decisiones. El ejemplo clásico lo constituyen las decisiones del Consejo de Estado francés. Se inspiran en la concepción de que los jueces tienen la competencia, la facultad de decidir, se ponen de acuerdo y deciden conforme a la

³⁸ Carpizo, Jorge, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 25, julio-diciembre de 2011, p. 4; Piovesan, Flávia, “A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e Perspectivas”, en Bakdi, César Augusto (org.), *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*, Rio de Janeiro, 2004, p. 49.

³⁹ Burgorgue-Larsen, Laurence, “La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial”, *Asociación de Constitucionalistas de España: derecho constitucional europeo*, 2011, pp. 41-76; *idem.*, *De l'internationalisation du dialogue des juges. - In: Le dialogue des juges*, 2009, pp. 95-130; Neves, Marcelo, *Transconstitucionalismo*, *cit.*, nota 25; Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica. Avançando no diálogo constitucional e regional*, *cit.*, nota 10, pp. 255, 279 y ss.

⁴⁰ José María Serna examina la posibilidad de construir un modelo dialógico para guiar la interacción entre tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cfr.* Serna, José María *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, *cit.*, nota 11, pp. 243 y ss.

discrecionalidad que les otorga el ordenamiento respectivo. No se ven llamados a sustentar que la solución adoptada sea convincente ni tampoco justifican que sea la mejor entre otras opciones jurídicamente posibles. En cambio, en el nuevo derecho público, las cortes deben argumentar para convencer a otros actores jurídicos y justificar la toma de determinada decisión, y dicha justificación representa un elemento primordial en este modelo de derecho público: hay que dar una justificación del fallo, la autoridad del ente jurisdiccional en sí misma no basta. En los tiempos actuales se puede constatar en muchas cortes la tendencia de adaptarse a este cambio de paradigma.

Asimismo, otro elemento determinante es el diálogo entre las distintas cortes. La decisión de una corte nacional de un país latinoamericano, aunque se trate de la Corte Suprema, puede ser controlada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al mismo tiempo, una decisión de la Corte Interamericana puede ser rechazada por una corte nacional.⁴¹ Cuando la Corte Interamericana dicta una sentencia, su implementación puede ser prohibida por tribunales nacionales pues la sentencia de cualquier corte puede ser controlada por otra corte. En el escenario actual, no hay más “últimas palabras”. Ello empuja a los órganos jurisdiccionales a fundamentar racionalmente sus fallos porque tal argumentación es esencial para demostrar que una decisión no es arbitraria.

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

⁴¹ Para un ejemplo elocuente véase el Tribunal Supremo de Justicia venezolano.

otras cortes. De este modo, es habitual que existan tensiones en torno al diálogo, y que no siempre conduzca al acuerdo.

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

2. *Inclusión*

El segundo concepto clave es la inclusión. Este concepto provee una idea general de uno de los objetivos que aspira alcanzar este nuevo derecho público. Es la idea de la inclusión de *todos* en los grandes sistemas sociales: en el sistema de la salud, en el de la educación, en el económico y de trabajo; en el sistema político. En otras palabras, el nuevo derecho público debe ser un derecho que combata la exclusión. Seguramente es un tema de gran trascendencia para Latinoamérica, pero por desgracia, también es un problema muy grave en Europa.⁴² El problema de la exclusión requiere ser abordado desde el derecho público y debe combatirse con base en los derechos humanos.⁴³

El concepto de inclusión lleva a la visión de una sociedad más pacífica, y por eso tiene prioridad en la agenda del nuevo derecho

⁴² Habermas, Jürgen, *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*, 2011, p. 54; Luhmann, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, pp. 582-585; Sen, Amartya, *The Idea of Justice*, Londres, 2009, p. 117.

⁴³ Carpizo, Jorge, “Perspectiva de la protección de los derechos humanos en el México de 2010”, en Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (coords.), *Formación y perspectivas del Estado en México*, México, UNAM, 2010, pp. 98 y ss.

público. Asimismo, el concepto de inclusión abre una nueva perspectiva para la democracia y, en particular, para la instrumentación del principio democrático a nivel internacional. Dicho concepto prevé nuevos mecanismos y no se limita a los de representación. Por ejemplo, el mecanismo de las audiencias públicas de la Corte Interamericana en sus sesiones itinerantes en otros países puede ser visto como una forma de inclusión,⁴⁴ pues le da a las víctimas y a la población en general una imagen de mayor inserción en el ámbito jurisdiccional.

3. *Pluralismo jurídico*

El tercer concepto es el de pluralismo normativo. La reflexión sobre la relación entre los distintos regímenes jurídicos tiene la dificultad de que sigue siendo concebida bajo la óptica de dos teorías concebidas en los inicios del siglo XX: el monismo y el dualismo.⁴⁵ Estos conceptos representan, quizás, uno de los logros más destacados de una época en la que la doctrina jurídica dedicó grandes esfuerzos a la consecución de una ciencia autónoma, y revelan la grandeza y los defectos de ese paradigma clásico, usual pero erradamente denominado “positivismo jurídico”; un término más adecuado sería el de “constructivismo jurídico”. He venido sosteniendo que, como ocurre a menudo con las elaboraciones jurídicas, el contexto de sus orígenes ha sido en gran medida olvidado. Y si se compara la situación actual con la de cien años atrás, se observa que casi todos sus elementos constitutivos han cambiado: la evolución del Estado nación en el marco del proceso

⁴⁴ Saavedra Alessandri, Pablo y Pacheco Arias, Gabriela, “Las sesiones ‘itinerantes’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar por América”, en García Ramírez, Sergio y Castañeda Hernández, Mireya (eds.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, 2009, pp. 37-74.

⁴⁵ Triepel, Heinrich, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899, pp. 12-22; Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, 1934, pp. 129-154; Scelle, Georges, *Précis de droit des gens*, 1932, pp. 31 y 32.

de globalización, el desarrollo espectacular del derecho internacional y, sobre todo, la introducción de disposiciones constitucionales específicas relativas al papel del derecho internacional en los ordenamientos jurídicos nacionales.⁴⁶ Como teorías, el monismo y el dualismo son hoy en día insatisfactorias: sus argumentos son bastante herméticos, sus tesis centrales están poco desarrolladas, los puntos de vista opuestos son simplemente desechados por “ilógicos”, y sus planteamientos no se vinculan al debate teórico contemporáneo. En tanto que doctrinas, son igualmente insatisfactorias, ya que no contribuyen a la solución de los problemas jurídicos concretos: las varias elaboraciones actuales no se diferencian en casi nada en cuanto a la respuesta jurídica que aportan respecto a cómo resolver un conflicto concreto.⁴⁷

Por todo ello, al discutir la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, la mejor opción es prescindir de los conceptos doctrinales y teóricos de monismo y dualismo. Tal vez puedan ser útiles para indicar una disposición política más o menos abierta hacia el derecho internacional,⁴⁸ pero desde una perspectiva científica son unos zombis intelectuales de otro tiempo que deben descansar en paz o “reconstruirse”. La concepción general de la relación entre las normas internacionales y las del derecho interno debería asentarse en otra base conceptual.⁴⁹

⁴⁶ Véase Peters, Anne, “The Globalization of State Constitutions”, en Nollkaemper, Andre y Niman, Janne E. (eds.), *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, 2007, pp. 260-266 y 293-305, para una visión panorámica de las reacciones de las Constituciones nacionales frente al derecho internacional y sus técnicas; Ginsburg, Tom, “Locking in Democracy: Constitutions, Commitment, and International Law”, *N.Y.U.J. INT’L L. & POL.*, vol. 38, 2006, p. 707.

⁴⁷ Tomuschat, Christian, “International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century”, *Recueil des Cours*, vol. 281, 1999, pp. 9 y 363.

⁴⁸ Véase Wet, Erika de, “The Reception Process in Belgium and the Netherlands”, en Keller, Helen y Stone-Sweet, Alec (eds.), *The Reception of the ECHR in Europe*, 2008, pp. 11 y 25.

⁴⁹ Bogdandy, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público*, cit., nota 2, pp. 287 y ss.

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

La idea del dualismo partió de la premisa de que en principio las normas internacionales y las normas nacionales regulan materias distintas.⁵⁰ Sin embargo, en la actualidad muchas normas internacionales regulan cuestiones internas, que a menudo también son objeto de regulación por normas nacionales.⁵¹ Pero tampoco el monismo ofrece argumentos convincentes, ni desde el punto de vista de la dogmática jurídica ni desde la teoría. Si se habla de derechos fundamentales o de derechos humanos, se hace referencia a normas distintas, las primeras basadas en la Constitución, las otras previstas en los instrumentos internacionales. Hay una cierta variedad terminológica. La Constitución de Guatemala de 1985 utiliza la expresión “Derechos Humanos” al encabezar el título II, semejante al título III de la Constitución de Venezuela de 1999, aunque se trata de los derechos basados en el texto constitucional.⁵²

⁵⁰ Triepel, Heinrich, *Völkerecht und Landesrecht*, Hirschfeldt, 1899, pp. 11-15; *cfr.* Gassner, Ulrich y Triepel, Heinrich, *Leben und Werk*, 1999, pp. 446-451. El monismo de Kelsen nace de la debilidad de esta premisa.

⁵¹ Tomuschat, Christian, “International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century”, *Recueil des Cours*, vol. 281, 1999, p. 63 (el derecho internacional como un “modelo de vida social”).

⁵² Carpizo, Jorge, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 25, julio-diciembre de 2011, p. 13.

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

En tanto representan construcciones dogmáticas específicas, el monismo y el dualismo no ofrecen propuestas de solución plausibles a ninguna de las preguntas jurídicas relevantes del momento actual. Como construcciones teóricas para comprender la estructura general del derecho son igualmente inútiles, tanto analítica como normativamente. Finalmente es preciso apuntar a título de crítica que el dualismo afronta el mismo destino del concepto tradicional de soberanía, mientras el monismo, que sostiene la primacía incondicional del derecho internacional público, comparte las mismas debilidades de la propuesta teoría de un derecho constitucional mundial. Aplicado al derecho común latinoamericano, es necesario concebirlo no como un ordenamiento único, sino como una forma de relación entre normas de varios sistemas que comparten una misma finalidad. Está compuesto por normas internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos y a la vez por normas nacionales con la misma vocación; en vía de ejemplo, las cláusulas de apertura o las cláusulas interpretativas,⁵³ conforme a las cuales los derechos fundamenta-

⁵³ Góngora Mera, Manuel Eduardo, “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano”, Conferencia en el Encuentro de Expertos “El concepto del *ius constitutionale commune* como dimensión de la investigación”, México, 20 de septiembre de 2012.

les deben interpretarse en armonía con los instrumentos internacionales ratificados por el país.

Existen abundantes propuestas conceptuales para abordar la nueva constelación. De particular importancia podemos mencionar los siguientes conceptos: multinivel, red y entramado o complejo administrativo (Verbund).⁵⁴ Estas propuestas conceptuales forman parte del debate internacional que concibe estas nuevas constelaciones a partir del pluralismo jurídico. De Ibero y Latinoamérica emerge también una nueva doctrina orientada hacia un sistema jurídico plural en el que se entrecruzan principios, normas y regulaciones de los órdenes internacional, supranacional y estatal, categorizado bajo distintas nociones como “redes horizontales de colaboración”,⁵⁵ “interconstitucionalidad”,⁵⁶ “metaconstitucionalidad recíproca”,⁵⁷ red de constituciones⁵⁸ influjos y lecturas simultáneas,⁵⁹ normativismo supranacional,⁶⁰ transcons-

⁵⁴ Itzcovich, Giulio, “Legal Order, Legal Pluralism, Fundamental Principles. Europe and Its Law in Three Concepts”, *ELJ*, 18, 2012, p. 358 (370). Schmidt-Abmann utiliza distintas expresiones como asociación unión, conjunto interrelacionado, o estructura asociativa para describir el término alemán Verbund. Véase Schmidt-Abmann, Eberhard, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos”, en Barnes (ed.), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, 2007, pp. 15 y ss.

⁵⁵ Pampillo Baliño, Juan, “The Legal Integration of the American Continent: an Invitation to Legal Science to Build a New *Ius Commune*”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 17, núm. 3, pp. 517-553, esp. 519.

⁵⁶ Gomes Canotilho, José Joaquim, *Teoría de la Constitución*, Madrid, 2004.

⁵⁷ Cruz Villalón, Pedro, “El papel de los tribunales constitucionales nacionales en el futuro constitucional de la Unión”, *Une communauté de droit*, 2003, pp. 271-282.

⁵⁸ Bustos, Rafael, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, 2012, pp. 13 y ss.

⁵⁹ Como zona de convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional, véase Nikken, Pedro, “El derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Caracas, núm. 72, 1989; Bidart Campos, Germán y Herrendorf, Daniel, *Principios de derechos humanos y garantías*, Buenos Aires, 1991, pp. 195 y ss.

⁶⁰ Gordillo, Agustín, *Derechos humanos*, Buenos Aires, 2005, p. III.10.

titudinalismo.⁶¹ Incluso algunos autores latinoamericanos acuden a la figura geométrica del trapecio para ilustrar el proceso de desdibujamiento de la famosa pirámide kelseniana y aludir al fenómeno de entrelazamiento normativo.⁶² Una explicación teórica convincente sobre cómo reconstruir la pirámide kelseniana provendrá probablemente de una teoría del pluralismo jurídico,⁶³ pues tiene mayores posibilidades de suministrar conceptos que ayuden a comprender cómo los juristas, los políticos y los ciudadanos se desenvuelven y actúan en este ámbito. La conclusión central compartida por todas las concepciones pluralistas consiste en no considerar a las distintas normas del derecho internacional público, del derecho supranacional o del derecho estatal nacional como parte de un ordenamiento jurídico unitario y por lo tanto en rechazar el paradigma de jerarquía como mecanismo que define la relación entre dichos ordenamientos.

Las teorías pluralistas se dividen en dos campos. La teoría más radical parte de la visión de que los conflictos que se ocasionan son conflictos de poder e intrínsecamente políticos, en los que el razonamiento jurídico tiene un papel insignificante.⁶⁴ La teoría del

⁶¹ Neves, Marcelo, *Transconstitucionalismo*, cit., nota 25, pp. 115 y ss.

⁶² Piovesan, Flávia, “Direitos humanos e diálogo entre jurisdições”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, núm. 19, 2012, p. 67.

⁶³ Cfr. Burke-White, William, “International Legal Pluralism”, *MICH. J. INT’L.*, vol. 25, 2004, p. 963; Benda-Beckmann, Franz Von, “Who’s Afraid of Legal Pluralism”, *J. Legal Pluralism & Unofficial L.*, vol. 47, 2002, p. 37; Benda-Beckmann, Keebet Von, “Globalisation and Legal Pluralism”, *INT’L L. F.*, vol. 4, 2002, p. 19; Öhlinger, Theo, “Unity of The Legal System or Legal Pluralism: the Stufenbau Doctrine in Present-Day Europe”, en Jyränki, Antero (ed.), *National Constitutions in the Era of Integration*, 1999, pp. 163-174; Schiff Berman, Paul, “Global Legal Pluralism”, *S. CAL. L. REV.*, vol. 80, 2007, p. 1155; Fischer-Lescano, Andreas y Teubner, Gunther, *Regime-Kollisionen*, 2006, pp. 163-169.

⁶⁴ Teubner, Gunther, “Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus”, *Rechtshistorisches Journal*, núm. 15, 1996, pp. 255, 261, 262 y 273. En esta línea se inscribe la reacción de Venezuela ante los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. El Tribunal Supremo de Justicia sostiene la tesis de la “inejecutabilidad” de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y solicitó denunciar la Convención Americana alegando usurpación de funciones por parte de la Corte Interamericana

diálogo tiene un punto de partida diametralmente opuesto: parte de la observación de que los diversos regímenes jurídicos e instituciones normalmente desarrollan relaciones jurídicas estables, a pesar de su independencia normativa y de los posibles conflictos. Esta posición sostiene que los conflictos graves sean más bien la excepción, ya que la regla se manifiesta en un trabajo conjunto y fructífero.⁶⁵ Quien elige la regla como punto de partida para el pensamiento científico, como Hegel, y no la excepción, como Carl Schmitt, optaría por el pluralismo dialógico, en consonancia con el segundo concepto clave postulado por los partidarios del *ius commune* latinoamericano.

V. RASGOS ESENCIALES

1. *Una ciencia del derecho público integral*

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

de Derechos Humanos. Véase Tribunal Supremo de Justicia, sala constitucional, expediente núm. 08-1572, sentencia del 18 de diciembre de 2008, disponible en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>

⁶⁵ Burgorgue-Larsen, Laurence (ed.), *Les interacciones normativas*, París, Pedone, 2012.

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

2. Argumentación con base en los principios fundamentales

El segundo punto de los rasgos esenciales es el referido a argumentar con base en los principios. Ello también significa un cambio trascendente porque va contra el normativismo tradicional, focalizado principalmente en reglas. El nuevo derecho público conlleva una cultura jurídica que da un mayor espacio a los principios, es decir, las amplias normas de alto contenido ético.

Un argumento en favor de la conceptualización jurídica de los conflictos políticos y sociales como conflictos de principios, es que ello puede conducir a su canalización y tal vez incluso a su racionalización. Los principios también pueden jugar un papel de apoyo para los discursos democráticos.⁶⁶ Asimismo, una decisión judicial que presenta un conflicto real como conflicto de principios y emplea la ponderación de principios es más inteligible para la mayoría de los ciudadanos que un razonamiento

⁶⁶ Siedentop, Larry, *Democracy in Europe*, 2000, p. 100.

“técnico-jurídico” fraseado en lenguaje hermético, que oscurece las valoraciones del tribunal. Concebir las controversias jurídicas como conflictos de principios es positivo; bienvenida a la luz del principio democrático, ya que promueve el discurso público en las decisiones judiciales.

3. *El derecho comparado*

Para terminar, muy brevemente la nueva importancia del derecho comparado, del *ius commune* latinoamericano en materia de derechos humanos. ¿Por qué estudiar derecho comparado? Hay varias razones. Primero, para entender mejor nuestra propia situación. La comparación es un mecanismo fundamental para entenderse a sí mismo. Segundo, para evaluar qué se puede adaptar de otros sistemas. En el mundo latinoamericano, con certeza, existe una gran diversidad, pero también similitudes y convergencias, aportes, experiencias y evoluciones comunes en los distintos países latinoamericanos, que le permitan aprender unos de los otros, lo que favorece y da sentido a un derecho común. Así, el nuevo derecho público y sobre todo el concepto de derecho común latinoamericano tiene entre sus pilares la comparación jurídica con la finalidad de que los operadores jurídicos se entiendan como parte de un mundo jurídico que es más amplio que el Estado nación para activar la capacidad del derecho de hacer progresar a las sociedades.

Para concluir quiero subrayar que no pretendo que estas ideas de un nuevo derecho público sean del todo innovadoras. Por el contrario, es un enfoque vinculado a la labor de destacados juristas latinoamericanos, como Jorge Carpizo, que han dejado un legado sobre este proyecto del *ius commune* como un nuevo derecho público para la región.