

EL NUEVO PARADIGMA DE LA APERTURA DE LOS ÓRDENES CONSTITUCIONALES: UNA PERSPECTIVA SUDAMERICANA*

Mariela MORALES ANTONIAZZI**

I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este ensayo es sistematizar un enfoque renovado de los rasgos propios del fenómeno de apertura constitucional en su doble dimensión, ya que comprende tanto las cláusulas de apertura en materia de derechos humanos¹ como las habilitaciones constitucionales para la integración económica,² de modo de precisar los alcances del Estado abierto en América Latina, to-

* Este trabajo es producto de una investigación más amplia, cuyos resultados han sido ya publicados. Véase Morales Antoniazzi, M., “El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 265-299..

** Abogada *Summa Cum Laude* de la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas, Venezuela. Magister Legum (LL.M) de la Universidad de Heidelberg, Alemania. Doctora en derecho de la Universidad Goethe de Francfort, Alemania. Referentin para Latinoamérica del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Heidelberg, Alemania.

¹ Ayala Corao, C., “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias”, en Méndez Silva, R. (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 37-90.

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

mando como caso de estudio la región sudamericana. El Estado se inserta en el concierto de la comunidad internacional y por lo tanto con las limitaciones inherentes a esa pertenencia y las que el propio Estado, en decisiones soberanas, ha plasmado mediante la transferencia de competencias en su propio texto constitucional. En la apertura no se ha menoscabado el orden constitucional, sino que ella es producto del mismo. La imagen del Estado abierto implica destacar el cambio de paradigma implícito en el nuevo derecho público del siglo XXI enraizado con la erosión del concepto de soberanía y el surgimiento del paradigma del pluralismo normativo,³ como bien se explica en este libro en base al ordenamiento mexicano (José María Serna) y a la Ley Fundamental alemana (Armin von Bogdandy). Las contribuciones de Peter Huber y Aída Torres proyectan la metamorfosis ocurrida en Europa, mientras que Calogero Pizzolo aborda, al igual que se hace en este artículo, la perspectiva latinoamericana.

La revisión de las cláusulas de apertura sudamericanas permite perfilar la heterogeneidad de las fórmulas de recepción constitucional del Estado abierto. Se parte de la tesis de que en Sudamérica se puede identificar un proceso de transformación de las Constituciones que, gracias a la permeabilidad policéntrica y a múltiples velocidades, hace posible la construcción (no lineal) de un *ius constitutionale commune*. La comprensión del Estado abierto trae consigo examinar la configuración convergente y progresiva del constitucionalismo garantista de los derechos humanos y de la integración, no sólo como fin del Estado en favor de la cooperación internacional, sino como miembro de la comunidad internacional, que se somete a ella, en la evolución de un orden jurídico respetuoso de la dignidad humana.⁴ Como sostiene Flavia Piovesan, la primacía del valor de la dignidad humana, como paradigma y referencial ético, representa el principio orientador

³ Entre tantos, Bustos, R., *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, 2012, pp. 13 y ss.

⁴ Respecto a la llamada constitucionalización del derecho internacional, cfr. Klabbers, J. et al., *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, 2009.

del constitucionalismo estatal, regional y global, dotándolos de especial racionalidad, unidad y coherencia.⁵

Los diez países objetos de estudio, Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, son exponentes de la diversidad de fórmulas adoptadas a nivel constitucional para especificar el Estado abierto. Sin pretensión de exhaustividad, este ensayo se estructura en tres aspectos centrales para aproximarse a la dimensionalidad de tal apertura: la contextualización delimitada a tres cuestiones definitorias de la apertura; la conceptualización, para esbozar la noción germánica de estatalidad abierta y la constitucionalización a partir de la categoría temporal, según la entrada en vigencia de los textos constitucionales. A manera de conclusión se ofrecen grandes líneas del acervo del *ius constitutionale commune* construido en Sudamérica.

II. CONTEXTUALIZACIÓN DEL ESTADO ABIERTO

Una primera cuestión preliminar a resaltar se refiere a la aclaratoria de que en la región, a nivel normativo, se afrontó el desafío de modificar el concepto tradicional de soberanía entendida como poder ilimitado, último e indivisible para gobernar un territorio sin permitir injerencias externas. Con esta transformación de concepto clásico de soberanía,⁶ se ha superado la concepción de un Estado cerrado⁷ y se constata la pérdida del carácter omnicom-

⁵ Cfr. Piovesan, F., “Direito constitucional, direitos humanos e o direito constitucional internacional”, *Caderno de direito constitucional V*, Porto Alegre, 2006, pp. 7 y 8.

⁶ Cfr. Vásquez, A., “Soberanía, supranacionalidad e integración: la cuestión en los países del Mercosur”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, 2001, p. 234; Häberle, P. y Kotzur, M. (eds.), *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, México, 2003. Desde hace más de un década la doctrina alemana se refiere a una situación “flotante” de la soberanía. Cfr. Di Fabio, U., *Das Recht offener Staaten*, Tubinga, 1998, p. 94; Oeter, S., “Souveränität – ein überholtes Konzept?”, *Festschrift H. Steinberger*, 2002, pp. 259 y ss.

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

prensivo en el ámbito del derecho constitucional. Es un proceso vinculado a la globalización⁸ y a la creciente interacción entre el derecho internacional, el supranacional y el constitucional.⁹

Como modelo alternativo al constitucionalismo de base estatal, en el modelo del pluralismo constitucional coexisten un conjunto de ordenamientos jurídicos, en parte separados pero interdependientes, cuyas respectivas normas fundacionales-constitucionales no están jerárquicamente ordenadas.¹⁰ Estas propuestas conceptuales forman parte del debate internacional que concibe a esta nueva constelación desde la óptica del pluralismo jurídico.¹¹ Ello impulsó a 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,¹² convertida en trapecio para algunos autores.¹³ Así emerge una nueva dogmática

⁸ Carbonell, M., “Globalización y derecho: siete tesis”, en Díaz Müller, Luis (coord.), *Globalización y derechos humanos*, México, 2003, pp. 1-16.

⁹ Sobre la relación de retroalimentación e intercambio continuos entre los derechos nacionales y el derecho internacional, *Cfr.* Fix-Fierro, H. y López Ayllón, S., “El Impacto de la Globalización en la Reforma del Estado y el Derecho en América Latina”, *El papel del derecho internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional*, México, 1997, p. 328; Cançado Trindade, A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XX*, Chile, 2006, p. 315.

¹⁰ Torres, A., “En defensa del pluralismo constitucional”, en Ugartemendía, J. I. y Jáuregui, G. (coords.), *Derecho constitucional europeo*, Valencia, 2011, pp. 155-180; Giulio Itzcovich, “Legal Order, Legal Pluralism, Fundamental Principles. Europe and Its Law in Three Concepts”, en *ELJ*, 18 (2012), p. 358 (370).

¹¹ Günther, Klaus, “Rechtspluralismus und universeller Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem”, en *FS für Jürgen Habermas*, 2001, p. 539; Griffiths, John, “What is Legal Pluralism?”, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 24 (1986), p. 1; para una excelente reseña de los distintos planteamientos véase “Lars Vellechner, Cosmopolitan Pluralism as an Approach to Law and Globalisation”, en *TLT*, 3 (2012), pp. 461 y ss.

¹² *Cfr.* Aguilar Cavallo, G., “El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 12, núm. 1, 2006, pp. 117-154.

¹³ Pizzolo, C., “Los mecanismos de protección en el sistema interamericano de derechos humanos y el derecho interno de los países miembros. El caso argentino”, *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII*

en base a un sistema jurídico plural en el que se entrecruzan principios, normas y regulaciones de los órdenes internacional, supranacional y estatal, fenómeno contemporáneo categorizado bajo distintas nociones como “acoplamiento”,¹⁴ “redes horizontales de colaboración”,¹⁵ “interconstitucionalidad”,¹⁶ “metaconstitucionalidad recíproca”,¹⁷ influjos y lecturas simultáneas,¹⁸ “*multilevel constitutionalism*”,¹⁹ normativismo supranacional,²⁰ transconstitucionalismo.²¹

El postulado central compartido por todas las concepciones pluralistas consiste en el rechazo al paradigma de jerarquía como símbolo del orden entre diferentes ordenamientos. El Estado actual está inmerso en la internacionalización de los procesos de creación del derecho, donde confluye un pluralismo de foros de

Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Méndez Silva, Ricardo (coord.), 2002, p. 514.

¹⁴ von Bogdandy, A., “Pluralismo, efecto directo y última palabra: la relación entre derecho internacional y derecho constitucional”, en Escobar García (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, 2010, pp. 407-429 y 409.

¹⁵ Pampillo Baliño, J., “The legal integration of the American continent: an invitation to legal science to build a new *ius commune*”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 17, núm. 3, pp. 517-553 y 519.

¹⁶ Gomes Canotilho, J., *Teoría de la Constitución*, Madrid, 2004.

¹⁷ Cruz Villalón, P., “El papel de los tribunales constitucionales nacionales en el futuro constitucional de la Unión”, *Une communauté de droit*, 2003, pp. 271-282.

¹⁸ 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*, núm. 72, Caracas, 1989; Bidart Campos, G. y Herrendorf, D., *Principios de derechos humanos y garantías*, Buenos Aires, 1991, pp. 195 y ss.

¹⁹ Pernice, I., *Constitutional law implications for a state participating in a process of regional integration. German Constitution and “multilevel constitutionalism”*, German Rapport to the XV International Congress on Comparative Law, Bristol, 1998, pp. 2-3, citado por Brewer-Carías, A., *Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional*, Caracas, 1998, p. 18.

²⁰ Gordillo, A., *Derechos humanos*, Buenos Aires, 2005, pp. III y 10.

²¹ Neves, M., *Transconstitucionalismo*, São Paulo, 2009, pp. 115 y ss.

decisión pública inter, supra y transnacional²² y los países sudamericanos no son la excepción, pues es incuestionable la recepción cada vez más potente del derecho internacional en el derecho interno.²³ Es cierto que no es lineal, ya que se constata una permeabilidad policéntrica (proveniente de distintas fuentes) y a múltiples velocidades (unos países avanzan más rápidamente que otros), y a la vez son notables ciertas tensiones y conflictos.²⁴ Particularmente en la época actual, como bien lo reseña José María Serna, hay dos polos para pronunciarse a favor o no de la recepción en el orden interno de los estándares de los otros sistemas normativos de derechos humanos, que pueden distinguirse como las posturas internacionalistas (favorables) y los nacionalistas (resistentes a tal recepción).²⁵ Sin embargo, a nivel constitucional, se he regulado el cambio de paradigma hacia el Estado abierto.

Una segunda cuestión preliminar conduce a poner de relieve que en Latinoamérica se reconoce una superposición, convivencia y fusión de diversas tradiciones jurídicas.²⁶ El fenómeno de

²² Torres, A., “¿Se limita o refuerza el poder ejecutivo como consecuencia de la internacionalización de los procesos de producción normativa?”, *Seminario SELA, Panel II: Globalización y Poder Ejecutivo*, Bogotá, 2006. Disponible en http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/sela2006_pdf/Aida_Torres.pdf

²³ 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.

²⁴ Matthias Herdegen refiere que la intervención de los órganos regionales de protección de derechos humanos puede incidir hasta de modo masivo en las estructuras fundamentales del derecho interno y ello genera tensiones. Cfr. Herdegen, M., “La internacionalización del orden constitucional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Uruguay, 2010, p. 75.

²⁵ Serna, J. M., *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, UNAM, México, 2012, p. 243 y ss.

²⁶ Pampillo Baliño, J., *La integración jurídica americana. Reflexiones y propuestas para un nuevo ius commune*, Colombia, 2012, p. 129.

un orden policéntrico,²⁷ dominio policéntrico,²⁸ o policentrismo jurídico²⁹ no es nuevo,³⁰ aunque sí presenta elementos novedosos propios en sociedades multiculturales.³¹ En los Estados constitucionales sudamericanos se puede comprobar una progresiva code-terminación en la medida en que se influyen más recíprocamente en la incorporación del factor multicultural que los caracteriza,³² y la Constitución, como orden abierto, cumple una función de inclusión en el seno de las sociedades diversas.³³ Se ha adoptado, formalmente en las Constituciones, un amplio reconocimiento a la característica de la heterogeneidad del Estado en Sudamérica, como por ejemplo cuando se da mayor visibilidad y protección de las comunidades indígenas.

Rodrigo Uprimny plantea que en los cambios constitucionales generados en la nueva era se manifiesta explícitamente esta transformación.³⁴ Para ilustrarlo, vale citar las recientes Constitucio-

²⁷ Weiler, J. H. H. *et al.*, “European Democracy and Its Critique”, *The Crisis of Representation in Europe*, Hayward (ed.), Londres, 1995, pp. 4-39, p. 16; Weiler, J. H. H., “European Neo-Constitutionalism”, *Search of Foundations for the European Constitutional Order*, 1996, pp. 517-533; Wind, M., “The European Union as a Polycentric Polity: Returning to a Neo-medieval Europe?”, Weiler y Wind (eds.), 2003, pp. 103-131, 126 y ss.

²⁸ Di Fabio, U., “Öffentliche Meinung im System polyzentrischer Herrschaft”, *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften*, vol. 7, 2009, pp. 666-682.

²⁹ Díez de Urduvía, X., *El Estado en el contexto global*, México, 2008.

³⁰ Häberle, P., *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta* (traducción de Emilio Mikunda), Madrid, 2002.

³¹ Yrigoyen Fajardo, R., “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, 2011, p. 139 y ss.

³² Valadés, D., “Prólogo”, *El Estado constitucional*, Häberle, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, 2003.

³³ Gomes Canotilho, J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 2003, p. 1450.

³⁴ Uprimny, R., “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, 2011, pp. 109 y ss.

nes de Ecuador y Bolivia. La Constitución de Ecuador de 2008 dedica un capítulo a los “derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades” y establece que las “comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano” (artículo 56) y pasa a enumerar veintiún enunciados contentivos de los derechos colectivos que el Estado ecuatoriano les reconoce y garantiza “de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos” (artículo 57). El Preámbulo de la Constitución de Bolivia de 2009 reza:

El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.

De este modo, el Estado abierto facilita la incorporación de los estándares garantistas de la diversidad.

Una tercera y última cuestión preliminar a resaltar es que en Sudamérica, la internacionalización es entendida principalmente como humanización³⁵ y se inscribe en la búsqueda de un orden democrático. 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

³⁵ Brewer-Carias, A., *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of Amparo Proceedings*, Nueva York, 2008, pp. 31 y ss.

participación en la integración, que en el caso de análisis es la sudamericana.

Esta vinculación de la permeabilidad dual con la democratización tiene una historia. A fines de la década de los setenta entra en vigencia la Convención Americana de Derechos Humanos (1978) y el sistema interamericano emerge, paradójicamente, en un entorno de marcado autoritarismo, desigualdad social y carencia de una cultura garantista de la triada democracia, Estado de derecho y derechos humanos. La paradoja histórica arrojó, que así como el desafío de la posguerra era la internacionalización de los derechos humanos como herramienta fundamental para desterrar los genocidios, el desafío contemporáneo era la constitucionalización de los derechos universales “como la única forma de hacerlos efectivos en el ámbito interno”.³⁶ El proceso de democratización en Sudamérica en la década de los ochenta favoreció no sólo la ratificación de la Convención Americana³⁷ y el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,³⁸ sino también la incorporación de los instrumentos internacionales de protección de los derechos, para dar respuesta y ser contrapunto de las violaciones sistemáticas ocurridas bajo las dictaduras.³⁹

El efecto dominó que generó la democratización significó asimismo comenzar a salir de la llamada “década perdida” de los años ochenta y recuperar la credibilidad de la región a nivel internacional, reposicionando los esquemas integracionistas (ALADI

³⁶ Abregú, M., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, una introducción*, Buenos Aires, 1997, pp. 3-32, p. 5.

³⁷ Argentina en 1984, Uruguay en 1985, Paraguay en 1989, Chile en 1990 y Brasil en 1992.

³⁸ Mientras Argentina, Uruguay y Chile reconocieron la competencia de la CorteIDH simultáneamente con la ratificación de la CADH, en cambio Paraguay en 1993 y Brasil en 1998, cuatro y seis años más tarde, respectivamente.

³⁹ Una descripción del contexto de una historia de autoritarismo estatal y social en el que surge el SIDH (y se mantiene) en la región, en: Medina Quiroga, C., “Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana”, *Anuario de Derechos Humanos*, Chile, 2009, pp. 15-34.

o el Pacto Andino)⁴⁰ y haciéndose escenario de grandes transformaciones como la creación del Mercosur (1991) y el nacimiento de la Comunidad Andina (1996), descansando la integración en los principios democráticos y de respeto de los derechos humanos.⁴¹ En este nuevo rumbo del constitucionalismo democrático⁴² se incorporan además a los órdenes constitucionales normas para regular la transferencia de competencias a organizaciones supranacionales, así como la primacía y el efecto directo del derecho de la integración.⁴³

Prima facie, el constitucionalismo actual emerge a la inversa que en Europa, como se puede comprobar en el ensayo de Peter Huber contenido en esta obra, pues cuando en el viejo Continente se habla de internacionalización de las Constituciones nacionales se vincula directamente con la “europeización” (v. gr. integración económica),⁴⁴ en América Latina se identifica con la denominada humanización.⁴⁵ Como lo explica Laurence Burgorgue-Larsen, “en el seno del ‘Nuevo Mundo’, la ‘internacionalización’ de las Constituciones nacionales bien merece su nombre. Se trata de una internacionalización muy específica, ya que el derecho in-

⁴⁰ Tirado Mejía, A., *Integración y democracia en América Latina y el Caribe*, Argentina, 1997, p. 32.

⁴¹ Casal, J. M., “Desafíos de los procesos de integración en materia de derechos humanos”, *Cuadernos de Integración Andina*, núm. 15, pp. 13 y s.

⁴² Para el período que abarca la promulgación de los nuevos textos constitucionales, véase Nogueira, H., *La evolución político constitucional de América del Sur 1976-2005*, Chile, 2009.

⁴³ Perotti, A., “El principio de primacía del derecho del Mercosur en las tres primeras opiniones consultivas del Tribunal Permanente de Revisión”, en Ulate Chacón (ed.), *Derecho internacional, derecho comunitario y derechos humanos. Homenaje al profesor doctor José Luis Molina Quesada*, San José de Costa Rica, 2009, pp. 291-316.

⁴⁴ Huber, P., “Estatidad abierta: un análisis comparado”, *El derecho constitucional en el espacio jurídico europeo, Ius Publicum Europaeum I*, Valencia, 2013, pp. 69-141.

⁴⁵ Caballero Ochoa, J., “El derecho internacional en la integración constitucional. Elementos para una hermenéutica de los derechos fundamentales”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 6, 2006, pp. 82 y ss.

ternacional de los derechos humanos encuentra allí un lugar privilegiado”.⁴⁶ 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”,⁴⁷ así como por la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales a la luz de ese derecho internacional de los derechos humanos.⁴⁸ Las Constituciones recogen la expansión del derecho internacional de los derechos humanos, pero también, el renacimiento de la idea integracionista.⁴⁹

III. CONCEPTUALIZACIÓN: LA DOBLE ESTATALIDAD ABIERTA

En la doctrina sudamericana se ha abordado el fenómeno de la internacionalización del derecho constitucional bajo la perspectiva de las cláusulas de apertura y más bien delimitado a los derechos humanos. Hasta ahora, un sector de la doctrina se ha apoya-

⁴⁶ Burgorgue-Larsen, L., “Les standards: normes imposées ou consenties?”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* 2011, París, 2012.

⁴⁷ En la calificación de Manuel Góngora Mera, *cf.* 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, 2011, p. 91.

⁴⁸ *Cfr.* Capaldo, G. *et al.*, *Internacionalización del derecho constitucional-constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, 2013.

⁴⁹ Actualmente en Sudamérica existen numerosos proyectos que se rubrican como “integracionistas”, entre ellos UNASUR, ALBA, la Alianza del Pacífico o incluso uno más amplio como CELAC. Sin embargo, dichos proyectos develan un choque ideológico y algunos pueden calificarse como “antisistémicos”. *Cfr.* Briceño Ruiz, J., “La iniciativa del Arco del Pacífico Latinoamericano. Un nuevo actor en el escenario de la integración regional”, *Nueva Sociedad*, núm. 228, julio-agosto de 2010, pp. 44-59; Sanahuja, J. A., “Del ‘regionalismo abierto’ al ‘regionalismo post-liberal’. Crisis y cambio en la integración regional en América Latina”, *Anuario de la Integración Regional de América Latina y el Gran Caribe*, Buenos Aires, vol. 8, 2010, pp. 11-54; Rojas Aravena, F., “La Celac y la integración latinoamericana y caribeña”, *Revista Nueva Sociedad*, núm. 240, julio-agosto de 2012, pp. 16-27.

do en la noción háberliana 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 el que adquieren gran relevancia los derechos humanos y fundamentales.⁵⁰ Recientemente el fenómeno se vincula con el neoconstitucionalismo. Se sostiene que “el neoconstitucionalismo” sirve de marco al fenómeno de la internacionalización del derecho constitucional en América Latina ocurrido con las transformaciones constitucionales,⁵¹ sustentadas en los postulados doctrinarios emergidos en Italia y gracias a los aportes sobre la interpretación constitucional provenientes de Dworkin, Alexy, Zagrebelsky y Nino.⁵²

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

⁵⁰ Cfr. Häberle, P., *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, 2003, p. 75-77. La obra del profesor Häberle ha sido traducida al español y ha encontrado eco en la región. Entre otras traducciones figuran Häberle, P., *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997; Häberle, P., *La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional*, Lima, 2001; Häberle, P., *El Estado constitucional*, Buenos Aires, 2007. Al idioma portugués, Häberle, P., *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*, traducción de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, 1997; Mendes, G. y Rufino do Vale, A., “O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, *Observatório da Jurisdição Constitucional*, año 2, 2008-2009, p. 2.

⁵¹ Por todos, véase García Jaramillo, L., “El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del derecho. El caso colombiano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 45, núm. 33, enero-abril de 2012, pp. 93-118, 94 y ss.

⁵² Cfr. Capaldo, G. et al., *Internacionalización del derecho constitucional-constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, 2013.

Desde hace casi cincuenta años el concepto alemán de estatalidad abierta (*offene Staatlichkeit*) acuñado por Klaus Vogel⁵³ 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.⁵⁴ En el contexto alemán se atribuye una especial connotación a la “decisión constitucional a favor de la apertura” en tanto comprende una faz pasiva y una faz activa. Los padres fundadores de la *Grundgesetz* (Ley Fundamental) se pronunciaron favorablemente hacia el Estado abierto tanto en el sentido de la cooperación internacional en los planos universal y regional, como en el posicionamiento del Estado en la comunidad internacional y su subordinación al orden normativo emanado de ella, bajo el credo de la dignidad humana y el respeto de los derechos humanos.⁵⁵ La Ley Fundamental (LF) asigna estadios distintos en su elección, a nivel constitucional, por un Estado alemán que combina en su fuente originaria la interacción con otros regímenes legales. Por una parte, se regula la incorporación de los tratados internacionales en el orden público nacional en el artículo 59.2 de la LF,⁵⁶ y por la otra, se establecen diversos parámetros para interactuar con otras normas, según se afecten de modo determinante las bases de la legitimidad estatal de Alemania como son democracia, separación de poderes, federalismo, republicanismo o no. Por ello, en el artículo 23 de la LF se prevé la cláusula de apertura hacia la integración europea que

⁵³ Vogel, K., *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit*, 1964, p. 42.

⁵⁴ Sommermann, K., “Offene Staatlichkeit Deutschland”, *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, t. II: *Offene Staatlichkeit, Wissenschaft vom Verfassungsrecht*, Heidelberg, 2008, núm. 12, p. 10.

⁵⁵ El Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, en el inciso 2, dispone “Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”.

⁵⁶ En idioma español, véase Bank, R., “Tratados internacionales de derechos humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán”, *Ius et Praxis*, vol. 9, Chile, 2003, pp. 23-38.

reconoce un tipo de interacción derivado de su pertenencia a una comunidad jurídica compleja. El artículo 24 de la LF aplica, en cambio, para otras membresías, como sería el caso del sistema de las Naciones Unidas.

Javier García Roca afirma que el Estado constitucional contemporáneo sólo puede entenderse como un Estado situado internacionalmente y por lo tanto limitado en idéntica perspectiva, en particular en materia de derechos humanos.⁵⁷ Ampliamente conocidas son las estructuras constitucionales permeables reguladas en las Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea (UE), que traducen la vocación de los Estados nacionales de abrir su ordenamiento jurídico al influjo del derecho inter y supranacional, configurando la condición *sine qua non* para la estabilidad y funcionalidad de la Unión Europea y del espacio jurídico europeo.⁵⁸ Distintas denominaciones han sido utilizadas, tales como “bisagra”,⁵⁹ “cláusula europea”⁶⁰ o “bridging mechanism”.⁶¹

En esta línea, el término permeabilidad, que significa en sentido literal penetrable o traspasable, a pesar de ser un concepto tomado de la biología para explicar lo social,⁶² sirve como técnica

⁵⁷ García Roca, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, 2010, p. 31.

⁵⁸ Huber, P., “Offene Staatlichkeit: ein Vergleich”, *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, t. II: *Offene Staatlichkeit, Wissenschaft vom Verfassungsrecht*, Heidelberg, 2008.

⁵⁹ Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004 v. 13. 12. 2004, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 3 Suplemento, 4 de enero de 2005, pp. 5, 9 (II 3). Silva García, *La declaración 1-2004 del tribunal constitucional. Español*.

⁶⁰ Claes, M., “Constitucionalizando Europa desde su fuente. Las ‘cláusulas europeas’ en las Constituciones nacionales: evolución y tipología”, *Constitución Europea y Constituciones nacionales*, Cartabia et al. (eds.), 2005, pp. 123, 127 y ss.

⁶¹ Walker, N., “Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union”, *European Law Journal*, vol. 4, 1998, p. 375.

⁶² Cfr. Botero Bernal, A., “Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica”, *Diálogos de saberes: Centro de Investigaciones Socio Jurídicas*, Bogotá, núm. 18-19, 2003, pp. 147-174.

de extrapolación y herramienta útil para interpretar el cambio de paradigma hacia un Estado no cerrado. En sentido estrictamente jurídico Wendel define la permeabilidad como la cualidad de un ordenamiento jurídico de permitir la incorporación de principios y contenidos normativos provenientes de otro régimen jurídico,⁶³ representando un mecanismo de entrelazamiento normativo.⁶⁴

Hoy en día es incuestionable la penetración cada vez más potente del derecho internacional en el derecho interno.⁶⁵ Considero que esta constelación del Estado abierto tiene el potencial e impacto necesarios en el debate sudamericano, entendido como *conditio sine qua non* de la protección internacional y, en particular, la supranacional, sin menoscabo del orden constitucional, sino producto del mismo.

IV. CONSTITUCIONALIZACIÓN PROGRESIVA DEL ESTADO ABIERTO

La doble estatalidad abierta sudamericana tiene una fisonomía heterogénea y progresiva. En Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela se constata el avance continuo en la regulación expresa del rango constitucional que se atribuye a los tratados internacionales de derechos humanos en los ordenamientos nacionales y muestran en general una concepción a favor del derecho internacional, del sistema interamericano y de la integración. Sin embargo, la progresividad va acompañada de una diversidad de mecanismos que permiten la penetración normativa. Hay distintas denominaciones

⁶³ Wendel, M., *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht. Verfassungsrechtliche Integrationsnormen auf Staats- und Unionsebene im Vergleich*, Tubinga, 2011, p. 71.

⁶⁴ Nettesheim, M., “Europäischer Verfassungsverbund?”, *Festschrift J. Isensee*, 2007, p. 736.

⁶⁵ 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.

(como cláusulas de apertura,⁶⁶ cláusulas de diálogo,⁶⁷ normas de reenvío,⁶⁸ habilitaciones constitucionales para la integración⁶⁹). Igualmente la graduación va de la generalidad a la especificidad en la medida en que convergen, de modo acumulativo o no, figuras jurídicas como primacía de los tratados de derechos humanos, bloques de constitucionalidad, efecto directo, interpretación conforme, derechos implícitos, interpretación *por homine*. Dicha convergencia está vinculada a la temporalidad, que divido aleatoriamente entre una primera expansión en las Constituciones a fin del siglo XX (1988-1998), y luego, una segunda expansión (1999-2009) en el nuevo milenio, que amplía el radio de la permeabilidad en las Constituciones andinas. Sin ánimo exhaustivo sino ejemplificativo, demuestro esta tendencia con citas a las disposiciones constitucionales.

1. *La estatalidad abierta respecto a los derechos humanos*

Esta apertura tiene lugar tempranamente en el constitucionalismo latinoamericano.⁷⁰ *Ab initio*, la apertura fue objeto de debate a partir del dilema clásico de la jerarquía normativa e incorporación

⁶⁶ Un clásico es el estudio del maestro Fix-Zamudio, H., “El derecho internacional de los derechos humanos y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, año 1, núm. 1, 2004, pp. 141-180.

⁶⁷ De Oliveira Mazzuoli, V., “O controle jurisdicional da convencionalidade das leis”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2009, p. 118.

⁶⁸ Rey Cantor, E., “El bloque de constitucionalidad: aplicación de tratados internacionales de derechos humanos”, *Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 2, Santiago de Chile, 2006, p. 303.

⁶⁹ Perotti, A., *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*, Montevideo, 2004, ts. I y II.

⁷⁰ Tendencia advertida tempranamente. *Cfr.* Fix-Zamudio, H., “El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *The Modern World of Human Rights, Essays in Honor of Thomas Buergenthal*, San José, 1996, pp. 159-207.

de los tratados en el orden interno⁷¹ y se generalizó el examen sobre las cuatro opciones del poder constituyente al otorgar rango supraconstitucional, rango constitucional, rango supralegal y rango legal.⁷² En el marco del constitucionalismo democrático,⁷³ la permeabilidad hacia la aplicación de los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos en el ámbito doméstico ha recibido amplio tratamiento en la doctrina.⁷⁴ Existen distintas categorías desde las cláusulas más cerradas y jurídicamente seguras (por ejemplo cuando se incorpora la Convención Americana) hasta las más abiertas y complejas (cláusula de derechos innominados).⁷⁵ Según Bidart Campos, los mandatos constitucionales contentivos de la apertura ofrecen las condiciones de viabilidad de penetración de los distintos órdenes normativos.⁷⁶ Son las propias Constituciones las que definen el alcance de la prevalencia de los derechos humanos.⁷⁷ Si existiera algún tipo de

⁷¹ Dulitzky, A., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado*, Buenos Aires, 1997, p. 40.

⁷² Ayala Corao, C., “La jerarquía de los tratados de derechos humanos”, *Futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Méndez y Cox, San José, 1998, pp. 137 y ss.

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

⁷⁴ Brewer-Carías, A., “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno. Estudio de derecho constitucional comparado latinoamericano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 6, México, julio-diciembre de 2006, pp. 29-78.

⁷⁵ Uprimny, R., “Bloque de convencionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal”, disponible en <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf>, p. 14.

⁷⁶ Bidart Campos, G., *Teoría general de los derechos humanos*, México, 1994, p. 241.

⁷⁷ Meier García, E., “Crónica de un incumplimiento anunciado: sobre la ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por los tribunales nacionales. El caso venezolano”, *Gaceta Jurídica*, Lima, mayo de 2009, t. 17, pp. 372 y 373.

colisión, la doctrina apuesta por solucionarlo a través del enfoque dialógico.⁷⁸

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

Una vez finalizada la dictadura, la Constitución brasileña de 1988 encarna un texto que procura la reinvencción del ordenamiento en la órbita del principio democrático, la protección de los derechos humanos y de los derechos sociales en particular. Este texto constitucional postula desde el preámbulo un Estado democrático de derecho “destinado a asegurar el ejercicio de los derechos sociales e individuales” y enuncia como fundamento del Estado y como principio rector de las relaciones internacionales, entre otros, la dignidad de la persona humana (artículo 1o.) y la prevalencia de los derechos humanos (artículo 4o.). El “post 88” marca una etapa de expansión simultánea en lo internacional y en lo doméstico en materia de derechos humanos, aunque el texto constitucional guardó silencio acerca del rango de los tratados de derechos humanos. Brasil mantuvo una jurisprudencia constante en sentido afirmativo del rango de ley de los tratados internacio-

⁷⁸ Bazán, V., “La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina”, *Estudios Constitucionales*, año 5, núm. 2, Chile, 2007, pp. 137-183; Guenka Campos, T., *O controle de convencionalidade como mecanismo de interação entre ordem interna e internacional: por um diálogo cooperativo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Constitucional brasileiro*, San José, 2010.

nales, postura cuestionada en la doctrina por colocarse a espaldas de la novedosa apertura material establecida en la Constitución.⁷⁹

Con la enmienda constitucional núm. 45 de 2004 se incorporó el § 3o. al artículo 5o.: “Los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que fueran aprobados, en cada Cámara del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales”.⁸⁰ A partir de una controvertida sentencia en 2008,⁸¹ el Supremo Tribunal Federal ha dado un estatus suprallegal a los tratados de derechos humanos.⁸²

La reforma de 1989 de la Constitución chilena, cuyo origen data de 1980, se entrelaza con la democratización y hace girar su apertura en torno a la dignidad como límite de la soberanía. El artículo 5o., inciso 2, determina que:

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y proveer tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Esa línea se acentuó, luego del periplo de reformas desde aquel 1980, en las modificaciones del año 2005, mediante el refuerzo de la justicia constitucional.⁸³

⁷⁹ Cfr. Maliska, M., “Verfassung und normative Kooperation: zum übergesetzlichen Status Internationaler Menschenrechtsverträge in Brasilien”, *VRÜ*, vol. 3, 2011, p. 316.

⁸⁰ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 6 de diciembre de 2006, Resolución A/61/611.

⁸¹ Supremo Tribunal Federal, RE 466343/SP, de 3 de diciembre de 2008. Véase la contribución de Marcelo Figueiredo en esta obra.

⁸² Kloeckner Feracin, V., “A nova pirâmide jurídica formada após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário núm. 466.343-1/SP”, *Anima, Revista Electrónica*, vol. 2, pp. 233-252.

⁸³ Peña, M., “Inaplicabilidad por inconstitucionalidad: reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, *Revista Iberoamericana de Derecho*

Durante la dictadura se adoptó la praxis de no hacer publicidad de los tratados vigentes para no hacer obligatoria su aplicación.⁸⁴ Hasta la entrada en vigencia de la reforma constitucional de 1989 la jurisprudencia otorgaba a los tratados el mismo valor y rango que la ley y privó el criterio de la formalidad de la publicidad de la ley. Cuando un pacto había sido promulgado pero no publicado, no era aplicable.⁸⁵ La decisión de la Corte Suprema de Chile, del 10/9/1998, que ordenó la apertura de una demanda por la muerte y desaparición del recluso Pedro Enrique Poblet Córdova durante el régimen militar chileno, únicamente se hizo posible en virtud de la existencia de los *Convenios de Ginebra* firmados por Chile e invocados por aquel Tribunal para sobreponerse a la legislación interna (amnistía) concedida al citado dictador chileno.

En el estudio cuantitativo y cualitativo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile durante el quinquenio 2006-2010, Humberto Nogueira constata una tendencia moderada y tímida en la aplicación de las normas jurídicas internacionales, fundamentada en el artículo 5.2 como norma de apertura o incluso en la dignidad del ser humano según el artículo 1.1 de la Ley Fundamental chilena, ampliada mediante la incorporación de la regla de interpretación de derechos fundamentales “favor persona”.⁸⁶

La Constitución de Colombia de 1991 es particularmente abierta al derecho internacional de los derechos humanos. El artículo

Procesal Constitucional, núm. 9, México, 2008, pp. 219-235.

⁸⁴ Veintiséis tratados relativos a los derechos humanos (teóricamente) vigentes hasta la reforma constitucional de agosto de 1989. *Cfr.* Bernalde Rojas, G., “Los tratados internacionales, los derechos fundamentales y la jurisprudencia del período 1981-1989, bajo el régimen del art. 24 transitorio de la Constitución”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 9, núm. 1, 2003, pp. 281-327.

⁸⁵ Henríquez Viñas, M. L., “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos”, *Revista Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 2, 2008, pp. 73-119, p. 86.

⁸⁶ Si bien no representa una tendencia dialógica con la CorteIDH, sino más bien con otras jurisdicciones extranjeras. Nogueira Alcalá, H., “El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno en el período 2006-2010”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago de Chile, vol. 39, núm. 1, 2012, pp. 149-197.

93.1 dispone que “los tratados y convenciones internacionales ratificados por el Congreso prevalecen en el orden interno”; también establece que todos los derechos fundamentales constitucionales deben ser interpretados a la luz de los tratados internacionales ratificados por Colombia, según el artículo 93.2. Combina así en una misma disposición la “cláusula de primacía” y la “cláusula de interpretación conforme”. Esta norma ha dado lugar a la distinción entre bloque de constitucionalidad *strictu* y *lato sensu*. En la sistematización propuesta por Catalina Botero, el artículo 93.1 establece que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno (bloque *strictu sensu*); el inciso 2 del artículo 93 señala que los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (bloque *lato sensu*). Pero la Ley Fundamental colombiana, además de la cláusula de los derechos innominados del artículo 94, recoge en otras disposiciones la apertura en derechos humanos como son el artículo 53.4 según el cual los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna; y el inciso 2 del artículo 214 que preceptúa que en los estados de excepción no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales y que en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.⁸⁷

La Constitución de Paraguay de 1992, luego de su larga dictadura militar, es un texto imbricado en el propósito de establecer un régimen democrático y fortalecer los derechos humanos, lo que se refleja en un conjunto de disposiciones de singular impacto. Así, la dignidad humana se reconoce en el Preámbulo para asegurar los derechos y sirve de fundamento a la democracia representati-

⁸⁷ Botero destaca la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre el concepto doble del bloque desde la sentencia C-358/97 y consolidada desde la decisión C-191/98. Cfr. Botero, C., *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2006, pp. 18 y ss.

va, participativa y pluralista que adopta como sistema de gobierno (artículo 1). Asimismo cualifica los tratados de derechos humanos al no poder ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda constitucional (artículo 142) y la protección internacional de los derechos humanos es uno de los principios que orienta las relaciones internacionales (artículo 143). En este orden de ideas, este texto constitucional asigna al respeto de los derechos humanos y de los principios democráticos un papel preponderante como fines del derecho a la educación (artículo 73).

Según la Constitución de Perú de 1993, “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” (artículo 55). Su cuarta disposición final y transitoria se perfila por la cláusula de interpretación conforme, de inspiración española y portuguesa, que dispone: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. No obstante, no faltaron voces críticas para advertir el retroceso experimentado en el orden constitucional, que ya no contenía una norma de apertura expresa como el antiguo artículo 105 de la Constitución de 1979.⁸⁸

Paradigmático, sin embargo, es el artículo 75 Nr. 22 de la Constitución de Argentina de 1994, que enumera una serie de tratados a los que asigna rango constitucional⁸⁹ y deja “abierta” la posi-

⁸⁸ Curlizza, J., “La inserción y jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993: retrocesos y conflictos”, *La Constitución de 1993. Análisis y comentario*, Lima, 1995, t. II, pp. 56-83.

⁸⁹ 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.

bilidad de extender este rango a otros instrumentos siguiendo un procedimiento específico.⁹⁰ Como bien acentúa Manuel Góngora, el constituyente argentino optó por enumerar declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos, no en una lista rígida sino facultando al Congreso para ampliarla mediante mayoría calificada, pero sí rígida en tanto los instrumentos de derechos humanos que tengan jerarquía constitucional pueden ser denunciados por el Poder Ejecutivo Nacional únicamente con la previa autorización del Congreso, con base en el principio del paralelismo de competencias entre los poderes del Estado.⁹¹ La internacionalización del ordenamiento argentino se ubica pues como un referente,⁹² sin precedentes, en recepcionar determinados tratados internacionales sin reserva de reciprocidad.⁹³ Como ha advertido la Corte Suprema de Justicia de ese país, por voluntad del poder constituyente, debe procurarse la concordancia entre los tratados y la Constitución, de modo tal que la esfera de protección internacional complementa la constitucional.⁹⁴

A partir de 1999 se amplía la formulación de modo claro y atribuyendo categóricamente rango constitucional a los tratados de derechos humanos. Según Rodrigo Uprimny, Venezuela, Ecuador y Bolivia parecen inscribirse en los llamados procesos constitu-

⁹⁰ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) por la Ley núm. 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997; y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, mediante la Ley núm. 25.778, publicada el 3 de septiembre de 2003.

⁹¹ Góngora Mera, M., “El bloque de constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad”, Centro de Derechos Humanos de Nuremberg, 2007, pp. 8 y 9.

⁹² Por ejemplo conforme al artículo 43 de la Constitución argentina toda persona puede interponer la acción de amparo cuando se vulneren derechos y garantías reconocidos en un tratado.

⁹³ Salomoni, J., *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, 1997, p. 2.

⁹⁴ Sentencia de la CSJN Argentina de fecha 26.12.1996 en el caso Monges, Analía M c/Universidad de Buenos Aires, considerandos 20-22. Gordillo, A., “Jurisprudencia de 1997: elogio a la justicia”, *La Ley*, 1997-F, p. 1318.

cionales más fundacionales, con ruptura del orden anterior, mientras los otros procesos eran más transaccionales o de consenso, como fue en Colombia y Argentina.⁹⁵ La Constitución de Venezuela de 1999, en su artículo 23, determina:

Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

En la Constitución ecuatoriana de 2008 se regula, por una parte, que “los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte” (artículo 11.3) y por otra parte, contempla una variedad de fórmulas y prescribe que “en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios *pro ser humano*, no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución” (artículo 417). También consagra que “la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público” (artículo 424).

La Constitución boliviana es la última de la segunda expansión en Sudamérica, que se promulgó en 2009. El artículo 13.IV., regula que:

⁹⁵ Uprimny, R., “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Rodríguez Garavito (coord.), Argentina, 2011, p. 127.

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

Conforme al artículo 256:

Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta [256.I].

Y continúa la estipulación de la cláusula de interpretación conforme en esta forma: “Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables” (artículo 256.II).

Mención especial merece la vía expansiva de las cláusulas de los derechos implícitos o no enumerados, que se corresponde con una tradición constitucional incluso anterior a las reformas y nuevas cartas magnas.⁹⁶ Hay una convergencia material en esta apertura ya que los países sudamericanos las han incorporado en términos similares, en ambas expansiones, es decir, que la declaración o enunciación de los derechos contenida en la Constitución, no debe ser entendida como la negación de otros no enume-

⁹⁶ En Venezuela la antigua CSJ había acudido a la cláusula para aplicar tratados de derechos humanos, entre ellos para la protección de la maternidad en el asunto Mariela Morales contra Ministerio de Justicia, Sent. núm. 661, S.P-A, 04/12/90, Ponente: Calcaño de Temeltas, J., también para proteger derechos políticos de los pueblos indígenas, sentencia de fecha 05.12.1996 referida a los pueblos indígenas del Estado Amazonas (Yanomami, Piaroa, Piapoco, Baré, Jeví, Ye Kuana, Yabarana, Sanema). En Argentina en el citado caso Ekmekdjian, M., Sofovich A., y otros”, Fallos, 315:1492, 7 de julio de 1992.

rados en el texto constitucional, que sean inherentes a la “persona humana” o “a la dignidad humana”.

Tomando como referente la Constitución de Uruguay,⁹⁷ el artículo 72 garantiza esta fórmula de los derechos innominados. Para explicarlo, algunos autores argumentan que un derecho es inherente a la persona humana en la medida en que esté incluido en los tratados internacionales referidos a los derechos humanos, atendiendo al proceso de internacionalización de los derechos humanos y en base a la multiplicidad de instrumentos internacionales ratificados por Uruguay. La condición de inherente deriva directamente del hecho de estar reconocido por el ordenamiento jurídico internacional como un derecho fundamental.⁹⁸ Esta es la cláusula más generalizada, pues también la recogen las Constituciones de Argentina (artículo 33), Bolivia (artículo 13.II) Brasil (artículo 5, § 2), Colombia (artículo 94), Ecuador (artículo 11.7), Paraguay (artículo 45), Perú (artículo 3), y Venezuela (artículo 22). Igualmente interesante es reiterar que la propia CADH contiene en el artículo 29.3 una cláusula de apertura en el mismo sentido de los derechos no enunciados en ella.

De lo expuesto puede concluirse que la recepción de los tratados de derechos humanos ha evolucionado con una fuerza expansiva y puede identificarse gráficamente con la figura de los “puentes”, utilizada por Sergio García Ramírez.⁹⁹ En mi criterio, junto al puente de arquitectura clásica de la recepción constitucional aquí expuesto, se han levantado otros puentes de estructura antisísmica, como el de la recepción jurisprudencial.¹⁰⁰ Su edificación

⁹⁷ La Constitución Política de la República Oriental del Uruguay es de 1967, pero ha tenido sucesivas reformas vía plebiscitos (1989, 1994, 1996 y 2004).

⁹⁸ Risso Ferrand, M., “La libertad de enseñanza en la Constitución uruguayana”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2004, pp. 501 y 502.

⁹⁹ García Ramírez, S., “Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos en el derecho interno”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*, Montevideo, Uruguay, 2008, pp. 364 y ss.

¹⁰⁰ Un estudio referencial obligado, Abregú y Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, 2004.

ha ido en aumento mediante el diálogo judicial¹⁰¹ y se ha fortalecido con el llamado control de convencionalidad desarrollado por la CorteIDH, que representa una apertura “*ex ante*”¹⁰² y que debe regirse, *sine qua non*, por principios del derecho internacional a la hora de su aplicación.¹⁰³

Se suman dos puentes de diseño moderno indispensables para la protección antisísmica, que consisten en la recepción política y en la recepción cultural. La primera encauza las políticas públicas domésticas enfocadas en los derechos humanos, gracias al impulso de la sociedad civil y del litigio estratégico, y la segunda encarna la incorporación de los estándares del derecho internacional en la cotidianidad ciudadana. En el espacio de los derechos humanos, el arraigo o no de la cultura de la juridicidad representa un factor decisivo para avanzar en la internacionalización o para resistirse a ella.¹⁰⁴

2. La estatalidad abierta en materia de integración

En primer lugar debe dejarse sentado que el fenómeno de la constitucionalización de un espacio de integración y unidad, dentro de su diversidad, ha girado en torno de la idea de América

¹⁰¹ A título de ejemplo, Bazán, V., “La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina”, *Estudios Constitucionales*, año 5, núm. 2, Santiago de Chile, 2007, pp. 137-183; Rivadeneyra, A., *La emergencia del principio de interacción y el diálogo jurisprudencial a la luz del denominado derecho constitucional internacional*, Perú, 2011.

¹⁰² Cfr. Pinto Bastos Júnior, L. y Guenka Campos, T., “Para além do debate em torno da hierarquia dos tratados: do duplo controle vertical das normas internas em razão da incorporação dos tratados de direitos humanos”, *RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, vol. 1, núm. 19, junio-diciembre de 2011.

¹⁰³ Gil Domínguez, A., *La regla de reconocimiento constitucional argentina*, Buenos Aires, 2007.

¹⁰⁴ García Ramírez, S., Reseña a la obra “La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México de Caballero Ochoa, J.”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 18, núm. 128, mayo-agosto de 2010, pp. 960 y ss.

Latina. Ello obedece a los elementos aglutinadores de viejo y de nuevo cuño que caracterizan la región, tal como advierte acertadamente Jorge Carpizo.¹⁰⁵ Entre los primeros sistematiza las historias comunes, la herencia cultural, la tradición jurídico-política similar y la inspiración en una cohesionada unión, a la vez que la balbuciente integración posdemocracia se define por los renovados problemas comunes (pobreza y desigualdad), las distintas iniciativas a lo largo de Latinoamérica y la creación de órganos supranacionales. Los textos constitucionales disponen expresamente la idea de integración latinoamericana, con la excepción de Chile y Paraguay. Las otras Constituciones de los países objeto de análisis establecen tanto en los preámbulos (por ejemplo Colombia, Ecuador, Venezuela) como en normas específicas, que el Estado se compromete a promover la integración latinoamericana (Perú, Uruguay), incluso con miras a conformar una comunidad latinoamericana de naciones (Argentina, Bolivia, Brasil).¹⁰⁶ La Constitución de Ecuador es la única que regula concretamente el impulso prioritario de la integración de la “región andina, de América del Sur y de Latinoamérica” (artículo 416 numeral 11).¹⁰⁷ Por razones de limitar el examen del panorama constitucional en cuanto al Estado abierto hacia la integración al Mercosur, se alude al concepto de Sudamérica.

¹⁰⁵ Carpizo, J., “Derecho constitucional latinoamericano y comparado”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 114, 2005, pp. 949-989.

¹⁰⁶ En Colombia, el Constituyente se compromete en el “Preámbulo” a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, a orientar la política exterior hacia la integración latinoamericana y del Caribe (artículo 9), y a promover la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe, incluso a conformar una comunidad latinoamericana de naciones (artículo 227). Otras Constituciones, como las de Uruguay, sólo mencionan que la República procurará la integración social y económica de los Estados latinoamericanos (artículo 6). Bolivia, en su más reciente Constitución de 2009, estipula expresamente en el artículo 265 que el Estado promoverá la integración “y, en particular, promoverá la integración latinoamericana”.

¹⁰⁷ El artículo 423 de la Constitución ecuatoriana de 2008 señala que la integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe, será un objetivo estratégico del Estado.

La propuesta de Brasil de construir una plataforma para Sudamérica¹⁰⁸ se organiza alrededor del Mercosur¹⁰⁹ y en base a su propia estrategia.¹¹⁰ Sudamérica emerge como subsistema regional distinto, esbozado sobre el concepto clave de liderazgo consensual brasileño (*consensual leadership*) y erigido para la coordinación, consultación y discusión.¹¹¹

Tomando como referente el bloque mercosureño, los Estados miembros fundadores del Mercosur muestran diferencias. La doctrina agrupa, bajo el término *tándem*, por un lado las normas constitucionales de Argentina y Paraguay, y por otro lado, a Brasil y Uruguay, teniendo en cuenta sus similitudes. Como comenta Colagero Pizzolo, el *tándem* Argentina-Paraguay asumen fórmulas habilitantes y el *tándem* Brasil-Uruguay, por el contrario, incorpora fórmulas detonantes.¹¹² En el primer caso los Constituyentes han fijado un haz de valores axiológicos para los procesos de adhesión a organizaciones supranacionales de manera específica.¹¹³ Elocuentes son las habilitaciones constitucionales de Argentina y Paraguay en el punto de estudio, pues contienen la llamada cláusula de garantía estructural que condiciona la integración al respeto y garantía de la democracia y los derechos humanos.

¹⁰⁸ Para hacer frente a la propuesta de los Estados Unidos de América acerca del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), Brasil lanzó la histórica propuesta, durante los preparativos de la III Cumbre de las Américas de Quebec, de reunir en Brasilia exclusivamente a los presidentes sudamericanos.

¹⁰⁹ Poggio Teixeira, C., "Brazil and the institutionalization of South America: from hemispheric estrangement to cooperative hegemony", *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasilia, vol. 54, núm. 2, 2011.

¹¹⁰ Pedersen, T., "Cooperative Hegemony: Power, Ideas and Institutions in Regional Integration", *Review of International Studies*, vol. 28, núm. 4, 2002, pp. 677-696.

¹¹¹ Burges, S. W., *Brazilian Foreign Policy after the Cold War*, Gainesville, 2009, p. 59.

¹¹² Pizzolo, C., *Globalización e integración. Ensayo de una teoría general*, Buenos Aires, 2002, p. 374 y ss.

¹¹³ Oteiza, E., "Mercosur: diagnóstico provisional sobre el proceso transnacional", *El Derecho*, Buenos Aires, t. 167, p. 1022.

La Constitución de Paraguay, además de referir en el Preámbulo que el pueblo paraguayo está “integrado a la comunidad internacional” al darse la norma suprema, despliega un haz de normas regulatorias del mandato de apertura como son el orden de prelación de normas (artículo 137),¹¹⁴ la aceptación del derecho internacional en sus relaciones internacionales (artículo 143),¹¹⁵ el reconocimiento de sus obligaciones como Estado parte de un tratado de integración (artículo 144)¹¹⁶ y la habilitación constitucional para la integración propiamente dicha (artículo 145).¹¹⁷ De conformidad con el artículo 145, Paraguay admite un orden jurídico supranacional que garantiza la vigencia de los derechos humanos, la paz, la justicia, la cooperación y el desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. No obstante, no dispone expresamente la posibilidad de atribución de competencias o jurisdicciones supranacionales.

Por su parte, la Constitución de Argentina, recogiendo la jurisprudencia existente,¹¹⁸ incluye una cláusula cualificada de integra-

¹¹⁴ Artículo 137: La ley suprema de la República es la Constitución. Ésta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.

¹¹⁵ Artículo 143: La República del Paraguay, en sus relaciones internacionales, acepta el derecho internacional y se ajusta a los siguientes principios... 4. la solidaridad y la cooperación internacional...

¹¹⁶ Artículo 144: La República del Paraguay renuncia a la guerra, pero sus- tenta el principio de la legítima defensa. Esta declaración es compatible con los derechos y obligaciones del Paraguay en su carácter de miembro de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, o como parte en tratados de integración.

¹¹⁷ Artículo 145: La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso.

¹¹⁸ La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, desde 1992 en el fallo en los autos “Recurso de hecho, Eckmekjián, M., Sofovich, A., y Otros”, asigna primacía al tratado ante un eventual conflicto con el orden interno en base al artículo 27 de la Convención de Viena. Este criterio fue reiterado, entre

ción prevista en el artículo 75, inc. 24. Dicha cláusula se perfila como “única” porque exhibe, entre sus caracteres particulares, que los tratados de integración respeten el orden democrático y los derechos humanos, que se rija por los principios de reciprocidad e igualdad, prevé la delegación de competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales y contempla la jerarquía superior a las leyes de las normas dictadas en la integración. En la doctrina parece haber consenso en admitir que en ambos países los tratados de integración tienen rango supralegal por voluntad del constituyente, aunque existe también alguna voz disidente.¹¹⁹ Su máximo Tribunal ha reconocido reiteradamente su doctrina en el sentido de que el ordenamiento jurídico interno no puede contradecir, dificultar u omitir la norma de un tratado.¹²⁰

La doctrina postula que el *tándem* Brasil-Uruguay no permitiría la transferencia de competencias al ente supranacional.¹²¹ La Constitución uruguaya, en su artículo 6, sólo dispone que la “República procurará la integración social y económica con los Estados latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas”. La Constitución de Brasil proclama en el artículo 4, párrafo único, que “La República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones.” Sostengo que también los Constituyentes brasileños y uruguayos han esbozado una integración social y una comunidad

otros, en “Fibrica Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Salto de Grande”, “Servini de Cubría, A c/ Amparo”, “Cafés La Virginia S. A. c/ Apelación.

¹¹⁹ Klein Vieira, L., “La Reforma de las Constituciones de los Estados Partes del Mercosur”, *La Ley* 11.723, Argentina, 2012, pp. 4-7.

¹²⁰ CSJN “Cocchia, Jorge D. c/Nación Argentina y otro”, 02/12/93, Fallos 316:2624; CJSN, “Dotti, Miguel A. y otro s/ contrabando (incidente de apelación auto de nulidad e incompetencia)”, 07/05/98, Fallos 321:1226, citados en Dreyzin de Klor, A. y Perotti, A., *El rol de los tribunales nacionales de los Estados de Mercosur*, Córdoba, 2009, p. 93 y ss.

¹²¹ Por ejemplo, Cairolí Martínez, M. H., “Derecho constitucional y procesos (con especial referencia al Mercosur)”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Uruguay, 2003, p. 454.

de naciones precisamente en el sentido de trascender la mera cooperación internacional. La imprevisión constitucional no tiene que interpretarse como prohibición de la transferencia de competencias, sino en el contexto del Estado abierto, “en aras del bien común internacional y de un despliegue actualizado del derecho de gentes”, de modo que el operador Constitucional estaría autorizado a tal transferencia, subsanando la imprevisión de ese supuesto, como bien ha afirmado Néstor Sagüés.¹²²

En el *tándem* Brasil-Uruguay debo acotar que hay avances jurisprudenciales en la línea propuesta. El fallo histórico del Supremo Tribunal Federal de Brasil que otorga rango superior a las leyes a los tratados sobre derechos humanos ya citado *supra*,¹²³ generó la expectativa de propiciar una relectura del artículo 4, párrafo único, de la Constitución Federal. Algunos autores interpretan que al hablarse en la Constitución de “integración económica, política y jurídica”, es posible argumentar darle a las normas del Mercosur el estatus de superioridad con relación a las leyes ordinarias.¹²⁴

Las fórmulas de recepción del derecho de la integración son muchas y diversas en las diez Constituciones objeto de análisis. La bifurcación entre la cláusula que expresa claramente la decisión política fundamental a favor del proceso de integración y la disposición relativa al mecanismo de habilitación de competencias para la delegación en organismos supranacionales es una constante en las Constituciones sudamericanas.¹²⁵ De manera general puede constatarse la tendencia hacia la regulación expresa

¹²² Sagüés, N., *Reflexiones sobre la imprevisión constitucional. Interpretación e integración*, México, p. 102.

¹²³ El citado caso Procesos: HC 87585, RE 349703 y RE 466343; y derogación de la Súpula 619.

¹²⁴ En palabras de Alejandro Pedotti significaría un punto de inflexión del famoso precedente RE 80.004/SE datado de 1977 que otorga igualdad de rango entre tratado y ley y prevalencia de la norma posterior. *Cfr.* Mercosurabc. Disponible en <http://www.mercosurabc.com.ar/nota.asp?IdNota=1824&IdSeccion=14>.

¹²⁵ Vanossi, J., *Apuntes de derecho constitucional*, Buenos Aires, 2007, pp. 31 y ss.

de la integración como fin del Estado, con incorporación de la transferencia de competencias al ente supranacional y previendo el reconocimiento de la primacía y el efecto directo de la normativa de integración está registrada desde la *Constitución colombiana* de 1991. El conciso Preámbulo enuncia que “El pueblo de Colombia, ... comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana”; el artículo 9 dispone, entre los fundamentos de política exterior de Colombia, que “se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe” y el artículo 227 de la Constitución colombiana cuando establece:

El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano.

La Constitución de Perú, más tímidamente, pero enmarcada en la garantía de la plena vigencia de los derechos humanos y de la promoción del bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación, ancla en el artículo 44, entre los deberes primordiales del Estado, el deber de promover la integración, particularmente latinoamericana. Esta norma configura un punto de inflexión en materia de la estatalidad abierta integracionista, ya que la Constitución de 1979 era un texto inédito y de vanguardia. Establecía en su Preámbulo “la necesidad de impulsar la integración de los pueblos latinoamericanos y de afirmar su independencia contra todo imperialismo” y preveía normas específicas sobre una “integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con miras a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones” (artículo 100) y sobre la prevalencia de los tratados de integración con Estados latinoamericanos sobre los demás tratados multilaterales celebrados entre las mismas partes (artículo 106). En 1993 se pro-

dujo una insólita desaparición de estas regulaciones, lo que no obstante ratifica mi tesis acerca de una permeabilidad progresiva más no lineal, sino con oscilaciones.

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

Admitiendo que la Constitución es uno de los puentes para la penetración del derecho de la integración, las últimas Cartas Magnas de Ecuador (2008) y Bolivia (2009) representan un nuevo estadio del alcance del mandato de apertura, diversificado y comprensivo de todos los principios inherentes a una integración supranacional. La Constitución de Ecuador¹²⁶ en su artículo 423 asigna preferencia a la integración latinoamericana y caribeña y enumera en siete ordinales los compromisos del Estado ecuatoriano¹²⁷ y en su artículo 425 estipula un rango inmediato debajo de la Constitución para los tratados y convenios internacionales en el orden jerárquico de aplicación de las normas. La *Constitución de Bolivia* de 2009¹²⁸ mantiene esta tendencia de apertura hacia

¹²⁶ Constitución de Ecuador: “Preámbulo”, artículos 276.5, 284, 416.10, 416.11 y 419.6, entre las normas relevantes para la integración.

¹²⁷ El artículo 423 de la Constitución de Ecuador es una disposición de carácter detallado y extenso en las materias de objeto de la integración, que reconoce, entre otros campos, la armonización de las legislaciones nacionales, la posibilidad de crear la ciudadanía latinoamericana y caribeña; el impulso de una política común de defensa y que favorezca la consolidación de organizaciones de carácter supranacional conformadas por Estados de América Latina y del Caribe, así como la suscripción de tratados y otros instrumentos internacionales de integración regional.

¹²⁸ Una singularidad de la Constitución de Bolivia está contenida en el artículo 377 que consagra: “I. Todo tratado internacional que suscriba el Estado sobre los recursos hídricos garantizará la soberanía del país y priorizará el interés del

la integración, pero incluye en el artículo 257 el condicionamiento de un referendo popular vinculante previo a la ratificación de los tratados internacionales que impliquen integración monetaria, integración económica estructural y cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales, en el marco de procesos de integración. También el texto constitucional privilegia la integración latinoamericana y resalta una integración de los pueblos indígenas.¹²⁹ Un aspecto interesante es la regulación del sufragio universal para elegir “las representantes y los representantes de Bolivia ante organismos parlamentarios supraestatales emergentes de los procesos de integración” (artículo 266).

En síntesis, las Constituciones conciben un Estado comprometido con la apertura al derecho internacional de los derechos humanos. En las palabras de Laurence Burgorgue-Larsen, “no se puede decir que en Europa haya sido atribuido un lugar *ad hoc* a los tratados internacionales de derechos humanos en la jerarquía de las normas con la excepción (notable) de la Constitución de Bosnia Herzegovina” y considera que, en los casos por ejemplo de Bolivia y Ecuador,

donde el constituyente ha acordado no solamente un valor supraconstitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, sino que además ha previsto que los derechos fundamentales constitucionales sean interpretados a la luz del corpus juris en la materia,

Estado; II. El Estado resguardará de forma permanente las aguas fronterizas y transfronterizas, para la conservación de la riqueza hídrica que contribuirá a la integración de los pueblos”.

¹²⁹ Constitución de Bolivia, artículo 265: “I. El Estado promoverá, sobre los principios de una relación justa, equitativa y con reconocimiento de las asimetrías, las relaciones de integración social, política, cultural y económica con los demás estados, naciones y pueblos del mundo y, en particular, promoverá la integración latinoamericana; II. El Estado fortalecerá la integración de sus naciones y pueblos indígena originario campesinos con los pueblos indígenas del mundo”.

se puede suponer válidamente que el grado de adhesión al estándar establecido en el nivel internacional será importante.¹³⁰

Igualmente la apertura en materia de la integración latinoamericana tiene un marcado acento en el propósito de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región, como lo reflejan distintas Constituciones sudamericanas (Brasil, Colombia, Venezuela, por citar algunas). Todo ello repercute en las condiciones de vida digna de los pueblos sudamericanos y, en consecuencia, gira en la órbita de los derechos humanos. De este modo, se identifica una convergencia para la construcción de un *ius constitutionale commune* a partir de la narrativa constitucional y a causa de la penetración de los instrumentos internacionales, interamericanos y mercosureños.

VI. CONCLUSIÓN: EL ACERVO DEL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE*

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

¹³⁰ Burgorgue-Larsen, L., “Los estándares: ¿normas impuestas o consentidas?”, en von Bogdandy, A. et al. (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, Oñati, 2012, pp. 382 y 385.

Otro ámbito en el que los diez Estados comparten un *ius constitutionale commune* es para combatir el genocidio, rechazar la discriminación contra la mujer, garantizar los derechos de los niños. Con la excepción de Chile, que no ha ratificado el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la convergencia en estos estándares es absoluta y la penetración en el ámbito doméstico es íntegra. Incluso se constata un consenso total en cuanto a la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional por parte de los diez Estados.

Somos testigos igualmente de un *ius constitutionale commune* forjado por la interamericanización. Al análisis de este fenómeno se dedican las reflexiones siguientes, sin dejar de reconocer que existe, si bien *in status nascendi*, también una mercosurización.¹³¹

Bajo diversas denominaciones, sea constitucionalismo regional (Flávia Piovesan)¹³², constitucionalismo interamericano (Jorge Contese)¹³³ o *acquis conventionnel* (Humberto Nogueira),¹³⁴ por mencionar algunos, la doctrina alude al acervo interamericano contenido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la CADH, el Protocolo de San Salvador y en los instrumentos complementarios así como en la jurisprudencia de

¹³¹ Morales Antoniazzi, M., “La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las Constituciones sudamericanas”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Estudios avanzados de derechos humanos. Democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*, Río de Janeiro, Elsevier Editora Ltda., 2013, pp. 178-227.

¹³² Piovesan, F., “Protección de los derechos sociales en el ámbito global y regional interamericano”, en Saiz Arnaiz A. *et al.* (coords.), *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración en América Latina: un análisis desde la Unión Europea*, Bilbao, 2011, p. 562.

¹³³ Contesse Singh, J., “Constitucionalismo interamericano: algunas notas sobre las dinámicas de creación e internalización de los derechos humanos”, en Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, 2011, pp. 251 y ss.

¹³⁴ *Cfr.* Nogueira Alcalá, N., “El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno”, *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, 2011, p. 29.

la CorteIDH. En la medida en que los Estados ratifican los instrumentos interamericanos, se enriquece dicho acervo para alcanzar una regionalidad plena, como sugiere Sergio García Ramírez.¹³⁵ Al revisar el estado de las ratificaciones de los países sudamericanos puede asumirse que hay una *quasi* plena subregionalidad. Venezuela es el único país que ha denunciado la CADH.¹³⁶ Sólo Chile y Venezuela no han ratificado el Protocolo de San Salvador sobre DESC, Brasil no ha ratificado la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (DFP), Bolivia, Colombia y Perú no han ratificado el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte. Hay ámbitos claros de penetración de instrumentos del sistema interamericano, constituyendo un piso común, como es respecto al rechazo a cualquier forma de discriminación racial y la protección de grupos vulnerables como los niños, las mujeres, las personas con discapacidad. La Convención Interamericana contra el terrorismo, por ejemplo, también muestra un consenso generalizado con nueve Estados que la han ratificado, siendo Bolivia la excepción.

El *ius constitutionale commune* tiene como uno de sus pilares la aceptación de la jurisdicción contenciosa de la CorteIDH y el deber de cumplimiento de sus decisiones por parte de los Estados,¹³⁷ ya que las mismas adquieren carácter definitivo e

¹³⁵ Señala Sergio García Ramírez que se enriquece con las ratificaciones de los instrumentos por parte de todos los Estados, a la vez que continúa su tránsito hacia el acogimiento de otros temas aún no regulados en el sistema. *Cfr.* García Ramírez, S., “Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en García Ramírez y Castañeda Hernández (coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, 2009, p. 28.

¹³⁶ Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/Nota_Republica_Bolivariana_de_Venezuela_al_SG_OEA.pdf.

¹³⁷ 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”.

inapelable.¹³⁸ 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 parte 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 parte 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 parte en la Convención en su deber de prevención.¹³⁹

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.¹⁴⁰ Del propio texto de la CADH en materia de reparaciones se infiere este alcance preventivo. En efecto, el artículo 63.1 estipula la facultad de la

¹³⁸ Artículo 67.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “El fallo de la Corte será definitivo e inapelable...”.

¹³⁹ 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/cançado_16_10_02.pdf.

¹⁴⁰ Carazo Ortiz, P., “El sistema interamericano de derechos humanos: democracia y derechos humanos como factores integradores en Latinoamérica”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *¿Integración sudamericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, 2009, p. 231; véase también Burgorgue-Larsen, L., “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos entre clasicismo y realidad”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *¿Integración sudamericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, cit., p. 311.

CorteIDH, cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, “que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.¹⁴¹ De ello surge el efecto resarcitorio (mirando al pasado), pero a la vez el efecto preventivo y resarcitorio (mirando al futuro). La no repetición de las violaciones a los derechos humanos es un componente central de la obligación que tienen los Estados de garantizar los derechos humanos prevista en los artículos 1.1 y 2 de la CADH y el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Para la CorteIDH la garantía de *no repetición* forma parte de las medidas positivas que el Estado debe adoptar para que la violación a los derechos humanos que ha sido analizada en el caso, no vuelva a ocurrir.¹⁴²

Es indispensable acotar que para los países sudamericanos en cuestión, con la excepción de Venezuela y Bolivia,¹⁴³ rige la regla general de cumplimiento de las obligaciones convencionales contenida en el principio *pacta sunt servanda* y en la imposibilidad de invocar disposición de derecho interno o criterio jurisprudencial como justificación para el incumplimiento de los tratados, de

¹⁴¹ El Convenio Europeo tiene una formulación distinta respecto a la satisfacción equitativa porque tiene dos planos, primero la autoridad doméstica y luego el TEDH, que dice expresamente “Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa”.

¹⁴² CorteIDH, caso del “Caracazo” vs. *Venezuela*. Reparaciones. Sentencia del 29 de agosto de 2002. Serie C No. 93, párr. 52.

¹⁴³ Argentina (05.12.1972), Bolivia suscrito 23.05.69, sin ratificar, Brasil (25.09.2009), Chile (09.04.1981), Colombia (10.04.1985), Ecuador (11.02.2005), Paraguay (03.02.1972), Perú (14.09.2000), Uruguay (05.03.1982), Venezuela ni lo ha suscrito ni ratificado.

conformidad con los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.¹⁴⁴

Las sentencias de un tribunal como la CorteIDH tienen alto impacto político. En el contexto sudamericano, la Corte ordenó la reforma de las normas constitucionales en Chile, específicamente el artículo 19 de su Constitución Política, a efectos de asegurar el cumplimiento del derecho a la libertad de expresión, mediante la supresión de la censura previa.¹⁴⁵ Al Estado colombiano le ha ordenado reiterativamente que reabra investigaciones cerradas en contra de miembros del Ejército, por paramilitarismo.¹⁴⁶ A Perú le ha ordenado que modificara las normas que permitían el juzgamiento de civiles por militares, a través de la “justicia sin rostro”, por ser contrarias a la Convención.¹⁴⁷ Incluso las opiniones críticas en torno al alto grado de incidencia de las sentencias de la CorteIDH y el consecuente escaso margen de apreciación que se deja a los Estados, reconocen la relevancia de tal limitación en los caso de protección de los grupos más vulnerables.¹⁴⁸ En este sentido se interpreta que las decisiones de la CorteIDH repercuten en el “fortalecimiento de la vitalidad democrática de autoridades nacionales, en el reforzamiento de la capacidad institucional al interior de los Estados, y, en particular, de los tribunales.¹⁴⁹ Incluso

¹⁴⁴ U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entró en vigencia en enero de 1980.

¹⁴⁵ CorteIDH, caso “*La última tentación de Cristo*” vs. Chile. Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 4.

¹⁴⁶ CorteIDH, caso de “*La Masacre de Mapiripán*” vs. Colombia. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 7.

¹⁴⁷ CorteIDH, caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia del 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 14.

¹⁴⁸ Barbosa Delgado, F. R., “Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 26, enero-junio de 2011, pp. 107-135.

¹⁴⁹ Discurso del presidente de la CorteIDH, Juez Diego García-Sayán, ante la XLI Asamblea General de Estados Americanos, San Salvador, El Salvador, 7 de junio de 2011.

se advierte que si la tutela del ser humano es la decisión fundamental primordial en las Constituciones nacionales y en los textos internacionales, los dilemas se diluyen y la coincidencia surge sin generar conflictos.¹⁵⁰

Hasta el presente han tenido lugar sólo dos casos de “rechazo sistemático” al sistema interamericano acontecidos en Sudamérica. Como lo advierte Manuel Góngora, el rechazo sistemático se ha producido cuando “el gobierno tiene una influencia muy significativa sobre la rama judicial, y la supervisión del sistema interamericano es percibida como una amenaza para el régimen (v. gr. durante el gobierno de Alberto Fujimori en Perú) y/o una forma de intervención extranjera y de violación de la soberanía (v. gr. durante el gobierno de Hugo Chávez en Venezuela)”.¹⁵¹ En Perú no llegó a concretizarse el retiro de la Declaración de reconocimiento de la cláusula facultativa de sometimiento a la competencia contenciosa de la CorteIDH por cuanto se dejó sin efecto la decisión al producirse el cambio de gobierno.¹⁵² En Venezuela, el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), en lo concerniente a la sentencia de la CorteIDH, de fecha 5 de agosto de 2008, que ordenaba la reincorporación en el cargo de tres ex-magistrados,¹⁵³ decidió que el fallo del contencioso interamericano era “inejecutable” y añadió que con

¹⁵⁰ Informe del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Asamblea General de la OEA, Sergio García Ramírez, Panamá, 6 de junio de 2007, p. 3. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/discursos/garcia_06_06_07.pdf

¹⁵¹ Góngora, M., “Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo”, en von Bogdandy *et al.* (coords.), *Estudos avançados de direitos humanos direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, Sao Paulo, 2013, pp. 324 y ss.

¹⁵² El 9 de julio de 1999, Perú procedió a depositar en la Secretaría General de la OEA, en el 2000 se reincorporó.

¹⁵³ CorteIDH, caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Sentencia del 5 de agosto de 2008.

fundamento en el principio de colaboración de poderes (artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se solicita al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar este Tratado o Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, con el fallo objeto de la presente decisión.¹⁵⁴

El deber de cumplimiento por parte de los Estados se ve reforzado por la garantía colectiva prevista en la propia CADH respecto al deber de la CorteIDH de enviar informes anuales a la Asamblea General de la OEA informándole, entre otros, el no cumplimiento de sus decisiones por los Estados Partes. Bajo la conocida estrategia *naming and shaming*, se persigue posibilitar gestiones diplomáticas para que el Estado pase a cumplir la decisión en cuestión. Le correspondería a la Asamblea General dictar una resolución recomendando a los demás Estados Parte de la OEA imponer sanciones económicas hasta que el Estado cumpla la decisión del Organismo del SIDH. Se trataría de una resolución no vinculante.¹⁵⁵ En el Informe Anual de la CorteIDH se incorporó el apartado titulado “IV. Aplicación del artículo 65 de la Convención Americana”, en el que se destaca:

La Corte Interamericana con fecha 23 de noviembre de 2012 emitió una resolución en donde estableció la negativa de Venezuela a dar cumplimiento a la sentencia de fecha 5 de agosto de 2008 en el caso

¹⁵⁴ 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/scom/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>. Para un análisis crítico detallado *cfr.* Ayala Corao, C., *La doctrina de la “inejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*, Caracas, 2010.

¹⁵⁵ Krsticevic, V., “Reflexiones sobre la ejecución de sentencias de las decisiones del sistema interamericano de protección de derechos humanos”, en Krsticevic y Tojo (coords.), *Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, Buenos Aires, 2007, pp. 15-112, especialmente 34-37.

Apitz Barbera y otros vs. Venezuela. De conformidad con el artículo 65 de la Convención Americana, la Corte informa a la Asamblea General de la OEA que Venezuela, no ha dado cumplimiento a la sentencia mencionada, por lo que solicita que inste a dicho Estado a cumplir con la sentencia de la Corte.¹⁵⁶

Se reseña como un hecho sin precedente en la historia de la OEA que un Presidente de la CorteIDH, en la clausura de la 43^o Asamblea General, advierte que “con la decisión de inexecutar el fallo, Venezuela se coloca al margen de la ley en el orden internacional”.¹⁵⁷

El *ius constitutionale commune* también se ha conformado por la vía del diálogo jurisdiccional, constituyendo un positivo mecanismo de interamericanización de los órdenes nacionales. El impacto de las decisiones de un tribunal como la CorteIDH¹⁵⁸ a favor de la primacía y el efecto directo de las normas internacionales y convencionales encuentra una mayor legitimación por el hecho de tener fundamento en normas constitucionales. Con su labor pionera y audaz, la CorteIDH y las respuestas de los sistemas nacionales, en particular de las cortes supremas y tribunales constitucionales, pavimentan ese piso común. Se trata de una viva interacción entre las decisiones de la CorteIDH y el derecho interno de los países de la región. Diversas decisiones del Tribunal de San José impactan los procesos jurídicos e institucionales nacionales y los propios órganos jurisdiccionales domésticos se nutren de la

¹⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 2012. Disponible en www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2012.pdf

¹⁵⁷ “Corte notificará a la OEA que Venezuela está al margen del derecho internacional”, *El Nacional*, 5 de junio de 2013. http://www.el-nacional.com/politica/Carlos_Ayala_Corao-Corte_Interamericana_de_Derechos_Humanos-Diana_Lozano_Peráfan-Organizacion_de_Estados_Americanos_0_202780020.html.

¹⁵⁸ Parra Vera, O., “El impacto de las decisiones interamericanas. Notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al «empoderamiento institucional»”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, 2014, pp. 383 y ss.

jurisprudencia interamericana en el llamado proceso de “nacionalización” del derecho internacional de los derechos humanos, en palabras de Diego García Sayán.¹⁵⁹ Sirven de ejemplo decisiones en ámbitos medulares del largo y complejo proceso de construcción afirmativa de la tesis de que las decisiones jurisdiccionales internacionales deben servir como interpretación directriz para los tribunales nacionales.¹⁶⁰

A fin de ilustrar el diálogo jurisdiccional como elemento configurador del *ius constitutionale commune* se puede acudir al ejemplo particular de la Corte Constitucional colombiana (CCC), emblemática en cuanto a la permeabilidad de otros órdenes normativos a través de las citas y referencias, incluyendo el sistema interamericano. Como refleja Humberto Sierra, la CCC “se centra en fijar, tanto en sentencias de constitucionalidad como en sentencias de tutela, la interpretación de los derechos fundamentales de grupos minoritarios o tradicionalmente discriminados, como las mujeres, los indígenas y las personas de escasos recursos económicos”, en las cuales toma en consideración

los tratados internacionales sobre derechos humanos del sistema universal de Naciones Unidas y del sistema regional de la Organización de Estados Americanos, así como a las interpretaciones que de ellos han hecho los respectivos organismos competentes, tales como el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer,

¹⁵⁹ García Sayán, D., “Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos”, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José de Costa Rica, 2005, p. 325.

¹⁶⁰ Entre tantos, véase en torno al caso de las amnistías Binder, C., “The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights”, *German Law Journal*, 2011, pp. 1203-1229. También CCC, Sentencia C-695/02, del 28 de agosto de 2012. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-695-02.htm>; 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 núm. 8. Cierta tensión en Uruguay. *Cfr.* CEJIL denuncia sentencia de la Suprema Corte de Justicia, Montevideo, 25 de febrero de 2013. Disponible en <https://www.cejil.org/comunicados/cejil-denuncia-sentencia-de-la-suprema-corte-de-justicia>.

el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹⁶¹

El mecanismo del control de convencionalidad también contribuye a configurar y expandir el *ius constitutionale commune*. Se trata de un proceso de ajuste a la CADH, que da origen al fenómeno que denomino como interamericanización, caracterizado precisamente por la expansión de los estándares de la CorteIDH en los respectivos órdenes domésticos. Comprende el alcance de los derechos fijados por el órgano jurisdiccional, estableciendo estándares normativos así como las restricciones permitidas en una sociedad democrática, precisando las obligaciones positivas de los Estados, utilizando los estándares internacionales y de otras latitudes. Uno de los aportes esenciales y a la vez uno de los desafíos permanentes de la Corte interamericana se centra, precisamente, en la capacidad de guiar la actuación de los Estados democráticos y la jurisprudencia de los tribunales nacionales. Con el mecanismo de control de convencionalidad, que debe ser ejercido *ex officio* por todas las autoridades y no sólo del Poder Judicial”,¹⁶² emerge, como destaca Eduardo Ferrer Mac-Gregor,

un nuevo entendimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos al concebirse ahora como un “sistema integrado”, que involucra las instancias interamericanas (Comisión y CorteIDH) y autoridades nacionales de los Estados parte del Pacto de San José, lo que “está forjando progresivamente un auténtico *ius constitutionale commune americanum* como un núcleo sustancial e insoluble para preservar y garantizar la dignidad humana de los habitantes de la región.”¹⁶³

¹⁶¹ Sierra, H., “Recientes avances de la jurisprudencia constitucional colombiana”, en Bazán, V. y Nash, C., *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad 2011*, Bogotá, 2012, pp. 135 y ss.

¹⁶² Caso *Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párrs. 193 y 239.

¹⁶³ Ferrer Mac-Gregor Poisot, E., Voto razonado a la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 20 de marzo de 2013, supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Gelman vs. Uruguay*.

Algunos rasgos acerca de la conveniencia de un control de convencionalidad se esbozaron por el juez Sergio García Ramírez en sus votos concurrentes a partir de 2003.¹⁶⁴ La partida de nacimiento es la sentencia en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*,¹⁶⁵ que se reconoce como *leading case*. La Corte está 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 por que 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.¹⁶⁶ El control de convencionalidad ha sido expansivo.

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

¹⁶⁴ En algunos votos concurrentes del juez Sergio García Ramírez. *Cf.*: sus votos en los casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, resuelto el 25 de noviembre de 2003, párr. 27; caso *Tibi vs. Ecuador*, del 7 de septiembre de 2004, párr. 3; caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, párrs. 6 y 12.

¹⁶⁵ CorteIDH, caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C Núm. 154, párrs. 123-125.

¹⁶⁶ CorteIDH, caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, párr. 124.

se opongan a éstos.¹⁶⁷ El parámetro del “control difuso de convencionalidad” por parte de los jueces nacionales (con independencia de si ejercen o no control de constitucionalidad), es el Pacto de San José y la jurisprudencia de la CorteIDH que la interpreta.¹⁶⁸ Como lo ha ilustrado Sergio García Ramírez, en su voto razonado en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, el parámetro del “control de convencionalidad” es muy amplio y comprende todo el *corpus iuris*.¹⁶⁹ En la especie, al referirse a un “control de convencionalidad” la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. La finalidad es que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado.

Conforme lo apunta Humberto Nogueira, todo juez de un Estado Parte, sea ordinario o constitucional, está llamado a desarrollar el control de convencionalidad “en aplicación del deber jurídico de respetar y garantizar los derechos convencionales de conformidad con el artículo 1 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 interameri-*

¹⁶⁷ Sagüés, N. P., “Dificultades operativas del ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano”, *La Ley*, Buenos Aires, 2009, p. 1.

¹⁶⁸ CorteIDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párr. 227.

¹⁶⁹ Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, respecto de la sentencia del caso citado, de 24 de noviembre de 2006, párr. 3.

cano, lo que constituye un *control diferente* y distinto del control de constitucionalidad”, pues obedecen a distintos parámetros de control, el primero es “el *corpus iuris interamericano*, cuyo texto central y básico es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mientras que el control de constitucionalidad tiene como parámetro básico la Constitución Política de la República”.¹⁷⁰

Existe ya reconocimiento expreso de la justicia nacional hacia el control de convencionalidad en los términos expuestos por la propia CorteIDH, lo que permite dar un paso más en la construcción de la doctrina porque le otorga mayor legitimidad. El ejemplo de la CSJN argentina ilustra este proceso en tanto admite que a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y que dicho tribunal internacional ha considerado que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tarea en la que debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.¹⁷¹

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

¹⁷⁰ Nogueira Alcalá, H., “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011”, *Estudios Constitucionales*, vol. 10, núm. 2, 2012, p. 64.

¹⁷¹ CSJN Argentina Fallos: 330:3248, considerandos 20 y 21.

de los poderes judiciales nacionales.¹⁷² Sin embargo, la postura asumida en este trabajo coincide con la valoración formulada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor:

la trascendencia de la nueva doctrina sobre el ‘control difuso de convencionalidad’ es de tal magnitud, que probablemente en ella descanse el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y, a su vez, contribuirá al desarrollo constitucional y democrático de los Estados nacionales de la región. La construcción de un auténtico “diálogo jurisprudencial” —entre los jueces nacionales y los interamericanos—, seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI. Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *ius constitutionale commune* en las Américas.¹⁷³

El camino posible para avanzar en el *orden público democrático* es aplicar los estándares jurisdiccionales. El desafío mayor es avanzar en el entendimiento del Estado abierto como *conditio sine qua non* de la protección internacional y, en particular, la supranacional, sin menoscabo del orden constitucional, sino producto del mismo. Las decisiones nacionales están bajo la supervisión de las autoridades supranacionales y por ello no se trata de un *domaine réservé* del Estado. La doctrina mayoritariamente se inclina por esta opción así como también los tribunales nacionales, a través del diálogo jurisdiccional y el control de convencionalidad.

¹⁷² Castilla, K., “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 11, 2011, pp. 605 y ss. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/11/pim/pim20.pdf>

¹⁷³ *Cfr.* Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la CorteIDH en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, del 26 de noviembre de 2010, párr. 88.