

**Constitucionalismo
Contemporáneo**

**IUS CONSTITUTIONALE
COMMUNE
EN AMÉRICA LATINA**
**TEXTOS BÁSICOS PARA SU
COMPRENSIÓN**

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



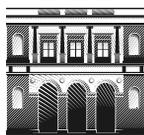
**INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES**
DEL ESTADO DE QUERÉTARO



MAX PLANCK INSTITUTE
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW

Colección

Constitucionalismo Contemporáneo



FRANCISCO DOMÍNGUEZ SERVIÉN

Gobernador Constitucional

JUAN MARTÍN GRANADOS TORRES

Secretario de Gobierno

JUAN MANUEL ALCOCER GAMBA

Secretario de Planeación y Finanzas

JOSÉ DE LA GARZA PEDRAZA

Oficial Mayor

ROGELIO FLORES PANTOJA

Director del Instituto de Estudios Constitucionales

Ius Constitutionale Commune en América Latina

Textos básicos para su comprensión

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



Instituto de Estudios Constitucionales
del Estado de Querétaro
Max Planck Institute for Comparative Public Law
and International Law

México, 2017

Primera edición: febrero de 2017

Ius Constitutionale Commune en América Latina.
Textos básicos para su comprensión

© Max Planck Institute for Comparative Public Law
and International Law
Im Neuenheimer Feld 535
69120 Heidelberg
Germany

© Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN: 978-607-7822-32-5

Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE QUERÉTARO

COORDINACIÓN EDITORIAL

Rogelio Flores Pantoja
Coordinación

Carolina Hernández Parra
Alfredo Pérez Guarneros
Edición

Felipe Luna
Formación

Antonio Rangel
Diseño de portada

Contenido

Presentación	13
ROGELIO FLORES PANTOJA	

A manera de prefacio

<i>Ius Constitutionale Commune</i> en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador	17
ARMIN VON BOGDANDY, EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, MARIELA MORALES ANTONIAZZI, FLÁVIA PIOVESAN, XIMENA SOLEY	

I. PARADIGMAS CONTEXTUALES DEL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE*

La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un <i>Ius Commune</i>	55
SERGIO GARCÍA RAMÍREZ	

La disputa por los derechos y el <i>Ius Constitutionale Commune</i>	109
PEDRO SALAZAR UGARTE	

<i>Ius Constitutionale Commune</i> en América Latina. Aclaración conceptual.	137
ARMIN VON BOGDANDY	

Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina..... 179
RODOLFO ARANGO

El concepto del *Ius Commune* Latinoamericano en derechos humanos: elementos para una agenda de investigación.. 193
JOSÉ MARÍA SERNA

II. CONCEPTOS CLAVE
DEL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE*:
INCLUSIÓN, DIÁLOGO Y PLURALISMO

Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano..... 217
LAURA CLÉRICO Y MARTÍN ALDAO

Acerca de la “discriminación estructural histórica” en razón de la posición económica (pobreza) de los trabajadores sometidos a trabajo esclavo 267
EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas y afrodescendientes en América Latina: Conceptualización y tipología de un diálogo interamericano.. 323
MANUEL EDUARDO GÓNGORA-MERA

Ius Commune interamericano. Brevísimas notas sobre el concepto de diálogo..... 371
PAOLA ANDREA ACOSTA

El control de convencionalidad y la consolidación del *Ius Commune* interamericano..... 385
JUANA MARÍA IBÁÑEZ RIVAS

III: LA INTERAMERICANIZACIÓN A LA LUZ
DEL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE*

- Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos en América Latina 417
MARIELA MORALES ANTONIAZZI
- Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 457
PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI
- El impacto de las decisiones interamericanas: notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al “empoderamiento institucional” 503
ÓSCAR PARRA VERA
- Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: Rasgos, potencialidades y desafíos 551
FLÁVIA PIOVESAN
- Desafíos de la interamericanización del derecho: la contribución del *Ius Constitutionale Commune* 577
LEONARDO GARCÍA JARAMILLO

Presentación

Las constituciones representan el momento formal y culminante de un proceso histórico de conformación política; fijan en términos normativos el compromiso básico de un régimen y delimitan el campo de acción de los órganos de representación y gobierno y de las personas. El reconocimiento que las democracias constitucionales hacen de su fuerza normativa, trajo como consecuencia estabilizar —normativamente— la regularidad de las relaciones en un régimen determinado y, al mismo tiempo, representó la culminación del proceso de objetivación del poder político donde se consolidó la transición del gobierno de los hombres al imperio de las leyes.

Los movimientos constitucionalistas de corte liberal formalizaron el modelo de Estado constitucional, en el que se identifican principalmente tres rasgos: ubica al individuo en el centro de la acción pública, racionaliza el poder y se impone al Estado el límite impenetrable de la dignidad humana. Esto es, fija en términos modélicos el sentido de la acción pública; sin embargo, en cuanto el modelo comienza a operar se genera un permanente escenario de tensión provocado por factores como los flujos dinámicos de los distintos niveles de la realidad social y el peculiar entendimiento cultural latinoamericano del poder, como instrumento al servicio de fines ajenos a las libertades públicas, la igualdad y la dignidad. Las transformaciones de la acción grupal en sociedades complejas se caracterizan por sus cambios imprevisibles, que provocan desajustes entre los modelos normativos y la realidad que regulan.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

En América Latina los sistemas constitucionales se encuentran en un evidente proceso de transformación, impulsado, entre otros factores, por el desequilibrio entre el contenido del texto constitucional y la realidad; la tendencia al ejercicio concentrado del poder político; las implicaciones nacionales de las decisiones globales de naturaleza económica; la influencia de los poderes privados en las decisiones públicas; los altos niveles de corrupción e impunidad. Al mismo tiempo, se ha abierto un rico y productivo debate académico y jurisprudencial, propiciado por elementos como la preeminencia constitucional del derecho internacional de los derechos humanos en la región (al habersele otorgado jerarquía constitucional); la respuesta ante el desarrollo del Estado abierto en el contexto de la globalización; y la incidencia nacional de los órganos supranacionales de protección de derechos, particularmente a través del llamado diálogo entre tribunales. Esta compleja realidad latinoamericana en muchas ocasiones incide en la actitud con la que se recibe el texto de las cartas fundamentales, que suele devenir en escepticismo constitucional. Ante este escenario, resulta fundamental generar la modificación de estos estímulos que pueden llegar a comprometer la funcionalidad y permanencia de los modelos normativos.

El *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL), entendido como grupo de análisis científico y también como concepto, se ha encargado desde hace algunos años de construir categorías analíticas (ontológica, normativa y académica) que pretenden explicar las transformaciones y favorecer las relaciones mutuas entre el texto normativo y su contexto. Con ello se promueve el restablecimiento de las conexiones entre la Constitución escrita y su proceso político, superando los límites del análisis dogmático, propiciando la conjugación provechosa de las variables jurídicas, políticas, económicas y sociales. El ICCAL tiene el potencial de impulsar el constitucionalismo transformador de una manera relevante desde los ámbitos de la interpretación —judicial y dogmática— y en los cambios legislativos, que son los espacios donde radican las probabilidades de contemporizar los órdenes jurídicos con la dinámica de la acción grupal.

El libro que ponemos a su disposición reúne una serie de trabajos de prestigiados especialistas de América y Europa, producto de los análisis científicos realizados desde distintos espacios

Presentación

académicos, que pretende convertirse en una herramienta básica de entendimiento y vinculación con el *Ius Constitutionale Commune* y que posibilitará al lector una aproximación desde el contexto, la comprensión del concepto y contribuir con ello a hacer realidad el constitucionalismo transformador.

Es motivo de satisfacción para el Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro unir esfuerzos con el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional para la publicación de este libro. No tengo duda que con ello estamos contribuyendo al necesario debate científico que sobre el constitucionalismo debe propiciarse en nuestros países; al mejor entendimiento sobre los desafíos a los que se enfrentan nuestras constituciones; a generar alternativas de transformación y, por esa vía, al fortalecimiento de la democracia, el Estado de derecho y la eficacia de los derechos humanos, particularmente en el marco del centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

ROGELIO FLORES PANTOJA

*Director del Instituto de Estudios
Constitucionales del Estado de Querétaro*

Querétaro, México, febrero de 2017

A manera de prefacio

Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*

Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor,
Mariela Morales Antoniazzi, Flávia Piovesan, Ximena Soley**

SUMARIO: I. La idea y el sentido de un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina. II. Una breve introducción y una larga lista de desafíos. III. El ICCAL dentro del dinámico panorama constitucional de América Latina.

I. LA IDEA Y EL SENTIDO DE UN *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* EN AMÉRICA LATINA

Un grupo diverso de investigadores de Europa y América Latina hemos trabajado en colaboración durante más de una década en

* Agradecemos a Jesús María Casal, Leonardo García Jaramillo, Sabrina Ragone, Pablo Saavedra, Elizabeth Salmón, Judith Schönsteiner, José María Serna, René Urueña y Pedro Villareal por sus valiosas sugerencias y comentarios. Este documento de investigación corresponde a la introducción del libro: *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*. El libro será publicado por Oxford University Press en el año 2017. La traducción se efectuó del texto “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism” publicado en el MPIL Research Paper Series N° 2016-21. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2859583. Traducción de Jorge Roa Roa.

** Armin von Bogdandy es el director del *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law* (MPIL). Eduardo Ferrer Mac-Gregor

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

la investigación en torno a los problemas jurídicos que afronta la región.¹ Nos hemos aproximado a esos problemas con un enfoque de derecho público: nuestro principal interés es que el derecho gobierne el ejercicio de la autoridad pública, es decir, que la autoridad promueva el bien común. Ese objetivo nos ha llevado a buscar repuestas en el derecho constitucional, el derecho administrativo, el derecho internacional público general, el derecho de la integración regional, los derechos humanos y el derecho de las inversiones. Del mismo modo, hemos tenido debates con economistas, politólogos e historiadores. En la medida en que

es juez y actual vicepresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Flávia Piovesan es profesora de Derecho Constitucional y derechos humanos de la Universidad Católica de São Paulo y secretaria especial para los derechos humanos de la Presidencia de la República de Brasil. Mariela Morales Antoniazzi es investigadora *senior* en el MPIL. Ximena Soley es investigadora en el MPIL.

¹ Véase von Bogdandy, Armin; Fix-Fierro, Héctor y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México, IJ-UNAM, 2014, p. 7; von Bogdandy, Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (eds.), *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, México, Porrúa, 2013; von Bogdandy, Armin; Piovesan, Flávia y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *Estudos Avançados de Direitos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público*, Río de Janeiro, Elsevier Editora, 2013; von Bogdandy, Piovesan y Morales Antoniazzi (eds.), *Igualdad y orientación sexual. El caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012; von Bogdandy y otros (eds.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, IJ-UNAM, 2011; von Bogdandy, Piovesan y Morales Antoniazzi (eds.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica. Avançando no diálogo constitucional e regional*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2011; von Bogdandy, Piovesan y Morales Antoniazzi (eds.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2010; von Bogdandy, Ferrer Mac-Gregor y Morales Antoniazzi (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, IJ-UNAM, vols. I y II, 2010; Georgieva Nikleva, Kristina, Review: *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, 2010, ts. I y II, p. 3, *Revista Peruana de Derecho Constitucional, Democracia Representativa y Derecho Electoral*, pp. 401-411; Bogdandy, Armin von; Landa Arroyo, César y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *Integración suramericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, CEPC, 2009.

A manera de prefacio

han transcurrido los años, nos hemos agrupado cada vez más en torno a la idea de un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL). El ICCAL hace referencia a una tendencia original de Latinoamérica hacia un constitucionalismo transformador cuyas características y elementos esenciales se exponen en el presente texto. Como la mayoría de los conceptos jurídicos, el ICCAL tiene múltiples dimensiones.

En primer lugar, el ICCAL tiene una función analítica, incluso ontológica. Esta función permite afirmar la existencia de un nuevo fenómeno jurídico compuesto por elementos provenientes de varios ordenamientos jurídicos que se encuentran interconectados por un impulso común denominado constitucionalismo transformador. El ICCAL vincula a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) con los demás instrumentos jurídicos interamericanos,² con las garantías establecidas en las constituciones nacionales, con las cláusulas constitucionales de apertura del ordenamiento jurídico interno al derecho internacional y con la jurisprudencia nacional e internacional pertinente. Con el objetivo de ofrecer una simple muestra de lo que esto significa, es importante señalar que la concepción jurídica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha mutado de una solitaria institución internacional escondida en el país de las hadas, la República de Costa Rica,³ para convertirse en

² La lista de los instrumentos que conforman el *corpus iuris* interamericano se encuentra publicada en la página web de la Corte IDH, consulta 30 oct 2016, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/about-us/instrumentos> Los instrumentos del Sistema Universal también han sido incorporados mediante la cláusula de interpretación establecida en el art. 29 de la CADH. Véase, Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015, Serie C, núm. 304. párr. 168.

³ Parfraseando a la que puede ser la referencia más famosa sobre la integración jurídica europea: Stein, Eric, “Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution”, *American Journal of International Law*, núm. 1, 1981, p. 75, “escondido en la tierra de las hadas, el Gran Ducado de Luxemburgo, y beneficiado, hasta hace poco tiempo, por la indiferencia inocua por parte de los poderes establecidos y de los medios de comunicación, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha renovado el marco constitucional para una estructura de tipo federal constitucional en Europa”.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

uno de los muchos puertos que conforman la red latinoamericana del constitucionalismo transformador. Esa red interconecta a la Corte IDH con las cortes y los tribunales nacionales.⁴

En segundo lugar, el ICCAL tiene una función normativa. Esta respalda el impulso específico del constitucionalismo transformador en América Latina que fue incorporado o renovado con los proyectos constitucionales que surgieron con posterioridad al periodo de los regímenes autoritarios. El objetivo del ICCAL es que en toda la región se tornen efectivas o se realicen materialmente las promesas centrales de las constituciones nacionales y que los diferentes países del subcontinente se integren dentro de una estructura de apoyo mutuo. Los mecanismos son la difusión de los estándares sobre derechos humanos, la compensación de los déficits nacionales y el fomento de una nueva dinámica de empoderamiento de los actores sociales.

En tercer lugar, el ICCAL se refiere a un enfoque académico. Este se caracteriza por la combinación de la investigación académica sobre el derecho nacional e internacional, una mentalidad comparativa y una orientación metodológica hacia los principios, en concreto, hacia la triada: derechos humanos, democracia y Estado de derecho. Su lógica es incremental y los derechos son su principal enfoque e instrumento.

Como indican las tres dimensiones del ICCAL, existen tres fases consecuenciales que deben ser agotadas: acuñar, desarrollar y propagar el concepto. Este es el camino adecuado para lograr el objetivo del ICCAL que consiste en impactar la realidad. Por otra parte, es importante tener en cuenta que bajo la premisa de que el derecho es una construcción social, el lenguaje de los legisladores, de los tribunales y de los investigadores no es externo al derecho, sino que forma parte de este y lo constituye. En ese sentido, el lenguaje es esencial para crear y dar forma al derecho. Se trata de una tesis que tiene validez tanto para instituciones

⁴ Góngora-Mera, Manuel, “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, en von Bogdandy, Ferrer Mac-Gregor, Morales Antoniazzi (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, (n1), 403ff.

A manera de prefacio

jurídicas específicas (*i.e.* la libertad de expresión o la propiedad), como para todo un ordenamiento jurídico (*i.e.* derecho nacional o derecho internacional). El ICCAL defiende la existencia de un nuevo fenómeno jurídico que ha emergido de la interacción y la confluencia entre el derecho nacional y el derecho internacional, distinguiéndose por ostentar un impulso específico.

El ICCAL le confiere una identidad y una orientación propias a este fenómeno. Además, contribuye a generar y estructurar la comunicación académica, política y judicial. Su denominación y descripción bajo una categoría unificada, refleja la intención de proponer una lectura compartida del fenómeno desde el punto de vista legal, doctrinal y académico, con el fin de unificar visiones que, hasta ahora, habían sido exploradas de manera independiente. La denominación ICCAL responde a un esfuerzo por reunir a personas y proyectos con orígenes muy diversos, quienes, sin embargo, comparten un elemento en común: la convicción respecto del potencial transformador que poseen los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho en América Latina.

En efecto, el derecho y la doctrina jurídica pueden impactar en la agenda social. América Latina ofrece un ejemplo importante de este impacto, precisamente en el ámbito de los derechos humanos. En el subcontinente, los derechos humanos se han desarrollado durante los últimos treinta años dentro de un lenguaje legal, político y social común que no existía previamente. Actualmente no solo se trata de un lenguaje común para los operadores jurídicos sino de una plataforma de movilización para un público mucho más amplio.

El conjunto de instrumentos jurídicos que reúne el ICCAL ofrece la oportunidad de contar con estructuras idóneas para impulsar una agenda transformadora. Se trata de una sólida red de instituciones y personas que han utilizado esas estructuras para desencadenar dinámicas transformadoras relevantes. A pesar de los muchos problemas que todavía afectan a la región, se han modificado los parámetros bajo los cuales el poder debe ser justificado y los objetivos pueden ser perseguidos. El concepto del ICCAL conecta varias líneas del discurso transformador con el fin de que este sea más potente y destaca el papel del derecho en la transformación de las sociedades. Al mismo tiempo, el

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

ICCAL enfatiza en la responsabilidad del derecho y de la academia frente a las situaciones de deficiencias sistémicas o estructurales. A fin de cuentas, las estructuras que generan los problemas de América Latina están arraigadas en el derecho.

Los sistemas jurídicos modernos se basan en estructuras, las estructuras se basan en conceptos y estos, a su vez, dependen de la investigación jurídica. Delimitar y refinar los conceptos contribuye a disponer de una mejor construcción de la realidad, a organizar, desarrollar y criticar el derecho y, en nuestro caso, a crear una interacción dinámica entre los diferentes sistemas jurídicos. Los conceptos no caen del cielo ni saltan desde los textos legales, sino que requieren un esfuerzo académico. Este libro es el resultado de un esfuerzo de ese tipo y los capítulos que lo integran han elaborado un concepto de un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina mediante la conexión entre varios fenómenos, experiencias y teorías jurídicas.⁵

El ICCAL es un concepto incluyente, sin embargo, es importante insistir en una advertencia central: el ICCAL no está comprometido con una agenda partidista concreta. Ahora bien, como sucede con cualquier otro concepto jurídico, el ICCAL no es neutral o agnóstico. En efecto, el ICCAL tiene un vínculo con el constitucionalismo transformador. Esta conexión se evidencia en su normatividad y forma parte de amplios procesos sociales. En concreto, múltiples actores, no solo juristas, proponen un cambio de la realidad política y social de América Latina con el fin de crear un marco general para la plena realización de la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos; de esta manera, los Estados de América Latina podrán ser, al mismo tiempo, más plurales y más cohesionados. A pesar de que esta propuesta puede parecer vaga o abstracta, el proyecto cuenta con unos elementos bastante concretos y precisos.

⁵ Este es, desde luego, solo uno de los métodos para construir conceptos. Este método se basa en las ideas de: Koselleck, Reinhart, *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten, Begriffsgeschichte und Sozialgeschichte*, 4ª ed., Berlín, Suhrkamp, 2000, p. 119; “Einleitung”, en Brunner, Otto; Conze, Werner y Koselleck, Reinhart (eds.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1972, vol 1, pp. XIII, XXIII.

A manera de prefacio

En el núcleo de la agenda del ICCAL hay dos elementos. El primero es enfrentar las profundas deficiencias que existen en muchos países de la región. Frecuentemente, estos déficits tienen origen en la debilidad de las instituciones y generan inseguridad, impunidad y corrupción. No es posible tener una verdadera democracia constitucional sin superar estas deficiencias. El segundo elemento tiene relación con las condiciones de vida inaceptables que afectan a amplios sectores de la población. En concreto, existe una preocupación especial por los denominados *grupos vulnerables*.⁶ Una característica de muchos discursos en América Latina es su marcado énfasis en *lo social*, lo cual los distingue de los discursos hegemónicos en Europa o Canadá, ni qué decir de Estados Unidos. Algunos autores ponen el problema de la desigualdad en el núcleo central de su reflexión.⁷ Esto conduce a los espinosos temas de la igualdad o la redistribución y a la manera como los autores del ICCAL se relacionan con esos problemas. Nosotros tenemos diferentes ideas sobre la política económica, la protección de la propiedad y la redistribución, pero todos estamos de acuerdo en que la exclusión debe ser superada. La desigualdad puede tener diferentes causas, pero esta es particularmente grave, profunda, difícil —incluso explosiva— cuando sectores enteros de la población carecen de las condiciones para integrarse en los sistemas sociales. Eso significa que hay personas que están privadas del acceso a la salud, la educación, la economía, la política y la protección legal; con lo cual resultan excluidas del goce efectivo de sus derechos. El concepto de exclusión describe las verdaderas dimensiones del desafío. En efecto, este concepto permite comprender la manera como las sociedades pierden sus capacidades para la integración social, en virtud de que muchas personas no reciben atención suficiente por parte de las instituciones.⁸ Una sociedad nunca será verdade-

⁶ Para una descripción detallada de la manera como la Corte IDH ha utilizado el concepto de vulnerabilidad: Soley en este mismo volumen. Sobre la feminización y el impacto étnico de la pobreza y de las violaciones a los derechos humanos: Piovesan en este mismo volumen.

⁷ Véase Piovesan y Aldao, Clérico y Ronconi, ambos en este mismo volumen.

⁸ A favor de que la filosofía moral y la filosofía política actuales tengan en cuenta los intereses de todos: Sen, Amartya, *The Idea of Justice*, Allen Lane,

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

ramente próspera si no puede superar la exclusión⁹ y el derecho es un elemento crucial para lograr ese objetivo. Sin embargo, no se puede dejar de lado que el derecho puede ser una herramienta para superar la exclusión o para perpetuarla.

Del mismo modo, este proyecto tiene como objetivo la inclusión en el marco de los principios constitucionales.¹⁰ Como es bien sabido, las constituciones no se limitan a la organización de la política, sino que incorporan una idea de sociedad. Los objetivos de superación de la exclusión y promoción de la inclusión dentro de la democracia constitucional permiten que el proyecto involucre perspectivas diferentes —incluso divergentes— respecto de los modelos de crecimiento económico, los problemas de la redistribución, el libre comercio o la protección de las inversiones. Como ha demostrado el desarrollo de Europa después de la Segunda Guerra Mundial, un proyecto de inclusión social puede ser compartido y desarrollado por fuerzas conservadoras, liberales y socialistas.¹¹ Bajo esa premisa, algún grado de generalidad conceptual del ICCAL opera más como una ventaja que como un problema.¹²

Estas preocupaciones generales y estos compromisos normativos pueden ser leídos correctamente como parte de la agenda de un constitucionalismo transformador. Estos surgen en un terreno fértil para el debate en América Latina y trascienden allí

Londres, 2009, p. 117. Esta tesis se relaciona con la propuesta de reconocimiento de identidades, tal y como ha sido formulada por: Honneth, Axel, *Kampf um Anerkennung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1994; Nancy Fraser y Axel Honneth, *Redistribution or recognition?: A political-philosophical exchange*, Londres, Nueva York, Verso, 2003.

- ⁹ Solo basta con leer el *mea culpa* del neoliberalismo: “Liberalism after Brexit: The politics of anger”, publicado en *The Economist*, 2 jul 2016, p. 12.
- ¹⁰ Los atractivos del concepto de inclusión no han escapado a los políticos quienes los usan como parte de sus enfrentamientos políticos. Sin embargo, este uso instrumental del concepto no impide que también pueda ser usado bajo una perspectiva académica.
- ¹¹ Una prueba de este fenómeno en: Judt, Tony, *Postwar. A History of Europe Since 1945*, Nueva York, Penguin, 2005.
- ¹² Sobre las ventajas de estos conceptos: Reimann, Mathias W., “The American Advantage in Global Lawyering”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, núm. 78, 2014, pp. 1-36.

A manera de prefacio

donde el derecho público ha recibido el mandato de enfrentar el autoritarismo, fortalecer las instituciones públicas para promover el bien común y superar la exclusión.¹³

La orientación comparativa de la investigación constitucional obtuvo un impulso importante en 1974 con la fundación del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (IIDC). Desde entonces, el Instituto ha sido un foro crucial para prolijos debates académicos sobre el derecho constitucional comparado.¹⁴ El IIDC tiene su sede en el Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Desde su fundación como Instituto para el derecho comparado en 1940, el IIJ ha sido una plataforma central para la investigación jurídica en América.¹⁵ El principal objetivo de Jorge Carpizo, Héctor Fix-Zamudio, Pedro Frías, Diego Valadés y Jorge Vanossi fue establecer un canal de comunicación entre los diferentes discursos jurídicos que estaban aislados con el fin de ampliar la idea del constitucionalismo. Todo esto fue hecho en medio de un contexto muy difícil para ese propósito debido a la existencia de regímenes autoritarios. Desde muy pronto se unieron en torno a este objetivo juristas de otros Estados, como Brasil, Colombia, Guatemala, Perú, Uruguay y Venezuela.¹⁶ Lo que empezó como

¹³ Además del contexto de América Latina, el concepto de constitucionalismo transformador es quizás mejor conocido por los procesos de transición de Sudáfrica. Véase Klare, Karl E., “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”, *South African Journal on Human Rights*, núm.14, 1998, pp. 146, 150; en detalle véase Fowkes en este mismo volumen.

¹⁴ El Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (IIDC) tiene más de veinte secciones nacionales, ha organizado doce congresos iberoamericanos y muchos otros eventos académicos en América Latina. Las publicaciones más destacadas, consulta 31 oct 2016, disponible en <https://www.juridicas.unam.mx/publicaciones> Sobre las actividades recientes: Gil Valdivia, Gerardo y Chávez Tapia, Jorge (eds), *Evolución de la organización político-constitucional en América Latina (1950-1975)*, México, IIJ-UNAM, t. I México y Centroamérica, t. II Sudamérica y España, 1979.

¹⁵ Véase <http://www.juridicas.unam.mx> (consulta 31 oct 2016).

¹⁶ Véase Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, *Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional: 1974-2004*, UNAM-IIDC, México, 2004); Laura Eugenia Rodarte Ledezma, Andrea Enríquez Marín (eds), *Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional: Trayectoria*, UNAM-IIDC, México, 2014.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

un proyecto académico devino en un proceso social y político mucho más amplio. Para finales del siglo xx, se habían unido muchos otros actores, entre estos varios tribunales, que empezaron a fomentar la idea de un constitucionalismo transformador.¹⁷

Como el caso de Sudáfrica ha demostrado claramente, el constitucionalismo transformador es un fenómeno global. Por esa razón, el sendero trazado por América Latina es de interés en muchas otras partes del mundo, en especial, por sus dimensiones comparativas y multinivel. Los investigadores de los países donde el constitucionalismo transformador no es tan común, pueden encontrar razones para interesarse en la contribución de América Latina al constitucionalismo. También se trata de una oportunidad para reflexionar sobre el grado en el que las concepciones del *Norte Global* pueden ser consideradas realmente como universales. Al mismo tiempo, el constitucionalismo latinoamericano tiene una enseñanza para todos aquellos que consideran que los conceptos esenciales del constitucionalismo del *Norte* han sido agotados.¹⁸ En efecto, quienes piensan de esta manera pueden encontrar una nueva energía en las discusiones contemporáneas de América Latina.¹⁹

En ese ámbito cobran particular relevancia las profundas reflexiones sobre el potencial y los límites del activismo de los tribunales para lograr transformaciones sociales, las diferentes formas de interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional, el rol de la sociedad civil y el activismo transnacio-

¹⁷ Sobre el desarrollo de la jurisdicción constitucional en la región: Sagüés, Néstor Pedro, *El Sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México, Porrúa, 2004; Nogueira Alcalá, Humberto, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, México, Porrúa, 2004; Piza Escalante, Rodolfo, "Legitimación democrática en la Nueva Justicia Constitucional de Costa Rica", en Castro Loría, Juan C. (ed), *Libro homenaje al profesor Eduardo Ortiz Ortiz*, Universidad Autónoma de Centroamérica, Colegio Santo Tomás de Aquino, San José, 1994.

¹⁸ Koskenniemi, Martti, "Human Rights Mainstreaming as a Strategy for Institutional Power", *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development*, núm. 1, 2010, p. 47; Koskenniemi, *The Politics of International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 133.

¹⁹ Sobre esta posible contribución del *Sur Global*: Comaroff, Jean y Comaroff, John L., *Theory from the South. Or, How Euro-America is Evolving Toward Africa*, Boulder, Paradigm Publishers, 2012. en particular pp. 1-19.

A manera de prefacio

nal con una agenda reformadora. Por otra parte, América Latina tiene muchos años de experiencia con fenómenos que ahora tienen una relevancia mucho mayor en Europa como, por ejemplo, la debilidad de las instituciones.²⁰ En ese sentido, el análisis sobre América Latina implica la investigación sobre muchos aspectos relacionados con fenómenos europeos y globales.²¹ La creación de la Sociedad Internacional de Derecho Público es una prueba de que la interconexión entre la teoría política, la ciencia política, el derecho constitucional, el derecho comparado, el derecho de la integración y el derecho internacional es una tendencia universal contemporánea.²²

La confianza en la relevancia global de la experiencia de América Latina está respaldada por la fortaleza y profundidad del constitucionalismo latinoamericano. Este ha existido por casi 200 años, eso significa que es más antiguo que el de muchos Estados europeos y precede al constitucionalismo de la mayoría de los países del mundo. En particular, durante esos dos siglos, en América Latina han existido tres ideologías constitucionales: i) el conservadurismo inspirado en el catolicismo español; ii) el liberalismo inspirado en Estados Unidos antes del *New Deal* y iii) el radicalismo inspirado en el socialismo francés.²³ Muchas personas consideran que estas ideologías se encuentran en declive y que se están desarrollando nuevas propuestas. En ese sentido, Latinoamérica es

²⁰ Sissenich, Beate, “Weak States, Weak Societies: Europe’s East-West Gap” (2010) 45, *Acta Política* 11, 19-23.

²¹ Sobre esta perspectiva: Thomas Duve, ‘Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive’ (2012) 20, *Rechtsgeschichte*, 18-71.

²² Véase Joseph H H Weiler, “The International Society for Public Law –Call for Papers and Panels”, *International Journal of Constitutional Law*, núm. 12, 2014, pp. 1-3.

²³ Gargarella, Roberto, *Latin American Constitutionalism 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*, Nueva York, OUP, 2013; en particular en p. 197. Astudillo, César y Carpizo, Jorge (eds), *Constitucionalismo: Dos siglos de su nacimiento en América Latina*, México, IJ-UNAM, 2013; Torre Villar, Ernesto de la y García Laguardia, Jorge, *Desarrollo histórico del constitucionalismo Hispanoamericano*, México, IJ-UNAM, 1976; García Belaunde, Domingo; Fernández Segado, Francisco y Hernández Valle, Rubén (eds.), *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, Dykinson, 1995.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

un prolijo laboratorio para la teoría y la práctica constitucionales. El constitucionalismo de América Latina se ha construido sobre un legado remoto lleno de contribuciones y tendencias originales como el recurso de amparo²⁴ o la constitucionalización de los derechos sociales.²⁵ El ICCAL se ha unido a esta conversación.

II. UNA BREVE INTRODUCCIÓN Y UNA LARGA LISTA DE DESAFÍOS

El constitucionalismo transformador que incorpora el ICCAL enfrenta las deficiencias estructurales y la exclusión. El objetivo de esta parte de la introducción es realizar una mejor descripción de cada uno de estos retos. Con ese propósito, nosotros nos enfocamos primero en los estudios sobre la debilidad normativa del derecho y posteriormente en los tribunales, la democracia, la corrupción y los poderes privados.

El ICCAL es un enfoque jurídico que propone transformaciones sociales por medio del derecho. Por esa razón, es necesario confrontar algunas de las objeciones que se formulan al potencial del derecho en América Latina para lograr cualquier tipo de transformación significativa. Los tres conceptos clave en este ámbito son: deficiencias estructurales, instituciones débiles y exclusión. Sin embargo, es importante enfatizar que, por regla general, el derecho en América Latina no es débil, sino que es inequitativamente eficaz. En algunos aspectos, el derecho tiene una fuerza vinculante efectiva que protege los intereses hegemónicos o consolidados. Sobre este punto, resulta especialmente revelador que algunos países del subcontinente se encuentren en posiciones destacables dentro de los índices sobre “calidad regulatoria y

²⁴ Véase Brewer-Carías en este mismo volumen y Fix-Zamudio, Héctor, “The Writ of Amparo in Latin America”, *University of Miami Inter-American Law Review*, núm. 13, 1981, p. 361; Fix-Zamudio y Ferrer Mac-Gregor (eds.), *Derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa, 2006; Ayala Corao, Carlos M., *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1998.

²⁵ La Constitución de México de 1917 fue la primera en constitucionalizar los derechos sociales.

A manera de prefacio

eficiencia” para efectos de promover la inversión extranjera; en este baremo, algunos países latinoamericanos superan a los países europeos.²⁶ En evidente contraste, en otras áreas el derecho carece de eficacia para proteger a quienes se encuentran en una posición social de debilidad.²⁷ Para estos últimos, el Estado de derecho aparece más como un objetivo noble que como una realidad constante.²⁸ Algunas veces, el Estado de derecho parece un artificio o una simple fachada. En algunos casos, esta situación es el resultado de la simple falta de voluntad de las autoridades oficiales para cumplir con la ley mientras que, en otros casos, obedece a la debilidad de las capacidades de los Estados y a la existencia de instituciones, procedimientos y prácticas deficientes.²⁹ Hay zonas de la región o ámbitos en los cuales las instituciones públicas no intervienen o no tienen la capacidad para enfrentar a los actores privados, ni siquiera para proteger los derechos esenciales, como la vida, la libertad, la seguridad o la propiedad.³⁰

²⁶ Sin embargo, entre los países de América Latina existe bastante desigualdad en este aspecto, países como México (38), Chile (48), Perú (50), Colombia (54) y Costa Rica (58) están bien ubicados en la clasificación global de 189 Estados. Véase *Doing Business 2016. Measuring Regulatory Quality and Efficiency*, 13ª ed., Washington, The World Bank, 2015, en especial en p. 5, consulta 31 oct 2016, disponible en <http://www.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB16-Full-Report.pdf>

²⁷ Méndez, Juan E.; Sérgio Pinheiro, Paulo y O'Donnell, Guillermo, *The (Un) Rule of Law and the Underprivileged in Latin America*, Chicago, University of Notre Dame Press, 1999.

²⁸ Neves, Marcelo, *A constitucionalização simbólica*, São Paulo, Martins Fontes, 2007; *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne*, Berlín, Duncker und Humblot, 1992.

²⁹ Hernández, Antonio M.; Zovatto, Daniel y Mora y Araujo, Manuel, *Encuesta de cultura constitucional: Argentina, una sociedad anómica*, México, IJ-UNAM, 2005.

³⁰ Véase García Villegas, Mauricio y Espinosa R., José Rafael, *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2013; Risse, Thomas y Ropp, Stephen C., “Introduction and Overview”, en Risse, Thomas; Ropp, Stephen y Sikkink, Kathryn (eds.), *The Persistent Power of Human Rights. From Commitment to Compliance* Cambridge, CUP, 2013, pp. 17-18.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

El problema no es solo que las leyes inadecuadas sean aplicadas —en algunas ocasiones este es, de hecho, el problema— sino que existen marcos jurídicos admirables que no son efectivamente vinculantes o que son aplicados selectivamente. Este problema también es analizado como una *brecha de implementación* que se evidencia especialmente en el ámbito de los derechos humanos. Piénsese en el hecho de que la mayoría de los Estados ha aceptado los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, los ha incorporado a su derecho interno y ha creado mecanismos de protección para los individuos. Pero esto no ha sido suficiente para obtener la garantía efectiva de los derechos humanos en la región. Para explicar este fenómeno, los científicos sociales han concluido que los progresos en materia de derechos humanos requieren la construcción de instituciones fuertes, cambios en la cultura política y transformaciones en las estructuras sociales y económicas. Por su parte, la literatura sobre las relaciones internacionales señala que la transición desde la aceptación normativa hacia el cumplimiento efectivo es como una especie de cuello de botella por el cual solo algunos Estados logran pasar.³¹ Esta es precisamente la fase en la que se encuentra la mayoría de los Estados que han suscrito la CADH. Al mismo tiempo, se puede afirmar con certeza que las democracias están frecuentemente más preocupadas por su estatus internacional y son más susceptibles a las presiones de los organismos internacionales.³² Este es, sin duda, un respaldo para el enfoque multinivel del ICCAL.

En razón de su énfasis en los derechos y en la protección efectiva de los mismos, el ICCAL atribuye un rol importante a los jueces y a los tribunales. Desde luego, los tribunales no son las únicas instituciones para aplicar el derecho, sin embargo, es imposible que exista el Estado de derecho sin un sistema judicial.

³¹ Para una revisión de la literatura: Simmons, Beth A., “Compliance with International Agreements”, *Annual Review of Political Science*, núm. 1, 1998, pp. 75-93; “Treaty Compliance and Violation”, *Annual Review of Political Science*, núm. 13, 2010, pp. 273-96.

³² Jetschke, Anja y Liese, Andrea, “The power of human rights a decade after: from euphoria to contestation?”, en Risse, Thomas; Ropp, Stephen y Sikkink, Kathryn (eds.), *The Persistent Power of Human Rights. From Commitment to Compliance*, (n30), p. 17.

A manera de prefacio

Además, el constitucionalismo transformador atribuye un rol específico y exigente al poder judicial.³³

Asumir la función que el ICCAL les asigna a los tribunales de América Latina no es una tarea fácil para la judicatura porque este papel no se ajusta completamente a su rol tradicional. Con frecuencia, el poder judicial ha dejado de controlar efectivamente al poder ejecutivo y los jueces han actuado como meros subordinados.³⁴ Las reglas sobre la nominación de los jueces y magistrados permiten que el ejecutivo coopte con frecuencia a los tribunales para que estos decidan a su favor.³⁵ Algunos poderes ejecutivos han llegado hasta el punto de desintegrar tribunales que mostraron algún grado de independencia.³⁶ Entre otras causas, esta es una de las razones por las cuales la confianza en el poder judicial es notoriamente baja. En promedio, el 67% de los latinoamericanos tienen alguna razón para desconfiar del poder judicial.³⁷

³³ Gargarella, Roberto; Domingo, Pilar y Roux, Theunis (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Burlington, Ashgate, 2006; Vilhena Vieira, Oscar; Baxi, Upendra y Viljoen, Frans (eds.), *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South Africa*, Pretoria, PULP, 2013, pp. 3-4; Bonilla Maldonado, Daniel (ed.), *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Nueva York, CUP, 2013.

³⁴ Eckstein, Susan Eva y Wickham-Crowley, Timothy, "Struggles for Justice in Latin America", en Eckstein y Wickham-Crowley (eds.), *What Justice? Whose Justice? Fighting for Fairness in Latin America*, Berkeley, University of California Press, 2003, p. 7.

³⁵ Por ejemplo, Ortega con el fin de reelegirse como presidente o Chávez. En el caso de este último, la situación ha sido bien documentada en el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, sección especial III, 46ff.

³⁶ Este fue el caso del dictador peruano Alberto Fujimori en 1997. Véase Eckstein y Wickham-Crowley, *Struggles for Justice in Latin America*, (n34), p. 8.

³⁷ Latinobarómetro 2015, respuesta a la pregunta "Por favor, mire esta tarjeta y diga cuánto confía en cada uno de los siguientes grupos o instituciones. Puede contestar mucho (1), un poco (2), muy poco (3) o no confía (4)...?". Hemos tenido en cuenta el porcentaje de quienes contestaron que confían muy poco o que no confían en el poder judicial, consulta 31 oct 2016, disponible en <http://www.latinobarometro.org/latOnline.jsp>

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Otra dificultad para la transformación social por medio del derecho y del poder judicial es que el acceso a la justicia es bastante oneroso para algunos sectores de la sociedad.³⁸ Quienes con mayor urgencia necesitan de la protección judicial, como las personas que pertenecen a los grupos vulnerables, carecen de los recursos necesarios para soportar procesos largos, costosos y con resultados inciertos. De acuerdo con algunos estudios, aproximadamente la mitad de la población de la región no tiene acceso efectivo a la justicia.³⁹ A pesar de las grandes cantidades de recursos económicos que se han invertido en la reforma del poder judicial en América Latina, todavía subsisten importantes barreras para el acceso a la justicia.⁴⁰ Por ejemplo, la congestión judicial persiste como uno de los problemas y retos más importantes para la región.⁴¹ Eso explica que el auge del litigio en materia de derechos humanos no se deba a la acción de los individuos excluidos, sino a las organizaciones de la sociedad civil y a las clínicas de derechos humanos que se han creado dentro de las facultades de Derecho del subcontinente. Por fuera de estos casos, la probabilidad de éxito de los individuos es limitada o está condenada al fracaso.

Al mismo tiempo, existe evidencia que demuestra la existencia de transformaciones exitosas. Los ejemplos más destacados

³⁸ OEA, *Acceso a la justicia: llave para la gobernabilidad democrática. Informe final del proyecto "Lineamientos y buenas prácticas para un adecuado acceso a la justicia en las Américas"*, Washington, OEA, 2007, 23ff; OEA, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4, 7 de septiembre de 2007.

³⁹ Véase, consulta 31 oct 2016, disponible en <https://www.giz.de/de/downloads/giz2014-sp-factsheet-dirajus-america-latino.pdf> Un estudio sobre el acceso a la justicia en Colombia: García Villegas y Espinosa R., *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*, núm. 30, especialmente el capítulo segundo, p. 40.

⁴⁰ Faúndez, Julio y Angell, Alan, *Reforma judicial en América Latina: El rol del Banco Interamericano de Desarrollo*, consulta 31 oct 2016, disponible en <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/467.pdf>

⁴¹ OEA, *Acceso a la justicia: llave para la gobernabilidad democrática. Informe final del proyecto "Lineamientos y buenas prácticas para un adecuado acceso a la justicia en las Américas"*, (n38), pp. 68-70.

A manera de prefacio

son, *inter alia*, los juicios a las Juntas en Argentina (1985) en los que se estableció la existencia de un plan sistemático para encarcelar, torturar y matar a los miembros de la oposición y, en los cuales, los miembros del gobierno de las juntas militares fueron declarados culpables de una serie de violaciones a los derechos humanos.⁴² La Corte Suprema de Chile procesó a Manuel Contreras quien era el segundo al mando después de Pinochet.⁴³ Perú procesó y puso en prisión al antiguo presidente Alberto Fujimori⁴⁴ y una Corte Penal de Guatemala juzgó al antiguo jefe de Estado y dictador Ríos Montt, a pesar de la resistencia abrumadora de sectores económicos y militares muy poderosos de la clase dominante.⁴⁵ La Corte Constitucional de Colombia profirió una decisión muy famosa en contra de la reelección presidencial. El presidente Uribe aceptó la decisión y reconoció plenamente la autoridad del Tribunal.⁴⁶ Por otra parte, a pesar de que se mantienen algunos retos relacionados con la independencia del poder judicial, durante las últimas décadas también han ocurrido cambios relevantes hacia la construcción de una judicatura autónoma

⁴² Filippini, Leonardo, *Criminal Prosecutions for Human Rights Violations in Argentina*, ICTJ Prosecutions Program, 2009; Sikkink, Kathryn, “From pariah state to global protagonist: Argentina and the struggle for international human rights”, *Latin American Politics and Society*, 50(1), 2008, pp. 1-29; Roht-Arriaza, Naomi, “After Amnesties are Gone: Latin American National Courts and the New Contours of the Fight Against Impunity”, *Human Rights Quarterly*, núm. 37, 2015, pp. 341-382.

⁴³ Collins, Cath y otros, “Silencios e Irrupciones: verdad, justicia y reparaciones en la postdictadura chilena”, en Vial Solar, Tomás (ed.), *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2015*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 2015, pp. 21-73.

⁴⁴ Burt, Jo Marie, “Guilty as Charged: The Trial of Former president Alberto Fujimori for Human Rights Violations”, *The International Journal of Transitional Justice*, núm. 3, 2009, pp. 384-405.

⁴⁵ Kemp, Susan, “Guatemala Prosecutes former president Rios Montt. New Perspectives on Genocide and Domestic Criminal Justice”, *Journal of International Criminal Justice*, núm. 12, 2014, pp. 133-156; Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, 10 de mayo de 2013, Sentencia C-01076-2011-00015 Of. 2º.

⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia, 26 de febrero de 2010, Sentencia C-141/10, consulta 15 jul 2016, disponible en www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

e independiente. Muchos millones de dólares se han invertido en la reforma judicial y los jueces han comprendido que también pueden asumir un rol en la construcción de sociedades más justas. En consecuencia, no se trata de ciencia ficción cuando se hace referencia a un conjunto de acontecimientos importantes dentro del proceso de construcción de un constitucionalismo regional común.

Dentro del ICCAL existe plena conciencia de que el avance de una agenda transformadora por medio de procesos jurídicos genera muchos retos. Por supuesto, el poder judicial no puede sustituir la aprobación de políticas públicas por parte de las instituciones políticas. Si los tribunales son percibidos como *politicizados*, lo que sea que eso signifique, ese factor puede “debilitar el fundamento jurídico de su legitimidad”.⁴⁷ Sin embargo, más allá de una discusión abstracta sobre el rol de los tribunales dentro del sistema político, es importante preguntarse por el rol de los tribunales en el específico contexto social y político de América Latina; particularmente cuando existen fenómenos de exclusión y debilidad institucional como los que se describieron previamente. Lo anterior lleva a considerar, ante todo “qué otros medios se encuentran disponibles para enfrentar estas preocupaciones, cuál es su grado de efectividad y con qué opciones cuentan los grupos vulnerables para superar sus problemas”.⁴⁸ Cuando las instituciones políticas están bloqueadas o cooptadas, existe un contexto idóneo para que los tribunales intervengan. Como reconocen muchas teorías de la democracia, los tribunales tienen legitimidad para intervenir cuando el procedimiento democrático es deficitario.⁴⁹

Otro problema sistémico de la región es la corrupción. En muchos países de América Latina, el poder es utilizado para el enriquecimiento personal o para promover intereses que correspon-

⁴⁷ Gloppen, Siri, “Courts and Social Transformation: An Analytical Framework”, en Gargarella, Domingo, Roux (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies* (n33), p. 39.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ Hart Ely, John, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, HUP, 1980.

A manera de prefacio

den a un solo grupo social.⁵⁰ La percepción de corrupción en toda la región es alta e impacta fuertemente sobre la aceptación de la democracia como una forma deseable de gobierno.⁵¹ En algunos países, los ciudadanos deben lidiar frecuentemente con la corrupción, no solo por la existencia de un escándalo abstracto que involucra a las altas esferas del gobierno,⁵² sino como un hecho que forma parte de la cotidianeidad de sus propias vidas. Muchas personas deben ser sobornadas con el fin de que los servicios más sencillos de la administración sean prestados de manera oportuna.⁵³ Más de la mitad de los países de la región se encuentran por debajo de la media en los indicadores de gobernabilidad, incluyendo el Índice Internacional de Percepción de Corrupción, el Índice sobre el Estado de Derecho y la mayoría de los indicadores de gobernanza compilados por el Banco Mundial. Sin duda, este factor erosiona la confianza en las instituciones democráticas.⁵⁴

El ICCAL no solo enfatiza en los derechos humanos y en el Estado de derecho, sino que también se refiere a la democracia.

-
- ⁵⁰ O'Donnell, Guillermo, "Corporatism and the Question of the State", en Malloy James M. (ed.), *Authoritarianism and Corporatism in Latin America* Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 1977.
- ⁵¹ Smith, Peter H., *Democracy in Latin America: Political Change in Comparative Perspective*, Nueva York, OUP, 2005, p. 307.
- ⁵² Un estudio profundo sobre la corrupción en México: Sandoval Ballesteros, Irma (ed.), *Corrupción y transparencia: Debatiendo las fronteras entre Estado y mercado*, México, Siglo XXI Editores, 2009. Sobre los casos de corrupción en Brasil: Vilhena Vieira, Oscar, 'Inequality and subversion of the rule of law', en Rodríguez Garavito, César (ed), *Law and Society in Latin America. A New Map*, Abingdon, Routledge, 2015, pp. 35-36.
- ⁵³ Prevost, Gary y Vanden, Harry, *Latin America: An Introduction*, Oxford, OUP, 2011, p. 247, en relación con la burocracia no profesional basada en el clientelismo.
- ⁵⁴ Zovatto, Daniel, *The State of Democracy in Latin America*, Brookings, 15 de septiembre de 2014, consulta 15 jul 2016, disponible en <https://www.brookings.edu/opinions/the-state-of-democracy-in-latin-america>; Gretchen Helmke y Steven Levitsky (eds.), *Informal Institutions and Democracy, Lessons from Latin America*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2006, sobre la manera como las instituciones formales e informales interactúan en las nuevas democracias: Blake, Charles H. y Morris, Stephen D. (eds), *Corruption and Democracy in Latin America*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2009.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

El sistema democrático se debilita por la existencia de la pobreza generalizada, las profundas desigualdades, la discriminación por motivos étnicos y, en muchos casos, por el mal desempeño económico.⁵⁵ Estos factores debilitan a las instituciones democráticas de la región y afectan la percepción que los latinoamericanos tienen de la democracia.⁵⁶ En efecto, muchos latinoamericanos no parecen férreos defensores de la democracia y, lo que puede resultar todavía más desalentador, es el fracaso de la región para *producir* ciudadanos demócratas con el paso del tiempo.⁵⁷ A la pregunta del Latinobarómetro sobre “si la democracia es preferible a cualquier otra forma de gobierno” el promedio regional (54%) de quienes se muestran a favor de la democracia es preocupante.⁵⁸ Las causas de este fenómeno son múltiples y complejas. La información sobre los últimos veinte años sugiere que la crisis económica provoca desconfianza en las instituciones democráticas, sin embargo, a esta causa se suman la desigualdad persistente, la violencia y la corrupción.⁵⁹ En este sentido, los ciudadanos no solo reclaman la garantía efectiva de sus derechos civiles y políticos, sino que exigen seguridad, empleo y mejores condiciones de vida. En ese contexto, algunas personas incluso están dispuestas a apoyar regímenes autoritarios a cambio de obtener algunas de sus reivindicaciones.⁶⁰ En otras palabras, “la democracia no es el único juego en el pueblo”.⁶¹ Los sistemas democráticos solo

⁵⁵ Información sobre la desigualdad: CEPAL: Panorama social en Latinoamérica 2015, marzo 2016, consulta 15 jul 2016, disponible en http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/39965/1/S1600227_es.pdf Información histórica sobre el Coeficiente de Gini, disponible en http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4095/1/S2013244_es.pdf

⁵⁶ Mainwaring, Scott y Hagopian, Frances, “Introduction: The Third Wave of Democratization in Latin America”, en Mainwaring, Scott y Hagopian, Frances (eds), *The Third Wave of Democratization in Latin America: Advances and Setbacks* Cambridge, ¡CUP, 2005, p. 5.

⁵⁷ Latinobarómetro 2016. Informe completo en <http://www.latinobarometro.org/latNewsShow.jsp>

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ Smith, *Democracy in Latin America: Political Change in Comparative Perspective*, (n51), p. 344.

⁶¹ Javier Couso, “Back to the Future? The Return of Sovereign and the Principle of Non-Intervention in the Internal Affairs of the State in Latin

A manera de prefacio

han demostrado ser moderadamente mejores en lograr algunos objetivos sociales, lo cual dificulta que las personas asocien a la democracia con mejores condiciones individuales. A pesar de la falta de conciencia sobre el valor de la democracia entre la mayor parte de la población, las élites han expresado un compromiso mucho más firme con esta forma de gobierno del que mostraban hace algunas décadas.⁶² La amenaza de un gobierno militar por la fuerza ha desaparecido.⁶³ Aunque se mantienen algunas tendencias autoritarias, existe un mayor compromiso con el funcionamiento de las instituciones democráticas.⁶⁴ En consecuencia, el principio democrático cuenta con una base sólida sobre la cual el ICCAL puede construir.

Las instituciones débiles están frecuentemente ligadas a las políticas populistas y estas no fueron superadas con la última ola de democratización.⁶⁵ El surgimiento de un amplio respaldo popular para líderes fuertes que se comprometen a enfrentar las preocupaciones económicas de los ciudadanos es una consecuencia predecible de la aplicación de las políticas neoliberales que desmantelaron los programas sociales a cambio de un cre-

America's Radical Constitutionalism", SELA Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, 2015, consulta 15 jul 2016, disponible en https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA15_Couso_CV_Eng.pdf

- ⁶² Hagopian, "Conclusions: Government Performance, Political Representation, and Public Perceptions of Contemporary Democracy in Latin America", en Mainwaring y Hagopian (eds.), *The Third Wave of Democratization in Latin America: Advances and Setbacks*, (n56), pp. 324-325.
- ⁶³ Levitsky, Steven y Loxton, James, "Populism and Competitive Authoritarianism in the Andes", 2013, p. 20, *Democratization*, pp. 107-136; David Landau, "Abusive Constitutionalism!", 2013, p. 47, *University of California Davis Law Review*, 189.
- ⁶⁴ La Carta Democrática Interamericana de 2001 es una pieza importante de ese compromiso con la democracia. Desafortunadamente, su aplicación ha sido irregular.
- ⁶⁵ Roberts, Kenneth M., 'Latin America's Populist Revival', 2007, 27(1), *SAIS Review of International Affairs*, 3; Mudde, Cas y Kaltwasser, Cristóbal, R., (eds), *Populism in Europe and the Americas: Threat or Corrective for Democracy?*, Cambridge, CUP, 2012; Levitsky y Roberts (eds.), *The Resurgence of the Latin American Left*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2011.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

cimiento económico moderado e inequitativo. El problema con algunos de los líderes populistas es que ellos han despreciado a las instituciones, han promovido la concentración del poder y han desconocido los clásicos derechos liberales, civiles y políticos (i.e. la libertad de prensa o el derecho de asociación).⁶⁶ Muchos de esos líderes también muestran su desprecio, desdén y arrogancia frente a las instituciones cuando perciben que estas se erigen en un obstáculo indeseable para adelantar sus propias agendas políticas. Frecuentemente se apela directamente “al pueblo” y se buscan las fuentes de legitimidad en los sondeos de opinión como una especie de legitimidad plebiscitaria.⁶⁷ Este fenómeno no conduce a la construcción de instituciones fuertes dentro de un sistema de frenos y contrapesos; en buena medida, este fenómeno conduce a pensar nuevamente en el problema del hiperpresidencialismo.⁶⁸

El socialismo bolivariano del siglo XXI es una forma propia de populismo que ha inspirado a líderes políticos y ha determinado la creación de algunas políticas públicas, particularmente en Venezuela.⁶⁹ En efecto, existe una profunda desconfianza entre las instituciones venezolanas y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y esto condujo a que ese Estado denunciara la CADH.⁷⁰ Los tradicionales derechos burgueses fueron desplaza-

⁶⁶ Sobre el fenómeno de las “democracias iliberales”: Zakaria, Fareed, “The Rise of Illiberal Democracy”, 1997, 76, *Foreign Affairs*, pp. 22-43.

⁶⁷ O’Donnell, Guillermo, “Delegative Democracy?”, *Journal of Democracy*, 1994, 5, 63ff.

⁶⁸ Véase Valadés, Diego, “Formación y transformación del sistema presidencial en América Latina. Una reflexión sobre el *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano”, en von Bogdandy, Armin, Morales Antoniazzi, Mariela, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Construcción de un Ius Constitutionale Commune en América Latina: Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Puebla, BUAP-UNAM-Corte IDH-MPI, 2016.

⁶⁹ OEA y PNUD, *Nuestra democracia*, México, FCE-PNUD, OEA, 2010.

⁷⁰ CIDH, *CIDH manifiesta su profunda preocupación por efecto de la denuncia de la Convención Americana por parte de Venezuela*, CIDH Comunicado de Prensa No 64/13, Washington D.C., 10 de septiembre de 2013, consulta 15 jul 2016, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2013/064.asp>

A manera de prefacio

dos por los derechos sociales, la reducción de la pobreza, la lucha contra la distribución inícua del ingreso y la prestación de servicios como la salud o la educación. A cambio, se ha restringido la libertad de expresión (estigmatizada como un instrumento al servicio del imperio y de los intereses económicos hegemónicos de las antiguas élites),⁷¹ se ha limitado la participación política y se han manipulado las instituciones (mediante despidos masivos y la cooptación de los tribunales)⁷² cuando estas se han interpuesto en el camino de las agendas políticas. A pesar de lo anterior, es importante señalar que el populismo no es un fenómeno vinculado a una orientación ideológica específica. De hecho, los líderes populistas de América Latina han demostrado que el populismo puede servir a cualquier objetivo porque en la década de 1990, tanto Fujimori como Menem combinaron el populismo con la aplicación ejemplar de políticas neoliberales.⁷³

⁷¹ Smith, *Democracy in Latin America: Political Change in Comparative Perspective* (n51) 272. Ha controlado a la prensa a través de la asignación de frecuencias, ha “concedido licencia” a sus partidarios para que ataquen a los periodistas, interceptó las líneas telefónicas y designó agentes para que siguieran a los periodistas. Además de todo, su programa *Aló Presidente* (una emisión que puede durar más de cuatro horas) debe ser transmitido en todos los canales y frecuencias. Los jueces se han unido a ese ataque mediante órdenes de arresto contra los críticos del gobierno.

⁷² Véase CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, 30 de diciembre de 2009, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54, consulta 15 jul 2016, disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/Venezuela2009sp/VE09.indice.sp.htm> Corte IDH, *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepción Preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C, nú.. 227; *ibidem*, *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción Preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C, núm. 197.; *ibidem*, *Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C, núm. 182. La CIDH ha seguido de cerca la situación de derechos humanos en Venezuela: CIDH. Informe Anual 2015, consulta 15 jul 2016, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/InformeAnual2015-Cap4-Venezuela-ES.pdf>

⁷³ Roberts, “Neoliberalism and the Transformation of Populism in Latin America: The Peruvian Case”, *World Politics*, 48, 1995, 82, 83; Navia, Patricio y Walker, Ignacio, “Political Institutions, Populism, and Democracy in Latin America”, en Mainwaring, Scott y Scully, Timothy R. (eds.), *Democratic Governance in Latin America*, Stanford University Press, Stanford, 2010, 245-267.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Otro elemento que propicia la debilidad del gobierno democrático tiene relación con el hecho innegable de la conexión entre el poder y las fuerzas económicas privadas. Unas y otras se refuerzan mutuamente en una especie de círculo vicioso. La captura de las instituciones por parte de la élite ha engeguecido a los gobiernos.⁷⁴ Con frecuencia, las reglas del juego político y económico son establecidas por quienes son titulares del poder y el contenido de esas reglas es prefijado para que las mismas élites puedan mantener su posición hegemónica.⁷⁵ Es importante recordar que, desde el comienzo de la industria colonial, el objetivo era la extracción de las riquezas del nuevo mundo con el fin de beneficiar a la Corona y a una pequeña élite, en detrimento de la situación de la mayor parte de la población. Este modelo se ha perpetuado desde que “aquellos que tienen riqueza han escrito las reglas políticas”.⁷⁶ La Constitución de Chile de 1980 puede ser leída bajo esta perspectiva porque creó un sistema económico que ha logrado petrificar la distribución tradicional de la riqueza y abrir oportunidades de negocios tanto para empresas nacionales como trasnacionales.⁷⁷

El desplazamiento progresivo del Estado causado por los programas de ajuste estructural impulsados por el Consenso de Washington durante los años 80's y 90's ha exacerbado el poder de la élite económica de América Latina. Las políticas tributarias, la regulación y los presupuestos se encuentran sesgados a favor de la élite económica.⁷⁸ Del mismo modo, las normas sobre el sis-

⁷⁴ Higley, John y Gunther, Richard (eds.), *Elites and Democratization in Latin America and Southern Europe*, CUP, Cambridge, 1992; Cannon, Barry, *The Right in Latin America: Elite Power, Hegemony and the Struggle for the State*, Nueva York, Routledge, 2016.

⁷⁵ Vanden y Prevost, *Politics of Latin America: The Power Game*, 5ª ed., Nueva York, OUP, 2015, 154.

⁷⁶ Prevost y Vanden, *Latin America: An Introduction*, (n53), 187.

⁷⁷ Couso, “Trying Democracy in the Shadow of an authoritarian Legality: Chile’s Transition to Democracy and Pinochet’s Constitution of 1980”, 29, *Wisconsin International Law Journal*, 2012, 393-415, especialmente 400.

⁷⁸ Eckstein y Wickham-Crowley, “Struggles for Justice in Latin America”, (n34), 15; Oxborn, Philip, “Social Inequality, Civil Society and the Limits of Citizenship in Latin America”!, en Eckstein y Wickham-Crowley (eds.), *What Justice? Whose Justice? Fighting for Fairness in Latin America*, (n34),

A manera de prefacio

tema electoral tienen una influencia muy baja en el control de las políticas que son aprobadas por los gobiernos. Sin duda, de todo lo anterior se infiere que el poder sin control y la aplicación selectiva del derecho son dos fenómenos plenamente interconectados.

En el contexto de los anteriores retos, no resulta extraño que las teorías y las doctrinas constitucionales tradicionales perdieran todo su atractivo. Los autores del ICCAL son plenamente conscientes de estos desafíos y encuentran que el constitucionalismo transformador tiene un rol importante que desempeñar frente a esos retos. Desde luego, no se trata de una fórmula para traer el cielo a la tierra, pero los desafíos de América Latina demuestran que no existe una razón para desfallecer y que el derecho es una pieza esencial para cualquier transformación en la región.

III. EL ICCAL DENTRO DEL DINÁMICO PANORAMA CONSTITUCIONAL DE AMÉRICA LATINA

El ICCAL se basa en muchas propuestas desarrolladas por la academia de América Latina. En efecto, el renacimiento constitucional que se produjo en la región después de la desaparición de los regímenes autoritarios ha abierto el paso a un cuerpo teórico sustancial sobre la manera en que el derecho constitucional y la judicatura pueden enfrentar las deficiencias estructurales y la exclusión.

En este ámbito, el hecho más importante fue el surgimiento en la década de 1990 de una corriente de pensamiento, denominada “neoconstitucionalismo”, que propició la renovación del constitucionalismo latinoamericano.⁷⁹ El neoconstitucionalismo se basa

52; Terry Lynn, Karl, “The Vicious Cycle of Inequality in Latin America”, en *ibidem*, 147-148.

⁷⁹ Sobre sus fundamentos filosóficos y su origen en la escuela de filosofía del Derecho de Génova: Pozzolo, Susanna, “Un constitucionalismo ambiguo!”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003, 188ff; Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en *ibidem*, 75ff; Salazar Ugarte, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)”, en González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego (eds.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2013) 352.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

en las innovaciones de las democracias constitucionales europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial y, particularmente, en las transformaciones ocurridas desde los años 70's.⁸⁰ Las referencias centrales son la Constitución de Italia (1947), la Ley Fundamental Alemana (1949) y las constituciones de Portugal (1976) y España (1978).⁸¹ La recepción en América Latina de estas ideas constitucionales no fue mecánica. Se puede afirmar que el neoconstitucionalismo debió adaptarse a una realidad marcada por los múltiples problemas de la región como la desigualdad, la pobreza, la exclusión, la garantía deficitaria de los derechos humanos y los problemas de representación política.⁸² En ese contexto, la doctrina jurídica y la academia española de los años 80's tuvieron una especial importancia para la democratización y la consolidación del Estado de derecho en América Latina.⁸³

El neoconstitucionalismo no es una “teoría unitaria”.⁸⁴ La expresión abarca diferentes corrientes sobre la reconfiguración

⁸⁰ Carbonell, Miguel, “Neoconstitucionalismo”, *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, Universidad de Alcalá, 9 de mayo de 2009, consulta 15 jul 2016, disponible en http://diccionario.prapdi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/101

⁸¹ Casal, Jesús María, *La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello-Fundación Konrad Adenauer, 2015, 15ff.

⁸² Arango, Rodolfo, “Justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia. Aporte a la construcción de un *Ius Constitutionale Commune* en Latinoamérica”, en von Bogdandy y otros (eds.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales*, (n1) 18, 19; García Jaramillo, Leonardo, *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, cap. 1.

⁸³ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981; sobre su impacto Bidart Campos, Germán J., *El derecho a la constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, 19.

⁸⁴ Ahumada, María Ángeles, “Neoconstitucionalismo y constitucionalismo”, en Comanducci, Paolo; Ahumada, María Ángeles y González Lagier, Daniel, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 135. Se encuentra plenamente justificado hablar de “neoconstitucionalismos” en plural, tal y como fue efectivamente utilizada la expresión por Carbonell en la compilación de artículos *Neoconstitucionalismo(s)*, (n79).

A manera de prefacio

del derecho constitucional⁸⁵ que comparten algunos elementos esenciales. Uno de los puntos en común hace parte de los temas sobre los que se ocupa el neoconstitucionalismo, por ejemplo: el concepto mismo de Constitución, la interpretación constitucional, la función de la Constitución dentro del sistema jurídico o la forma para hacer compatible la doctrina sobre la separación de poderes con el nuevo rol de los jueces. Otro aspecto compartido es la idea de que todo el ordenamiento jurídico debe ser irradiado por la Constitución, en especial, por los derechos fundamentales, dentro de los cuales se incluye a los derechos sociales fundamentales. El éxito en el recurso al concepto alude, a juicio de sus cultores, a lo atinado de la identificación del fenómeno que procura identificar.⁸⁶

En algunos casos, se hace referencia a la *constitucionalización de los derechos humanos*⁸⁷ mientras que en otros se apela a la *constitucionalización del ordenamiento jurídico*.⁸⁸ Por otra parte, el neoconstitucionalismo se caracteriza por una triple ambición: el establecimiento de una *nueva teoría jurídica*,⁸⁹ una *nueva cultura*

⁸⁵ Los distintos tipos de neoconstitucionalismo son reconstruidos por varios autores: Pozzolo (ed.), *Neoconstitucionalismo, derecho y derechos*, Palestra, Lima, 2011; Sanchís, Luis Prieto, “Neoconstitucionalismos. Un catálogo de problemas y argumentos”, 44, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2010, 461-506; Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2011; Bernal Pulido, Carlos, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 2009.

⁸⁶ Pozzolo, Susanna (ed.), *Neoconstitucionalismo, derecho y derechos*, Lima, Palestra Editores, 2011.

⁸⁷ Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de los derechos*, Madrid, Trotta, 2013, 24, 25.

⁸⁸ Barroso, Luis Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, IJ-UNAM, México, 2008; García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009, 60.

⁸⁹ Rodríguez Garavito, César (ed.), *Law and Society in Latin America: A New Map*, (n52); Nolte, Detlef y Schilling-Vacaflor, Almut (eds.), *New Constitutionalism in Latin America. Promises and Practices*, Ashgate, Farnham, 2012.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

*jurídica*⁹⁰ y por comportar profundas transformaciones conceptuales, jurídicas y sociales.

El neoconstitucionalismo sustenta que la Constitución es mucho más que un simple marco para la acción política.⁹¹ El centro de atención son los derechos y los principios establecidos en la Constitución. La rigidez constitucional se convierte en un tema central a afectos de dotar de eficacia a esos derechos y principios constitucionales, toda vez que es condición necesaria para la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Del mismo modo, la interpretación de la Constitución se convierte en una preocupación nuclear porque todas las leyes deben ser interpretadas de conformidad con las disposiciones constitucionales. El efecto esperado es la constitucionalización del ordenamiento jurídico y este es considerado esencial para el desarrollo de una agenda social. Por la misma razón, las garantías judiciales y la interpretación progresiva de los derechos son esenciales para el neoconstitucionalismo.⁹²

El neoconstitucionalismo enfatiza en los principios constitucionales y en la relación de estos con los valores. Por esta razón, el neoconstitucionalismo es cercano a la idea de la *lectura moral de la Constitución*. Los extensos catálogos de derechos fundamentales —sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales— son considerados como mandatos para el legislador que este debe desarrollar (optimizar) por medio de la legislación. Además, se afirma que cada rama del sistema jurídico (derecho público, derecho privado, derecho social) tiene una dimensión constitucional.⁹³

⁹⁰ García Jaramillo, Leonardo, “El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del derecho constitucional: el caso colombiano”, en Capaldo, Griselda D.; Sieckmann, Jan-Reinhard y Clérico, Laura (eds.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Eudeba, Buenos Aires, 2012, 814.

⁹¹ Roberto Gargarella cuestiona que no se ha avanzado en la llamada “sala de máquinas”.

⁹² Bernal Pulido, Carlos, *Du néoconstitutionnalisme en Amérique latine*, París, L’Harmattan, 2015, 9ff.

⁹³ Véase Casal, Jesús María, *La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo*, (n81), 26ff.

A manera de prefacio

El neoconstitucionalismo destaca el valor normativo de todas las reglas, principios y mandatos constitucionales. Según esta tesis, con independencia de su estructura, todas las normas constitucionales producen efectos jurídicos. Esto incentiva a los tribunales constitucionales porque los principios constitucionales no se encuentran formulados de manera concreta o precisa, sino que requieren una labor de concreción y de determinación de su contenido por parte de los jueces. Por esa razón, adquieren una importancia central las técnicas de la interpretación constitucional y la ponderación. Muchos autores se enfocan en la aplicación del derecho, es decir, en el razonamiento legal y en la justificación de las decisiones judiciales.⁹⁴ Esto explica el interés que suscitan los trabajos de Robert Alexy, Ronald Dworkin o Peter Häberle.

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar la existencia de una “versión estándar de la teoría neoconstitucionalista del Derecho”, cuyos principales elementos incluyen “Constitución sustantiva pero pluralista, conflictivismo, principios, ponderación, derrotabilidad, unidad de solución correcta a lo Dworkin o, al menos, discrecionalidad mediada por una depurada argumentación racional”.⁹⁵ Estos elementos en común no impiden la existencia de un grado de diversidad terminológica y sustancial dentro del neoconstitucionalismo. Como lo demostraron los debates que se desarrollaron paulatinamente durante los años 90’s, cada vez aparece con mayor claridad la distinción entre un constitucionalismo positivista y un constitucionalismo no positivista.⁹⁶ Este último es considerado por algunos autores como cercano al iusnaturalismo.⁹⁷ También se ha advertido que, entre el constitucionalismo fuerte y el constitucionalismo débil, el segundo es

⁹⁴ Atienza, Manuel, “Constitución y argumentación”, 24, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2007, 197-228.

⁹⁵ Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismos (Un catálogo de problemas argumentos)”, 44, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2010, 485.

⁹⁶ García Amado, Juan A., “Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”, en Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, 239.

⁹⁷ Véase Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, 34 *DOXA, Cuadernos de filosofía del derecho*, 2011, 17.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

más cercano a las tesis positivistas.⁹⁸ Algunos textos son más descriptivos y se limitan a enumerar las características internas de las constituciones, mientras que otros son prescriptivos porque establecen cuáles deben ser las funciones propias de una Constitución, el valor normativo de las reglas, los principios y los mandatos constitucionales, la manera como deben ser interpretadas las disposiciones constitucionales y la extensión de la fuerza normativa conferida a la Constitución.

El “neoconstitucionalismo” debe distinguirse del “nuevo constitucionalismo latinoamericano”.⁹⁹ Aquel es un concepto que procura teorizar acerca de los fundamentos normativos y axiológicos de este, que podría concebirse más bien como un movimiento constitucional que muestra una distancia respecto del constitucionalismo del *Norte Global*. El nuevo constitucionalismo latinoamericano ha tenido una influencia particular en los procesos constituyentes y en los textos constitucionales de Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009).¹⁰⁰ Pedro Salazar señala las diferencias en el plano teórico y práctico de estas constituciones que son el producto de procedimientos constituyentes populares de los cuales surgieron instituciones con un evidente pedigrí populista.¹⁰¹

⁹⁸ García Figueroa, Alfonso, “La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo”, en Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, (n79), 159-186.

⁹⁹ Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, 48, *Gaceta Constitucional*, 2011, 307. Véase Corte Constitucional de Ecuador para el periodo de transición, *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

¹⁰⁰ Marcelo Neves se refiere al bolivarianismo y a las democracias monolíticas. Neves, “La concepción del Estado de derecho y su vigencia práctica en Suramérica, con especial referencia a la fuerza normativa de un derecho supranacional”, en von Bogdandy, Landa Arroyo, Morales Antoniazzi (eds.), *¿Integración suramericana a través del Derecho?*, (n1), 70. Para otra aproximación: King, Phoebe, “Neo-Bolivarian Constitutional Design: Comparing the 1999 Venezuelan, 2008 Ecuadorian, and 2009 Bolivian Constitutions”, en Galligan, Denis J. y Versteeg, Mila (eds.), *Social and Political Foundations of Constitutions*, Nueva York, CUP, 2013, 366-397.

¹⁰¹ Salazar Ugarte, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)”, (n79), 351.

A manera de prefacio

Las constituciones y los doctrinantes identificados con el nuevo constitucionalismo latinoamericano tienen en común las siguientes cinco características centrales:¹⁰² i) un mayor énfasis en los derechos sociales, económicos y culturales; ii) una fuerte tendencia hacia la *democracia participativa* que desplaza a la democracia meramente representativa (i.e. “poder ciudadano” en Venezuela, “control social” en Ecuador y mecanismos de participación popular); iii) el reconocimiento de los sujetos colectivos como actores políticos (i.e. pueblos indígenas con derecho a participar en política); iv) la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas y el rediseño de las instituciones del Estado con el fin de superar el concepto de multiculturalismo, lo cual, en el caso de Bolivia y Ecuador, se extiende a la noción de *Estado plurinacional* y v) aumento de la intervención del Estado en la economía en contra del neoliberalismo y el sistema de libre mercado.¹⁰³

Además, los textos constitucionales que responden a esta tendencia se encuentran relacionados de manera implícita o explícita con un compromiso fuerte por transformar las condiciones materiales de la sociedad. Desde luego, también existe el propósito de ir mucho más allá del marco ideológico del constitucionalismo liberal.¹⁰⁴ Al mismo tiempo, es importante señalar que las experiencias y las prácticas constitucionales de Bolivia, Ecuador y Venezuela no son idénticas. Mientras que la Constitución de Venezuela tiene un enfoque multicultural, las constituciones de Bolivia y Ecuador se autodeclaran como parte de Estados pluri-

¹⁰² Véase Serna de la Garza, José María, “Problemas, novedades y desafíos del constitucionalismo latinoamericano”, en Serna de la Garza (ed.), *Contribuciones al Derecho Constitucional*, IJ-UNAM, México, 2015, 697-714.

¹⁰³ Ramiro Ávila Santamaría señala que la Constitución de Ecuador de 2008 “asume con vigor un modelo igualitarista, que se basa en la solidaridad, en la protección de los menos favorecidos o peor situados y en un Estado que no puede ser sino fuerte”. Ramiro Ávila Santamaría, “Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia”, en Elsner, Gisela (ed), *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, KAS, 2009, 776ff.

¹⁰⁴ Uprimny Yepes, Rodrigo, “Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges”, 89, *Texas Law Review*, 2010, 1587–1609.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

nacionales, con lo cual se generan diversas políticas identitarias. Bolivia está inmersa en un constitucionalismo con una orientación específica hacia la diversidad y la inclusión social y el empoderamiento de los pueblos indígenas (i.e. curules o escaños en el Parlamento para los representantes de los pueblos indígenas, sistemas judiciales indígenas, titularidad de la propiedad sobre los recursos naturales para los pueblos indígenas y garantía efectiva de los derechos de autonomía y autogobierno).¹⁰⁵ Otra diferencia es que en Venezuela el nuevo constitucionalismo latinoamericano ha subvertido el significado esencial de la democracia¹⁰⁶ a tal punto que, incluso la OEA se ha expresado al respecto.¹⁰⁷

Probablemente, el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano son las dos corrientes del pensamiento más prominentes, pero ciertamente no son las únicas. La denominada *internacionalización del derecho constitucional* es una propuesta alternativa¹⁰⁸ que adquirió una marcada relevancia a partir del año 2011 con la apertura de México hacia el derecho

¹⁰⁵ Art. 5.I de la Constitución de Bolivia: Son idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, que son el Aymara, Araona, Baure, Bésiro, Canichana, Cavineño, Cayubaba, Chácobo, Chimán, Ese Ejja, Guaraní, Guarasu'we, Guarayu, Itonama, Leco, Machajuyai-kallawaya, Machineri, Maropa, Mojeño-trinitario, Mojeño-ignaciano, Moré, Mometén, Movima, Pacawara, Puquina, Quechua, Sirionó, Tacana, Tapiete, Toromona, Uruchipaya, Weenhayek, Yaminawa, Yuki, Yuracaré y Zamuco.

¹⁰⁶ Levitsky, Steven y Way, Lucan A., *Competitive Authoritarianism: International Linkage, Organizational Power and the Fate of Hybrid Regimes*, Nueva York, CUP, *forthcoming*; Levitsky, Steven, "Populismo y autoritarismo competitivo", *La República*, 26 sep. 2011, consulta 15 jul 2016, dispone en <http://larepublica.pe/columnistas/punto-de-vista-steven-levitsky/populismo-y-autoritarismo-competitivo-26-09-2011> Brewer-Carías, Allan R., *Authoritarian Government vs. the Rule of Law. Lectures and Essays (1999-2014) on the Venezuelan Authoritarian Regime Established in Contempt of the Constitution*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, 986.

¹⁰⁷ OEA, Comunicado de Prensa E-057/16. Venezuela: Declaración del Secretario General de la OEA, Luis Almagro, 10 may 2016, consulta 15 jul 2016, disponible en http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-057/16

¹⁰⁸ Capaldo, Sieckmann y Clérico (eds.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, (n89).

A manera de prefacio

internacional de los derechos humanos.¹⁰⁹ Sin embargo, la internacionalización del derecho constitucional tampoco constituye un paradigma incuestionable. Algunas voces son muy críticas respecto de la apertura de los sistemas nacionales y cuestionan la legitimidad democrática del derecho internacional.¹¹⁰ Otra tendencia académica importante y reciente tiene una propuesta que supera el ámbito regional para enfatizar en los aspectos en común con otros procesos transformadores que ocurren en todo el *Sur Global*.¹¹¹

En el marco de este prolijo contexto teórico y discursivo interviene el ICCAL. Este enfoque se construye sobre la base de la interacción con los debates previos del constitucionalismo: con sus triunfos, sus ideas y, por supuesto, con sus puntos ciegos. Ciertamente, el ICCAL comparte la convicción sobre el potencial transformador del derecho cuando este se incluye dentro de un conjunto de procesos sociales mucho más amplios. Además, el ICCAL construye y reconstruye la riqueza de la actividad judicial con una agenda transformadora.

El ICCAL no se ubica en contra de los principales elementos teóricos que han generado los debates sobre el neoconstitucio-

¹⁰⁹ En junio de 2011 fue aprobada una reforma constitucional que incorporó de manera explícita el principio *pro persona* dentro del art. 1º de la Constitución. Entre otros aspectos, la reforma garantiza un estatus privilegiado para los tratados internacionales sobre derechos humanos cuando los jueces realizan la interpretación constitucional, sobre el tema: José de Jesús Orozco Henríquez, “Los derechos humanos y el nuevo artículo 1º constitucional”, 28, *IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México*, 2011, 85-98; Serna de la Garza, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, IJ-UNAM, México, 2012, 240ff.

¹¹⁰ Ha habido voces que proponen un discurso constitucional idiosincrático enfocado en la denominada “identidad constitucional” y que destacan la falta de legitimidad del derecho internacional. Véase Núñez Poblete, Manuel, “Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona”, 14, *Ius et Praxis*, 2008, 331-372. Estos argumentos provienen de todos los sectores del espectro político, pero no se han ubicado dentro de la discusión relevante en América Latina.

¹¹¹ Por ejemplo: Bonilla Maldonado, Daniel (ed), *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, (n33).

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

nalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano, pero sí está en contra de la distorsión del constitucionalismo para ponerlo al servicio de objetivos ideológicos y populistas (*i.e.* el desmantelamiento del Estado de derecho y de la democracia a través del populismo). Para el ICCAL son cruciales el respeto estricto de la separación de poderes y la democracia representativa.

Al mismo tiempo, el ICCAL es un enfoque que aporta algunas innovaciones dentro de la discusión constitucional latinoamericana contemporánea con el objetivo de enfrentar las deficiencias sistémicas y la exclusión. El ICCAL va mucho más lejos que el neoconstitucionalismo y tiene en cuenta la influencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La magnitud de esta influencia no fue prevista por los autores de la región de los años 90's. Por esta razón, el enfoque analítico del ICCAL no se centra en cada una de las constituciones nacionales, sino que se refiere a la interacción horizontal transnacional del derecho nacional de varios países entre sí y de estos con las instituciones internacionales. Ciertamente, esta interacción se produce con diferentes grados y mecanismos en cada uno de los países. Existen tanto casos de interacción intensa (*i.e.* Colombia)¹¹² como ejemplos en los cuales la interacción apenas puede ser descrita como emergente (*i.e.* Chile).¹¹³ Este prisma transnacional hace del ICCAL un compromiso esencialmente comparativo.

El enfoque comparativo está impreso en el ADN académico del ICCAL. Los investigadores que forman parte de la red tienen como interés prioritario el diálogo constante entre los desarrollos que surgen de la evolución del derecho nacional y la gobernanza internacional de los derechos humanos a la luz de los desafíos sociales y económicos que se les imponen. Del mismo

¹¹² Cepeda Espinosa, Manuel J., "The Internationalization of Constitutional Law: A Note on the Colombian Case", 41, *Law and Politics in Asia, Africa and Latin America*, 2008, 61-77.

¹¹³ Henríquez, Miriam, "Propuesta inicial sobre derechos constitucionales", en Sierra, Lucas (ed), *Propuestas constitucionales: la academia y el cambio constitucional en Chile*, Santiago, Centro de Estudios Públicos, 2016, 44-45. Algunos argumentos en contra: Nogueira Alcalá, Humberto, *Derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*, México, UBIJUS, 2014, 39.

A manera de prefacio

modo, el ICCAL incluye tanto a investigadores especialistas en el derecho nacional como en derecho internacional, quienes realizan su trabajo de investigación con independencia de las fronteras de los sistemas legales que haya que traspasar. El ICCAL vincula a los juristas especialistas en el derecho público nacional que consideran que el derecho comparado e internacional son esenciales para su profesión con los juristas especialistas en derecho internacional que entienden que no existe un fenómeno global sin un fenómeno local. Todos estos juristas e investigadores unen sus esfuerzos para explorar la emergencia de un derecho constitucional común en América Latina. Nosotros creemos que existe una red sólida conformada por: el derecho constitucional comparado, el derecho de los derechos humanos regional y sus múltiples instituciones, los grupos de interés y otros actores; esta red está mostrando un enorme potencial para avanzar en una agenda transformadora. Al identificar, comprender y desarrollar esta red, el ICCAL está contribuyendo con este proceso.¹¹⁴

¹¹⁴ Uprimny, 'The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates', en Gargarella, Domingo, Roux (eds), *Courts and Social Transformation in New Democracies* (n33) 127-151; Cepeda Espinosa, 'Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court' (2004) 3, *Washington University Global Studies Law Review*, 537-700.

I. Paradigmas del surgimiento del *Ius Constitutionale Commune*

La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *Ius Commune**

Sergio García Ramírez**

Sumario: 1. Un objetivo y un itinerario. 2. Los elementos del Sistema Interamericano. 3. Espacio político y espacio judicial. 4. Democracia y factores de cambio. 5. Las “miradas” sobre la navegación americana. 6. Autoritarismo y proyecto democrático. 7. Los puentes entre el Derecho interno y el DIDH. 8. La misión del juzgador. 9. Los grandes temas para el Ius Commune.

1. UN OBJETIVO Y UN ITINERARIO

Este artículo, que aloja un tema previamente expuesto en otras reflexiones,¹ se suma al esfuerzo colectivo por avanzar en la ruta

* Este trabajo se publicó en el libro *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, de Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho internacional Público-Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2010.

** Expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador Nacional Emérito del Sistema Nacional de Investigadores (México). Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Con la colaboración de Eréndira Nohemí Ramos Vázquez, Asistente de Investigación (SNI).

¹ La más cercana, de la que deriva el texto actual, fue la exposición del autor en la conferencia inaugural con la misma designación de este artículo del Seminario

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

del *Ius Commune* latinoamericano relativo a los derechos humanos, tarea que ha ganado voluntades y territorios en los últimos años. Hoy existe una circunstancia favorable a esta marcha — pese a los infinitos obstáculos que tradicionalmente ha enfrentado—, que se manifiesta en sendas reformas normativas, giros jurisprudenciales, políticas públicas emergentes y atenciones académicas.² De ahí que podamos aludir con buen fundamento al asunto que anuncia el título del artículo, al que adelante me referiré con mayor detalle: una “navegación americana” en el derrotero de los derechos humanos.

Han transcurrido veinte años desde que se reunió la Conferencia Mundial de Derechos Humanos,³ que produjo documentos fundamentales para esta materia —una Declaración y un Programa que concentraron el pensamiento y los propósitos de la humanidad en 1993.⁴ Entonces manifestó el secretario general de Naciones Unidas, Boutros-Boutros Ghali— que esa conferencia constituía “uno de esos momentos raros y esenciales en que toda la comuni-

Internacional *Ius Constitutionale Commune en los Derechos Humanos en América Latina*. Sus objetivos, el 20 de noviembre de 2013, en el Max Plank Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg, Alemania.

² Mencionaré, solo por vía de ejemplo, que en los dos meses anteriores a la elaboración del presente trabajo, hubo en México diversas expresiones de atención política y académica hacia el tema central que ahora interesa, los derechos humanos. Fueron la Reunión de la Red de Organizaciones Nacionales de Protección de los Países Americanos (octubre de 2013); el periodo extraordinario de sesiones —y los encuentros académicos conexos— de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —por segunda vez—; la primera fue en 2005, también en la Ciudad de México; Cfr. Saavedra Alessandri, Pablo y Pacheco Arias, Gabriela, “Las sesiones «itinerantes» de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar por América”, en Sergio García Ramírez y Castañeda, Mireya (coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, IJ-UNAM-Secretaría de Relaciones Exteriores-Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009, pp. 37 y ss., y las “XIV Jornadas sobre Justicia Penal del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México”, del 3 al 6 de diciembre, acerca de los “Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos. Influencia y repercusión en la justicia penal”.

³ Cfr. ONU, *Conferencia mundial de derechos humanos. Declaración y programa de acción de Viena*, junio 1993, Nueva York, Naciones Unidas, 1995.

⁴ Adoptados por consenso de los representantes de 171 Estados, el 25 de junio de 1993, y aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 48/121 del mismo año. Cfr. *ibidem*, p. 1.

La “navegación americana” de los derechos humanos...

dad de los Estados se halla bajo la mirada del mundo”.⁵ Esa mirada no ha cesado: se tiende sobre los progresos, pero también sobre los tropiezos y los retrocesos. Está en vigilia. Observa las afirmaciones y las negaciones. Mantiene la atención en torno a las deliberaciones y las tensiones que se advierten dondequiera, América incluida.⁶

El examen de estas cuestiones conduce inmediatamente tanto al abordaje de un binomio inescindible: derechos humanos y democracia, como a la revisión del itinerario que hemos desarrollado —mujeres y hombres de América, Estados y sociedad civil, es decir, pueblos americanos— para alcanzar, como quien se orienta hacia la “tierra prometida”, los extremos de aquel binomio. Derechos humanos y democracia se reclaman y condicionan mutuamente; lo que ocurre en un extremo repercute en el otro, como que son caras de una sola medalla.⁷ En la normativa interamericana de los derechos humanos y en los pronunciamientos de la jurisprudencia regional es constante la referencia al marco de la sociedad democrática, en la que legalidad y legitimidad se hallan indisolublemente vinculadas.⁸ Estas referencias ilustran y confieren rumbo y contenido al *Ius Commune* interamericano.

⁵ Cfr. *ibidem*, p. 5.

⁶ Cfr. un comentario general acerca de la evolución reciente del Sistema Interamericano, la relación entre órganos políticos y de derechos humanos de la OEA y el debate sobre reformas en esta materia, en González Morales, Felipe, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 61 y ss.

⁷ Este reconocimiento es constante y generalizado. Mencionemos, así, la Carta Democrática Interamericana, aprobada por la Asamblea General de la OEA el 11 de septiembre de 2001 (misma fecha de los trágicos atentados terroristas en Washington y Nueva York), en cuyos considerandos se reafirma que “la promoción y protección de los derechos humanos es condición fundamental para la existencia de una sociedad democrática”, y se reitera que “la democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos (...)”.

⁸ La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) se refiere a los derechos y garantías derivados “de la forma democrática representativa de gobierno” (art. 29, c) y a la correlación entre derechos y deberes “en una sociedad democrática” (art. 32). La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) puntualizó que en una sociedad democrática, legalidad y legitimidad se hallan inseparablemente vinculados; las enlaza el bien común. Cfr. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

También me referí al itinerario que hemos venido cumpliendo y que caracteriza los afanes del orden interamericano, sus pasos —adelante, confiamos— y sus estaciones. En este punto aludo, sobre todo, a “nuestra América”, conforme a la expresión martiana:⁹ el conjunto de repúblicas identificadas por elementos históricos y cultural —mayoritariamente— compartidos, que han desenvuelto su travesía a partir de circunstancias comunes —en amplia medida— y con el mismo —supuesto— puerto de arribo. Me he permitido utilizar con frecuencia esta figura “náutica”, que considero ilustrativa¹⁰ y que permite deslindar las tareas mundiales de los cuidados regionales e inclusive nacionales: distinguir, pues, entre los datos generales y los datos particulares, comunicados entre sí por anhelos, empeños y propósitos que confieren coherencia al conjunto.

Lo que llamo navegaciones “regionales”, como son los casos notorios de la europea,¹¹ la americana y la africana —y pudieran ser las navegaciones que aguardan—, tiene que ver con experiencias, necesidades, posibilidades, expectativas, “vientos” —apacibles o cruzados—, tiempos e instrumentos, que imponen el signo

⁹ Cfr. Martí, José, “Nuestra América”, en *La Revista Ilustrada*, de Nueva York, 10 de enero de 1891, y *El Partido Liberal*, de México, 30 de enero de 1891. Para una revisión de este tema en la producción martiana, Cfr. Martí, *Nuestra América*, Caracas, Venezuela, Fundación Biblioteca Ayacucho, 2005.

¹⁰ Cfr. García Ramírez, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la pena de muerte”, en Antonio Muñoz Aunión (coord.), *Por la abolición universal de la pena de muerte*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, p. 229; García Ramírez, *Control judicial de convencionalidad*, I, Poder Judicial del Estado de Aguascalientes, México, 2012; “El control judicial interno de convencionalidad”, en *Revista IUS*, México, vol. 5, núm. 28, jul-dic, 2011, disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-21472011000200007&script=sci_arttext

¹¹ Que se manifiesta en la “construcción de Europa”, nada menos. Cfr. García Roca, Javier, y Fernández Sánchez, Pablo Antonio, “Prefacio” a VV.AA., *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, CEPC, 2009, p. XIX; o bien, como entiende José Antonio Pastor Ridruejo, con una inflexión distinta, un “peregrinaje de la Unión Europea en pos de la seguridad jurídica en el campo de los derechos fundamentales”. “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la adhesión al Convenio Europeo según el Tratado de Lisboa”, en *ibidem*, p. 3.

La “navegación americana” de los derechos humanos...

de lo particular sin negar —antes bien, afirmando— el signo de lo general. Existe una navegación europea, la primera en aparecer formalmente,¹² en la que hoy figuran 47 protagonistas nacionales, incorporados paulatinamente,¹³ que abarca a 800 millones de seres humanos, ha enviado “señales orientadoras” a otras navegaciones y cuenta con algunos medios “tácticos” que preservan la gran estrategia: así, el margen nacional de apreciación.¹⁴ A buena distancia de la travesía de los países europeos, se halla la más reciente entre todas: la navegación africana, conducida por una Carta de Derechos, seguida por numerosos Estados y alentada por un Tribunal que inició, hace una década, sus difíciles tareas.¹⁵

¹² Con sustento en el Convenio (europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950, disponible en http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

¹³ Los ratificadores originales —quienes estuvieron presentes en la Conferencia del 4 de noviembre de 1950— del Convenio de Roma de 1950 fueron: Reino Unido, Alemania, Noruega, Suecia, Dinamarca, Islandia, Irlanda y Luxemburgo. Y los que se han incorporado en la década 1995-2005, son: Albania, Andorra, Armenia, Azerbaiyán, Bosnia Herzegovina, Bulgaria, Estonia, Letonia, Lituania, Georgia, Macedonia, Moldova, Mónaco, Montenegro, Rusia, Serbia y Ucrania; Cfr. Consejo de Europa, disponible en <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=005&CM=8&DF=&CL=ENG>

¹⁴ Cfr. García Roca, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, Navarra, Cuadernos Civitas-Instituto de Derecho Parlamentario-Thomson Reuters, 2010; Vergottini, Giuseppe, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, trad. por Pedro J. Tenorio Sánchez, pról. Javier García Roca, Pamplona, Cuadernos Civitas-Thompson Reuters, 2010, pp. 110-111; y Delmas-Marty, Mireille, quien sostiene que este margen nacional es la “llave principal” de lo que denomina “pluralismo ordenado”, *Le pluralisme ordonné*, Ed. du Seuil, París, 2006, p. 75. Igualmente, Cfr. Blackburn, Robert, “The Institutions and Processes of the Convention”, en Blackburn, Robert y Polakiewicz, Jörg (eds.), *Fundamental Rights in Europe. The ECHR and its Member States, 1950-2000*, Oxford University Press, pp. 24 y ss.

¹⁵ El Sistema Africano tiene base en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981, adoptada por 53 Estados. Además de la Comisión Africana de Derechos Humanos, existe una Corte establecida por protocolo de 1998, vigente en 2004; el Tribunal funciona a partir de 2006. Hoy día, dos jurisdicciones se han unido en un solo órgano: la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos. Cfr. Saavedra Álvarez, Yuria, “El

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

En este momento interesa la navegación americana, tema de mi artículo y cauce del *Ius Commune* interamericano. Para acotarla conviene establecer una fecha “oficial” de inicio, aunque haya múltiples fechas significativas, “nutricias”, en una larga historia poblada de sombras: 1945, año de la Conferencia de Chapultepec,¹⁶ que sugirió una suerte de redefinición continental —entre el final de la Segunda Guerra y el inicio de una era de paz mundial— y anunció el reconocimiento internacional de los derechos humanos. Seguiría la Novena Conferencia Interamericana, conmovida por el “Bogotazo” que ensombreció sus trabajos,¹⁷ pero no impidió sus buenos frutos, afines a los que comenzaban a poblar otros espacios geopolíticos en el proceso de los derechos humanos. Fueron aquellos, nada menos: la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre —primer instrumento de su género en la historia del Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)—,¹⁸ la Carta Internacional

sistema africano de derechos humanos y de los pueblos. Prolegómenos”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, IJ-UNAM, 2008, vol. VIII, pp. 671-712, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/8/cmt/cmt20.pdf> Fischel de Andrade, José H., “El sistema africano de protección de los derechos humanos y de los pueblos. Primera parte”, *Estudios básicos de derechos humanos*, Costa Rica, t. VI, 1999, 448-462, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1840>

- ¹⁶ Cfr. “Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz. México, 1945”, *Conferencias internacionales americanas. Segundo suplemento, 1945-1954*, disponible en http://biblio2.colmex.mx/coinam/coinam_2_suplemento_1945_1954/base2.htm
- ¹⁷ Hay crónicas interesantes sobre los días difíciles que transitó la Novena Conferencia Interamericana. Entre las obras que ofrecen valioso testimonio, figura la del entonces Secretario de Relaciones Exteriores de México y Jefe de la Delegación Mexicana, Jaime Torres Bodet: *Memorias. La victoria sin alas*, México, Biblioteca Mexicana de la Fundación Miguel Alemán, A. C., 2012, esp. pp. 299 y ss.
- ¹⁸ En efecto, la Declaración Americana fue adoptada el 2 de mayo de 1948; siete meses más tarde, el 10 de diciembre del mismo año, se proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Contrariamente al criterio tradicionalmente seguido acerca del valor jurídico de aquella Declaración; Cfr. García Bauer, *Los derechos humanos... cit.*, p. 113; este fue mi punto de vista en otro tiempo, Cfr. García Ramírez, *Los derechos humanos*

La “navegación americana” de los derechos humanos...

Americana de Garantías Sociales y las Convenciones de Derechos Civiles y Políticos de la Mujer. De esta suerte se ponían las primeras piedras en la edificación de nuestro *Ius Commune* sobre derechos humanos.

En el ámbito americano aparecieron, seguidamente, los proyectos de convención sobre derechos humanos: en 1959, el formulado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, con la participación de ilustres juristas,¹⁹ y más tarde, los aportados por los gobiernos de Chile y Uruguay.²⁰ En ese tiempo hubo un notable paso adelante, que inició la etapa “instrumentadora”, si se me permite llamarla así, del Sistema Interamericano de Protección: se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por acuerdo de una reunión de cancilleres.²¹ Esa Comisión, que nació con facultades importantes, pero reducidas, “hizo ca-

y el derecho penal, 2ª ed., Miguel Ángel Porrúa, México, 1988; la Corte Interamericana le ha reconocido eficacia vinculante en la medida en que contiene los derechos humanos a los que alude la Carta de la OEA, verdadero tratado internacional. Cfr. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, opinión consultiva OC-10/89, 14 de julio de 1989; para los Estados miembros de la OEA, “la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización una fuente de obligaciones internacionales”, párrs. 43 y 45. Cfr., asimismo, Hauser, Denise, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a partir de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre”, en Courtis, Cristian *et al.* (comps.), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, México, Porrúa-ITAM, 2005, pp. 123 y ss.

- 19 Destacan el guatemalteco Carlos García Bauer y el uruguayo Eduardo Jiménez de Aréchega. En torno al proyecto del Consejo, Cfr. García Bauer, *Los derechos humanos, preocupación universal*, Guatemala, Universidad de San Carlos, 1960, pp. 147 y ss.
- 20 Cfr. OEA, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y documentos*, OEA/Ser.K/XVI/1.2, reimp. 1978, Washington, D.C, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, p. 1.
- 21 Emitido por la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile, en 1959, que expidió otras resoluciones importantes para la tutela de los derechos humanos y la eficacia del “principio democrático”. Cfr. *Acta Final, Documento OEA/Ser.C/II.5*.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

mino al andar” y prestó —como lo hace hoy mismo— servicios eminentes a la causa que atiende.²²

En 1969, tras una detallada preparación, se contó con un proyecto de convención, que conocería la Conferencia Interamericana Especializada en Derechos Humanos, reunida en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969; el 21 de dicho mes fue adoptada la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José”.²³ En esta forma se cumplió una etapa más —decisiva— de la fragua del *Ius Commune* de los derechos humanos en América. Empero, el entusiasmo de los Estados fluyó lentamente: fue necesario que transcurriera una década para que adquiriese vigencia el tratado,²⁴ no obstante la “atracción facilitadora”²⁵ que habían incluido los autores de aquel a través de la cláusula facultativa que permite a las partes asumir la Convención sin acoger simultáneamente la competencia contenciosa de la Corte Interamericana.²⁶

²² Acerca de la Comisión IDH, Cfr., entre otros, Santos Coy, Bertha, *La Commission Interaméricaine des Droits de l’Homme et le développement de sa compétence par le système des pétitions individuelles*, Ginebra, Publications de l’Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales, 1995; Sepúlveda, César, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1960-1981)” y “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA. Un cuarto de siglo de evolución y empeños”, en *Estudios sobre derecho internacional y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, y González Morales, *Sistema Interamericano...*, cit., esp. pp. 31 y ss., 89 y ss., 183 y ss.

²³ Cfr. OEA, *Conferencia Especializada Interamericana...*, cit.

²⁴ En los términos del art. 74.2 se requería la ratificación de once Estados para que iniciara la vigencia del tratado. Esto ocurrió el 18 de julio de 1978, merced a las ratificaciones de Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela. Cfr. OEA, disponible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm

²⁵ Cfr. Úbeda de Torres, Amaya, *Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Madrid, Reus, 2007, p. 101. La autora establece el contraste entre esta “facilidad” contenida en el Pacto de San José y la solución prevista en el Convenio Europeo.

²⁶ Art. 62 CADH, que permite a los Estados reconocer la competencia al depositar el instrumento de ratificación o adhesión al Pacto, o en cualquier

La “navegación americana” de los derechos humanos...

La Corte Interamericana, que atendería las previsiones de René Cassin y del presidente de Costa Rica, Rodrigo Carazo,²⁷ sobre la necesidad de contar con una jurisprudencia orientadora e integradora del régimen de tutela —es decir, una jurisprudencia laboriosa en el rumbo del *Ius Commune*—, quedó instalada en 1979; lentamente adquiriría su propia “velocidad de crucero”, para utilizar la expresión que Pastor Ridruejo empleó a propósito de la Corte Europea.²⁸ El inicio fue lento: transitó primero una etapa de opiniones consultivas;²⁹ luego llegarían, paulatinamente, los casos contenciosos: en 1987, casi cuatro lustros a partir de la fecha de la Convención, y dos desde la instalación de la Corte.

En un primer momento de esta segunda etapa, la atención del Tribunal se concentró en un pequeño número de casos, re-

momento posterior, en forma amplia o circunscrita a cierto tiempo o determinados casos.

²⁷ Las expresiones “judicializadoras” de Cassin pueden verse en OEA, *Conferencia Especializada Interamericana...*, cit., p. 434. El parecer de Carazo figura en VV.AA., *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Memoria de la instalación*, reimp., San José, Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-OEA-Unión Europea, 1998, p. 20.

²⁸ Pastor Ridruejo, José Antonio, “Dos años de singladura del nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Catalina Ayora, Juan Ignacio y Ortega Terol, Juan Miguel (coords.), *Globalización y derecho*, España, Universidad Castilla-La Mancha, 2003, p. 52.

²⁹ En esta etapa se emitieron las siguientes opiniones consultivas: “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-1/82, 24 de septiembre de 1982; *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, opinión consultiva OC-2/82, 24 de septiembre de 1982; *Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-3/83, 8 de septiembre de 1983; *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, opinión consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984; *La Colegiación Obligatoria de Periodistas...*, cit.; *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, opinión consultiva OC-6/86, 9 de mayo de 1986; *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-7/86, 29 de agosto de 1986, y *El Habeas Corpus bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

sueltos a través de varias sentencias —los denominados “casos hondureños”—,³⁰ sobre una violación frecuente en América: desaparición forzada. A partir de entonces, el Sistema Interamericano contribuyó a la formación del derecho interamericano de los derechos humanos, e incluso del derecho internacional de la materia, considerando que la Corte debió elaborar conceptos sobre desaparición forzada antes de que existieran las convenciones respectivas, tanto americana como mundial.³¹

Si se contempla la evolución de la Corte y del derecho común prohijado por esta a través de su jurisprudencia, desde la perspectiva del número de personas abarcadas por la competencia contenciosa potencial, convendrá observar que la gran mayoría de los habitantes de América ingresó en ese número apenas en 1998 —casi treinta años después de la Conferencia de San José—, cuando los países más poblados, Brasil y México, que reúnen esa mayoría, aceptaron dicha competencia de manera prácticamente simultánea.³²

2. LOS ELEMENTOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO

Fue así que se construyó lo que hoy denominamos el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos —que ciertamente no se resume en los dos órganos de supervisión internacional: Comisión y Corte—,³³ cuya integración

³⁰ La Corte emitió diez sentencias para la atención de solo tres casos, los únicos que la ocuparon durante los primeros años de ejercicio jurisdiccional contencioso; el número de sentencias se explica al tomar en cuenta que algunas se contrajeron a las excepciones provisionales, otras abordaron el fondo, varias las reparaciones —“indemnizaciones compensatorias”, se les llamaba entonces— y alguna más la interpretación de aquellas resoluciones. Los casos iniciales fueron: *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras* y *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*.

³¹ Las sentencias de los “casos hondureños” fueron dictadas entre 1987 y 1990. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada es de 1994; la mundial, de 2006.

³² Brasil depositó el instrumento de ratificación el 10 de diciembre de 1998; México, el 16.

³³ Me he referido a la caracterización estricta del Sistema en diversos trabajos, entre ellos mi libro *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007, pp. 33 y ss.

La “navegación americana” de los derechos humanos...

supone elementos o datos de tres categorías. Ante todo, un dato “ideológico” —compartido con las navegaciones universal y europea— que establece la posición del individuo, la sociedad y el Estado e implica una profesión de fe y un compromiso *pro homine* invocados en el conjunto del ordenamiento interamericano y, por supuesto, en las resoluciones de la Comisión y de la Corte. Este dato ideológico arraiga en la noción de sociedad democrática y en los valores y principios que lo identifican.³⁴

El segundo dato del sistema tiene carácter normativo. Es preciso observar que hace poco más de medio siglo este terreno se hallaba baldío; hoy está densamente poblado. Mídase lo que va de la Conferencia de Chapultepec a la regulación —tan numerosa y heterogénea— en los primeros años del siglo XXI. En la época del “gran baldío”, el derecho de los derechos humanos existente en los países americanos era el acogido en el ordenamiento interno, a partir de la independencia alcanzada en el siglo XIX—y previamente en la de Estados Unidos, en el siglo VIII—; podría hablarse de un derecho común, considerando sus raíces ideológicas y sus expresiones normativas, pero no de un derecho interamericano. En todo caso, la misión identificadora corría a cargo del derecho comparado; hoy también corre a cargo del derecho internacional, que provee fuentes copiosas y directas para la formación de los ordenamientos internos.

En la navegación americana, a la CADH se han agregado, para integrar crecientes capítulos del *Ius Commune*, varios protocolos³⁵

³⁴ Así, la Corte ha señalado que “el concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías (es) inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira”. Añade: “En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”. Cfr. *El habeas corpus bajo Suspensión de Garantías...*, *cit.*, párr. 26.

³⁵ La suscripción y ratificación de un protocolo a la CADH supone la previa incorporación en el Pacto de San José. Dado que no es este el caso de todos los Estados miembros de la OEA, resulta potencialmente mayor el conjunto de las partes en las Convenciones especializadas, que no implican la misma condición.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

—con diverso número de ratificaciones o adhesiones—³⁶ y convenciones especiales —también con distinto y muy contrastado número de Estados parte—. ³⁷ Este conjunto normativo amplía el alcance del *Ius Commune*, como también lo extiende el desempeño jurisdiccional de la Corte cuando se pronuncia sobre la interpretación y/o la aplicación de los protocolos y las convenciones.

No queda en este marco todo el derecho interamericano de los derechos humanos. En sentido amplio, este abarca otros actos jurídicos que también ingresan, con diversa fuerza, a los ordenamientos internos y a la observancia de las autoridades nacionales. Forman parte del derecho interamericano de los derechos humanos los estatutos y reglamentos de los órganos de supervisión internacional,³⁸ a los que se ajusta el comportamiento procesal de los Estados, las sentencias, opiniones consultivas y diversas resoluciones jurisdiccionales, las recomendaciones, relatorías y otros actos del llamado *soft law*,³⁹ que proveen o identifican estándares para la observancia de los Estados: es decir, derecho común de estos, inmediatamente aplicable o en formación.

³⁶ Por un lado, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador”, que cuenta con 16 Estados partes; por el otro, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, con 13 ratificaciones. Cfr. OEA, disponible en <http://www.oas.org/es/>

³⁷ El número de ratificaciones o de Estados parte de estos instrumentos regionales (al 19 de diciembre de 2013) son: Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, 18; Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Convención de Belém do Pará”, 32; Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, 14; Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, 19. Cfr. OEA, disponible en <http://www.oas.org/es/>

³⁸ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuenta con un estatuto que data del 31 octubre de 1979 y un reglamento vigente desde 13 de noviembre de 2009. Este fue modificado el 22 de marzo de 2013 y entró en vigor el 1º de agosto del mismo año. Cfr. OEA, disponible en <http://www.oas.org/es/>

³⁹ Toro Huerta, Mauricio Iván del, “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional Público*, vol. VI, 2006, pp. 513-549, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/6/art/art12.pdf>

La “navegación americana” de los derechos humanos...

Por último, el Sistema Interamericano incluye un tercer dato, político-operativo, que permite avanzar “de los dichos a los hechos”; en él reside, obviamente, la prueba de fuego para las convenciones, el discurso y los preceptos. Me refiero a las estructuras nacionales, que acogen el DIDH a través de una recepción amplia y por diversas vías, que en otro lugar mencionaré; y a las estructuras internacionales, que proveen garantía colectiva,⁴⁰ supervisión, tutela internacional y colaboración.

Este es el ámbito de los protagonistas del Sistema: Estados, Organización de los Estados, entes internacionales de supervisión, sociedad civil —particularmente esforzada y diligente,⁴¹ y cierta-

⁴⁰ Explícitamente lo manifiesta el preámbulo de la Convención Europea: “resueltos (los gobiernos de los Estados europeos) a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de cierto número de derechos enunciados en la Declaración Universal”. En forma menos directa, la misma idea reside en los preámbulos de la Declaración Americana y la Convención Americana. En todo caso, la jurisprudencia interamericana ha desarrollado el deber de colaboración entre los Estados, particularmente a propósito de la aplicación de la justicia en supuestos de grave violación de derechos; así, “...ante la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún tratándose de un contexto de violación sistemática de derechos humanos, la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación inter-estatal para estos efectos...”, Cfr. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 131.

⁴¹ Sobre la función y actividad de las instituciones de la sociedad civil en la tutela de derechos humanos a través del Sistema Interamericano, Cfr. Krsticevic, Viviana, “El papel de las ONG en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Trámite de casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, VV.AA., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI. Memoria del Seminario. Noviembre de 1999*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, t. I, p. 409; y “Desafíos de la comunidad de derechos humanos de cara a la Asamblea General de la OEA”, en *Revista IIDH*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, edición especial, núms. 30-31, pp. 245 y ss.; Cuéllar, Roberto, “Participación de la sociedad civil y Sistema Interamericano de Derechos Humanos en contexto”, en *El Sistema Interamericano de Protección...*, cit., t. I, p. 349; y Rodríguez Brignardello, J. Hugo, “OEA y participación de la sociedad civil. Entre un modelo para armar y otra posibilidad perdida”, en *Revista CEJIL*, diciembre de 2005, pp. 27 y ss. En lo que respecta a Europa, cabe citar ahora, por ejemplo, a Buchet, Antoine, “El papel de las ONG europeas en

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

mente heterogénea— y actores emergentes, como los he denominado, en cuyas filas cuentan, entre otros agentes, el *ombudsman* nacional, inicialmente mirado con reticencia,⁴² y la defensoría pública interna, que también fue observada con recelo, toda vez que se trata de una figura del derecho doméstico legitimada para actuar internacionalmente en contienda con el Estado al que corresponde. Del impulso provisto por las defensorías internas en gestiones tutelares de derechos humanos en la escena internacional, provino una figura interesante y relevante del enjuiciamiento interamericano: el defensor público interamericano.⁴³

En este punto de la exposición, resulta pertinente recordar que la Corte Interamericana es un Tribunal permanente. En efecto, desempeña “permanentemente” sus funciones jurisdiccionales, aunque sus integrantes no estén “constantemente” reunidos en la sede de San José. Tiene una clara vocación institucional —cuyo cumplimiento ha sido condición de éxito— hacia las grandes definiciones que forman jurisprudencia vinculante —o al menos orientadora, tema sujeto a debate— que luego se reflejará, como en efecto ha ocurrido con frecuencia creciente, en todos los ho-

el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos”, en *Similitudes y divergencias entre los Sistemas de Protección Regionales de los Derechos Humanos. El caso de América y Europa. Memoria del Seminario Internacional*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2000, pp. 175 y ss.

⁴² El primer caso en el que participó un *ombudsman* ante la Corte Interamericana, en apoyo a la víctima —y consecuentemente en contienda con el Estado— fue *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 4. La importancia del *ombudsman* ha sido constantemente destacada. Lo hizo la resolución 48/134 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 20 de diciembre de 1993, referente a las “Instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos”, y su anexo sobre los “Principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales” (Principios de París). Lo reiteró la resolución 50/176 de la misma Asamblea, el 27 de febrero de 1996.

⁴³ En el actual Reglamento de la Corte Interamericana se acoge esta figura en el art. 37: “En casos de presuntas víctimas sin representación legal debidamente acreditada, el Tribunal podrá designar un Defensor Interamericano de oficio que las represente durante la tramitación del caso”. Cfr. Corte IDH, disponible en http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_esp.pdf

La “navegación americana” de los derechos humanos...

rizontes internos.⁴⁴ En este sentido cabe decir que es una Corte reguladora (¿normativa?), democratizadora, que no se concentra apenas en litigios individuales, sino avanza hacia definiciones continentales, y en este sentido se asemeja a los tribunales constitucionales internos dotados de mayor competencia.

3. ESPACIO POLÍTICO Y ESPACIO JUDICIAL

Actualmente la Organización de los Estados Americanos —ámbito geopolítico del Sistema que estamos examinando— consta de 34 Estados en ejercicio de sus derechos dentro de la Organización, número que subiría a 35 si se agrega a Cuba.⁴⁵ No todos son parte en la Convención Americana: solo 23 —que eran 25 hasta el 26 de mayo de 1999, cuando entró en vigor la denuncia formulada por Trinidad y Tobago,⁴⁶ y 24 hasta septiembre de 2013, cuando adquirió vigencia la denuncia depositada por Venezuela—.⁴⁷

⁴⁴ Por ello es reducido —y conviene que lo siga siendo; ya dije que ha sido condición de éxito para la protección continental de los derechos humanos en lo que atañe a la Corte IDH— el número de casos sujetos al conocimiento de este Tribunal. En el curso de su historia —hasta el 16 de enero de 2014— ha dictado 275 sentencias, relativas a 174 casos resueltos por aquel medio. Las cifras de sentencias anuales, que guardan proporción con el número de demandas —o sometimientos de casos— y han permitido evitar el rezago son naturalmente reducidas: 18 en 2008, 19 en 2009, 9 en 2010, 18 en 2011, 21 en 2012, 16 en 2013.

⁴⁵ La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, en su Trigésimo Noveno Periodo de Sesiones, llevado a cabo del 2 al 3 de junio de 2009, emitió la resolución AG/doc.5005/09. En esta se resolvió dejar sin efecto la exclusión que se hizo del gobierno de Cuba el 31 de enero de 1962, y que la reincorporación de este será producto del diálogo. Cfr. OEA, disponible en <http://www.oas.org/council/sp/AG/AG39ordinaria.asp> Respecto del rechazo de Cuba para reingresar a la OEA, véase *El País*, disponible en http://internacional.elpais.com/internacional/2009/06/04/actualidad/1244066404_850215.html

⁴⁶ Denuncia depositada el 26 de mayo de 1998 ante la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. Cfr. OEA, disponible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Trinidad_y_Tobago

⁴⁷ Denuncia depositada el 10 de septiembre de 2012 ante la Secretaría General de la OEA. Cfr. OEA, disponible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Venezuela

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Los países de la América septentrional —Estados Unidos y Canadá— no parecen dispuestos a incorporarse en la Convención;⁴⁸ tampoco existe movimiento favorable al ingreso de países caribeños: solo dos —Surinam y Barbados—⁴⁹ son Estados parte en el Pacto de San José.⁵⁰ Ningún Estado ha adherido a la Convención después de 1993.⁵¹ Por supuesto, es preocupante que el número de Estados parte no haya crecido —sino disminuido— a lo largo de veinte años, pese a las constantes convocatorias de la Organización y de los Estados, individualmente, para avanzar en el proceso de universalización o, en este caso, regionalización.

A fin de cuentas, existe un verdadero —aunque no seguro— “espacio judicial —y convencional— latinoamericano” en materia de derechos humanos. Esto acota la formación del *Ius Commune*, aunque los Estados sustraídos al Pacto comulgan, en gran medida, con los valores y principios que informan ese derecho compartido. De ahí que las fronteras entre el interior y el exterior del *Ius Commune* formal sean relativas y borrosas.

Desde sus orígenes, el Sistema Interamericano general —dentro del que opera el Sistema Interamericano de Protección de los

⁴⁸ Entre los documentos que permiten advertir la posición canadiense frente al Sistema Interamericano, Cfr. *Enhancing Canada's Role in the OAS. Canadian Adherence to the American Convention on Human Rights. Report of the Standing Senate Committee on Human Rights*, The Senate, mayo de 2003, pp. 58 y ss.

⁴⁹ Barbados es el Estado americano que más recientemente reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH: 4 de junio de 2000.

⁵⁰ La “frialdad” caribeña —que se puso de manifiesto en la aludida denuncia de la Convención por Trinidad y Tobago— se relaciona con la subsistencia de la pena de muerte en países anglófonos, aunque no solo con este tema. La coyuntura para el retiro de Trinidad surgió con motivo del *Caso James y otros*, sentencia del 3 de abril de 2009, y el alegato del Estado a propósito del tiempo máximo que podría transcurrir para la ejecución de un condenado a muerte, bajo la regla de plazo (cinco años) establecida en la decisión del Privy Council en el caso *Pratt y Morgan*, de Jamaica. Cfr. Committee of the Privy Council, *Earl Pratt and Ivan Morgan v. Attorney General of Jamaica*, noviembre 2 de 1993, disponible en <http://www.eji.org/files/Pratt%20and%20Morgan%20v.%20Jamaica.pdf>

⁵¹ Dominica lo hizo el 11 de junio de 1993. Cfr. OEA, disponible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm

La “navegación americana” de los derechos humanos...

Derechos Humanos— se ha visto asediado por fuerzas centrípetas y centrífugas, tensiones y disputas;⁵² aquí han entrado en colisión las ideas y las prácticas del monroísmo y el bolivarismo y otros avatares, tema ajeno a este artículo.⁵³ Ha habido propuestas de ampliación de los términos de la CADH, a través de un protocolo, para acentuar los deberes estatales y el carácter imperioso de aquel instrumento. Estas iniciativas no han tenido éxito.⁵⁴ Las instituciones de la sociedad civil han objetado, generalmente, las

⁵² Para un panorama sobre esta cuestión, Cfr. Moreno Pino, Ismael, *Orígenes y evolución del Sistema Interamericano*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1977.

⁵³ Entre las “crisis” del Sistema tutelar, que impactaron o impactan tareas de la Comisión y de la Corte, figuró el pretendido retiro de Perú de la competencia de la Corte IDH, sin denuncia de la Convención. Acerca del retiro y retorno del Perú a la jurisdicción de la Corte Interamericana, cfr. Landa Arroyo, César, *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, 3ª ed., Lima, Palestra Editores, 2007, pp. 867 y ss.; García Ramírez, “Una controversia sobre la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios Jurídicos*, México, IJ-UNAM, 2000, pp 389 y ss., y en *La jurisdicción internacional. Derechos humanos y justicia penal*, México, Porrúa, 2003, pp. 389 y ss.; Cerna, Christina, “Questions on International Law raised by Peru’s ‘withdrawal’ from Inter-American Court of Human Rights”, y Ossa Henao Carmela, “La OEA y el pretendido «retiro» de la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el gobierno peruano (1999-2000)”, en Zerbini Ribeiro, Renato (coord.), *Os rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ensayos en Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Liber Amicorum Cançado Trindade*, Porto Alegre, Brasil, Sérgio Antonio Fabri, ed., 2005, t. V, pp. 323-352 y 353-392. Cfr. las resoluciones de la Corte IDH sobre este asunto en *Caso Ivcher Bronstein*. Competencia. Sentencia del 24 de septiembre de 1999, párrs. 36, 46, 49, 50 y 53, y *Caso del Tribunal Constitucional*. Competencia. Sentencia del 24 de septiembre de 1999, párrs. 35, 45, 48, 49 y 52. Actualmente, son significativas las tensiones entre países del ALBA y la OEA y la denuncia de la Convención por parte de Venezuela, a raíz del *Caso Díaz Peña vs. Venezuela*, sentencia del 26 de junio de 2012, un litigio desencadenado por las condiciones de reclusión de Díaz Peña, que en otras circunstancias difícilmente hubiera tenido tan hondas repercusiones.

⁵⁴ Cfr. Cançado Trindade, “Informe: Bases para un proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, VV.AA., *El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI. Memoria del Seminario. Noviembre de 1999*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, t. I.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

sugerencias de “abrir la Convención”, tomando en cuenta el riesgo de que se “desande” el camino andado —diríamos: retroceda la navegación— tanto en aspectos procesales como sustantivos.

Es indispensable observar que en años recientes —y particularmente entre 2011 y 2013— renacieron las tensiones a partir del proyecto de revisión del Sistema de Protección emprendido por varios Estados y acompañado por otros, que culminó en deliberaciones intensas y acuerdos transitorios. La mayor incidencia de este proceso se proyectó sobre la Comisión Interamericana, frecuentemente asediada.⁵⁵

4. DEMOCRACIA Y FACTORES DE CAMBIO

El paisaje latinoamericano a la mitad del siglo xx mostraba un amplio conjunto de regímenes autoritarios, reacios a los progresos de la democracia y reticentes en la observancia de los derechos humanos. Proliferaban las dictaduras, civiles o militares. No había calado, desde luego, la práctica —aunque hubiese proclamación de la idea— que hoy campea en el artículo 1 de la Carta Democrática Interamericana: “Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla”. En los últimos lustros la situación se ha modificado; la democracia avanza —con detenciones y tropiezos— y trae consigo la conciencia y la exigencia de los derechos humanos, que a su turno impulsan nuevos pasos adelante en el proceso democratizador de varios países.

Los factores del cambio que se observa en el continente son diversos y vigorosos; entre ellos, por supuesto, el acento en la

⁵⁵ La reflexión de 2012-2013 ocurrió en el marco de conflictos intrarregionales de mayor calado. Hubo una Asamblea General Extraordinaria de la OEA (abril de 2013) para examinar esta materia. Se acordó mantener abierta la reflexión colectiva. La Comisión Interamericana introdujo modificaciones en su reglamento, sus políticas y sus prácticas. Los cambios se sustentan en la resolución 1/2013 de la propia Comisión, del 18 de marzo de 2013, y entraron en vigor el 1 de agosto del mismo año. Abarcan varios extremos; así: medidas cautelares, admisibilidad, procedimiento de fondo, indagaciones, informes, supervisión y numerosas tareas de promoción y fortalecimiento.

La “navegación americana” de los derechos humanos...

legalidad y la lucha contra la impunidad.⁵⁶ Ensayemos una breve relación. Los temas del pasado persisten y crecen en la opinión pública, que se resiste a olvidar. Indudablemente, “para construir el futuro es preciso conocer el pasado”, expresión de Otto Frank inscrita en un muro de la casa de Ana Frank en Ámsterdam.

De ello da cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana, acogida con puntualidad por la mayoría de los Estados a los que es aplicable, acerca de autoamnistías —y amnistías en períodos democráticos— y otros obstáculos para el “recuerdo y la acción”.⁵⁷ Existe, claramente, una constancia del reclamo de las víctimas y sus sucesores: dan testimonio —por ejemplo, pero un ejemplo que conoce el mundo entero— las madres y las abuelas de la Plaza de Mayo,⁵⁸ los grupos comprometidos con la “memoria histórica”, la exigencia de recurso efectivo a favor de las víctimas, las fotografías de desaparecidos que abundan en los muros de edificios públicos en países donde la desaparición forzada fue costumbre e “instrumento de gobierno”.

Los tratados de derechos humanos, constantemente invocados en condiciones de transición o de paz arraigada, se orientan obviamente a exigir el imperio de esos derechos y sus consecuencias, mucho más que a promover la conciliación y la pacifi-

⁵⁶ Refiriéndose al escenario argentino —pero su concepto tiene mayor alcance— María José Guembe señala que entre los factores que operan en este campo cuentan “la persistencia y crecimiento de los temas del pasado en la opinión pública; la constancia del reclamo de las víctimas; la fortaleza de las organizaciones de derechos humanos; y la asunción en el gobierno de autoridades convencidas de la necesidad de revertir la impunidad”. “Obligación de investigar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos”, en Abramovich, Víctor; Bovino, Alberto y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2007, p. 421.

⁵⁷ Cfr. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 232; y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012, párr. 283.

⁵⁸ Cfr. Asociación Madres de Plaza de Mayo, *Historia de las madres de Plaza de Mayo*. Prólogo, disponible en <http://www.madres.org/navegar/nav.php?idstio=5&idcat=906&idindex=173>

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

cación, objetivos que se persiguen por otros medios.⁵⁹ La Corte Interamericana, siguiendo a la jurisprudencia europea, ha destacado que los tratados de derechos humanos revisten un carácter especial y distinto de otros convenios internacionales, por cuanto no solo fijan deberes bilaterales o multilaterales entre los Estados, sino tienen destinatarios adicionales: los seres humanos.⁶⁰ La normativa internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia interamericana han llevado al conjunto de los países del área la conciencia de que el Estado debe perseguir los delitos graves, en defensa de la sociedad y en ejercicio de autodefensa, pero nunca a costa de los derechos humanos.⁶¹ Consta este principio en la Convención contra el Terrorismo, de 2002.⁶²

En la misma dirección favorecedora de los derechos humanos, que destaca las consecuencias de las violaciones y el imperativo de las reparaciones, se encuentra el quehacer de organismos establecidos para este fin, en el curso o al cabo de violentísimas contiendas internas, o bien, de los órganos regulares del Estado

⁵⁹ Al respecto, cfr. Saavedra Alessandri, Pablo y Pacheco Arias, Gabriela, “Las sesiones «itinerantes» de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar por América”, en García Ramírez, Sergio y Castañeda Hernández, Mireya (coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, IJ-UNAM-SRE-Corte IDH, 2009, pp. 37-74.

⁶⁰ Cfr. la opinión consultiva OC-02/82, de la Corte IDH, a propósito de *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, del 24 de septiembre de 1982, párr. 29. Ese Tribunal cita las sentencias europeas en los casos *Irlanda vs. Reino Unido* y *Soering vs. Reino Unido*, en una resolución del *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú... cit.*, párrs. 42-45.

⁶¹ Al respecto, Cfr. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 87; y *Caso J. vs. Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 124.

⁶² Cfr. García Ramírez, “The Inter-American Court of Human Rights’ Perspective on Terrorism”, en Salinas de Frías, Ana María; Katja L. H., Samuel y Whitem Nigel D. (eds.), *Counter-Terrorism. International Law and Practice*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2012, pp. 785 y ss.

La “navegación americana” de los derechos humanos...

en el desempeño de su misión natural. En el primer caso se hallan las comisiones de la verdad —particularmente eficaces cuando las jurisdicciones internacional (orientadora del tratamiento general de esta materia) y nacional reconocen el valor probatorio de sus hallazgos—,⁶³ y en el segundo, los órganos jurisdiccionales que asumen una función específica de “garantes” de la observancia de los derechos humanos.⁶⁴

En este punto, corresponde hacer referencia a las experiencias —tan variadas y controvertidas— en el campo de la “justicia de transición”, que no puede operar como una “justicia de transacción” entre las corrientes favorecedoras del DIDH y las tendencias conciliadoras o reconciliadoras. Cada una acoge los términos de la cuestión: de una parte, justicia; de la otra, perdón, pero difieren en el orden de presentación en la escena.⁶⁵ La jurisprudencia interamericana ha abordado el punto a propósito de ordenamientos concretos, como la Ley de Justicia y Paz —Colombia— y destacado las condiciones del debido proceso en este marco: debido proceso exigente e ineludible, aunque se entiendan las difíciles circunstancias que median en países empeñados

⁶³ Así, por ejemplo, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador...*, *cit.*, párr. 316.

⁶⁴ Hay abundante normativa constitucional y secundaria en los países latinoamericanos que proclama la independencia del juzgador y alienta la misión de este como garante de los derechos humanos. Al respecto, cfr. Varios, *La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez*. Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Uruguay, España, San José, C. R., Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD)-Comisión Europea, 1996. En su propio estudio de revisión y síntesis sobre la investigación realizada, Eugenio Raúl Zaffaroni (codirector científico del proyecto) destaca progresos y obstáculos. Sintetiza: “existe un impulso republicano que, más allá del resultado inmediato, testimonia una tendencia innegable [...] puede decirse que, si bien se nota un movimiento generalizado hacia la independencia del poder judicial en la región abarcada, es claro que el mismo se enfrenta a tendencias muy fuertes que en buena medida neutralizan los esfuerzos”. *Ibidem*, pp. 31-32.

⁶⁵ Abordo este punto en mi prólogo a Mill, Rita Aurora, *Mediación penal*, Argentina, Rubinzal Culzoni, Editores, Santa Fe, 2013, pp. 19-20. Ahí comento el punto de vista de la autora (p. 203), que invoca una prelación deducida del salmo 85 en el *Libro de los Salmos*.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

en esfuerzos de pacificación.⁶⁶ Nuestro *Ius Commune* no podría ignorar la exigencia procesal, y menos aún si se acepta —como ocurre generalmente— que el acceso a la justicia —por todos; las víctimas inclusive, evidentemente— es pieza angular en el régimen de protección de los derechos. El tema interesa asimismo, con explicable intensidad, en el campo de la justicia penal internacional.⁶⁷

Estamos mencionando los factores del cambio democratizador en América Latina, que incide en la reformulación del ordenamiento de los derechos humanos —a escala nacional o continental—, y en este sentido hay que dejar constancia de lo que pudiéramos denominar la “mundialización activa” de los derechos humanos, abastecida por mecanismos de observación, cada vez más vigorosa y puntual, a través de instancias específicas⁶⁸ y actuaciones

⁶⁶ Cfr. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007, párrs. 180 y ss.

⁶⁷ Acerca de la dependencia de la Corte Penal Internacional a cargo de la protección de víctimas y en torno a la reparación del daño, cfr. García Ramírez, *La Corte Penal Internacional*, 3ª ed., México, Novum-INACIPE, 2012, esp. pp. 46-47 y 214 y ss.

⁶⁸ Dentro de los órganos basados en la Carta de las Naciones Unidas se encuentra el Consejo de Derechos Humanos. Con relación a los órganos creados para supervisar el cumplimiento de tratados de derechos humanos se tienen nueve comités: Comité de Derechos Humanos (CCPR), Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Comité contra la Tortura (CAT), Subcomité para la Prevención de la Tortura (SPT), Comité de los Derechos del Niño (CRC), Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW), Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD), Comité contra las Desapariciones Forzadas (CED). Cfr. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/HR-Bodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx> Es muy relevante la labor de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas y la contribución de América Latina a esta, que no es —lo subrayo— un órgano de supervisión como los mencionados anteriormente. Para una noticia a este respecto cfr. Herdocia Sacasa, Mauricio, *La obra de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en el quinquenio 1997-2001. El aporte global de América Latina*, Managua, Imprimatur Artes Gráficas, 2003.

La “navegación americana” de los derechos humanos...

de los organismos no gubernamentales, cuyo desenvolvimiento opera en una suerte de redistribución mundial del poder.⁶⁹

En la actualidad, el derecho interno reconoce dos fuentes: la tradición jurídica doméstica y el derecho internacional atraído al sistema nacional por diversos medios de recepción.⁷⁰ Además, se ha formado una nutrida jurisprudencia interna sustentada en disposiciones internacionales, proceso que incluye un gran tema actual en pleno desarrollo: el control de convencionalidad,⁷¹

⁶⁹ En torno a esta reconsideración universal del poder, cfr. Delmas-Marty, Mireille, “Le Droit pénal comme éthique de la mondialisation”, en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, núm. 1, ene-mar, 2004, p. 1. “Las ONG’s son ya un factor de poder mundial”. Gamas Torruco, José, “Constitucionalismo, globalización y transiciones democráticas”, en Galeana, Patricia (coord.), *El constitucionalismo mexicano. Influencias continentales y trasatlánticas*, México, Senado de la República-Siglo XXI Editores, 2010, p. 264.

⁷⁰ A propósito de la recepción del DIDH y de la jurisprudencia internacional en el orden interno, cfr. los artículos reunidos en el volumen *Recepción nacional del Derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa...*, cit. Cfr. igualmente, Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, México, IJ-UNAM, 2006; y Caballero Ochoa, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, México, Porrúa, 2009. Es interesante mencionar que en México, país donde ahora se acentúa el fenómeno de la recepción, son aplicables al tema de los derechos humanos 168 tratados internacionales, según informa la Suprema Corte de Justicia, trátase de esa especialidad exclusivamente, trátase de instrumentos que atañen a otra materia, pero reconocen y tutelan derechos fundamentales del individuo. Cfr. SCJN, disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/>

⁷¹ En la creciente bibliografía sobre control de convencionalidad, cabe mencionar, además de un buen número de artículos: Albanese, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, EDIAR, 2008; Ayala Corao, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Caracas, Jurídica Venezolana, 2012; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Querétaro, FUNDAP, 2012; García Ramírez, *Control judicial de convencionalidad*, op. cit.; Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008; García Morelos, Gumesindo, *El control judicial difuso de constitucionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México*, México, UBIJUS, 2010; García Villegas Sánchez Cordero, Paula (coord.), *El control de convencionalidad y las cortes nacionales. La perspectiva de los jueces mexicanos*, México, Porrúa,

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

frecuentemente impulsado por técnicas de “litigio estratégico”.⁷²

El diálogo jurisprudencial —o jurisdiccional, fuente de la jurisprudencia— y la *cross fertilization* que de aquí resulta, constituyen otros datos a considerar en el proceso de cambio que estamos analizando. Ciertamente influyen de manera decisiva en la elaboración del *Ius Commune*.⁷³ Este diálogo, que hasta hace poco escaseó, hoy abunda. Hay buenos ejemplos en la experiencia entre la Corte Interamericana y los tribunales nacionales,⁷⁴ y

2013; Ferrer Mac-Gregor, *Panorámica del Derecho procesal...*, op. cit., pp. 659 y ss. En esta relación debe figurar el voto particular de Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. Estados Unidos Mexicanos*, en el que se hace un examen detallado del control; además, Brewer-Carías, Allan y Santofimio, Jaime Orlando, *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, y Varios, *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Humberto Nogueira Alcalá y Claudio Nash (coords.), Santiago de Chile, Librotecnia, 2012. Asimismo, Cfr. Del Toro Huerta, Mauricio, “Retos de la aplicación judicial en México conforme a los tratados de Derecho internacional de los derechos humanos”, Varios, *La armonización de los tratados de derechos humanos en México*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea/Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005, pp. 119 y ss.

⁷² A este respecto, cfr. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS, Argentina), *Litigio estratégico y derechos humanos. La lucha por el derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2008. La idea del litigio estratégico ha cundido y se actualiza en numerosas experiencias nacionales. Un ejemplo, entre otros, es México. Cfr. VV.AA., *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico. Experiencias de la sociedad civil*, México, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007.

⁷³ A estos respectos, es interesante el concepto de “transconstitucionalismo”, que alude a “una cuestión que podrá involucrar a tribunales estatales, internacionales, supranacionales y transnacionales —arbitrales—, así como a instituciones jurídicas locales nativas, en busca de solución”. Neves, Marcelo, “Transconstitucionalismo: breves consideraciones con especial referencia a experiencia latinoamericana”, en VV.AA., *Direitos humanos, democracia...*, cit., p. 255. También interesa el concepto de “diálogo transjudicial” entre tribunales constitucionales y de estos con tribunales internacionales de derechos humanos. Cfr. VV.AA., *El diálogo transjudicial...*, cit.

⁷⁴ A este respecto es relevante la sentencia de la Corte Interamericana en el *Caso Bulacio vs. Argentina*, sentencia del 18 de septiembre de 2003, la reac-

La “navegación americana” de los derechos humanos...

también en la recepción por estos de criterios de aquel Tribunal, adoptados en terceros países y en casos distantes de aquellos en los que posteriormente se aplica.⁷⁵ Esta fórmula de atracción y admisión es particularmente eficaz en la forja del derecho común, bajo normas y conforme a criterios internacionales, que trascienden las fronteras domésticas y generan una suerte de “internacionalidad” que alimenta la “comunidad” de soluciones.

Solo agregaré en esta relación de factores del cambio operado en el panorama latinoamericano la estimulante presencia de lo que podríamos llamar la “fortaleza expugnada”: grandes juicios —que parecieron impensables— de personajes del más elevado nivel en sus respectivos gobiernos, a partir de la invocación de derechos humanos vulnerados, la comisión de crímenes de lesa humanidad y, en varios casos, las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A este respecto hay ejemplos notorios en los juicios seguidos contra exgobernantes en Argentina, Chile, Perú⁷⁶ y Guatemala.⁷⁷ La jurisprudencia interameri-

ción —admisoria, pero discrepante— de la Corte Suprema de este país y la reflexión de la Corte Interamericana en el *Caso Albán Cornejo vs. Ecuador*, sentencia del 22 de noviembre de 2007, que constituyó una precisión —o rectificación, si se prefiere—. Comento este benéfico diálogo en mi voto concurrente en el *Caso Albán Cornejo*. Por otra parte, acerca de la relación entre la jurisdicción internacional y las jurisdicciones nacionales, cfr. García Sayán, Diego, “Una viva interacción; Corte Interamericana y tribunales internos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo...*, *cit.*, pp. 323 y ss.

⁷⁵ Así, la expresa y fundada admisión por parte de la Corte Suprema de Argentina, en sentencia del 14 de junio de 2005, alusiva a las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, de la jurisprudencia interamericana establecida en el *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001.

⁷⁶ En lo que respecta al enjuiciamiento del expresidente peruano, Cfr. Varios, *El caso de Alberto Fujimori Fujimori. La sentencia*, Pérez Arroyo, Miguel (dir.) y Velázquez Delgado Percy (coord.), Lima, Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2009. Además, cfr. *Caso Barrios Altos vs. Perú...*, *cit.*, párrs. 36 y ss., y *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párrs. 80, 86-80, 92.

⁷⁷ Dentro del periodo en que ejerció la presidencia de Guatemala José Efraín Ríos Montt (23 de marzo de 1982 a 8 de agosto de 1983) acaecieron los hechos que provocaron los *Casos Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004, *Masacre de las Dos Erres vs. Guate-*

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

cana ha sido un agente eficaz en la lucha contra la impunidad, caracterizada y rechazada desde las primeras sentencias que dictó la Corte IDH,⁷⁸ y ha provisto elementos importantes a las corrientes reorientadoras o rectificadoras del desempeño de la justicia en países americanos.⁷⁹

5. LAS “MIRADAS” SOBRE LA NAVEGACIÓN AMERICANA

Abundan las miradas sobre esta navegación americana, sus características, implicaciones, presente y futuro. Las hay severas y benévolas; unas y otras ponderan las circunstancias en que ocurre y avanza la navegación, o las pierden de vista e incurrir en calificaciones cuestionables. Algunas miradas, que entrañan enjuiciamiento, se posaron primero en Europa —o en el sistema mundial— y luego hicieron el viaje a las Américas. Las hay “metropolitanas”, que trabajan en el cotejo entre las distintas travesías, con preferencia sobre las más desarrolladas, y sus respectivos progresos. Varias son oriundas de América misma, y en algunos casos de dolorosas experiencias cosechadas en países americanos: poseen un *plus* importante, porque los observadores han sido víctimas o procuradores o defensores de derechos, libertades y democracia.

Contamos con una buena galería de versiones sobre la navegación americana, una suerte de “biografías” que corresponden

mala. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009, y *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012.

⁷⁸ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 176; y *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 187.

⁷⁹ Al respecto, cfr. Saavedra Alessandri, Pablo, “Impunidad de violaciones a derechos humanos”, en García Ramírez, Sergio; Islas de González Mariscal, Olga y Peláez Ferrusca, Mercedes (coords.), *XIV Jornadas sobre justicia penal. Criterios de jurisprudencia interamericana de derechos humanos: Influencia y repercusión en la justicia penal*, 3 al 6 de diciembre de 2013, Ciudad de México, IJ-UNAM-Corte IDH-CIDH-INACIPE-PUDH-AMCP, jueves 5 de diciembre, mesa 6, IJ-UNAM, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/vjv/>

La “navegación americana” de los derechos humanos...

a varios géneros necesarios. El conjunto aporta una nutrida bibliografía, cada vez más penetrante, crítica y propositiva.⁸⁰ En algunos casos se ha puesto el acento sobre las vicisitudes del origen y la primera etapa de las instituciones, a través de trabajos descriptivos;⁸¹ en otras, el énfasis se cifró en las competencias y los procedimientos de protección de los derechos, indispensable en el desarrollo del “procesalismo internacionalista”.⁸² También existen descripciones de la relación entre el Sistema Interamericano, estático —como figura— y dinámico —como desarrollo—, y la efectiva tutela de los derechos y las libertades —el impacto de aquel—, la construcción o reconstrucción de la democracia que está entre las “ideas fuerza” del Sistema y el cumplimiento de sus objetivos.

En este “fresco biográfico” representativo de la navegación americana y el Sistema que aquella procura a través de diversas estaciones o puertos intermedios, hay referencias analíticas y orientadoras. Así, mencionaré —también como ejemplos— el

⁸⁰ Próximamente aparecerá una obra colectiva, abarcadora de la normativa interamericana y de su sistema de protección internacional: *La América de los Derechos*, coordinada por Edgar Corzo y editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, equivalente, para nuestra región, a *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Javier García Roca y Pablo Santolaya (coords.), CEPC, Madrid, 2009.

⁸¹ Cfr., por ejemplo, VV.AA., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo, 1979-2004*, San José, Costa Rica, Corte IDH, 2005. Asimismo, cfr. VV.AA., *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Memoria de la instalación*, San José, Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2ª ed., 1999.

⁸² Cfr., por ejemplo, Pasqualucci, Jo., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, UK, Cambridge University Press, 2003; Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3ª ed., San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004; Medina Quiroga, Cecilia y Nash Rojas, Claudio, *Sistema Interamericano. Introducción a sus mecanismos de protección*, Santiago, Universidad de Chile-Facultad de Derecho-Centro de Derechos Humanos, 2007; Monterisi, Ricardo D., *Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editora Platense, 2009; Pizzolo, Calogero, *Sistema Interamericano. La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informes y jurisprudencia*, Buenos Aires, IJ-UNAM-EDIAR, 2007.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

cotejo entre las genealogías de los sistemas europeo y americano en el solar y bajo el designio común de la democracia;⁸³ la visión integral del Sistema Americano, desde el principio hasta nuestros días, con acento en la Comisión IDH, “proa” de la nave americana;⁸⁴ las incursiones en temas específicos de la justicia regional, clasificados conforme a su materia y proyecciones y con énfasis en ciertas categorías o grupos, caracterizados por el desvalimiento de sus integrantes —niños, trabajadores migrantes—, detenidos;⁸⁵ la ponderación de la democracia, santo y seña del Sistema;⁸⁶ la reflexión sobre el múltiple y penetrante impacto

⁸³ Cfr. Úbeda de Torres, Amaya, *Democracia y derechos humanos... cit.*, donde se reflexiona sobre el “arranque” democrático de ambos sistemas; el Consejo de Europa y la OEA, señala la autora, “parecen estar ligados por un mismo destino democrático”, aunque el Consejo aventaje en la marcha, p. 80.

⁸⁴ Cfr. González, Felipe, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos...*, cit. El autor conoce directamente la actividad de la Comisión IDH, de la que es miembro.

⁸⁵ Cfr. Burgorgue Larsen, Laurence, y Úbeda de Torres, Amaya, *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des Droits de l’Homme*, Bruxelles, Bruyant, 2008, en especial pp. 443 y ss. Versión en inglés: *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, Nueva York, Oxford University Press, 2011, pp. 645 y ss.; y versión en español: *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2009. Sobre la importancia que la jurisprudencia interamericana asigna al “principio de preferencia a grupos en situación de riesgo o vulnerabilidad”, cfr. Santolaya Machetti, Pablo, y Díaz Ricci, Sergio M., “Derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables”, en García Roca, Javier; Fernández, Pablo Antonio; Santolaya, Pablo y Canosa, Raúl (eds.), *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 287 y ss. Asimismo, cfr. Burgorgue-Larsen, “Les nouvelles tendances dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l’homme”, en VV.AA., *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2008, pp. 164 y ss.; y García Ramírez, Sergio, “Los «vulnerables» ante la jurisdicción interamericana de los derechos humanos”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminas. RBCCrim*, año 21, núm. 105, nov-dic, 2013, pp. 225 y ss. Este artículo también fue publicado en VV.AA., *Acceso a justicia y derechos humanos*, Buenos Aires, Argentina, Ministerio Público Fiscal de la CABA-ILANUD, 2013, pp. 97-120.

⁸⁶ Cfr. Aguiar Anguiano, Asdrúbal, *La democracia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1987-2012*, Buenos Aires-Ca-

La “navegación americana” de los derechos humanos...

nacional de la normativa y la jurisprudencia internacional;⁸⁷ esta misma consideración en torno al impacto, desde la óptica de las organizaciones no gubernamentales;⁸⁸ el carácter ejemplar de la jurisprudencia interamericana en materia de reparaciones;⁸⁹ y el examen comparado —un “diálogo”, mutuo reflejo— de las características y planteamientos de los sistemas europeo y americano en nuestros días.⁹⁰

6. AUTORITARISMO Y PROYECTO DEMOCRÁTICO

Ya me referí al binomio democracia-derechos humanos, cuyos despliegue e incidencias conducen la navegación americana y constituyen el cimiento del *Ius Commune* en formación. He aludido —y lo haré de nuevo— al alba de esa navegación en la histo-

racas, Observatorio Iberoamericano de la Democracia, 2012, que aporta la rica perspectiva de quien ha sido juzgador y es académico y expatriado.

⁸⁷ Cfr. VV.AA., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local...*, cit., importante obra sobre dicha aplicación en Argentina, que no cuenta con equivalentes del mismo alcance en otros países americanos. Asimismo, cfr. Corzo Sosa, Edgar; Carmona, Ulises y Saavedra, Pablo (coords.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant Lo Blanch, 2013. En este mismo orden de ideas, siempre a propósito del impacto interno del derecho interamericano y de la correspondiente jurisprudencia; cfr. Góngora Mera, Manuel Eduardo, *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, San José, C. R., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2011; Silva García, Fernando, *Derechos humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, México, Porrúa, 2007; y García Ramírez, Sergio y Toro Huerta, Mauricio del, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decisiones y transformaciones*, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2011. Asimismo, cfr. Piovesan, Flávia, *Temas de direitos humanos*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 82 y ss., y 111 y ss.

⁸⁸ Cfr. Krsticevic, Viviana y Tojo, Liliana (coords.), *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, Buenos Aires, CEJIL, 2007.

⁸⁹ Cfr. Lambert Abdelgawad, Elisabeth y Martin-Chenut, Kathia (dirs.), *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme: la Cour Interaméricaine, pionnière et modèle?*, París, Société de Législation Comparée, 2010.

⁹⁰ Cfr. VV.AA., *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano...*, cit.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

ria moderna de nuestra región. No examinaré el punto de partida en el choque entre el poder y el individuo en la etapa prehispánica y en el momento del “encuentro”⁹¹ entre europeos y americanos. Tras este acontecimiento, el problema no sería de “derechos humanos” —antes de la independencia de Estados Unidos y la Revolución francesa—, sino de “condición humana”: un problema pleno y profundo; el debate, con reverberaciones actuales, giraba en torno a la condición humana de los indígenas —la amplia mayoría de la población americana— en los términos de la controversia abanderada por Ginés de Sepúlveda y fray Bartolomé de las Casas, en sus trincheras respectivas.⁹² ¿Cómo hablar de derechos y libertades fincados en la dignidad de sujetos cuya dignidad se hallaba en cuestión?

Los primeros siglos cultivaron el más intenso autoritarismo, inmemorial y variado. Lo hubo antes de la conquista, durante la colonia y en un extenso periodo de la era independiente. Las constituciones emergentes, a lo largo del siglo XXI, acogieron con puntualidad —y escasa fortuna práctica— los conceptos aportados por los grandes documentos fundacionales de la era moderna: derechos humanos, naturales y radicales, entraña de la Constitución;⁹³ reconocimiento y protección de aquellos,

⁹¹ Piadosa expresión propuesta por el ilustre profesor Miguel León Portilla para superar los debates sobre este momento de la historia, que alumbraron en 1992, al conmemorarse el quinto centenario del “descubrimiento”.

⁹² Me refiero a la controversia suscitada por las posiciones de Sepúlveda (*De justis belli causis apud indios, o De la justa causa de la guerra contra los indios*) y Las Casas (*Treinta proposiciones muy jurídicas*), que generó la “polémica de los naturales” o de los “justos títulos”.

⁹³ Histórica y doctrinalmente el concepto no es uniforme. Un notable constitucionalista mexicano sostuvo, al analizar el desarrollo constitucional de este país, que “la novedad (1857) de tomar el derecho individual como base de las leyes constitutivas, era de la mayor trascendencia, pues debía obrar en la sucesión del tiempo un cambio de rumbos en toda la organización política y su desenvolvimiento progresivo”. Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura*, México, Porrúa, 1956, p. 75. Sobre la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos como datos centrales de la Constitución, cfr. Hartwig, Matthias, “Democracy, the State of Law and Human Rights: Constitutional Concepts Exemplified by the German Constitution”, en Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flávia y Morales Antoniazzi Mariela (coords.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica*, Río

La “navegación americana” de los derechos humanos...

como objeto y fin de la sociedad política, y soberanía del pueblo, concepto difícil en sociedades estratificadas, que no incurrió, sin embargo, en concesiones a la “tiranía de la mayoría”.⁹⁴ El perfecto marco constitucional, ilustrado por las mejores ideas de la filosofía política occidental, brindó amplia hospitalidad a la ilusión democrática y estuvo poblado por “ciudadanos imaginarios”.⁹⁵

El Sistema Interamericano se ha visto permeado, en todo tiempo, por un proyecto democrático que abarca las dos versiones de la democracia: formal y material. En el preámbulo de la CADH se manifiesta el propósito de “consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de *justicia social*, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”.⁹⁶ (Las cursivas son nuestras)

He aquí, en consecuencia, tanto la democracia sin calificativos, *sans phrase*, como la democracia concebida como sistema, estilo, patrón de vida: social, integral,⁹⁷ asociada “vocacionalmen-

de Janeiro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law-PUC.SP-Lumen Juris Editora, 2011, pp. 3 y ss.

⁹⁴ Sobre este concepto, véase el magistral comentario de Alexis de Tocqueville acerca de los riesgos que entraña esa “tiranía”, a título de “omnipotencia” ejercida sobre la sociedad y las instituciones de Norteamérica, cuya calidad democrática reconoce el autor francés en su obra clásica en torno a la gran república emergente. Cfr. *La democracia en América*, 2ª ed., trad. por Luis R. Cuéllar, México, FCE, 1963, pp. 254 y ss.

⁹⁵ La elocuente expresión es de Fernando Escalante Gonzalbo, autor de la obra *Ciudadanos imaginarios*, México, Colegio de México, 1992.

⁹⁶ Se halla presente el imperio de los DESC, implícito en el concepto de la justicia social. Agrega el preámbulo la idea de crear “condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

⁹⁷ La democracia sin adjetivos (*sans phrase*) es la democracia política. Cfr. Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, trad. por Miguel Ángel González Rodríguez, México, Tribunal Federal Electoral-IFE, 1993, p. 8. Otra versión carga el acento sobre el fondo e invoca una serie de motivos, razones, valores que desbordan la formación del poder y exploran su destino: democracia sustancial; ya no solo “gobierno del pueblo”, sino “para el pueblo”. Dice Norberto Bobbio: se suele diferenciar la democracia formal de la democracia sustancial, o, según otra conocida formulación, “la democracia como gobierno del pueblo de la democracia como gobierno para el pueblo”.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

te” a valores que constan en la Declaración y en la Convención, y en la jurisprudencia de la Corte IDH que invoca bien común y justicia social.⁹⁸ Una y otra se hallan en la base ideológica del Sistema y en el itinerario de la navegación americana.⁹⁹

7. LOS PUENTES ENTRE EL DERECHO INTERNO Y EL DIDH

Para la construcción del derecho común de los derechos humanos en el plano latinoamericano es relevante —mejor todavía, indispensable— lo que acostumbro denominar tendido de “puentes” entre el derecho internacional de derechos humanos y el derecho doméstico.¹⁰⁰ Conviene que esos “puentes” o vías de comunica-

Liberalismo y democracia, 5ª reimp, trad. por José F. Fernández Santillán, México, FCE, pp. 39-40. Bajo una concepción más elaborada, los derechos fundamentales no tienen de primera intención este carácter central nítido, pero se conserva su altísima jerarquía en virtud de su enlace con los valores supremos que acoge su Constitución. En este sentido, cfr. el punto de vista de Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, con la colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Ángel Llamas Cascón, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1995, pp. 357 y ss. Ferrajoli distingue entre la “dimensión política de la democracia, la cual se expresa en el principio de las mayorías”, y el sentido sustancial “que se expresa en la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, de sus intereses materiales primarios”. Cfr. “Justicia penal y democracia. El contexto extraprocesal”, en *Capítulo Criminológico*, 16, 1988, p. 3; *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 77-89; y *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 27-39.

⁹⁸ Cfr. *La colegiación obligatoria de periodistas...*, cit., párrs. 66 y 67, y *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, opinión consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, párrs. 29-31.

⁹⁹ Asdrúbal Aguiar menciona: “Suman 631 las enseñanzas de la Corte IDH, tomadas de sus opiniones consultivas y sentencias contenciosas más relevantes, que muestran a la democracia en sus fortalezas y como lo que es, no solo un régimen político, sino, por sobre todo, una forma de vida social y un estado individual del espíritu”. *La democracia en la jurisprudencia...*, cit., p. 11.

¹⁰⁰ Sobre este tema es abundante la doctrina. Véase, por ejemplo, Ortiz Ahlf, Loretta, “Armonización legislativa interna de las normas internacionales en materia de derechos humanos”, en VV.AA., *La armonización de los tratados internacionales...*, cit., pp. 287 y ss.

La “navegación americana” de los derechos humanos...

ción e integración sean expresos, suficientes, en distintos órdenes de la vida política, social y jurídica. A mi juicio, los puentes son constitucionales —en primer término, necesario, decisivo—, legales, jurisprudenciales, políticos y culturales. Brevemente me ocuparé de estas categorías en los siguientes párrafos, a partir del “puente constitucional”.

El desarrollo democrático latinoamericano y el primado de los derechos humanos, indicadores de la navegación que alimenta el proceso del *Ius Commune*, tienen acogida en la reforma constitucional que se ha producido en América Latina en el último cuarto de siglo.¹⁰¹ Esta es consecuente con la idea de un constitucionalismo antropocéntrico: el ordenamiento que coloca al ser humano en el centro de la escena.¹⁰² Este movimiento constitucional abarca la arquitectura del poder, los derechos básicos de las personas, las garantías de esos derechos —inclusive el florecimiento del *ombudsman*— y el enlace, tan complejo y polémico, entre el derecho interno y el derecho internacional de derechos humanos,¹⁰³ que suscita temas de excepcional importancia: jerarquía de normas y principio *pro persona*.

¹⁰¹ Cfr. acerca de algunos extremos de esta reforma, Fix-Zamudio, Héctor, “La protección judicial de los derechos humanos en Latinoamérica y en el sistema interamericano”, en Fix-Zamudio, Héctor (coord.), *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, 2ª ed., México, CNDH, 1999, pp. 175 y ss.; “Avances y perspectivas de la protección procesal de los derechos humanos en Latinoamérica”, *op. cit.*, pp. 113 y ss.; y “Estudio preliminar” sobre Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, trad. por Héctor Fix-Zamudio, México, FCE, 1996, pp. 30 y ss. Asimismo, cfr. VV.AA., *Garantías jurisdiccionales para la reforma de los derechos humanos en Iberoamérica*, México, IJ-UNAM, 1992. Desde luego, se distingue entre la reforma constitucional que acentúa determinados contenidos democratizadores, esto es, una reforma con “diseño”, y la ingeniería constitucional en el sentido en que la describe Giovanni Sartori, que a este respecto pondera la “neutralidad de fondo”. *Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, trad. por Roberto Reyes Mazzoni, 2ª ed., México, FCE, 1994, p. 217.

¹⁰² Peter Haberle señala: “Los textos clásicos, pero también los más recientes, sugieren una concepción antropocéntrica de Constitución”. *El Estado constitucional*, trad. por Héctor Fix-Fierro, México, IJ-UNAM, 2001, p. 115.

¹⁰³ Sobre el régimen constitucional de los tratados en la reciente normativa latinoamericana, cfr. Villarroel Villarroel, Darío, *Derecho de los tratados en las Constituciones de América*, México, Porrúa, 2004.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Obviamente, el desenlace que tenga cada una de estas cuestiones —cada vez más uniforme en la normativa continental, con apreciables vicisitudes— influye en el derecho común que ahora construimos, aporta el perfil de las instituciones regionales y fija su destino. Este mismo movimiento ha determinado la admisión de un “bloque de constitucionalidad” en la doctrina y la jurisprudencia de los países de la región, que incluye las aportaciones del ordenamiento internacional de los derechos humanos, al lado de la preceptiva constitucional en sentido estricto.¹⁰⁴ El bloque de constitucionalidad —generado en la doctrina europea y luego difundido en América Latina, con modalidades propias— implica una de las aportaciones más relevantes de la nueva era; cabe advertir el alcance del *Ius Commune* constitucional latinoamericano si en este figuran, además de las particularidades nacionales —frecuentemente compartidas y, por ello, generalizadas o regionalizadas—, los dones del DIDH, aplicable a todos los Estados del área.

La reforma constitucional posee rasgos y trae consigo consecuencias que conviene ponderar. Entre los cambios precursores, que pronto adquirieron prestigio, figura el cambio constitucional argentino de 1994,¹⁰⁵ que elevó a rango constitucional un buen conjunto de instrumentos internacionales.¹⁰⁶

Las novedades constitucionales argentinas de 1994 han producido efectos de suma importancia, que enuncia la doctrina:

¹⁰⁴ La noción de bloque de constitucionalidad, aportada por la doctrina del Consejo Constitucional de Francia, posee diversas connotaciones en los países que la han acogido. Interesa destacar que en los países de América Latina domina la idea de que el bloque abarca la preceptiva de los derechos humanos.

¹⁰⁵ Cfr. Vanossi, Jorge R., “Los tratados internacionales ante la reforma de 1994”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997; Manili, Pablo Luis, *El bloque de constitucionalidad. La recepción del derechos internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pp. 149 y ss.

¹⁰⁶ Sea por mandato constitucional taxativo, que enuncia determinados instrumentos, sea por disposición, asimismo suprema, que establece las condiciones para agregar tratados a la relación original, cosa que efectivamente ha ocurrido. Cfr. art. 75.22 de la Constitución de la Nación Argentina, disponible en http://www.ara.mil.ar/archivos/Docs/constitucion_nacional.pdf

La “navegación americana” de los derechos humanos...

“incorporó nuevos derechos y garantías al sistema constitucional; contribuyó a insertar plenamente al país en un sistema de justicia internacional de derechos humanos; impuso cambios en la administración de justicia; determinó la necesidad de repensar la organización federal; favoreció la creación de una nueva institucionalidad pública encargada de diseñar e implementar políticas de gobierno específicas de derechos humanos; y contribuyó a la consolidación de una disciplina académica que discutió y favoreció la aplicación de esos estándares y principios en los distintos campos del derecho público y privado”.¹⁰⁷ Estas mismas consecuencias pueden observarse en otros países, entre los que figura México, puesto que son “efectos naturales y necesarios” del enlace entre el derecho doméstico y el internacional de los derechos humanos.

Otras constituciones han abordado y resuelto, con diversas expresiones —y, a menudo, con distintas interpretaciones— la coexistencia, la tensión o la contradicción —mucho menos frecuente de lo que se supone— entre normas nacionales del más alto rango y normas internacionales que reconocen derechos humanos. Las fórmulas de “entendimiento”, que son reglas de interpretación, disponen la interpretación conforme, es decir, conforme a los instrumentos internacionales, y el imperio del principio *pro homine* o *pro persona*, máximo conductor de la tutela, que no es solo un principio de interpretación sino también de formulación jurídica, guía para el legislador, además de serlo para el juzgador.

El tema de la interpretación tiene expresiones notables tanto en la normativa interamericana, que invoca una amplísima tutela de la persona: las disposiciones de la CADH y otros instrumentos son “piso”, no “techo” de los derechos humanos,¹⁰⁸ como en

¹⁰⁷ Abramovich, “Prólogo” a VV.AA., *La experiencia...*, cit., p. III.

¹⁰⁸ Art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

la jurisprudencia internacional o supranacional. En este sentido, tómesese en cuenta la orientación democrática del Sistema, que se proyecta en todas sus vertientes: las exigencias derivadas del principio democrático deben “orientar la interpretación de la Convención (CADH) y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas”.¹⁰⁹

En este ámbito, hay disposiciones relevantes en los textos supremos de Colombia, Venezuela, Guatemala, Bolivia, Ecuador, República Dominicana, Brasil y México.¹¹⁰ Desde luego, las disposiciones constitucionales se desenvuelven en normas secundarias y en sentencias judiciales; estas deben respetar la intención explícita o implícita de la norma constitucional y del DIDH.¹¹¹

Enseguida de los textos constitucionales, como su herramienta regular, corresponde atender el “puente legal”, esto es, las normas estatutarias de implementación relativas a tratados y a cumplimiento de sentencias y otros actos del DIDH,¹¹² que

otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”. Cfr. OEA, disponible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

¹⁰⁹ Cfr. *La colegiación obligatoria de periodistas...*, cit., párr. 44.

¹¹⁰ Cfr. Colombia (art. 94), Venezuela (art. 23), Guatemala (art. 46), Bolivia (art. 256), Ecuador (arts. 417 y 424), República Dominicana (art. 74.3 y 74.4), Brasil (art. 5.LXXVII.2) y México (art. 1º). Además, Cfr. sobre la influencia actual de los derechos humanos en la dinámica constitucional y en las relaciones del Estado y la sociedad, Caballero Ochoa, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, México, Porrúa, 2009, pp. 45 y ss.

¹¹¹ ¿Lo hacen siempre? No es posible expresar una opinión que abarque todos los casos. Hay diversos pareceres basados en experiencias nacionales específicas, inclusive de fechas muy recientes. Así, Cfr. Ayala Corao, Carlos, *La inejecución de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2009.

¹¹² Por ejemplo, en México la *Ley de responsabilidad patrimonial del Estado* (<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFRPE.pdf>) y la *Ley*

La “navegación americana” de los derechos humanos...

constituyen un rubro hasta hoy deficitario en la construcción del andamiaje normativo para el enlace entre los ordenamientos interno y externo en pos de un solo ordenamiento nacional de doble fuente.

8. LA MISIÓN DEL JUZGADOR

El juzgador posee un papel de extraordinaria importancia en la recepción del derecho internacional de los derechos humanos. Aquí es preciso hacer referencia breve tanto al juzgador internacional o supranacional como a los tribunales nacionales, factores de la recepción. Ya hemos dicho que los jueces son garantes del respeto a los derechos fundamentales; esta misión de garantía es aplicable, por supuesto, a ambas categorías de juzgadores.

El juez internacional, que no puede “echar a volar la imaginación” al aplicar las normas que le obligan, ni “inventarse” competencias que no le han sido conferidas, debe, sin embargo, procurar el mayor alcance de los derechos y las libertades bajo orientación *pro homine*. Esto implica concepciones de gran aliento al tiempo de interpretar los tratados —que son “cuerpos vivos”, evolutivos—,¹¹³ cuya lectura se debe hacer con ojos de la hora en que se interpretan y aplican, no del momento en que fueron redactados. Esta misma progresividad entra en juego cuando el juzgador internacional declara la responsabilidad del Estado por la conducta de individuos que no son agentes formales de este,

general de víctimas (<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGV.pdf>). En el caso de Perú el art. 115 del *Código Procesal Constitucional*, disponible en http://tc.gob.pe/Codigo_Procesal.html

¹¹³ La Corte Europea de Derechos Humanos ha estimado que el Convenio de 1950 “es un instrumento vivo que (...) debe ser interpretado a la luz de las condiciones presentes hoy en día”. Eur. Court H.R. *Tyrer Case*, Judgement of 25 april 1978, párr. 31. En el mismo sentido, la Corte IDH por lo que toca a la Declaración Americana: opinión consultiva OC-10/89, 14 de julio de 1989, sobre *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, párr. 37. Cfr. Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, Madrid, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Civitas, 1987, p. 95.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

declaración que ha sido formulada por la Corte IDH en diversas oportunidades.¹¹⁴

En el Sistema Europeo se reconoce al juzgador la potestad de definir el sentido de las normas bajo el concepto de “cosa interpretada”.¹¹⁵ En el Sistema Interamericano podemos hablar del carácter vinculante de las resoluciones que emite la Corte IDH. Este alcance —verdaderamente fundamental para la fragua del *Ius Commune* de los derechos humanos— deriva de la condición del juzgador como intérprete de una normativa de obligatoria observancia: la CADH y otros tratados interamericanos que confieren competencia material a la Corte IDH.¹¹⁶ El carácter

¹¹⁴ Por ejemplo, Cfr. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006, párrs. 125.1, 125.25 y 133, y *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párrs. 121-123.

¹¹⁵ Refiriéndose al Tribunal Europeo, Claudio Zanghi señala que la sentencia solo obliga a los Estados parte en la contienda, “pero no puede ignorarse el valor de la interpretación de la norma convencional, lo que, a menudo, llega más allá del caso concretamente examinado. En tal situación es manifiesta la eficacia de *res interpretata* de las sentencias del Tribunal. Así, en numerosos casos la evaluación efectuada por el Tribunal sobre la forma de entender una norma convencional, a partir de una hipótesis concreta que aparentemente involucra a un solo Estado parte, en realidad repercute sobre otros muchos Estados, dada la identidad o la similitud de situaciones, y aunque esa repercusión pueda no resultar manifiesta en el plano de la inmediatez jurídica sino en el de la oportunidad política”. García Ramírez y Zanghi, “Las jurisdicciones regionales de derechos humanos y las reparaciones y efectos de las sentencias”, en Varios, *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano...*, op. cit., p. 444.

¹¹⁶ En mi concepto, “las sentencias dictadas en casos contenciosos incluyen criterios de la Corte Interamericana, intérprete oficial de la CADH, que establece la interpretación de una norma de observancia obligatoria para los Estados partes en el Pacto (artículos 1 y 2) (...) Lo establecido en el litigio correspondiente al Estado ‘A’ fue asumido como deber propio por los tribunales del Estado ‘B’, en la medida en que por este medio se definió el sentido de una norma —no solo la realización de unos hechos— con fuerza en el Estado ‘B’, no apenas en aquél. El derecho de ‘B’ se integra con la disposición de la CADH y la interpretación oficial que provee el órgano autorizado para ello: la Corte Interamericana”. García Ramírez y Zanghi, *idem*. Sobre la eficacia de la sentencia de la Corte IDH en relación con las partes en el litigio en el que aquélla se pronuncia y con los Estados parte en la CADH, Cfr. Ferrer Mac-Gregor, “Eficacia de la sentencia interamericana

La “navegación americana” de los derechos humanos...

vinculante de la jurisprudencia interamericana¹¹⁷ ha sido reconocido, con acento creciente, tanto por las altas cortes nacionales como por otros tribunales domésticos; dicho reconocimiento —invocado y aquilatado por esa Corte—¹¹⁸ ha significado un progreso extraordinario en la navegación americana.

Es oportuno mencionar aquí el papel de los juzgadores nacionales en el proceso de recepción. Se ha reiterado que la obligación estatal abarca a todos los órganos del Estado, inclusive los que ejercen funciones jurisdiccionales. En consecuencia, los jueces internos deben contribuir a esa recepción en el espacio de sus facultades, lo que lleva al “control de convencionalidad”, uno de los fenómenos más relevantes en la hora actual, particularmente en algunos países latinoamericanos. Este control judicial interno supone que los juzgadores domésticos confronten las disposiciones internacionales con las nacionales y opten por la aplicación de aquellas en caso de duda o conflicto. La Corte Interamericana, promotora de la doctrina del control, ha producido importantes decisiones en esta materia, que cuentan con interesante desarrollo jurisprudencial a partir de las primeras referencias formuladas en votos particulares del autor de estas líneas.¹¹⁹ Hay copiosa

y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (Sobre el cumplimiento del *Caso Gelman vs. Uruguay*), en *Panorámica del Derecho procesal...*, *op. cit.*, pp. 1021 y ss.

¹¹⁷ En este mismo sentido, Ayala Corao señala que “las interpretaciones convencionales realizadas por la Corte IDH adquieren fuerza de cosa juzgada y por tanto de norma interpretada, a los fines de que los operadores jurídicos del sistema y en especial los Estados, puedan no solo guiarse sino seguir las mismas”. *Del diálogo jurisprudencial al control...*, *op. cit.*, p. 131.

¹¹⁸ La Corte IDH ha citado, a este respecto, las afirmaciones formuladas por los más altos tribunales de Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica y República Dominicana. Cfr. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México...*, *cit.*, párrs. 225 y ss.

¹¹⁹ A esto se refieren, por ejemplo, Giuseppe de Vergottini, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, trad. Pedro J. Tenorio Sánchez, Pamplona, Cuadernos Civitas/Thomson Reuters, 2010, p. 112; Juan Carlos Hitters, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”, *La Ley* (Buenos Aires), 27 de julio de 2009, pp. 1-5; Rey Cantor, *Control de convencionalidad de las leyes...*, *op. cit.*, pp. 46 y 167-171. Asimismo, Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, “El control de con-

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

bibliografía sobre la materia, cuyo examen extendería demasiado este artículo.

Bien entendido, el control judicial de convencionalidad debe ser factor de armonización jurídica, no semilla de dispersión. De ahí la necesidad perentoria de establecer el cauce, los métodos, los procedimientos, las facultades, las consecuencias de ese control —un instrumento de “manejo delicado”—, en suma, la mejor manera de entenderlo y practicarlo para avanzar en la unificación nacional de la interpretación y abonar enseguida al *Ius Commune*, que pudiera verse obstruido por un “control descontrolado”. A este respecto hay opiniones apreciables que postulan un régimen de media vía entre el control concentrado y el control difuso,¹²⁰ toda vez que la Corte Interamericana no ha optado por una sola de estas modalidades de control, cuya selección debiera atender a las tradiciones, posibilidades, ventajas que deriven de la circunstancia nacional.¹²¹

vencionalidad’ como instrumento para la elaboración de un *Ius Commune interamericano*”, en Varios, *La justicia constitucional y su internacionalización, ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, Armin von Bogdandy *et al.* (coord.), México, Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas/Max Planck Institut, 2010, t. II, pp. 449 y ss.

¹²⁰ Al respecto, Cfr. Vergottini, *Más allá del diálogo...*, *cit.*, pp. 106 y ss.; Sagüés, “El control de convencionalidad...”, en VV.AA., *La justicia constitucional y su internacionalización...*, *cit.*, pp. 451, y ss.; y Serna de la Garza, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, IJ-UNAM, pp. 279 y ss. Desde que emprendí el estudio del control de convencionalidad en México, subrayé que la Corte Interamericana no se ha pronunciado sobre la naturaleza de ese control: concentrado o difuso. Es indispensable, a mi juicio, ponderar con cuidadosa reflexión la vía más conveniente para hacer del control un instrumento de armonización jurídica, seguridad y justicia, ruta hacia el *Ius Commune*, no hacia la dispersión jurisprudencial, que constituye uno de los más graves riesgos en este ámbito. En este orden de consideraciones “es perfectamente posible —añadí— que el legislador interno organice un régimen de consultas similar a las cuestiones de constitucionalidad que ofrecen otras experiencias nacionales y que permiten la unidad de interpretación y favorecen la seguridad jurídica”. “Presentación” de García Ramírez, *Control judicial de convencionalidad...*, *cit.*

¹²¹ En este sentido es relevante el examen que hace Serna de la Garza. Invoca la enseñanza que deriva del régimen español sobre cuestiones de incons-

La “navegación americana” de los derechos humanos...

En el examen del papel de los jueces domésticos en la recepción y aplicación del derecho internacional se ha hecho notar que de esta suerte el juzgador interno se convierte en un juez internacional, y más específicamente —en lo que ahora nos concierne— en un juez interamericano. Esto implica una especie de “desdoblamiento funcional”, concepto explorado. Para que el juez interno opere en este sentido se requieren ciertas determinaciones de orden nacional —así, atribución de competencias específicas en esta materia y formulación de los procedimientos idóneos para la operación judicial nacional—. ¹²²

9. LOS GRANDES TEMAS PARA EL *IUS COMMUNE*

Al examinar las aportaciones de la jurisprudencia interamericana a la formación de un derecho común latinoamericano sobre derechos humanos, es necesario invocar los “grandes temas” de esa jurisprudencia. A mi juicio, es posible destacar las contribuciones jurisprudenciales al principio de especificidad, en sus diversas aplicaciones, al sistema de reparaciones por violación de derechos humanos y, dentro de estas, al desempeño de la justicia —y la lucha contra la impunidad—. Las elaboraciones jurisprudenciales han calado cada vez más en el orden jurídico de la región y, por tanto, en la construcción de un derecho común latinoamericano.

El derecho internacional de los derechos humanos se erige sobre principios de universalidad e igualdad, que corresponden al

titucionalidad, y se refiere a la obra del jurista mexicano Edgar Corzo, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, CECP, 1998. Cfr. Serna de la Garza, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización...*, cit., pp. 283 y ss.

¹²² En la obra *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos...*, cit., de García Ramírez y Del Toro Huerta, se alude brevemente a esta cuestión, p. 218 y n. 23. El concepto *dédoublement fonctionnelle* es de Georges Scelle, *II Précis de droit de gens*, 1931, p. 11; y “La phénomène du *dédoublement fonctionnelle*”, *Rechtsfragen der Internationalen Organisation; Festschrift für Hans Wehberg*, 1956, p. 324; Cassese, Antonio, “Remarks on Scelle Theory of ‘Role Splitting (*dédoublement fonctionnelle*) in International Law”, *CEJIL*, núm. 1, 1990, pp. 210-231, y Yuval, Shany, *Regulating Jurisdictional Relations Between National and International Courts*, UK, Oxford University Press, 2007, pp. 97-99.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

jus cogens. La Corte IDH ha insistido en esta condición a propósito de la igualdad y la no discriminación, anverso y reverso de un planteamiento fundamental.¹²³ Ahora bien, el mismo Tribunal ha sostenido, en forma constante y enfática, la necesidad de acoger y promover medidas específicas —atentas a un “principio de especificidad”—¹²⁴ a fin de asegurar el efectivo ejercicio de derechos y libertades de individuos pertenecientes a grupos vulnerables. Estos no constituyen excepciones dentro de un panorama igualitario. Lamentablemente, en América Latina la desigualdad y la vulnerabilidad no son excepción, sino regla; lo “extraordinario” es “ordinario”, regular y cotidiano. El problema queda de manifiesto en los “estrechos laberintos” del acceso a la justicia.¹²⁵ De ahí la necesidad de prohijar “leyes del más débil”, producto de reivindicaciones específicas y resistencia frente a culturas opresivas.¹²⁶

En este ámbito, la jurisprudencia interamericana sirve a un proyecto democrático que pone la mirada en grandes conjuntos de personas, sometidas a fuerte presión en virtud de su debilidad personal o su pertenencia a grupos frecuentemente desvalidos; esta condición precaria propicia violación a derechos humanos y enrarece la operación de sus garantías. En consecuencia, es preciso que la navegación americana se desarrolle con las características que convienen al *mare nostrum* en el que aquella transita.

¹²³ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, párrs. 97-101.

¹²⁴ Cfr. García Ramírez, *Derechos humanos de los menores de edad. Perspectiva de la jurisdicción interamericana*, México, IJ-UNAM, pp. 56 y ss.

¹²⁵ Cfr. *100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, disponible en <http://www.justiciachaco.gov.ar/pjch/contenido/varios/100reglas.pdf> En torno a los problemas del acceso a la justicia que gravitan sobre sectores débiles o desvalidos, Cfr. Ferrer MacGregor, Eduardo, “Acceso a la justicia y constitucionalismo social”, en *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 531 y ss.

¹²⁶ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, trad. por Miguel Carbonell, México, CNDH, 2006, pp. 8-9 y 19. Igualmente, “Prefacio”, a García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, Temis-Depalma, 1998, p. XII.

La “navegación americana” de los derechos humanos...

Aquí florecen las acciones afirmativas y las tutelas específicas,¹²⁷ que no pierden de vista los problemas de fondo en aras de las soluciones formales, a menudo ilusorias.

Es verdaderamente notable, impresionante inclusive, la relación de preocupaciones —y desarrollos orientadores y constantes— de la jurisprudencia interamericana con respecto a los sujetos vulnerables. Se ha mostrado en casos contenciosos —y otras resoluciones— concernientes a niños,¹²⁸ mujeres,¹²⁹ discapacitados,¹³⁰ indígenas e integrantes de grupos étnicos (regular-

¹²⁷ Sobre tutelas específicas en función de condiciones que las requieren, cfr. Berizonce, Roberto, *Tutelas procesales diferenciadas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009.

¹²⁸ La jurisprudencia destacada acerca de niños consta en la opinión consultiva *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, del 28 de agosto de 2002 y los Casos “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, *Bulacio vs. Argentina*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, “*Instituto de Reeduación del Menor*” vs. *Paraguay*. Excepciones preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004 y *Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones preliminares. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Asimismo, cfr. García Ramírez, Sergio, *Derechos humanos de los menores de edad. Perspectiva de la jurisdicción interamericana*, México, IJ-UNAM, 2010.

¹²⁹ La jurisprudencia más significativa al respecto se halla en los *Casos del Penal Miquel Castro Castro vs. Perú*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, en el que figura mi voto acerca de la competencia de la Corte IDH para aplicar la Convención Belém do Pará; *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009; *Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, y *Fernández Ortega y otros. vs. México*. Excepción preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Cfr., asimismo, en relación con los derechos de las mujeres en países de América Latina, en Escobar, Guillermo (dir.), *Derechos de la mujer. II Informe sobre Derechos Humanos*, Madrid, Federación Iberoamericana de Ombudsman, Trama Editorial, 2004; y García Ramírez, Sergio, “Los derechos de las mujeres y la jurisdicción interamericana de derechos humanos”, en *Los derechos humanos de la mujer. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Universidad del País Vasco, 2007, vol. VIII, pp. 11 y ss.

¹³⁰ Los casos relevantes en este tema son: *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006; *Caso Furlán y Familiares vs. Argentina*. Excepciones preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 31

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

mente afrodescendientes),¹³¹ víctimas de abusos de poder —entre ellos, defensores de los derechos humanos—,¹³² migrantes,¹³³

de agosto de 2012, y *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Igualmente, cfr. Cardona Lloréns, Jorge y Sanjosé Gil, Amparo, “La promoción y protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad en el camino de su reconocimiento universal”, en VV.AA., *Protección internacional... cit.*, pp. 147 y ss.

¹³¹ La jurisprudencia más significativa aparece en *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Fondo. Sentencia de 4 de diciembre de 1991; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005; *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005 (en el voto que emití en esta sentencia mencioné la siguiente clasificación de violaciones de derechos a indígenas: despojo de territorios ancestrales, eliminación física y cultural, exclusión y contención), *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Para un detallado panorama informativo en torno a la consideración de los derechos de indígenas bajo el derecho internacional, Cfr. Mackay, Fergus, *Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional. Una fuente instrumental para las organizaciones indígenas*, Lima, Asociación pro Derechos Humanos, 1999; y VV.AA., *Derechos indígenas en la actualidad*, México, IJ-UNAM, 1994.

¹³² Cfr. *Caso Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil*. Excepciones preliminares y fondo. Sentencia de 28 de noviembre de 2006, párr. 77; *Caso Fleury y otros vs. Haití*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011, párr. 100; *Caso García y Familiares vs. Guatemala*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012, párr. 179, y *Caso Luna López vs. Honduras*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013, párr. 243.

¹³³ Destaca la siguiente jurisprudencia: *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, opinión consultiva OC-18..., *cit.*; *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010; *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012, y *Caso Tide Méndez y otros vs. República Dominicana* (pendiente de sentencia al tiempo de la elaboración de este artículo: enero de 2014). El tema de los derechos humanos de migrantes tiene doble raíz; en efecto, arraiga tanto en el derecho internacional de los derechos huma-

La “navegación americana” de los derechos humanos...

desplazados,¹³⁴ pobres,¹³⁵ miembros de minorías —inclusive por motivos de preferencia sexual—¹³⁶ y sujetos privados de libertad.¹³⁷

nos, que es la perspectiva desde la que ahora lo consideramos, como en el derecho internacional de los refugiados, ramas —conjuntamente con el derecho internacional humanitario— del gran conjunto normativo internacional dirigido a la tutela del ser humano. Cfr. Cañado Trindade, Paytrignet, Gérard y Ruiz de Santiago, Jaime, *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana*, México, Porrúa, 2003, y Sepúlveda, César, “Vinculaciones entre el derecho internacional humanístico, los derechos humanos y la protección de los refugiados”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XIX, núm. 59, mayo-agosto de 1987, México.

¹³⁴ Como jurisprudencia trascendente en este tópico, cfr. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*. Excepciones preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005; *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia...*, cit., y *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. El párrafo 123 de este último caso menciona: “El desplazamiento de la población indígena maya durante el conflicto interno en Guatemala, así como el terror y el desarraigo, han sido documentados en varios informes. Al respecto, el informe Guatemala, Memoria del Silencio, señaló que: “... La estimación de desplazados oscila entre 500 mil y un millón y medio de personas en el periodo de mayor afectación (1981-1983), sumando las que se desplazaron internamente y también aquellas que se vieron obligadas a buscar refugio fuera del país...”

¹³⁵ Con relación a la exención del agotamiento de los remedios previstos en las leyes nacionales, por razón de indigencia, cfr. *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*), opinión consultiva OC-11/90, 10 de agosto de 1990, párrs. 30-31.

¹³⁶ Cfr. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párrs. 77 y ss.

¹³⁷ Reconociendo la existencia de violaciones graves y frecuentes vinculadas con la privación de libertad, y tomando en cuenta la abundante jurisprudencia interamericana sobre esta materia, la Corte IDH ha publicado un volumen de muy útil consulta: *Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de integridad personal y privación de libertad* (artículos 7 y 5 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*) (que en la portada se presenta como *Privación de libertad y condiciones carcelarias. Artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, Cuadernos de Compilación Jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

En el abordaje de la situación prevaleciente y de los derechos quebrantados —y rescatables— de millones de personas inscritas en estas categorías del desvalimiento y la vulnerabilidad, queda de manifiesto la ideología democrática del ordenamiento interamericano y la consecuente emisión de una jurisprudencia —realista y reivindicadora— que opera bajo el principio de especificidad. Esta jurisprudencia tributa significativamente al *Ius Commune* latinoamericano, que gradualmente recibe e interna sus orientaciones. Ya es posible hablar del derecho interamericano de los derechos humanos sobre niños, mujeres, indígenas, migrantes, etcétera, que prosperaría si se contase con instrumentos vinculantes —no solo declaraciones— en torno a grupos o temas cuyas características y soluciones han sido perfiladas por la jurisprudencia, pero que todavía no se hallan recogidos en convenciones o protocolos.¹³⁸

Otro capítulo descollante del derecho interamericano de los derechos humanos —en el que se han multiplicado las aportaciones al DIDH— es el concerniente a las reparaciones.¹³⁹ El régimen de esta materia adquirió originalidad desde que se deliberó en torno al proyecto de Convención Americana: los autores del artículo 63.1 se apartaron deliberada y evidentemente del modelo europeo¹⁴⁰ y construyeron un modelo americano llamado a remover —“pugnar por remover”, explícitamente— los factores de las violaciones. Esto significa la provisión de reparaciones de carácter estructural,¹⁴¹ que acentúan las medidas de prevención

¹³⁸ Cfr. García Ramírez, “Bioética y protección de los derechos humanos ante la jurisdicción interamericana”, en Brena Sesma, Ingrid y Teboul, Gérard (coords.), *Hacia un instrumento regional interamericano sobre la bioética. Experiencias y expectativas*, México, IJ-UNAM, 2009, pp. 376-377.

¹³⁹ Cfr. Pasqualucci, Jo, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court...*, cit., p. 289. El tema merece mayor atención en la doctrina internacional. Al respecto, cfr. Antkowiak, Thomas, M., “Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond”, en *The Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 46, núm. 2, 2008, pp. 351 y 355.

¹⁴⁰ Cfr. mi comentario en *La Corte Interamericana...*, cit., pp. 278 y ss.

¹⁴¹ Cfr. la síntesis que formulo sobre este tema, en cotejo con el sistema europeo, en García Ramírez y Zanghi, “Las jurisdicciones regionales...”, en VV.AA., *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano...*, cit., pp. 452 y ss.

La “navegación americana” de los derechos humanos...

y no repetición —sin perder de vista las compensaciones debidas a la víctima—, es decir, los medios para evitar que se produzcan nuevas violaciones, no solo corresponder, litigio por litigio, individuo por individuo, a las violaciones perpetradas que motivan la actuación casuística de la Comisión y de la Corte.

También debo mencionar ahora —capítulo de las reparaciones, o mejor todavía, de las “consecuencias jurídicas de la conducta ilícita”— la obligación de justicia, no solo penal, que debe atender el Estado a raíz de la violación de derechos.¹⁴² En este punto la Corte ha sido “intransigente”,¹⁴³ y su determinación motivó decisiones de gran calado por parte de legisladores y juzgadores en el espacio latinoamericano. *Supra* me referí al rechazo jurisdiccional de las medidas legislativas que impiden o estorban el ejercicio de la justicia: investigación, enjuiciamiento, sanción, ejecución.¹⁴⁴ En este orden de cuestiones, es digna de mención la nueva jurisprudencia interamericana —llamada a influir en el orden jurídico de los Estados de la región— a propósito de la investigación de violaciones graves de derechos humanos; la Corte fija estándares de investigación y enjuiciamiento, con fórmulas cada vez más específicas e imperiosas.¹⁴⁵

¹⁴² García Ramírez, *La Corte Interamericana...*, cit., pp. 271 y ss.

¹⁴³ En este sentido y a propósito de la posición de la Corte IDH con respecto a las disposiciones de amnistía que pretenden asegurar la impunidad de los autores de violaciones graves de derechos humanos, cfr. Burgorgue-Larsen, “La lutte contre l’impunité dans le système interaméricain des Droits de l’homme”, VV.AA., *Los derechos humanos frente a la impunidad. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. X, Bilbao, 2009, pp. 89 y ss. Las respuestas de la Corte IDH frente a los intentos de sortear la persecución de estos hechos han sido “intransigentes”, *ibidem*, p. 90.

¹⁴⁴ Cfr. *Caso Barrios Altos vs. Perú...*, cit., párr. 41; *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Excepciones preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 147; *Caso Gelman vs. Uruguay...*, cit., párr. 232, y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador...*, cit., párr. 283.

¹⁴⁵ En materia de ejecución extrajudicial, la Corte IDH ha invocado las diligencias que resultan de la razón, la técnica y la experiencia. Se asume el *Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias, de Naciones Unidas, 1991*. Con esta base, la Corte especifica: “los principios rectores que es preciso observar cuando se considera que una muerte pudo deberse a una ejecución extrajudicial”.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Aún podríamos considerar otros temas de muy apreciable relevancia, que la Corte IDH ha examinado y sobre los que ha emitido pronunciamientos, que a su vez han permeado los sistemas nacionales y contribuido a la formación de definiciones comunes para los países del área. Entre esos temas figuran, por ejemplo, el régimen de las limitaciones y restricciones a derechos en el marco de la sociedad democrática, bajo principios rectores de legalidad, necesidad, inevitabilidad, temporalidad y proporcionalidad, régimen que excluye —también lo mencionamos— las

Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia..., cit., párr. 224. Implícitamente, *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009, párr. 102; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 1º de septiembre de 2010, párr. 217. Por lo que hace a tortura, el Tribunal Interamericano invoca las convenciones de la materia y el *Protocolo de Estambul, Manual para la Investigación y Documentación Eficaces de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, de 1999. Cfr. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005, párrs. 100, 109-110; *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrs. 91, 93; *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México...*, cit., párrs. 502, 542; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México...*, cit., párrs. 242-243, 245; *Caso Fernández Ortega y otros vs. México...*, cit., párrs. 256, 259; *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México...*, cit., párrs. y *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre 2004, párrs. 215, 245. En cuanto a desaparición forzada, la Corte considera la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 1992, la Convención Interamericana, de 1994, y la Convención Internacional, de 2006. Se alude a los estándares que estas fijan. Cfr. Casos *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia...*, cit., párr. 197. Asimismo, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay...*, cit., párrs. 83-84; *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párrs. 153, 159, 299 y ss. y *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala...*, cit., párrs. 118 y ss. En cuanto a violencia de género, invoca la Convención de Belém do Pará. Cfr. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú...*, cit., párr. 378, y *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México...*, cit., párrs. 41, 58 y ss. Se requiere “diligencia estricta” en casos de desaparición de mujeres, durante las primeras horas y días (*Campo Algodonero*, párr. 283); “la investigación deberá incluir una perspectiva de género” (*Campo Algodonero*, párr. 453). En relación con la violencia sexual, la Corte IDH remite al Protocolo de Estambul y a *Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence*. Cfr. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México...*, cit., párr. 193.

La “navegación americana” de los derechos humanos...

imposiciones de las mayorías, e incluso las determinaciones del poder constituyente.¹⁴⁶

En países latinoamericanos han abundado las suspensiones de garantías, que debieran ser un instrumento para la protección del Estado de derecho y el sistema democrático, no un expediente de “dictadura constitucional”.¹⁴⁷ El Tribunal Interamericano ha recogido la tutela del “núcleo duro” de derechos y libertades en situaciones de emergencia, rechazando el menoscabo de la vida, la integridad personal, el desconocimiento de la personalidad, la proscripción de la esclavitud y servidumbre, el ejercicio de derechos políticos, la intangibilidad de medios judiciales —*habeas corpus* y amparo para tutelar los derechos excluidos de la suspensión, e incluso verificar las condiciones en que esta se dispone y ejerce, etcétera.¹⁴⁸

La libertad de pensamiento y expresión¹⁴⁹ ha motivado la emisión de lineamientos jurisdiccionales vinculados, sobre todo, con el ejercicio del periodismo,¹⁵⁰ pero también con el desarro-

¹⁴⁶ La Corte IDH postula que la “protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de las mayorías, es decir, a la esfera de lo «susceptible de ser decidido» por parte de las mayorías en instancias democráticas”. *Caso Gelman vs. Uruguay...*, cit., Párr. 239.

¹⁴⁷ Cfr. Valadés, Diego, *La dictadura constitucional en América Latina*, México, IJ-UNAM, 1974. Asimismo, cfr. Meléndez, Florentín, *La suspensión de los derechos fundamentales en los estados de excepción según el derecho internacional de los derechos humanos*, San Salvador, 1999, pp. 247 y ss., y Despouy, Leandro, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, México, IJ-UNAM, 1999, pp. 55 y ss. Por lo que toca a la jurisprudencia de la Corte IDH, cfr. *El habeas corpus bajo suspensión de garantías...*, cit.

¹⁴⁸ Cfr. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías...*, cit. y *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-9/87, 6 de octubre de 1987. Asimismo, cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La suspensión de garantías en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Panorámica del derecho...*, cit., pp. 997 y ss.

¹⁴⁹ Esta es una “piedra angular en la existencia de una sociedad democrática”, cfr. *La colegiación obligatoria de periodistas...*, cit., párr. 70.

¹⁵⁰ Cfr. *La colegiación obligatoria de periodistas...*, cit., párrs. 30 y ss., y *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004, párrs. 108 y ss. Además, cfr. García Ramírez y Gonza, Alejandra, *La libertad de expresión en la juris-*

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

llo de campañas políticas,¹⁵¹ el acceso a información oficial sobre asuntos de interés público,¹⁵² la relación entre el individuo y las dependencias en las que ha prestado sus servicios.¹⁵³ También se ha manifestado la Corte en defensa del ejercicio de derechos políticos.¹⁵⁴

Hay precisiones relevantes de la jurisprudencia interamericana en torno a la división de poderes y la defensa del poder judicial, como garantía para los integrantes de este y para los derechos de los individuos en general, dentro de una sociedad democrática.¹⁵⁵

El acceso a la verdad es un tema constantemente examinado por la jurisprudencia interamericana, que a este respecto ha

prudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 3ª ed., Miami, Florida, Sociedad Interamericana de Prensa, 2013; y Morales Antoniazzi, “La democracia y su piedra angular: la libertad de expresión. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en VV.AA., *Direitos humanos, democracia...*, op. cit., pp. 313 y ss. La autora señala que en esta materia —como en otras— se manifiestan “el control de convencionalidad y el diálogo jurisprudencial como desafío para la concretización del *Ius Constitutionale Commune* en general, y de la libertad de expresión como piedra angular de la democracia, en particular”. *Ibidem*, p. 343.

¹⁵¹ Cfr. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004, párrs. 98 y 103.

¹⁵² Este acceso constituye, en concepto del Tribunal Interamericano, un “requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia”. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil...*, cit., párr. 298. Asimismo, cfr. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, párrs. 77, 92 y 137.

¹⁵³ *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 74.

¹⁵⁴ El ejercicio efectivo de estos derechos “constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención”. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, párr. 143.

¹⁵⁵ El ataque a la debida integración de los tribunales afecta el control jurisdiccional democrático, esto es, el “examen de la adecuación de la conducta del Estado a la Constitución”. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 112.

La “navegación americana” de los derechos humanos...

formulado lineamientos acogidos por la normativa y la jurisprudencia de países latinoamericanos. El conocimiento de la verdad —derecho subsumido en la investigación de las violaciones perpetradas— interesa a la víctima, a la familia y a la sociedad en su conjunto, interés que también destacan la Convención de las Naciones Unidas acerca de la desaparición forzada, de 2006, y el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra.¹⁵⁶ Con esta cuestión emparenta el ordenamiento y la práctica de la Corte Interamericana en el sentido de proseguir el examen público de los casos, hasta su natural conclusión mediante sentencia, aunque medien actos de parte que en otras jurisdicciones determinarían el sobreseimiento del asunto y el cierre del expediente: especialmente, reconocimiento de responsabilidad, que apareja confesión y allanamiento.¹⁵⁷

Reviste suma importancia la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH en materia de privación de libertad, tanto cautelar como punitiva —e incluso otras formas de privación por orden de autoridad: enfermos, menores de edad, por ejemplo—. En este sentido, los pronunciamientos de la Corte han sido fuertemente restrictivos de las hipótesis de privación de libertad: la cautelar, asociada al riesgo de sustracción a la justicia o afectación severa del procedimiento, pero no a medidas materialmente punitivas, anticipación de pena, prevención del delito, que debe ser atendida con fórmulas diferentes;¹⁵⁸ y la punitiva —consecuencia de una sentencia de condena—.

¹⁵⁶ Cfr. artículo 24.2 de la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, disponible en <http://www.pgjdf.gob.mx/temas/4-6-1/fuentes/13-A-10.pdf> y art. 32 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977, disponible en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-i.htm>

¹⁵⁷ El art. 64 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispone: “La Corte, teniendo en cuenta las responsabilidades que le incumben de proteger los derechos humanos, podrá decidir que prosiga el examen del caso, aun en presencia de los supuestos señalados en los artículos precedentes”, disponible en http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_esp.pdf

¹⁵⁸ Como referencia jurisprudencial sobre detención y prisión preventiva, cfr. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones preliminares. Fondo. Reparacio-

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

En los lineamientos de la jurisprudencia interamericana sobre esta cuestión —que no han sido atendidos puntualmente por los Estados— figuran: condición de garante del Estado en los supuestos de internamiento en “instituciones totales”,¹⁵⁹ aplicación del principio de legalidad,¹⁶⁰ condiciones de vida dig-

nes y costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 106; *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo. Reparaciones y costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 67, 111; *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009, párr. 144; *Caso J. vs. Perú...*, *cit.*, párr. 157. Acerca de la situación de las prisiones en América Latina, es importante el panorama que se ofrece en Escobar, Guillermo (dir.), *Sistema penitenciario. V Informe sobre Derechos Humanos*, Madrid, Federación Iberoamericana de Ombudsman, Trama Editorial, 2007. Asimismo, cfr. Bigliani, R., y Bovino, A., *Encarcelamiento preventivo y estándares del Sistema Interamericano*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación-Editores del Puerto, 2008.

¹⁵⁹ “La “responsabilidad de los actos de los funcionarios del gobierno es imputable al Estado”; este, como responsable de los establecimientos de detención es el garante de los derechos de los detenidos. *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995, párr. 63; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri respecto Perú*. Medidas provisionales. Resolución de 7 de mayo de 2004, considerando décimo tercero; *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003, párr. 111; *Caso Bulacio vs. Argentina...*, *cit.*, párr. 126; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 98; *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay...*, *cit.*, párr. 152; *Caso Tibi vs. Ecuador...*, *cit.*, párr. 150; *Caso de la Cruz Flores vs. Perú*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004, párr. 124; *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004, párr. 102; *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005, párr. 97; *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005, párr. 118, y *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Excepción preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006, párr. 87.

¹⁶⁰ Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 57; *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011, párr 76; *Caso Fleury y otros vs. Haití...*, *cit.*, párr. 54, y *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana...*, *cit.*, párr. 126.

La “navegación americana” de los derechos humanos...

na¹⁶¹, trato especial para mujeres reclusas,¹⁶² medidas de coerción estrictamente necesarias,¹⁶³ formación de recursos humanos para la ejecución penal respetuosa de los derechos fundamentales de los reclusos.¹⁶⁴

¹⁶¹ Cfr. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay...*, *cit.*, párr. 153; *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador...*, *cit.*, párr. 170, y *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 64.

¹⁶² Cfr. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú...*, *cit.*, párrs. 292, 298, 303, 306, 308-313, 331-332.

¹⁶³ Cfr. *Casos Loayza Tamayo* (“todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana en violación del artículo 5 de la Convención Americana”). Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997, párr. 476; *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú...*, *cit.*, párrs. 187 y 284-285 y *Montero Aranguren y otros vs. Venezuela...*, *cit.*, párrs. 67-71.

¹⁶⁴ Cfr. *Caso Tibi vs. Ecuador...*, *cit.*, párr. 263, y *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú...*, *cit.*, párr. 452.

La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune**

Pedro Salazar Ugarte**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Desprotección de derechos y democracia aparente. 3. Premisas y garantías de los derechos. 4. Los derechos y la cultura de los jueces. 5. La cultura y la moral de los derechos. 6. La justicia como terreno de batalla de los derechos. 7. La reforma de derechos humanos en México. 8. La disputa por los derechos en México. 9. La Suprema Corte de Justicia de la Nación en el debate. 10. Epílogo.

1. INTRODUCCIÓN

El ideal de un *Ius Commune* en materia de derechos humanos, en principio regional —europeo, africano o latinoamericano—, pero tendencialmente universal, tiene asideros teóricos sólidos en el pensamiento liberal ilustrado. Baste con pensar que uno de los postulados torales del liberalismo —el liberalismo político sustentado en las premisas filosóficas del liberalismo igualitario— es

* Este trabajo se publicó en el libro *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, de Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho internacional Público-Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2010.

** Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

que los derechos humanos o fundamentales son universales. Ese atributo no supone ignorar que los titulares de los mismos se encuentran ubicados en contextos sociales, geográficos y culturales concretos, pero sí implica afirmar que, independientemente de ello, en cuanto personas, comparten en condiciones de igualdad la titularidad de un conjunto de derechos fundamentales. Este postulado teórico se encuentra en la base del proyecto del *Ius Commune*, que vendría a ser su materialización jurídica. Pero, como ha sostenido Armin von Bogdandy, no se trata solamente de un proyecto jurídico, sino también de un proyecto político y cultural.¹

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

La tesis que retomaré es sencilla y no es original, pero sí relevante: la democracia necesita de los derechos para consolidarse como una forma de gobierno sustentada por la autonomía política de las personas. Desde la perspectiva inversa, esta forma de gobierno constituye una garantía institucional para que la agenda de los derechos se mantenga vigente. Se trata, por un lado, de la

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

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

La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*

vieja idea —desarrollada, entre otros, por Michelangelo Bovero— de las precondiciones de la democracia: la garantía de algunos derechos sociales como condición de las libertades que, a su vez, ofrecen soporte a los derechos políticos. Y, en paralelo, por el otro, de la tesis según la cual la participación política de los ciudadanos constituye un instrumento para inhibir la concentración del poder e impedir los abusos en el ejercicio del mismo, lo que la convierte en una herramienta que ofrece garantía a los derechos. Al final, el círculo se cierra: los derechos son condición de la democracia y esta les ofrece protección.

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

³ Los “universales procedimentales”, según Norberto Bobbio, son: 1) todos los ciudadanos que hayan alcanzado la mayoría de edad sin distinción de raza, religión, condición económica, sexo, etcétera, deben gozar de los derechos políticos, o sea, del derecho de manifestar a través del voto su opinión y de elegir a quien la exprese por ellos; 2) el sufragio de cada ciudadano debe tener un peso igual al de los demás —debe contar por uno—; 3) todos los ciudadanos que gocen de los derechos políticos deben ser libres de votar de acuerdo con su propia opinión formada libremente, es decir, en el contexto de una competencia *libre* entre grupos políticos organizados; 4) los ciudadanos deben ser libres también en el sentido de que han de ser puestos en condición de seleccionar entre opciones diferentes; 5) tanto para las decisiones colectivas como para las elecciones de representantes vale la regla de la mayoría numérica; 6) ninguna decisión tomada por mayoría debe limitar los derechos de la minoría —en particular el derecho de convertirse, en paridad de circunstancias, en mayoría—. Cfr. N. Bobbio, *Teoria Generale della Politica*, Turín, Einaudi, 1999, p. 381. En el mismo sentido, aunque con algunas diferencias más o menos relevantes, otros autores, como Giovanni Sartori o Robert Dahl, han enlistado las reglas e instituciones que, desde su perspectiva, caracterizan a la democracia moderna. Cfr. Sartori, G., *Partidos y sistemas de partidos*, Madrid, Alianza Editorial, 1988; Dahl, R., *Los dilemas del pluralismo democrático, autonomía versus control*, México, Conaculta-Alianza Editorial, 1991.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

decimos que se trata de “democracias aparentes”.⁴ Al trasladar estos postulados a la dimensión internacional —y, en este caso, regional— tenemos que el *Ius Commune* de derechos humanos puede ser una garantía para la democracia —por ejemplo en la región latinoamericana— pero, al mismo tiempo, sabemos que la desprotección de los derechos al interior de los Estados debilita a la democracia en cada uno de ellos y, en esa medida, desfonda las condiciones que harían posible al *Ius Commune*.

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

2. DESPROTECCIÓN DE DERECHOS Y DEMOCRACIA APARENTE

Los riesgos que enfrentan las democracias de nuestros días en buena medida provienen desde la desprotección de los derechos —humanos o fundamentales—⁵ que les ofrecen sustento. Esa fal-

⁴ Se trata de otra expresión acuñada por Bovero.

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

La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*

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

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

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

Pero también es cierto que, al menos desde los años noventa del siglo XX, casi todos los países latinoamericanos adoptaron constituciones democráticas que recogen múltiples derechos

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

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

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

Esta contradicción estructural entre los diseños institucionales y las realidades políticas y sociales de los países latinoamericanos es el principal obstáculo para lograr los objetivos que encauzan a la idea del *Ius Commune* latinoamericano: “avanzar en el respeto de los principios de los derechos humanos, del Estado de derecho, y de la democracia”⁶ en nuestra región. En lo que sigue de este ensayo ofrezco algunas reflexiones sobre algunos de

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

La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*

los obstáculos culturales que enfrenta el primero de estos objetivos, sobre todo en el contexto del México actual. La premisa eje de mis reflexiones es que, en el gremio jurídico mexicano —en particular en el ámbito jurisdiccional—, está abierta una disputa por los derechos que es política y cultural al mismo tiempo, y de cuyos derroteros depende, en buena medida, la consolidación de la democracia mexicana y su contribución a la edificación del derecho común en América Latina.

3. PREMISAS Y GARANTÍAS DE LOS DERECHOS

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

Si pensamos ahora en las garantías, el elenco continúa con las siguientes premisas: *i*) la garantía de un derecho es la obligación que el ordenamiento impone a un sujeto determinado; *j*) esa obligación es el contenido del derecho; *k*) el sujeto obligado puede ser el Estado o un sujeto particular; *l*) en el caso de los derechos fundamentales, el sujeto obligado suele ser —aunque no necesariamente es— el Estado; *m*) existen derechos sin garantías —lo que se traduce en una obligación para el legislador que debe crearlas—;⁸

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

⁸ Esta tesis, al igual que la mayoría de las premisas expuestas, proviene de la teoría garantista de Luigi Ferrajoli sobre los derechos fundamentales. Cfr.,

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

n) los derechos pueden entrar en colisión con otros derechos o con otros principios relevantes del ordenamiento; o) cuando esto sucede, es necesario echar mano de técnicas de interpretación y de argumentación jurídicas; p) los sujetos obligados en ocasiones incumplen su obligación; q) la labor de interpretar y velar por el cumplimiento de los derechos corresponde a los órganos garantes; r) estos órganos constituyen las “garantías secundarias” de los derechos y vigilan a los sujetos obligados; s) los jueces son los órganos garantes en última instancia.

Podría objetarse que se trata de una construcción teórica proveniente del ámbito jurídico y que, en esa medida, simplifica las cosas ignorando que los derechos son constructos sociales con implicaciones políticas y económicas. Sin embargo, si se observa con atención, el sentido de esas premisas trasciende al ámbito del derecho e incide en esas otras dimensiones. Al sostener que los derechos se encuentran recogidos en normas, que son obligaciones para el Estado, que requieren de garantías institucionales, etc., se evoca su carácter multidimensional. Esta es una conclusión ineludible, porque, para convertirse en realidades, los derechos, demandan acciones complejas que incluso trascienden al Estado e involucran a la sociedad.

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

4. LOS DERECHOS Y LA CULTURA DE LOS JUECES

No pienso que los jueces por sí solos puedan ofrecer garantías plenas a los derechos ni creo que estos demanden únicamente una protección jurídica o jurisdiccional. Ya he afirmado que los derechos, como fenómenos complejos, requieren de garantías

Ferrajoli, L., *Principia Iuris. Teoria del Diritto e della Democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007. Existe una traducción al castellano (Madrid, Trotta, 2010).

La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*

políticas, económicas e incluso sociales. Necesitan, además, de un contexto cultural que les ofrezca sustento. Sin embargo, también es cierto que la función judicial es clave en los Estados constitucionales para superar conflictos de manera pacífica y para procesar los reclamos de manera institucional. Los jueces, además de dirimir conflictos, son los responsables de garantizar en última instancia que los derechos de las personas sean respetados. Si fallan en la realización de esta función, el entramado institucional en su conjunto comienza a perder legitimidad. En esa medida, los jueces, al ser la garantía última de los derechos, también son garantes del sistema democrático constitucional en su conjunto.

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

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

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

¹⁰ Kelsen, H., *La Teoría Pura del Derecho*, México, UNAM, 1982, p. 353.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

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

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

5. LA CULTURA Y LA MORAL DE LOS DERECHOS

La ignorancia de lo que son los derechos y de cuál es su importancia, en contubernio con la oposición ideológica abierta hacia estos por parte de actores sociales relevantes —líderes de opinión, intelectuales, juristas—, son factores que desfondan a las democracias constitucionales. Se trata de enemigos silenciosos de la agenda de los derechos y de sus garantías que —como bien nos enseña la historia reciente y presente de nuestro continente—¹¹ generan contextos proclives a las regresiones autoritarias. Por eso, cuando hablamos de los derechos humanos, es importante tomar en consideración también los factores culturales que definen las coordenadas axiológicas dominantes. No perdamos

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

La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*

de vista que las sociedades políticas tienen una moral positiva que interactúa con la moral individual de los miembros que las componen.¹²

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

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

Los jueces, al menos desde la perspectiva institucional, son actores estelares en el destino de este proceso. Ello, en particular, en los Estados que han delegado en sus manos la función última de garantía de los derechos humanos. Las sentencias —sobre todo de los jueces constitucionales—, además de resolver litigios

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

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

concretos, tienen una función pedagógica que incide en la moral positiva de un tiempo histórico determinado. Esto vale en el ámbito nacional, pero también —como demuestra la historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos— en el nivel internacional. Una sentencia garantista puede detonar transformaciones insospechadas a favor de los derechos y una decisión equivocada puede ser demoledora para su agenda.

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

Por ejemplo, la distancia que separa a la sentencia *Dred Scott vs. Sandford*¹³ —probablemente la más lamentable decisión de la

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

La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*

Corte norteamericana en más de un siglo— de la sentencia *Brown vs. Board of Education*,¹⁴ encapsula el paso de una sociedad esclavista a una sociedad dispuesta a dar la batalla en contra de la discriminación racial. En América Latina sucede algo similar, por ejemplo, cuando pensamos en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos vs. Chile)*¹⁵ y ubicamos la decisión en el cambio de paradigma constitucional que acompañó al paso de las dictaduras hacia las democracias electorales en la región. Esa y otras decisiones de esta instancia jurisdiccional regional son las que alientan y proyectan a la idea del *Ius Constitutionale Commune* que orienta nuestras reflexiones. Mediante esta clase de decisiones se activa una transformación de la moral positiva dominante.

En México se detonó una disputa cultural alrededor del derecho y de los derechos —a la que me referiré más adelante— en buena medida a partir de una decisión de la Corte Interamericana. Me refiero a la sentencia del caso *Rosendo Radilla vs. México*¹⁶

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

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

¹⁶ La sentencia al caso *Rosendo Radilla vs. México* fue la primera resolución condenatoria al Estado mexicano emitida por la Corte Interamericana de

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

y a su aterrizaje nacional, primero mediante el expediente Varios 912/2010 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁷ y, después, a través de otras decisiones orientadas a definir el lugar de los derechos humanos de fuente internacional en el ordenamiento jurídico mexicano, así como los alcances de las resoluciones de la Corte Interamericana en el ámbito nacional.¹⁸

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

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

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

¹⁸ He reconstruido el debate sobre estos temas entre los ministros de la SCJN en los siguientes textos, disponibles en <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3021>, <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3043>, <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3090>

La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*

grosas que amenazan a la soberanía nacional y, en esa medida, al *Ius Nationale* que es el único que les interesa defender.¹⁹ Ahí reside la disputa por los derechos.

6. LA JUSTICIA COMO TERRENO DE BATALLA DE LOS DERECHOS

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

De hecho, las constituciones contemporáneas previenen que es una obligación de todos los poderes del Estado promover, res-

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

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

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

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

Ciertamente, esta tendencia no es igual en todos los países de la región, porque existen casos, como el de Colombia, en donde existe un Tribunal Constitucional que se ha convertido en un punto de referencia internacional,²² pero la tentación de la poli-

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

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

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

La disputa por los derechos y el *lus Constitutionale Commune*

tización de la justicia —y, mediante la misma, de su neutralización—, está latente en la región. En Argentina, por ejemplo, en junio de 2013, la Corte Suprema declaró inconstitucional una ley impulsada por el gobierno para elegir democráticamente a los miembros del Consejo de la Magistratura. La respuesta desde el poder ejecutivo a la decisión de la Corte fue virulenta. La presidenta Cristina Fernández afirmó lo siguiente:

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

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

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

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

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

Estas y otras declaraciones —que trazan una estrategia y encierran un proyecto ya implementado en los países como Venezuela y Ecuador—, fueron acompañadas de fuertes críticas y amenazas veladas a los jueces constitucionales. Se trata de un buen ejemplo que encapsula los desafíos que enfrenta la independencia judicial. Desafíos que son políticos pero que también,

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

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

como las declaraciones de la presidenta Fernández evidencian, tienen un sustrato cultural que coloca al poder por encima del derecho.

7. LA REFORMA DE DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

En México la transición democrática se procesó e impactó sobre todo en el ámbito legislativo y ejecutivo. Sin embargo, a la par de ese proceso de transformación política se fue gestando también una evolución de la justicia que, al menos en el ámbito federal, se ha traducido en mayor independencia de los jueces ante los poderes del Estado. En particular la Suprema Corte de Justicia de la Nación —que es a la vez Tribunal de Casación y Tribunal Constitucional— ha visto fortalecido su rol institucional como entidad garante de la Constitución. Sin embargo, los rezagos y desafíos siguen siendo importantes. No solo porque lo que vale para la Suprema Corte no puede afirmarse de las instancias judiciales inferiores sino, sobre todo, porque la justicia local —que es la más cercana a los ciudadanos— sigue dependiendo políticamente de los ejecutivos estatales y es deficiente desde el punto de vista técnico.

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

Los alcances potenciales de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos residen en cinco ejes estratégi-

La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*

cos: a) la ampliación del conjunto de derechos humanos; b) el ensanchamiento de la titularidad de los derechos; c) la especificación de las obligaciones de las autoridades; d) el fortalecimiento de las instituciones de protección —jurisdiccionales y no jurisdiccionales—; e) el hincapié en la protección de los derechos desde las políticas públicas.²⁴ En particular, el artículo 1º de la Constitución, que conviene citar en extenso, traza las coordenadas de lo que algunos hemos llamado “un nuevo paradigma constitucional”.²⁵

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozaran de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

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

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

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

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social,

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

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

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

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

Los alcances de esta transformación —sobre todo en los aspectos que tienen que ver con la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el marco constitucional mexicano— son objeto de disputa en el foro, la academia y, sobre todo, en la judicatura. Merece la pena documentar las posiciones de algunos actores relevantes en esta disputa. Aunque lo que está en juego no es directamente la independencia judicial —como en los países a los que he hecho referencia— sí es la capacidad de los operadores jurídicos —en particular, de los jueces— para ofrecer garantías efectivas a los derechos humanos o fundamentales.

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

La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*

8. LA DISPUTA POR LOS DERECHOS EN MÉXICO

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

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

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

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

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

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

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

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

También en sede legislativa se ha hecho presente la tendencia regresiva. Líderes parlamentarios del Partido Revolucionario Institucional —el presidente de la Cámara de Diputados y el de la Cámara de Senadores— presentaron iniciativas de reformas constitucionales para que los tratados internacionales no tengan rango constitucional. Al explicar las causas de su proceder, han aludido a preocupaciones que provienen desde el foro y la política, pero también desde la judicatura. Las iniciativas de reforma no han procedido, pero tampoco han sido descartadas. Así que

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

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

La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*

tenemos evidencias de que las resistencias al cambio de paradigma son intelectuales, pero también políticas y judiciales, lo que nos obliga a concluir que la idea del *Ius Constitutionale Commune* enfrenta resistencias.

Pero lo cierto es que también existen actores relevantes que defienden la causa de los derechos. Como prueba de que se trata de una disputa genuina y abierta tenemos, por ejemplo, las siguientes posiciones de algunos investigadores universitarios. Las referencias, más allá de su contenido, son interesantes, porque demuestran que no se trata de un forcejeo generacional, sino netamente cultural. Héctor Fix-Zamudio —el decano de la investigación jurídica en México— y Salvador Valencia Carmona, en su libro dedicado a esta reforma y a otra modificación constitucional complementaria en materia de amparo, han sostenido que:

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

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

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

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

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

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

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

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

Observemos ahora el calado de la misma discrepancia en sede jurisdiccional. Primero reproduzco las posiciones de un exministro —en ese entonces presidente de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación— y de otros dos ministros que, en 2013, siguen en funciones. Leamos las palabras del entonces presidente de la Segunda Sala, Sergio Aguirre Anguiano, al concluir el año 2011, en el que la reforma fue aprobada:

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

Vale la pena subrayar el talante conservador y minimalista de la lectura de la reforma que hacía el exministro Aguirre, sobre todo porque su posición ha sido retomada por otros jueces constitucionales todavía en funciones. Ese es el caso de los ministros Luis María Aguilar Morales y Margarita Luna Ramos. A continuación se reproducen —en ese orden— dos intervenciones suyas que no versan sobre el significado y el valor general de la refor-

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

La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*

ma, sino sobre sus alcances concretos, al determinar la jerarquía que corresponde a los tratados internacionales en materia de derechos humanos en el ordenamiento jurídico mexicano:

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

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

Se trata de posicionamientos de mucha relevancia, porque los emiten dos de los once ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. De hecho, su posición fue cobrando fuerza al interior de la Suprema Corte y, en cierta medida, logró imponerse en septiembre de 2013, cuando el Pleno de la Corte, a pesar de

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

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

reconocer la existencia de un “bloque de constitucionalidad”,³⁴ determinó que las restricciones o límites que la Constitución mexicana impone a algunos derechos humanos —en principio y sin importar su contenido y efectos— deben surtir efectos preferentemente, ello incluso en los casos en los que existan normas internacionales que apunten en la dirección opuesta. Para algunos observadores, de hecho, esta decisión materializó la regresión propuesta en sede legislativa, pero por la vía jurisdiccional.

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

Este año ha sido de enorme relevancia para el constitucionalismo mexicano. A partir de las reformas constitucionales (...) en materia de derechos humanos y amparo es válido sostener que se generó un nuevo paradigma constitucional, que modifica radicalmente la forma de comprender el fenómeno jurídico (...). Un nuevo paradigma que exige una nueva mentalidad en jueces, abogados, autoridades y académicos. Un nuevo paradigma que fortalece la centralidad de los derechos humanos como la finalidad última de toda la ingeniería constitucional. (...) Los derechos humanos son la ética de la democracia (...). El respeto a los derechos fundamentales distingue a la democracia del autoritarismo. No importa la seriedad de los problemas; el reto de los Estados democráticos es resolverlos a través del derecho y con vigencia plena de los derechos fundamentales.³⁵

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

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

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

La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*

una diferente interpretación y aproximación a los casos dependiendo de cuál sea la Sala que en última instancia revise los casos que se le presenten dependiendo, fundamentalmente, de la materia de que se traten (Civil y penal, para la Primera; laboral y administrativa, para la Segunda).

Las diferencias no son menores y, al magnificarse en los tribunales inferiores, pueden generar una imagen de desorden interpretativo con una potencial afectación a los casos concretos y, por ende, a los justiciables. Una cosa es que los tribunales al conocer casos concretos en primera instancia puedan tener divergencias sobre la manera de resolver ciertos temas, lo que finalmente puede homologarse al subir de instancia y llegar a los tribunales de última interpretación en el ordenamiento jurídico, y otra es que sean estos últimos los que tengan la diferencia de criterio y provoquen que los tribunales inferiores resuelvan en sentido diverso dependiendo de la materia y del tribunal que en última instancia les corresponda como revisor.³⁶

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

10. EPÍLOGO

Si es verdad que la efectiva garantía de los derechos humanos es una condición para la consolidación de las democracias y que, la vigencia de las mismas es necesaria para ampliar los horizontes

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

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

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

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

Ius Constitutionale Commune en América Latina. Aclaración conceptual*

Armin von Bogdandy

SUMARIO: 1. Contexto y finalidad de esta contribución. 2. Justificación del enfoque del *Ius Constitutionale Commune*. 3. Objetivos y medios. 4. Conclusión.

1. CONTEXTO Y FINALIDAD DE ESTA CONTRIBUCIÓN

¿Puede tener algún tipo de relevancia para Latinoamérica este análisis hecho por un publicista alemán? Hoy en día, cualquier “asesoramiento” europeo a Latinoamérica sobre la manera “adecuada” para organizar una sociedad despierta suspicacias.¹ Es

* Este texto se basa en publicaciones anteriores editadas por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y por la Universidad Externado de Colombia. En el primer caso en el libro *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, de Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), México, 2010. En el segundo caso, en la *Revista de Derecho del Estado*, núm. 34, 2015, pp. 3-50.

¹ Respecto de la problemática de los Estados débiles, Oeter, S. (“Fragile Staatlichkeit und Entwicklung” en DANN, P., Kadelbach, S. y Kaltenborn, M. (coords.), *Entwicklung und Recht*. Baden-Baden: Nomos. 2014, pp. 471-497. La investigación histórica sugiere que nunca ha habido una transferencia unilateral de conocimiento entre Europa y otras partes del mundo; más bien las transferencias de conocimiento entre las regiones siempre han tenido carácter multidireccional; para un resumen véase Wendt, H. y Renn, J. “Knowledge and Science in Current Discussions of Globalization”

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

más, el mero ofrecimiento de conceptos se ve con recelo en el ámbito de los estudios poscoloniales.² No obstante, numerosas sesiones del Coloquio Iberoamericano que fue creado en 2004 en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público³ han revelado que la descripción y conceptualización de un fenómeno, realizadas por una persona que lo observa a cierta distancia, pueden ser provechosas para quienes se encuentran más cerca del fenómeno en cuestión. Las reconstrucciones que parten de otros contextos y que se realizan a una mayor distancia pueden generar conocimiento valioso. Así es como entiendo mi rol en el ICCAL. Podemos ilustrar este punto modificando levemente una imagen descrita por Isaac Newton: para alcanzar nuevo conocimiento en un proceso de investigación común no es necesaria una ubicación más elevada, basta con una ubicación distinta.⁴ Sin embargo, entre más alejada sea la ubicación, más precario y abstracto será el conocimiento alcanzado.

En el Coloquio se han abordado diversas constelaciones temáticas, pero la cuestión central ha sido el constitucionalismo

en Renn, J. (coord.), *The Globalization of Knowledge in History*. Berlin: Edition Open Access. 2012, pp. 45-72, refiriéndose en particular a Frank, A.G. *ReOrient. Global Economy in the Asian Age*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press. 1998.

² Una aproximación a esta idea se puede encontrar en Draude, A. y Neuweiler, S., “Governance in der postkolonialen Kritik. Die Herausforderung lokaler Vielfalt jenseits der westlichen Welt”. *SFB-Governance Working Paper Series*, 2010, 25(5), pp. 7-8.

³ Desde el año 2004 el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público ha sido el anfitrión del Coloquio Iberoamericano, organizado desde el año 2006 por Mariela Morales Antoniazzi, investigadora del Instituto para temas latinoamericanos. Las 140 sesiones del Coloquio que se han celebrado hasta ahora han servido como foro para intercambiar, comparar y contrastar las ideas de los numerosos expositores y participantes, y han generado una agenda de investigación común. El Coloquio cuenta al día de hoy con una red que comprende alrededor de 250 miembros; se han organizado conferencias internacionales anualmente en así como cursos de verano sobre derecho comparado; además, se han publicado 16 libros. Desde marzo de 2014, el Coloquio es el evento principal de la sección alemana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

⁴ Merton, R. K., *Auf den Schultern von Riesen: Ein Leitfaden durch das Labyrinth der Gelehrsamkeit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp. 1983, pp. 13 y ss.

Ius Constitutionale Commune en América Latina

transformador en América Latina.⁵ Se trata de superar la profunda exclusión social a la luz de la tríada derechos humanos, democracia y Estado de derecho. El Coloquio ha facilitado el análisis jurídico de este desafío bajo un enfoque tanto comparativo como internacionalista, lo que implica una serie de innovaciones. Este enfoque jurídico holístico se conoce cada vez más como *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL).⁶

⁵ El concepto de constitucionalismo transformador se conoce del constitucionalismo colombiano en el marco de la nueva constitución de 1991. La Constitución de 1991 se identifica como un parteaguas y tiene como soporte la efectividad de los derechos humanos como uno de sus pilares fundamentales. Cepeda, M. J., “¿Cómo se hizo la Asamblea Constituyente?” en: *Introducción a la Constitución de 1991: Hacia un nuevo constitucionalismo*. Bogotá: Presidencia de la República. 1993, 173-186; Cepeda, M. J., *Los derechos fundamentales de la Constitución de 1991*. Vol. 2. Bogotá: Editorial Temis. 1997. Se afirma que los constituyentes de 1991 no solo eran depositarios de una voluntad popular ansiosa de respuestas institucionales para transformar la situación, sino que estuvieron motivados por una especial sensibilidad en lo que concierne al derecho internacional de los derechos humanos. Upegui Mejía, J. C., “Cuatro indicios de la influencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en el constitucionalismo colombiano”, en *Revista Derecho del Estado*. núm. 23, 2009, 191-212. El constitucionalismo transformador también se conoce a partir de la discusión sudafricana. Pionero en este sentido: Klare, K., “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”, *South African Journal on Human Rights*, 14(1), 1998, pp. 146-188; sobre su significado, Roux, T., “Transformative Constitutionalism and the best interpretation of the South African constitution: distinction without a difference?”, *Stellenbosch Law Review*. 2009, 20(2), pp. 258-285.

⁶ Sobre el concepto del *Ius Constitutionale Commune*, 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, Inter-American Institute of Human Rights, 2011, p. 243; Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 26 de noviembre de 2010; Arango, R., “*Ius constitutionale commune*”, *El Espectador*, 4 de noviembre de 2009; Sagüés, N. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*. 2010, 8(1), pp. 117-136; García Ramírez, S., “El control judicial interno de convencionalidad”. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 5(28), 2011, pp. 123-159; Piovesan, F., “Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano”, *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. 77(4), 2011, pp. 102-139; Piovesan, F., “Direitos humanos e diálogo entre jurisdições”, *Re-*

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

La idea de un constitucionalismo latinoamericano no es nueva.⁷ Sin embargo, el siglo XXI la ha dotado de nuevos contornos en el sentido de un *Ius Constitutionale Commune*. Un momento importante en la formación de su identidad lo constituye el rechazo de las tres ideologías constitucionales tradicionales latinoamericanas, a saber, el conservadurismo, el liberalismo y el radicalismo.⁸ Sus características positivas son la combinación del derecho nacional y del internacional público, la orientación metodológica hacia principios, la centralidad de los derechos y la estrategia de perseguir transformaciones de manera incremental.

Metodológicamente, este análisis consiste en la interpretación que un publicista alemán hace de algunos textos académicos, sobre todo de aquellos que han sido objeto de debate en el Coloquio Iberoamericano, así como de las posiciones que se han defendido en él.⁹ Esta síntesis se guía por el deseo de captar cómo las personas asociadas al *Ius Constitutionale Commune* en América Latina comprenden, relacionan y desarrollan el derecho del Estado, el derecho internacional público universal, el derecho regional de la integración, el derecho comparado y la teoría política a fin de responder a los desafíos de nuestros tiempos.

La motivación para estudiar el enfoque latinoamericano no se debe solamente a un interés académico por la región, ya que dicho enfoque abarca fenómenos que también son europeos y

vista Brasileira de Direito Constitucional, 19, 2011, pp. 67-93 (en adelante “Direitos humanos e diálogo”).

⁷ Para conocer la trayectoria latinoamericana se puede acudir a la edición especial de la revista especializada *Rechtsgeschichte*, Duve, T., “Verfassung und Verfassungsrecht in Lateinamerika im Licht des bicentenario. Einleitung zur Debatte”, *Rechtsgeschichte*, 16, 2010, p. 16; también Casal Hernández, J. M., “El constitucionalismo latinoamericano y la oleada de reformas constitucionales en la región andina”, *Rechtsgeschichte*, 16, 2010, pp. 212-241.

⁸ Gargarella, R., *Latin American Constitutionalism 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*, Oxford, OUP, 2013, en particular pp. 197 y ss.

⁹ Sobre cuestiones epistemológicas, Duve, T., “Internationalisierung und Transnationalisierung der Rechtswissenschaft –aus deutscher Perspektive”, *LOEWE Research Focus*, “*Extrajudicial and Judicial Conflict Resolution*”, Working Paper, 2013, pp. 6, 9 y ss.; Tamanaha, B. Z., “What is ‘General’ Jurisprudence? A Critique of Universalistic Claims by Philosophical Concepts of Law”, *Transnational Legal Theory*, 2(3), 2011, pp. 287-308.

Ius Constitutionale Commune en América Latina

globales.¹⁰ Como bien lo demuestra la fundación de la *International Society of Public Law*, el entrelazamiento entre la teoría política, el derecho del Estado, el derecho comparado, el derecho de la integración y el derecho internacional público, es un tema tan actual como universal.¹¹

2. JUSTIFICACIÓN DEL ENFOQUE DEL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE*

2.1. Lo común

Como muchos términos jurídicos (derecho constitucional, derecho internacional público, derecho de familia, sin olvidar el término clásico europeo *Ius Commune*), el concepto *Ius Constitutionale Commune* en América Latina se refiere tanto al derecho positivo como al discurso jurídico sobre el mismo.¹² Referirse al fenómeno en tanto que derecho común (*Ius Commune*) se justifica por dos componentes esenciales del enfoque.¹³ El primer componente consiste en la nueva apertura de los ordenamientos

¹⁰ De manera similar en el ámbito de la historia del derecho, Duve, T., “Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive”, *Rechtsgeschichte*, 20, 2012, p. 18. No implica la idea de una “jurisprudencia universal”, en ese sentido cfr. Mohnhaupt, H., *Historische Vergleichung im Bereich von Recht und Staat*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2000, pp. 437 y ss.; Tamanaha (*op. cit.*, p. 10).

¹¹ Véase la página web de *The International Society of Public Law*, disponible en <http://icon-society.org/> programático: Weiler, J., “The International Society for Public Law –Call for Papers and Panels”, *Int J Constitutional Law*, 12, 2014, pp. 1-3.

¹² Sobre el doble significado del “verdadero” *Ius Commune* y su posible significado contemporáneo, Zimmermann, R., “Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit”, *Juristenzeitung*, 1992, pp. 8-20. Al igual que respecto del verdadero *Ius Commune* el debate académico latinoamericano parece ser esencial para la creación del fenómeno en el derecho positivo. Ciertamente el concepto latinoamericano se diferencia del europeo en muchos sentidos.

¹³ Sobre el atractivo del concepto de *Ius Commune* para América Latina Serna de la Garza, J. M., “El concepto del *Ius Commune* latinoamericano en derechos humanos: Elementos para una agenda de investigación”, en *Rasgos*, (*op cit.*, 19), pp. 212 y ss.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

jurídicos estatales latinoamericanos hacia un estrato común de derecho internacional público, sobre todo hacia la Convención Americana. Aunque esta apertura se exprese únicamente en uno o pocos artículos de las constituciones,¹⁴ se sostiene que tal apertura afecta y transforma la esencia del constitucionalismo. Los derechos constitucionales estatales y el derecho internacional público se encuentran en una relación de fortalecimiento mutuo, están llamados a realizar las garantías y promesas del así llamado “bloque de constitucionalidad”. Esta apertura es entonces expresión de un desarrollo *común*, que además le confiere a los ordenamientos jurídicos estatales una orientación *común*. De allí que luzca muy congruente que la Corte Interamericana describa el conjunto de los tratados de derechos humanos como un *corpus iuris*.¹⁵ Se trata asimismo de un cambio *común*, ya que vincular el derecho estatal con el derecho internacional público constituye una ruptura en la manera tradicional de estudiar estas dos áreas del derecho, puesto que tradicionalmente su tratamiento académico e investigación se desarrolla por aparte.¹⁶

El segundo componente es un discurso común de derecho comparado.¹⁷ La idea de poner el derecho constitucional comparado al servicio de fines democráticos acompaña la fundación del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional en el año 1974 en Buenos Aires, producto de la colaboración entre juristas mexicanos y argentinos. El cometido inicial de Jorge Carpizo, Héc-

¹⁴ En más detalle, abajo, III 3.

¹⁵ Se reconoce como aporte de la Corte Interamericana al derecho internacional. Cfr. O'Donnell, D., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, pp. 57-59. Dicho reporte también incluye la reseña sobre las decisiones de la Corte Interamericana en donde se usa el término.

¹⁶ Pionera Piovesan, F., *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, São Paulo, Limonad, 1996; cfr. también con Nikken, P., “El derecho internacional de los derechos humanos”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, 72, 1989, pp. 15-52.

¹⁷ Brewer-Carías, A., *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of Amparo Proceedings*, Nueva York, CUP, 2014; Ferrer Mac-Gregor, E., *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid, Pons, 2013.

Ius Constitutionale Commune en América Latina

tor Fix-Zamudio, Pedro Frías, Diego Valadés y Jorge Vanossi fue el de establecer la comunicación entre dos ámbitos de discusión jurídica que hasta ese momento se desarrollaban por separado, para así dar seguimiento conjunto a la idea del constitucionalismo en el difícil contexto de los gobiernos autoritarios. En cuestión de poco tiempo varios juristas de otros Estados tales como Brasil, Venezuela, Colombia, Guatemala, Perú y Uruguay se unieron al proyecto; hoy en día el Instituto Iberoamericano es un foro fundamental del pensamiento contemporáneo sobre el constitucionalismo.¹⁸

La intensificación del estudio comparado del derecho público como parte del proyecto transformador impulsado por el ICCAL se deja vislumbrar también en otros escenarios. En este sentido, cabe mencionar una serie de publicaciones. Desde 1989, la *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, publicada por la Universidad Nacional de Costa Rica se centra en el debate acerca de los derechos humanos, evidenciando así el protagonismo de este ámbito jurídico para la región. Una publicación algo más antigua es *Derecho de la Integración: Revista Jurídica Latinoamericana*, que se publicara de 1967 a 1978 por el Instituto para la Integración de América Latina¹⁹ afiliado al Banco Interamericano de Desarrollo. Su temática eran los aspectos jurídicos de la integración económica en América Latina y estaba ligada a la idea de la creación de un espacio económico latinoamericano.²⁰ El Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer ya publicó la XIX edición de su *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* dedicado al estudio y fomento de esta rama del derecho en los países de la región, con aportaciones de académicos, operadores jurídicos y jóvenes investigadores. Todos convergen hoy en día en identificar como un rasgo común la “sed de materialización garantista” de estas constituciones.²¹

¹⁸ Recientemente XI. Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional “Jorge Carpizo”, 17-19 de septiembre de 2013 en Tucumán, Argentina, disponible en <http://www.iberoconstitucional.com.ar>

¹⁹ Hoy llamado Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe.

²⁰ Instituto para la Integración de América Latina, Editorial, *Derecho de la Integración: Revista Jurídica Latinoamericana*, 1, 1967, pp. 5-7.

²¹ Elsner, G. y Steiner, C., Prólogo, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. 2011, p. 9.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Para ejemplificar el estudio comparado se cuenta también con la *Revista Latinoamericana de Derecho*, en circulación desde 2004 y publicada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Esta revista se dedica a la investigación del derecho más allá de las fronteras nacionales en América Latina, en especial en los ámbitos que son particularmente relevantes en razón de tradiciones culturales y proyectos afines.²² Otras revistas tienen como meta, al menos en razón de su denominación, el fomentar un discurso jurídico latinoamericano, como por ejemplo la *Revista Latinoamericana de Derecho Social*. También publicada por la UNAM, tiene como finalidad dar oportunidad a los juristas mexicanos y extranjeros de crear una nueva doctrina en el ámbito del derecho social que propicie soluciones al problema de la desigualdad en las relaciones sociales.²³ Parece muy importante también la fundación de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional en el año 2007 para fomentar la discusión regional en tales temas.²⁴

Todo ello evidencia el gran interés de contar con un discurso jurídico regional. No obstante, de acuerdo con las observaciones de muchos de los participantes en el Coloquio y a pesar de las facilidades lingüísticas, el discurso jurídico regional encuentra severos obstáculos. A menudo da la impresión de que el contacto con instituciones de investigación de extracción estadounidense o europea es más intenso que entre instituciones latinoamericanas. Tomando en consideración que la falta de recursos suele ser un problema en la región, la decisión del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México de dar acceso libre en línea a su amplia gama de publicaciones marca una alentadora pauta.²⁵

²² Ventura, A. Presentación, en *Revista Latinoamericana de Derecho*, 1, 2004, pp. XI-X.

²³ Valadés, D., Palabras de Bienvenida, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 1, 2005, pp. IX-XIII.

²⁴ Véase la página web de la *Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional*, disponible en <http://lasil-sladi.org/es/home.html>

²⁵ Disponibles en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/> El libro *Rasgos* (op. cit., 19) también ha sido publicado de esta manera.

2.2. ¿Qué quiere decir latinoamericano?

Para muchos autores es importante, y en esto hacen hincapié, que el discurso latinoamericano se inserte en el discurso universal y que no se convierta en un particularismo más.²⁶ El *Ius Constitutionale Commune* está muy lejos de la idea de un derecho internacional específicamente distinto en América Latina.²⁷ Así, la calificación del *Ius Commune* como latinoamericano no implica una distinción fundamental frente al Norte global, pues no se esgrimen “valores latinoamericanos” como sí sucede con los supuestos “valores asiáticos”.²⁸ Se trata más bien de la descripción de una región para la cual un discurso jurídico común podría acarrear grandes beneficios.

Al mismo tiempo, focalizar los estudios en la región latinoamericana y no interamericana, excluye de su ámbito a los países de habla inglesa o neerlandesa de las Américas. A su vez, no haber denominado a la región “iberoamericana” excluye a España

²⁶ García Ramírez, S., “La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *Ius Commune*”, en *Rasgos* (op. cit., 19), pp. 459-491; así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos subraya a menudo las bases universalistas de su jurisprudencia. Incluso los tribunales nacionales hacen uso de la jurisprudencia de otras regiones del mundo cfr. Morales Antoniazzi, M., “El Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Rasgos* (op. cit., 19), pp. 265, 267 y ss.

²⁷ Esquirol, J. L.,m “Latin America” en Fassbender, B. y Peters, A. (coords.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, OUP, 2013. pp. 553, 562 y ss.; Becker Lorca, A., “International Law in Latin America or Latin American International Law? Rise, Fall, and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination”, *Harvard International Law Journal*, 47, 2006, pp. 283-305. Quizás el representante más importante fue Álvarez, A., “Latin America and International Law”. *American Journal of International Law*, 3(2), 1909, pp. 269-353.

²⁸ Kapur, A., “Asian Values v. the Paper Tiger. Dismantling the Threat to Asian Values Posed by the International Criminal Court”, *Journal of International Criminal Justice*, 11(5), 2013, pp. 1059-1090, en particular 1063-1066; Di Plinio, G., “Rule of law/fazhi: il diritto in Cina tra WTO e Asian values”, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2011, pp. 326-338; Davis, M. C., “Constitutionalism and Political Culture”, *Harvard Human Rights Journal*, 11, 1998, pp. 109-147, en particular 111-112.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

y Portugal,²⁹ mientras que la decisión de no denominarla “sudamericana” supone la inclusión de los países centroamericanos así como de México. Se trata, por tanto, de las antiguas colonias españolas y portuguesas, principalmente.³⁰ El uso del latín *Ius Constitutionale Commune* es una señal del legado europeo, mostrando así que dicha influencia es mucho más que una mera carga histórica.³¹

Empero, la denominación “latinoamericana” no pretende que exista homogeneidad en la situación política, social, económica o jurídica de los diferentes países de la región.³² Las diferencias entre Chile y Honduras no son menores, es más, quizás hasta sean mayores que aquellas entre Suecia y Rumanía.³³ Además, por distintas razones, los regímenes de integración económica³⁴

²⁹ No hay que olvidar que en España se discutió hasta los años setenta del siglo xx, acerca de su pertenencia a Europa, la cual se entendía a sí misma como secular y moderna, o si más bien no sería mejor entenderla como parte de Iberoamérica, ya que al igual que en los Estados latinoamericanos el catolicismo tradicional seguía jugando un papel preponderante.

³⁰ A pesar de que el término latinoamericano es una creación francesa del siglo xix, sobre este tema cfr. Valadés, D., “Formación y transformación del sistema presidencial en América Latina: Una reflexión sobre el *Ius Commune* latinoamericano”, en *Rasgos* (*op cit.*, 19), pp. 169, 170 y ss.; el objetivo político de sus orígenes no tiene hoy ninguna relevancia.

³¹ Sobre la influencia del derecho romano en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos González, M.d.R., “El periodo colonial y su legado”, en *Rasgos* (*op cit.*, 19), pp. 85-97. Esta contribución señala al mismo tiempo que el derecho de los pueblos precolombinos siempre permaneció vigente.

³² Para una descripción de las grandes y crecientes diferencias Malamud, A., “El contexto del diálogo jurídico interamericano: fragmentación y diferenciación en sociedades más prosperas”, en *Rasgos* (*op cit.*, 19), pp. 107 y ss.

³³ Cfr., p. ej., el PIB *per capita* según el Fondo Monetario Internacional, disponible en <http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2014/01/weo-data/index.aspx> el Índice de Desarrollo Humano 2013, según el Human Development Report PNUD. 2013, disponible en <http://hdr.undp.org/en/data>

³⁴ Estos son, entre otros, el Mercado Común del Sur (Mercosur), la Comunidad Andina de Naciones (CAN), la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) y el Mercado Común Centroamericano (MCCA). La mayor parte de los países centroamericanos, junto con la República Dominicana, firmaron el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Cen-

Ius Constitutionale Commune en América Latina

son débiles y cuentan con un pobre potencial de desarrollo. Cabe mencionar que estas iniciativas de integración no se dirigen a una sola comunidad latinoamericana sino más bien halan a los países en direcciones distintas.³⁵ La apuesta económica de México no puede entenderse sin el NAFTA/TLCAN, el acuerdo de integración económica más pujante del espacio latinoamericano, el cual aparta a México del espacio latinoamericano. Pero también la Alianza del Pacífico, fundada en junio de 2012 entre Chile, Colombia, México y Perú se dirige más bien hacia Asia y la cuenca del Pacífico y se ve cada vez más como contrapeso del MERCOSUR (Argentina, Brasil, Uruguay, Paraguay y Venezuela).³⁶ Reconociendo el estado de la cuestión, el *Ius Constitutionale Commune* no tiene como objeto la integración económica y política de Latinoamérica al estilo europeo, tampoco tiene como objeto la formación de un bloque regional ni mucho menos la vieja idea de un gran Estado regional.³⁷

El núcleo del *Ius Constitutionale Commune* es distinto. Se trata de asegurar a nivel regional la implementación de las decisiones y el cumplimiento de las promesas centrales que se plasmaron en las constituciones estatales, sobre todo en aquellas adoptadas tras los gobiernos autoritarios de los años setenta y ochenta del

troamérica y los Estados Unidos de América (TLCCA-DR). Muchos países latinoamericanos han suscrito tratados de libre comercio a nivel bilateral con países dentro y fuera de América Latina. El líder regional en este sentido es Chile con más de 15 tratados bilaterales de libre comercio. Véase la base de datos sobre tratados comerciales de la Organización Mundial de Comercio, disponible en <http://rtais.wto.org/UI/PublicSearchByMemberResult.aspx?MemberCode=152&lang=1&redirect=1>

³⁵ Más en detalle Malamud, A. (*op cit.*, 47), pp. 114 y ss, el cual de manera ilustrativa identifica 20 mecanismos distintos de cooperación regional.

³⁶ Briceño Ruiz, J., “Ejes y modelos en la etapa actual de la integración económica regional en América Latina”. *Estudios internacionales*, 45(175), 2013, pp. 9-39, disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-37692013000200001&lng=es&tlng=es. 10.5354/0719-3769.2013.27352

³⁷ Grote, R., “Los esfuerzos integradores en el contexto histórico suramericano”, en Bogdandy, A. von; Landa Arroyo, C. y Morales Antoniazzi, M. (coords.), *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*. Madrid, CEPC, 2009, pp. 3 y ss. (en adelante “¿Integración suramericana a través del Derecho?”).

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

siglo pasado. El gran problema es que los ordenamientos jurídicos y las estructuras reales de poder no se han ajustado a estas decisiones y promesas constitucionales, es decir, ha habido poco cambio en este sentido.³⁸ Por lo tanto, a la luz de esta situación, no resulta sorprendente la débil normatividad de las disposiciones legales con un componente social u orientadas hacia la inclusión.

El debate que se ha generado con miras a garantizar a escala regional la realización de las promesas centrales de las constituciones estatales es el origen del enfoque conocido como *Ius Constitutionale Commune en América Latina*; este concepto le otorga un nombre y le aporta una idea central. Aún está por verse si dicho concepto y enfoque prevalecerá, es decir, si llegará a ser aceptado de manera generalizada. Si lograra fomentar el debate para entender y desarrollar el fenómeno jurídico sería ya un éxito. En este sentido, sus funciones se asemejan a las propias de una serie de conceptos, como por ejemplo, el nuevo *Ius Commune* en Europa,³⁹ el *Ius Publicum* europeo,⁴⁰ o bien refiriéndonos a conceptos de corte más global, el así llamado derecho de la humanidad,⁴¹ derecho cosmopolita,⁴² derecho global,⁴³ derecho mundial,⁴⁴

³⁸ Gargarella (*op cit.*, 7), pp. vii, 157 y ss., 200 y ss.

³⁹ De manera programática Coing, H., “Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet. Probleme und Aufbau”, *Ius Commune*, 1, 1967, pp. 1-33. Zimmermann, (*op cit.*, 27).

⁴⁰ Bogdandy, A. v. y Hinghofer-Szalkay, S., “Das etwas unheimliche Ius Publicum Europaeum. Begriffsgeschichtliche Analysen im Spannungsfeld von europäischem Rechtsraum, droit public de l’Europe und Carl Schmitt”, *ZaöRV*, 73(2), 2013, p. 209 ofrecen una explicación de las funciones patentes y ocultas del concepto.

⁴¹ Cançado Trindade, A. A., “International Law for Humankind. Towards a New Jus Gentium (I)”, *Recueil des cours*, t. 316. 2005, pp. 9-439; “International Law for Humankind. Towards a New Jus Gentium (II)”, *Recueil des cours*, t. 31, 2005, pp. 9-312; Jenks, C. W., *The Common Law of Mankind*. Londres, Stevens & Sons, 1958.

⁴² Benhabib, S., “The Philosophical Foundations of Cosmopolitan Norms”, en Benhabib, S. y Post, R. (coords.), *Another Cosmopolitanism*, Oxford, OUP, 2006, p. 13.

⁴³ Domingo, R., *The New Global Law*, Cambridge, CUP, 2010.

⁴⁴ Delmas-Marty, M., *Trois défis pour un droit mondial*, París, Seuil, 1998.

Ius Constitutionale Commune en América Latina

derecho mundial interno,⁴⁵ derecho transnacional⁴⁶ o transconstitucionalismo.⁴⁷ Todos ellos tienen varias características en común: promueven la inserción de los ordenamientos jurídicos estatales en contextos más amplios, subrayan la función intraestatal, es decir doméstica, del derecho internacional y proveen una idea que orienta la transformación. Esto es importante: los mencionados conceptos no tienen una vocación meramente académica sino también práctica, en especial cuando ingresan al ordenamiento jurídico por medio de detalladas construcciones doctrinarias. Procuran orientar en la enrevesada situación actual, estructurar y generar comunicación y dotar de sentido a las construcciones doctrinarias capaces de convertir promesas y garantías en realidad.

3. OBJETIVOS Y MEDIOS

3.1. La interpretación latinoamericana de ciertos principios constitucionales

Los principios fundamentales que orientan al *Ius Constitutionale Commune* son universales. Se trata sobre todo del respeto de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho. No obstante, el objetivo principal no es participar en un discurso global sobre principios abstractos. Más bien, el enfoque se nutre de experiencias concretas, de situaciones humanas inaceptables a raíz de déficits sistémicos.⁴⁸ El *Ius Constitutionale Commune* tiene una vocación sumamente práctica: hacer realidad las promesas y garantías de las constituciones latinoameri-

⁴⁵ Habermas, J., *Der gespaltene Westen: Kleine politische Schriften*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2004, pp. 143, 159 y ss.

⁴⁶ Jessup, P. C., *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956.

⁴⁷ Neves, M., *Transconstitucionalismo*, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009.

⁴⁸ Sobre el concepto de déficit sistémico cfr. Bogdandy, A. v. y Ioannidis, M., “La deficiencia sistémica en el Estado de Derecho. Qué es, qué se ha hecho y qué se puede hacer”, *Revista de Estudios Políticos*, 165, 2014, pp. 19-64.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

canas nuevas o reformadas después de la era de los gobiernos autoritarios. Los textos que se producen bajo la bandera del *Ius Constitutionale Commune* respiran un aire idealista: a pesar de los ya conocidos problemas que padece el constitucionalismo en Latinoamérica, aún se le atribuye al derecho constitucional un potencial emancipador.⁴⁹ Ante las considerables discrepancias entre los textos constitucionales y convencionales y la realidad, los autores no reaccionan con cinismo, resignación o ilusamente, sino más bien aceptan los desafíos que la situación presenta.⁵⁰

El eje del *Ius Constitutionale Commune* son los derechos fundamentales y humanos;⁵¹ a menudo se habla del *Ius Constitutionale Commune* como un *Ius Constitutionale Commune* en Derechos Humanos.⁵² Tres razones principales lo explican. En primer lugar, el contenido transformador de las constituciones se plasma principalmente en las disposiciones sobre derechos fundamentales. En segundo lugar, estos derechos son la piedra angular de la movilización de la sociedad civil.⁵³ Por último, son las sentencias judiciales sobre derechos fundamentales y humanos, a menudo producto de la lucha de grupos sociales, las que dotan al *Ius Constitutionale Commune* con una energía de carácter específicamente

⁴⁹ Posición que en América Latina no necesariamente es compartida por todos. Cfr. el análisis del asesor legal del presidente Salvador Allende, Novoa Monreal, E., *El derecho como obstáculo al cambio social*, México-Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 1980, pp. 118-140.

⁵⁰ Fix-Fierro, H., “Epílogo”, en *Rasgos* (op cit., 19), 501; sobre el papel constructivo del pensamiento utópico en el derecho Peters, A., “Realizing Utopia as a Scholarly Endeavour”, *EJIL*, 24, 2013, p. 533.

⁵¹ Según la dogmática jurídica alemana, los derechos fundamentales son aquellos que están previstos en la Constitución mientras que los derechos humanos están previstos en los tratados internacionales. En el debate latinoamericano no se hace esta distinción, compárese con Salazar Ugarte, P. “La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*”, en *Rasgos* (op cit., 19), p. 42.

⁵² Piovesan, F., (op cit., 20); García Ramírez, S. (op cit., 41).

⁵³ Tramontana, E., “La participación de las ONG en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: avances, desafíos y perspectivas”, en *La justicia constitucional y su internacionalización* (op cit., 9), pp. 533-556, en particular 538-540.

Ius Constitutionale Commune en América Latina

te jurídico. Hoy en día parece indudable que tales derechos ya han tenido un impacto fuerte y probablemente transformador en América Latina: aunque su garantía efectiva no siempre es una realidad, los derechos han proporcionado un lenguaje común —jurídico, pero también político y social— que antes no existía para debatir los retos y los estándares, no solo entre juristas, sino también en el discurso político y público más amplio.

Los derechos del *Ius Constitutionale Commune*, no obstante su anclaje universal, muestran una serie de características específicas.⁵⁴ La primera es la importancia de grandes injusticias, sobre todo de la violencia.⁵⁵ Esto explica algunas innovaciones latinoamericanas que han sido acogidas internacionalmente, tales como la prohibición de amnistías por violaciones graves de derechos humanos,⁵⁶ el feminicidio,⁵⁷ y la desaparición forzada de personas,⁵⁸ así como la protección especial que se le ha dado

⁵⁴ Este ámbito en particular fue impulsado de manera temprana por América Latina Huhle, R., *Lateinamerika und die Entstehung des internationalen System des Menschenrechtsschutzes*, Nürnberg, Nürnberger Menschenrechtszentrum, 2007, disponible en http://www.nmrz.de/wp-content/uploads/2009/11/Lateinamerika_menschenrechtsschutzes.pdf

⁵⁵ Una teoría con tal base en Günther, K., “The Legacies of Injustice and Fear: A European Approach to Human Rights and their Effects on Political Culture”, en Alston, P. (coord.), *The EU and Human Rights*, Oxford, OUP, 1999, p. 117.

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)*, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Fondo. Serie C, núm. 75. Véase también *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Serie C, núm. 154; *La Cantuta vs. Perú*, Sentencia de 30 de noviembre de 2007, Interpretación de la Sentencia de Fondo. Reparaciones y Costas. Serie C, núm. 173; *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Serie C, núm. 219; *Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones. Serie C, núm. 221.

⁵⁷ Corte IDH, *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Excepción Preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Serie C, núm. 205.

⁵⁸ Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, núm. 4 (como *leading case*).

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

a migrantes,⁵⁹ pueblos indígenas⁶⁰ y personas afrodescendientes.⁶¹

Otra característica del desarrollo latinoamericano de los derechos humanos se explica en razón de la exclusión que diversos grupos desfavorecidos sufren en la región. Un rasgo distintivo del pensamiento de muchos de los autores del ICCAL es la insistencia en que se cumplan las promesas que desde la revolucionaria Constitución mexicana de 1917 se han hecho a los pueblos latinoamericanos.⁶² La indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, en particular de los derechos civiles respecto de los sociales, es subrayada.⁶³ Así, el derecho y los tribunales también deberían estar al servicio de los grupos sociales marginalizados.

Por esta razón el principio de igualdad no se comprende como mera prohibición de la discriminación. Requiere más bien el reconocimiento, así como la superación de al menos las formas más grotescas de desigualdad social, y en consecuencia una cierta redistribución por parte de un Estado social.⁶⁴

⁵⁹ Corte IDH, *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 8 de setiembre de 2005, Serie C, núm. 130.

⁶⁰ Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awast Tigni vs. Nicaragua*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 66; Corte IDH, *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125; Burgogue, L. y Úbeda de Torres, A., *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*, Oxford, OUP, 2011, pp. 500 y ss.

⁶¹ Dulitzky, A., "When Afro-Descendants Became Tribal Peoples", *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 15, 2010, pp. 29-82.

⁶² Serna de la Garza, J. M., *The Constitution of Mexico. A Contextual Analysis*. Oxford, Hart, 2013, pp. 15 y ss., 163 y ss.

⁶³ Bogdandy, A. v., Fix-Fierro, H. y Morales Antoniazzi, M. (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, UNAM, 2011.

⁶⁴ Clérico, L. y Aldao, M., "De la inclusión como igualdad en clave de redistribución y reconocimiento. Rasgos, potencialidades y desafíos para el derecho constitucional interamericano", en *Rasgos (op cit., 19)*, pp. 219 y ss.; Carpizo, J., "Perspectiva de la protección de los derechos humanos en el México de 2010", en Fix-Zamudio, H. y Valadés, D. (coords.), *Formación*

Ius Constitutionale Commune en América Latina

Este énfasis en la inclusión explica, de manera emblemática, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia la cual, gracias a su cariz social,⁶⁵ es conocida a lo largo del mundo⁶⁶ habiendo sido su labor reiteradamente reconocida como ejemplar en el marco del *Ius Constitutionale Commune*. Utilizando notables innovaciones jurídicas, la Corte intenta aplicar los derechos sociales en un contexto difícil, es decir, a pesar de no contar con una legislación o administración social desarrollada.⁶⁷

Otro elemento distintivo de los derechos humanos en América Latina es el énfasis en la dimensión colectiva en la protección de derechos fundamentales. A menudo las sentencias conciernen expresamente al tratamiento que se le da a un grupo específico. En otras ocasiones se redactan de manera que se resuelve directamente sobre aspectos que afectan a ciertos grupos, lo cual termina beneficiándolos.⁶⁸ El carácter colectivo se refuerza debido a que muchos casos paradigmáticos son fruto de estrategias de

y perspectivas del Estado latinoamericano en derechos humanos y en México. México D.F.: UNAM. 2010, 98 ss. Véase también Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

- ⁶⁵ Entre tantos, Muñoz Cifuentes, E., “El constitucionalismo de la pobreza”, en *Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 4(2), 1995, pp. 53-78.
- ⁶⁶ Escobar García, C., “La defensa judicial de la Constitución en el constitucionalismo colombiano. Balances y perspectivas después de dos décadas”, *Foro Revista de Derecho*, 12, 2009, pp. 127-180; Cepeda, M. J., “La Defensa Judicial de la Constitución. La Gran Fortaleza Colombiana”, en Bogdandy, A. v.; Piovesan, F. y Morales Antoniazzi, M. (coords.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2009, pp. 581-628.
- ⁶⁷ Osuna, N., “Panorama de la justicia constitucional colombiana”, en *La Justicia Constitucional y su Internacionalización* (op. cit., 9), pp. 623-643.
- ⁶⁸ Piovesan, F. (op cit., 20), pp. 67 y ss.; Clérico, L. y Alado, M. (op cit., 79), pp. 237 y ss.; Corte IDH, “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 63, párr. 164; Corte IDH, *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 205, párrs. 282, 284, 39; Corte IDH, *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 130, párrs. 109(9), 134, 138.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

litigio de grupos y organizaciones no gubernamentales que abogan por la transformación social.⁶⁹

Si bien el proyecto tiene como objetivo una transformación fundamental, la juridicidad del enfoque así como su concentración en los derechos humanos evidencia un profundo escepticismo ante los grandes proyectos políticos. La transformación real e incremental es un rasgo distintivo de la perspectiva del ICCAL. Nadie apuesta por soluciones rápidas o revolucionarias y muchos se centran en el arduo proceso que implica una jurisprudencia transformadora.

Este escepticismo también permea la comprensión que se tiene del principio democrático. En el plano abstracto los textos del *Ius Commune* no se diferencian de manera significativa de los bien conocidos textos del Norte global.⁷⁰ Sin embargo, la lección de la antropología escéptica ha sido internalizada aún más profundamente y ha dado como resultado importantes desarrollos. Determina sobre todo el tratamiento del presidencialismo, el eje central del discurso latinoamericano sobre la organización del Estado.⁷¹

Una respuesta típica en la región para hacer frente a la exclusión es el presidencialismo plebiscitario,⁷² que se dirige principalmente a los ciudadanos excluidos. La conocida debilidad de las instituciones estatales, los bien organizados y obstinados grupos de poder, así como la gran presión por resolver los pro-

⁶⁹ Parra Vera, Ó., “El impacto de las decisiones interamericanas. Notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al “empoderamiento institucional”, en *Rasgos* (*op cit.*, 19), pp. 383, 393 y ss.; Cardoso, E., *Litigio Estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos*, Belo Horizonte, Editora Forum, 2012.

⁷⁰ Cfr. Arango, R. (*op cit.*, 19), pp. 31 y ss.; Carpizo, J., *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, UNAM, 2007.

⁷¹ Cfr. Carpizo, J., *El presidencialismo mexicano*, México, Siglo XXI Editores, 1979. El libro cuenta con 16 ediciones y ha sido traducido a varios idiomas, inclusive al alemán: Carpizo, J., *Das mexikanische Präsidialsystem*, Múnich, Eberhard, 1987.

⁷² Diego Valadés considera que la fuente de inspiración del presidencialismo es la experiencia francesa y su Constitución de 1848 y no la estadounidense de Valadés, D. (*op cit.*, 45), pp. 176, 182.

Ius Constitutionale Commune en América Latina

blemas que padecen distintos países en Latinoamérica, justifica para muchos una centralización extrema del poder público ya que se considera la única manera de emprender y realizar reformas. En contraste, para los representantes del *Ius Constitutionale Commune*, esta estrategia de inclusión, también denominada “hiperpresidencialismo”, no solo es incapaz de solucionar los problemas sino que más bien los agudiza.⁷³ El hiperpresidencialismo obstaculiza otros aspectos importantes del gobierno democrático: la representación parlamentaria, la deliberación, así como la separación de poderes y el reparto de las competencias. La centralización del poder tampoco es compatible con la democratización de la sociedad implícita en los amplios catálogos de garantías fundamentales. Además, la marcada personalización de la institucionalidad es altamente perjudicial para la misma.⁷⁴

Así, el *Ius Constitutionale Commune* ve poco prometedor el énfasis en elementos de democracia directa, como por ejemplo la elección popular de los jueces.⁷⁵ El ICCAL tiende más bien hacia la representatividad y la deliberación, con el fin de fortalecer la institucionalidad.

⁷³ Precisamente ese es el leitmotiv del libro de Gargarella, R. (*op cit.*, 7).

⁷⁴ Nohlen, D., “Caudillismo, nación/nacionalismo e integración”, en *¿Integración suramericana a través del derecho?* (*op cit.*, 52), pp. 35 y ss. De gran importancia es la decisión de la Corte Constitucional de Colombia, la cual con una argumentación audaz rechazó la posibilidad de una segunda reelección, véase la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C-141/10 de 26 de febrero de 2010; Sierra Cadena, G.d.J., “La Justicia constitucional en la era de la gobernanza (Un análisis de perspectiva comparada desde la periferia del derecho)”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 13, 2011, pp. 67-95. Una muestra de institucionalidad es el acatamiento de la decisión por parte del presidente afectado por la misma.

⁷⁵ Arts. 182, 188, 194, 198 de la Constitución boliviana. Desde el punto de vista del nuevo constitucionalismo cfr. González Quevedo, J., “Bases jurídicas para el empoderamiento político en los actuales diseños constitucionales de Venezuela, Ecuador y Bolivia”, en Viciano Pastor, R. (*op cit.*, 8), pp. 269 y ss.; más crítico Rivera Santibáñez, J. A., “La justicia constitucional en el nuevo modelo de Estado boliviano”, en *La justicia constitucional y su internacionalización* (*op cit.*, 9), pp. 645 y ss.

3.2. Sobre el concepto de institucionalidad y el nuevo rol de los tribunales

El concepto de institucionalidad es particularmente útil para entender el constitucionalismo latinoamericano. Este término, que no tiene equivalente directo en Europa, se menciona con asidua regularidad en los seminarios del Coloquio, en especial para subrayar las diferencias con la situación alemana, principalmente respecto de las discrepancias habituales entre los textos constitucionales y la realidad constitucional. De acuerdo a la comprensión que se tiene de la Constitución en Alemania, los principios y garantías de la misma determinan, con un alto grado de confiabilidad, el marco del ordenamiento jurídico así como las relaciones sociales. Muchos países latinoamericanos no gozan de una situación similar, lo cual frecuentemente es descrito como una falta de institucionalidad.

Sin embargo, no hay que olvidar que la situación alemana tampoco es típica en Europa. Ni siquiera los principios constitucionales del artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) tienen una normatividad similar a los principios constitucionales alemanes.⁷⁶ Al mismo tiempo, cabe recalcar que algunos países latinoamericanos, en especial Chile, Costa Rica y Uruguay superan a ciertos países europeos, como por ejemplo Bulgaria, Grecia, Italia o Rumanía, en los indicadores del Estado de derecho.⁷⁷ No obstante lo anterior, los déficits sistémicos ocurren con mayor frecuencia en Latinoamérica y además son un tema recurrente.⁷⁸

⁷⁶ Cfr. Barroso, J., Discurso sobre el estado de la Unión 2013. Sesión plenaria del Parlamento Europeo, Estrasburgo, 11 de setiembre de 2013, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-684_es.htm

⁷⁷ Worldwide Governance Indicators, Banco Mundial, 2014, Palabra clave: rule of law, 2012, disponible en <http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#home> The World Justice Project, 2014, disponible en http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/files/wjp_rule_of_law_index_2014_report.pdf

⁷⁸ Desde la perspectiva de la teoría de sistemas, Neves, M., “La concepción del estado de derecho y su vigencia práctica en Suramérica”, en *¿Integración suramericana a través del derecho? (op cit., 52)*, pp. 51, 53 y ss.; más en detalle Neves, M., *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne. Eine theoretische Betrachtung und Interpretation des Falls Brasilien*, Berlin, Duncker und Humblot, 1992.

Ius Constitutionale Commune en América Latina

En la región, la normatividad del derecho a menudo es precaria y el entramado estatal preocupantemente débil.⁷⁹ Un desafío constante es la falta de institucionalidad, es decir, la falta de diferenciación entre un cargo público y su titular; la corrupción es una expresión evidente de un fenómeno que, cuando alcanza a ser sistémico, corroe el Estado de derecho.⁸⁰ Entonces, el núcleo del concepto de institución se puede resumir de la siguiente manera: una institución se compone de prácticas sociales firmemente establecidas, prácticas que transcurren en su mayor parte independientemente de los individuos que ocupan el cargo.⁸¹

El fomento de la institucionalidad y en consecuencia de la normatividad del derecho es una aspiración central para los representantes del *Ius Constitutionale Commune*. Una de las convicciones fundamentales del enfoque es que, a pesar de los posibles conflictos que la interacción entre el Estado de derecho, los derechos humanos y la democracia puedan ocasionar, estos solo pueden realizarse en su conjunto.⁸² En particular se valora la separación de poderes y la independencia de las instituciones en oposición al hiperpresidencialismo.

Esto explica la trascendencia de la figura del Ombudsman que Jorge Carpizo introdujo en el ordenamiento jurídico mexicano. Otro ejemplo importante para la realización de la democracia es el establecimiento de instituciones independientes para llevar a cabo y supervisar el proceso electoral. La creación de dichos organismos se remonta a 1924 cuando Uruguay y Chile crearon la Corte Electoral y el Tribunal Calificador de Eleccio-

⁷⁹ Cfr., p. ej., García Villegas, M., “Ineficacia del derecho y cultura del incumplimiento de reglas en América Latina” en Rodríguez Garavito, C., *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011, pp. 161-184.

⁸⁰ En este tema también hay grandes diferencias: cfr. con las estimaciones del “Worldwide Governance Indicators Project” (*op cit.*, 92); así como en www.govindicators.org Algunos Estados latinoamericanos están en mejor situación que algunos estados europeos; Sissenich, B. (*op cit.*, 13), pp. 11-40.

⁸¹ Sobre la falta de confianza: Nohlen, D., “Demokratie ohne Vertrauen: Herausforderung für die Zivilgesellschaft in Lateinamerika”, *Internationale Politik und Gesellschaft*. 2004, pp. 80-106.

⁸² Salazar Ugarte, P. (*op cit.*, 66), p. 38.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

nes, respectivamente.⁸³ Poco a poco, todos los países de la región fueron creando instituciones electorales especializadas y al menos nominalmente independientes de los poderes clásicos.⁸⁴ En el lapso de noventa años, estos organismos han adquirido mayor independencia (la cual en muchas ocasiones era meramente nominal), mayores funciones (p. ej.: la elaboración del registro electoral y en ocasiones civil, la regulación de partidos políticos y su financiación), así como una mayor legitimidad institucional.⁸⁵ La contribución de los organismos electorales a la transparencia del sufragio, dotó a las contiendas electorales en algunos países de mayor credibilidad y condujo a una mayor receptividad del sistema político.⁸⁶ Este mecanismo institucional es fundamental para avanzar el proyecto del ICCAL.

La insistencia de los representantes del *Ius Constitutionale Commune* en crear nuevas instituciones de protección jurídica evidencia un cierto recelo frente al poder judicial estatal. La verdad es que, aunque algunos tribunales sean altamente reconocidos y resulten actores clave de las transformaciones constitucionales, el poder judicial en general goza de poca credibilidad. No obstante, todos los tribunales son llamados a jugar un papel importante en dicha transformación. Con este objetivo en mente se han creado o fortalecido instituciones jurisdiccionales. La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia y de la

⁸³ Issacharoff, S., *Fragile Democracies: Constitutional Courts in the Breach*. 2014, en prensa, p. 165. La importancia del modelo uruguayo se subraya en el manuscrito de Issacharoff, así como en Fiallos Oyanguren, M., “Los organismos electorales en el proceso de consolidación democrática en América Latina”, en Pretelt, J. y Ramírez, J. M. (comps.), *Democracia política y electoral en América Latina*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, OEA, 2000, p. 348.

⁸⁴ Jaramillo, J., “Los órganos electorales supremos”, en Nohlen, D. et al. (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, vol. 2, México, IIDH, 2007, p. 372.

⁸⁵ Martínez Ruano, P., Los modelos latinoamericanos y europeos de control electoral, *Revista Derecho Electoral*, 13, 2102, pp. 180-181.

⁸⁶ No obstante, no en todos los países hubo un fortalecimiento de la democracia después de la creación de organismos electorales independientes. Para un resumen sobre el récord mixto de la región, véase, Jaramillo, J. (*op cit.*, 99), pp. 410, 419-423.

Ius Constitutionale Commune en América Latina

Corte Interamericana de Derechos Humanos demuestra que semejante rol para los tribunales no es una idea utópica. El énfasis en el poder judicial como motor de innovaciones transformadoras es algo nuevo en Latinoamérica. Por eso, muchas sentencias que bajo el viejo paradigma parecerían activismo judicial cuestionable, se entienden bajo el nuevo paradigma como propios del poder judicial en una democracia constitucional que de manera incremental ayuda a realizar el nuevo proyecto constitucional.

Sin duda, las sentencias de los tribunales pueden transformar una sociedad únicamente si esta transformación está respaldada y es promovida por importantes grupos sociales. Además, los representantes del ICCAL son conscientes de que los tribunales no apoyan automáticamente un proyecto transformador,⁸⁷ ya sea porque no pueden o porque no quieren, a pesar de que el ideal de protección judicial de los derechos humanos cuenta con una larga y rica tradición regional que se remonta a los inicios del siglo XIX.⁸⁸ Un tema recurrente es cómo hacer para que los tribunales latinoamericanos, que tradicionalmente no encaran al poder ejecutivo ni le hacen frente a la desigualdad, acepten esta ardua tarea exitosamente. La investigación en materia de justicia muestra que los tribunales, tanto nacionales como internacionales, pueden perseguir los más diversos proyectos.⁸⁹ Los representantes del ICCAL conocen bien los peligros de una estrategia enfocada en los tribunales: en Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, bajo la influencia del Ejecutivo, desmanteló metódicamente ciertas garantías del Estado de derecho.⁹⁰

⁸⁷ Salazar Ugarte, P. (*op cit.*, 66), pp. 43 y ss., 48 y ss.; Fix-Fierro, H. (*op cit.*, 65), p. 502.

⁸⁸ Sobre la historia y las funciones del amparo Ferrer Mac-Gregor, E. (*op cit.*, 32), pp. 303 y ss.

⁸⁹ Hirschl, R., *Towards juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2004, en particular pp. 100-148. Sobre los objetivos de los tribunales internacionales Shany, Y., *Assessing the Effectiveness of International Courts: A Goal-Based Approach*, *American Journal of International Law*, 106(2), 2012, pp. 225-270, en particular 243-248.

⁹⁰ De manera insistente y detallada Brewer-Carías, A., *Crónica sobre la "in" justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2007.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Existe también el peligro de que los tribunales empleen sus nuevas competencias y libertades argumentativas de manera disfuncional, lo cual puede resultar en una falta de seguridad jurídica o bien en el patrocinio de intereses ajenos al derecho.⁹¹ No es fácil desarrollar discursos de aplicación convincentes sobre los derechos humanos o principios constitucionales abstractos en la tradición jurídica latinoamericana, más bien conocida por su formalismo. La creación de una cultura argumentativa justificadora toma su tiempo. Este desafío quizás explica la sorprendente recepción de Robert Alexy en América Latina.⁹² Su teoría sobre principios y argumentación aclara, de manera aún más precisa que Ronald Dworkin,⁹³ las fórmulas argumentativas a las que los tribunales pueden recurrir para cumplir cabalmente con su nuevo rol. Al mismo tiempo, Alexy muestra que una orientación basada en los derechos humanos y los principios no necesariamente implica pérdidas de racionalidad.⁹⁴

A pesar de la incertidumbre que el nuevo rol de los tribunales genera, existe consenso en el sentido de que el aumento de poder de los órganos jurisdiccionales debe ser acompañado con políticas adecuadas. Por ejemplo, desde el reconocimiento de la doctrina del control de convencionalidad, México emprendió enérgicamente un programa de capacitación de jueces.⁹⁵ Pero el acompañamiento del cual se habla aquí requiere también de

⁹¹ Salazar Ugarte, P. (*op cit.*, 66), pp. 53 y ss.

⁹² Arango, R., *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá, Universidad Externado Colombia, 2004; Clérico, L., *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2009; Clerico, L.; Sieckmann, J. R. y Oliver-Lalana, D., “Prólogo” en Clérico, L. (coord.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011, pp. VII-VIII.

⁹³ Dworkin, R., “Hard Cases”, *Harvard Law Review*, 88(6), 1975, pp. 1057-1109.

⁹⁴ Sin embargo existen dudas sobre si la reconstrucción racionalista de Alexy es capaz de concebir analíticamente y guiar normativamente las decisiones judiciales de manera convincente, es decir, si el derecho y la política son tan fáciles de distinguir como sostiene. Quizás sea el racionalismo extremo el atractivo de la teoría para la región.

⁹⁵ Corte IDH, *Radilla Pacheco vs. México*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 14 de mayo 2013, puntos 37 y ss. La Corte valora positivamente los programas de capacitación de los jueces.

Ius Constitutionale Commune en América Latina

la atención del público en general,⁹⁶ de una reforma en la formación de los profesionales en derecho,⁹⁷ así como de una academia crítica pero al mismo tiempo constructiva,⁹⁸ el tipo de academia con la cual se identifican los representantes del *Ius Constitutionale Commune*. En este contexto, el sistema jurídico puede dar un aporte importante y específico al proceso de transformación, aunque claramente no puede sustituir un proceso político en el sentido amplio.

3.3. Sobre el rol de las instituciones regionales

Otro rasgo particular del *Ius Constitutionale Commune* frente a otros proyectos transformadores más antiguos es la superación del horizonte estrictamente estatal: interrelaciona el derecho constitucional y el derecho internacional público y les atribuye a las instituciones internacionales una medida importante de autonomía. El alcance de este desarrollo se manifiesta en la concepción imperante sobre la soberanía. Este concepto ha sido trascendental en Latinoamérica, al menos desde el momento de la doctrina Calvo.⁹⁹ Según dicha concepción tradicional, funciona como “escudo” para proteger la soberanía interna y en general concibe al ordenamiento jurídico de los Estados latinoamerica-

⁹⁶ Las sesiones de algunos tribunales supremos pueden ser vistas en televisión, e incluso se transmiten sus deliberaciones “internas”. La utilidad de la transmisión para fomentar un público crítico es un punto de controversia; cfr. Hübner Mendes, C., *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, Oxford, OUP, 2013, pp. 164-166.

⁹⁷ Serna de la Garza, J. M. (*op cit.*, 28), p. 216.

⁹⁸ Fix-Fierro, H., “Los juristas académicos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la construcción de las nuevas instituciones democráticas”, en Vázquez Ramos, H. (coord.), *Cátedra Nacional de Derecho Jorge Carpizo. Reflexiones Constitucionales*, México, UNAM, 2014, pp. 451-459.

⁹⁹ Calvo, C., *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, París, D’Amyot, 1868, vol. 1, pp. 301-302; Tamburini, F., “Historia y destino de la «doctrina Calvo»: ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 24, 2012, pp. 81-101. Sobre las implicaciones para el Estado Serna de la Garza, J. M., *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 2012, pp. 9 y ss.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

nos como un tipo de “universo normativo” no obstante las numerosas instancias de “inspiración” jurídica provenientes de países vecinos, o bien de Europa o Norteamérica. Las dimensiones cuasicontinentales de algunos Estados (en especial Brasil, pero también México y Argentina), así como las fórmulas económicas de los años sesenta y setenta del siglo xx que insistían en un parcial desacoplamiento del mercado mundial reforzaron esta concepción tradicional de la soberanía.¹⁰⁰

Ahora bien, hoy en día, la famosa premisa del concepto clásico de soberanía, aquella que sostiene que los Estados constituyen “comunidades independientes”,¹⁰¹ ha sido modificada por la globalización, inclusive en los países de dimensión cuasicontinental. Tomando el ejemplo del ordenamiento jurídico mexicano, Héctor Fix-Fierro y José María Serna han mostrado que estos cambios también han surtido efectos profundos en Latinoamérica.¹⁰² Pero no es la comprensión del aspecto jurídico de la globalización lo que impele a los representantes del *Ius Constitutionale Commune* a reconfigurar el concepto tradicional de soberanía. Todo lo contrario: el escepticismo frente a las organismos económicos internacionales, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional o bien los tribunales arbitrales en materia de inversión, es mucho más profundo que en Europa.¹⁰³ En general

¹⁰⁰ Influyente Prebisch, R., *Hacia una dinámica del desarrollo latinoamericano*, México, FCE, 1961, pp. 89-94.

¹⁰¹ Formulado en estos términos por la Corte Permanente de Justicia Internacional, Sentencia de 7 de noviembre de 1927, S.S. *Lotus, Francia vs. Turquía*, Serie A, núm. 10, 1927, párr. 18.

¹⁰² Fix-Fierro, H. y López-Ayllón, S., “The Impact of Globalization on the Reform of the State and the Law in Latin America”, *Houston Journal of International Law*, 19, 1996-1997, trad. por Virginia Davis, pp. 785-805 en particular 795; Serna de la Garza, J. M. (*op cit.*, 114), pp. 111 y ss.

¹⁰³ Refiriéndose a las instituciones de Bretton Woods Girón, A., “Financiamiento del desarrollo. Endeudamiento externo y reformas financieras”, en Vidal, G. y Guillén, R.A. (comps.), *Repensar la teoría del desarrollo en un contexto de globalización. Homenaje a Celso Furtado*, Buenos Aires, CLASCO, 2007, pp. 125-142. Sobre los tratados internacionales de comercio Rojas, R., “El TLC: Poder y representación en el capitalismo contemporáneo”, *Colombia Internacional*, 61, 2005, pp. 116-133; Ahumada, C., “Comercio, género y propiedad intelectual: TLC entre Estados Unidos y Colombia”, en Girón, A. (coord.), *Género y globalización*, Buenos Aires, CLASCO. 2009, pp. 165-187.

Ius Constitutionale Commune en América Latina

se asocian con el “Consenso de Washington” de los años noventa de corte “neoliberal”, el cual dejó una huella profunda y hasta hoy palpable, ya que según muchos autores recrudeció sustancialmente el problema de la exclusión.¹⁰⁴ En Latinoamérica se es mucho más consciente que en Europa de que muchos tratados e instituciones internacionales tienen un sesgo en beneficio del Norte global.

Así pues, los representantes del ICCAL no abogan por una apertura general sino más bien por la salvaguarda específica de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho. La relevancia del principio de soberanía no se pone en tela de juicio. Pero esto no quiere decir que no sufra una transformación, porque en su nueva concepción pasa de ser una figura de cierre para convertirse en un principio funcional que se pone al servicio de los principios fundamentales. Las instituciones del derecho internacional se entienden así como conquistas del derecho constitucional.¹⁰⁵

El nombre de una conferencia que se celebró con ocasión del bicentenario de la Revolución de Mayo de 1810 en Argentina captó de manera muy atinada la idea principal del constitucionalismo actual de la región: internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional.¹⁰⁶ Claro está que la internacionalización del derecho constitucional

¹⁰⁴ Enfático en este sentido Gargarella, R. (*op cit.*, 7), pp. 151 y ss.

¹⁰⁵ Morales Antoniazzi, M., *Protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune*, México, UNAM, 2015. Sikkink muestra además que los juristas y políticos de antaño no tenían la intención de usar el principio de soberanía para escudarse de los reclamos sobre violaciones de derechos humanos Sikkink, K., “Reconceptualizing Sovereignty in the Americas: Historical Precursors and Current Practices”, *Houston Journal of International Law*, 19, 1996-1997, pp. 705-729 (712).

¹⁰⁶ El libro producto de la conferencia fue coordinado por Capaldo, G.; Siekmann, J. y Clérico, L. (coords.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012; sobre el tema en general Fix-Zamudio, H., “La creciente internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos”, en *La justicia constitucional y su internacionalización* (*op cit.*, 9), pp. 583-673.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

y la constitucionalización del derecho internacional son fenómenos bien conocidos en Europa.¹⁰⁷ No obstante, la dinámica de transformación latinoamericana no es un mero ejemplo adicional de cómo funcionan estos fenómenos sino que goza de destacada originalidad y fuerza innovadora.

A nivel estatal, las novedades dignas de mencionar son bien captadas con el concepto de estatalidad abierta de Klaus Vogel.¹⁰⁸ No obstante, la apertura en Latinoamérica es distinta a la de Alemania. La seguridad colectiva y la integración no juegan el mismo papel central. Los países latinoamericanos, tras el regreso a la democracia, han decidido más bien abrirse a las normas internacionales de protección de los derechos humanos para así proteger mejor los principios fundamentales de sus propias constituciones.¹⁰⁹ Se puede hablar de una estatalidad abierta doble, ya que los tratados de derechos humanos gozan de otro tipo de incorporación que los tratados de integración económica.¹¹⁰

La primacía del derecho internacional público, como bien lo expresó el ilustre constitucionalista mexicano y precursor del *Ius Constitutionale Commune*, Héctor Fix-Zamudio, solo aplica con respecto a los tratados internacionales de derechos humanos.¹¹¹

¹⁰⁷ Cfr. Ruiz Fabri, H. y Rosenfeld, M. (coords.), *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, París, Société de législation comparée, 2011.

¹⁰⁸ Vogel, K., *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit*, Tübingen, Mohr, 1964.

¹⁰⁹ En este sentido se observan paralelismos con las constituciones post-socialistas de Europa central y del este, Hofmann, M., *Von der Transformation zur Kooperationsoffenheit? Die Öffnung der Rechtsordnungen ausgewählter Staaten Mittel- und Osteuropas für das Völker- und Europarecht*, Berlín-Heidelberg, Springer, 2009.

¹¹⁰ De manera extensa, Morales Antoniazzi, M. (*op cit.*, 120).

¹¹¹ Fix-Zamudio, H., "El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Latinoamericana de Derecho*, 1, 2004, pp. 141-180, en particular 147-151; sobre sus obras Gaviria Trujillo, C., "Presentación. Honores y Justicia al juez Fix-Zamudio", en *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, vol. 1, San José, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, pp. XLIX-LII; Ferrer Mac-Gregor, E., "Semblanza del maestro Héctor Fix-Zamudio", en Ferrer Mac-Gregor, E. y Zaldívar Lelo de Larrea,

Ius Constitutionale Commune en América Latina

Un ejemplo emblemático es la Constitución de Colombia de 1991 que, entre otras varias disposiciones, establece que “los tratados y convenciones internacionales ratificados por el Congreso prevalecen en el orden interno” y, a la vez, dispone que todos los derechos fundamentales constitucionales deben ser interpretados a la luz de los tratados internacionales ratificados por Colombia (art. 93). Esta norma ha dado lugar a la distinción entre bloque de constitucionalidad *stricto* y *lato sensu*. Otra Constitución ejemplar es la de Argentina de 1994, que en su artículo 75, inciso 22,¹¹² incorpora una lista extensa de tratados de derechos humanos al orden constitucional argentino. Esta disposición constitucional plasma la política en materia de derechos humanos y justicia de transición que Argentina persiguió tras la dictadura,¹¹³ y que es la piedra angular de una jurisprudencia transformadora que bajo el nombre de “justicia de transición” logró convertirse en una figura jurídica de carácter global.¹¹⁴ La Constitución de Ecuador de 2008 regula, por una parte, que “los derechos y garantías esta-

A. (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, 2008, pp. XXXV-XL; Vergottini, G.d., “Premessa”, en Mezzetti, L. y Ferrer Mac-Gregor, E. (coords.), *Diritto processuale costituzionale. Omaggio italiano a Héctor Fix-Zamudio per i suoi 50 anni di ricercatore di diritto*, Milán, CEDAM, 2010, pp. 3-5.

¹¹² El art. 75, inc. 22 de la Constitución argentina menciona los siguientes tratados: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹¹³ Elías, J. S., “Constitutional Changes, Transitional Justice and Legitimacy: The Life and Death of Argentina’s «Amnesty Laws»”, *Student Scholarship Papers*, paper 57, disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/student_papers/57

¹¹⁴ Fundamental Teitel, R., *Transitional justice*, Oxford, OUP, 2000; Teitel, R., “Transitional Justice Genealogy”, *Harvard Human Rights Journal*, 16, 2003, pp. 69-94.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

blecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte” (art. 11.3) y por otra parte, establece 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” (art. 417). Dispone igualmente que “la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público” (art. 424).

Otro ejemplo importante es, desde junio de 2011, la referencia a los tratados internacionales ratificados en materia de derechos humanos del artículo 1º, párrafo primero de la Constitución mexicana, en donde se les reconoce rango constitucional. Apenas un mes después, el más alto Tribunal mexicano ya había confirmado y aplicado esta disposición.¹¹⁵ Inclusive las constituciones marcadas por el constitucionalismo bolivariano le atribuyen un papel importante a los derechos humanos. La Constitución boliviana de 2009 dispone que las garantías internacionales en materia de derechos humanos tienen un rango superior al derecho interno, y que los derechos y deberes de la Constitución deben ser interpretados de conformidad con el derecho internacional.¹¹⁶ Además, las normas convencionales tienen un rango superior a la Constitución en la medida en que otorguen mayores derechos.¹¹⁷ En otros Estados se han producido estos mismos cambios por medio de la interpretación constitucional. Por ejemplo, desde 1995, la Sala Constitucional de Costa Rica le atribuye

¹¹⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación (México), Decisión en el asunto *Varios 912/2010*, 14 de julio de 2011; al respecto Ferrer Mac-Gregor, E., “Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un *Ius Constitutionale Commune Americanum*. Eficacia de la Sentencia Interamericana y la Cosa Juzgada Internacional (Sobre el Cumplimiento del *Caso Gelman vs. Uruguay*)”, en *Rasgos (op cit., 19)*, pp. 329, 347 y ss.

¹¹⁶ Art. 13.IV de la Constitución boliviana.

¹¹⁷ Art. 256 de la Constitución boliviana.

Ius Constitutionale Commune en América Latina

rango supraconstitucional a los tratados de derechos humanos en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas.¹¹⁸

La apertura de la estatalidad opera doctrinariamente con la figura jurídica del bloque de constitucionalidad, una figura importada de Europa pero ingeniosamente adaptada a la realidad latinoamericana.¹¹⁹ El Consejo Constitucional francés fue quien la desarrolló para crear una jurisdicción constitucional a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y del catálogo de derechos fundamentales de la Constitución de la Cuarta República. El Tribunal Constitucional de España modificó esta figura y a través de la misma incorporó la legislación ordinaria sobre la organización territorial española al derecho constitucional. Así, reconoció el valor superior de los Estatutos de Autonomía lo cual fomentó un mayor equilibrio entre el Estado central y las comunidades. Se ve entonces que mientras en Francia y España la figura se utiliza para incorporar normas del derecho estatal al derecho constitucional, en Latinoamérica el bloque de constitucionalidad se utiliza para integrar normas de derecho internacional al ordenamiento jurídico estatal, lo cual fortalece argumentativamente a los tribunales que apoyan una transformación democrática.

Los elementos provenientes del derecho internacional público que conforman el bloque constitucional, tal y como lo ilustra el listado de la Constitución argentina, son muy variados. El estado de ratificación de los tratados internacionales es heterogéneo en la región, lo cual evidencia que el *Ius Constitutionale Commune* no es un fenómeno uniforme.¹²⁰ Sin embargo, sigue estando conformado por un núcleo común: el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, sobre todo gracias a la labor de sus instituciones. Su importancia para la región justifica que

¹¹⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, *Voto 2313-95* de las 16:18 horas del 9 de mayo de 1995.

¹¹⁹ Góngora-Mera, M., “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano”, en *Rasgos (op cit., 19)*, p. 301.

¹²⁰ Morales Antoniazzi, M. (*op cit.*,120).

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

se hable de una interamericanización de manera similar a como se habla de la europeización.¹²¹

El hecho de que el sistema interamericano se haya convertido en el núcleo normativo del *Ius Commune* no se debe a ninguna característica inherente al mismo; mucho más al respaldo que las fuerzas transformadoras en los varios países encontraron en él para sus proyectos en el contexto nacional.¹²² La función principal del plano internacional consiste en inclinar la balanza del poder en el plano estatal interno a favor de los proyectos constitucionales con vocación transformadora.¹²³ La denuncia de Venezuela de la Convención, la cual se anunció en setiembre de 2012 y surtió efecto un año después, es una señal de la autoridad de la Corte; el mero incumplimiento de las decisiones interamericanas dejó de ser una opción viable para el gobierno venezolano.

A su vez, la Corte, en los 200 casos decididos ha desarrollado una jurisprudencia a la medida de la problemática de la región.¹²⁴ No ha titubeado en anular leyes de amnistía,¹²⁵ darle efectos directos y *erga omnes* a sus decisiones,¹²⁶ ni en ordenar medidas

¹²¹ Sentando las bases de esta idea Morales Antoniazzi, M. (*op cit.*, 120).

¹²² Parra Vera, Ó. (*op cit.*, 84), pp. 383 y ss.

¹²³ El cumplimiento de este objetivo depende de la composición de la Comisión y la Corte; en última instancia, nada puede impedir que la Corte persiga objetivos distintos cuando su composición varíe, pensemos por ejemplo en las diferencias tan palpables de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Warren en contraste con la de *Renquist*; al respecto Currie, D. P., *The Constitution in the Supreme Court: The Second Century 1888-1986*, Chicago-Londres, University of Chicago Press, 1990, pp. 599-601.

¹²⁴ Expuesta de manera sistemática por Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A., *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, trad. por Rosalind Greenstein, Oxford, OUP, 2011; Kokott, J., *Das interamerikanische System zum Schutz der Menschenrechte*, Berlín-Heidelberg, Springer, 1986.

¹²⁵ Binder, C., "Auf dem Weg zum lateinamerikanischen Verfassungsgericht? Die Rechtsprechung des Interamerikanischen Menschenrechtsgerichtshofs im Bereich der Amnestien", 71, *ZaöRV*, 2011, pp. 1-29.

¹²⁶ Destaca al respecto Cassese, A., "Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des Etats et justice pénale internationale?", en Cassese, A. y Delmas-Marty, M. (coords.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*. París, Presses Universitaires de France, 2002, pp. 13-29, 16; Góngora-Mera, M. (*op cit.*, 5), p. 54. Esto aplica sobre todo respecto de

Ius Constitutionale Commune en América Latina

específicas.¹²⁷ Estas sentencias han desatado una dinámica que ha dado impulso al *Ius Constitutionale Commune*, creando lo que la misma Corte Interamericana llama el *corpus iuris*.¹²⁸ Este *corpus iuris* así como los efectos tan marcados de su jurisprudencia, han despertado el debate sobre la legitimidad de sus actos y su legitimidad como institución. Esta crítica no proviene únicamente de instituciones que hayan sido el blanco de sus acciones¹²⁹ sino también de autores que en principio apoyan la creatividad y la orientación de su jurisprudencia.¹³⁰ Parece ser que la Corte se ha percatado del problema y la decisión de celebrar “sesiones itinerantes” en los distintos Estados que hubieran aceptado la competencia contenciosa podría considerarse una reacción en este sentido.¹³¹ Las sesiones itinerantes tienen como propósito

las violaciones más graves de derechos humanos tales como la tortura o las ejecuciones extrajudiciales, las cuales representan una violación al *jus cogens* según la Corte. Véase Binder, C. (*op cit.*, 140).

¹²⁷ Competencia prevista de manera expresa en el art. 63.1.2. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Las medidas ordenadas incluyen la difusión del reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado, la construcción de monumentos en memoria de las víctimas, así como la adopción de reformas legislativas, todas estas con el objetivo de remediar las violaciones ocurridas y prevenir nuevas violaciones; cfr. Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A. (*op cit.*, 139), pp. 234-238, con referencias adicionales.

¹²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Serie A, núm. 16, párr. 115; véase también García Ramírez, S. “Foreword” en Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A. (*op cit.*, 139), pp. xvii-xxviii, en particular xx.

¹²⁹ Compárese sobre todo con la Corte Suprema venezolana que sostiene la “inaplicabilidad” de las sentencias de la Corte Interamericana en razón de “usurpación de funciones”, véase: Corte Suprema, Sala Constitucional, *Expediente No. 08-1572*. Sentencia de 18 de diciembre de 2008, disponible en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html> Al respecto Ayala Corao, C., “La doctrina de la “inejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)” en *La justicia constitucional y su internacionalización* (*op cit.*, 9), pp. 85 y ss.

¹³⁰ Gargarella, R. (*op cit.*, 7), pp. 170 y ss.

¹³¹ Saavedra Alessandri, P. y Pacheco Arias, G., “Las sesiones “itinerantes” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

acercar la Corte a los Estados parte y a los interesados. El diálogo constante con organizaciones de la sociedad civil también es característico del sistema.¹³² Por último, la Corte ha contribuido a la consolidación de la democracia en América Latina.¹³³ A pesar de todo, la respuesta a las críticas sobre legitimidad sigue siendo un tema inacabado.¹³⁴

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos es el mecanismo regional más importante para afianzar el constitucionalismo pero no el único. La Carta Democrática Interamericana es otro de estos mecanismos.¹³⁵ Se trata de una resolución de la Organización de Estados Americanos sin carácter vinculante pero que contiene un mecanismo de control que ya se utilizó en el pasado para la promoción de la democracia.¹³⁶

Otro mecanismo que también tiene como objeto la consolidación del constitucionalismo lo encontramos en el Mercosur.¹³⁷ Si bien la integración económica es el enfoque primordial de este régimen, ha dirigido su atención también hacia cuestiones de carácter constitucional. El Protocolo de Asunción incorpora la

por América” en García Ramírez, S. y Castañeda Hernández, M. (coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, UNAM, 2009, p. 37.

¹³² PIOVESAN, F. (*op cit.*, 20), p. 75.

¹³³ Parra Vera, Ó., “Lucha contra la impunidad, independencia judicial y derechos de los pueblos indígenas. Algunos avances y debates en torno a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Rey Martínez, F. (coord.), *Los derechos en Latinoamérica: tendencias judiciales recientes*, Madrid, Editorial Complutense, 2012, 363-416. Sobre el nuevo rol de los Tribunales Cassese, S., *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli, 2009.

¹³⁴ Bogdandy, A. v. y Venzke, I., *In Whose Name? A Public Law Theory of Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

¹³⁵ En detalle Morales Antoniazzi, M. (*op cit.*, 120).

¹³⁶ Casal Hernández, J. M., “Las restricciones al ejercicio de los derechos humanos y la cláusula de la sociedad democrática en el sistema interamericano”, en Saiz Arnaiz, A., Morales Antoniazzi, M. y Ugartemendia, J. (coords.), *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración*, Oñate, Instituto Vasco de Administración Pública, 2011, pp. 477-505.

¹³⁷ En detalle Morales Antoniazzi (*op cit.*, 120).

Ius Constitutionale Commune en América Latina

protección de los derechos humanos y el Protocolo de Ushuaia promueve la protección de la democracia por medio de un proceso político. Claro está, ningún protocolo asegura por sí mismo el constitucionalismo. Eso lo muestra claramente el caso paraguayo de 2012, el cual sirvió como estrategia para eludir la resistencia de Paraguay a aceptar a Venezuela como miembro del Mercosur.¹³⁸

Con bastante frecuencia, las instituciones internacionales que he mencionado son denominadas supranacionales.¹³⁹ Claro está que el entendimiento que se tiene de la supranacionalidad no es el mismo que impera en Europa, el cual está íntimamente relacionado con la Unión Europea. La utilización latinoamericana del término es más flexible, ya que aborda de manera mucho más abstracta la cuestión de la superación de la concepción contractualista y horizontal del derecho internacional. Por esta razón muestra un potencial generalizador mayor.

3.4. Pluralismo dialógico

La tríada de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho denota, de manera muy abstracta, el objetivo constitucional a cuyo servicio deberían estar los tribunales y las instituciones internacionales: la institucionalidad. Pluralismo dialógico, el último concepto que aquí se define, tiene dos acepciones en el *Ius Constitutionale Commune*: es a la vez un objetivo del ICCAL así como un medio para alcanzarlo. Designa una modalidad de interacción social y para la resolución de conflictos que al mismo tiempo supone la situación social a la cual aspira. Al igual que los otros conceptos que aquí se han definido, el pluralismo dialógico está anclado en el discurso universal, presenta, eso sí, características muy latinoamericanas.

¹³⁸ Malamud, A. (*op cit.*, 47), pp. 117 y ss.

¹³⁹ Bazán, V., “La integración supranacional y el federalismo en interacción: perspectivas y desafíos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. 15, 2009, pp. 639-687; Cavallaro, J. L. y Schaffer, E.J., “Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, *Hastings Law Journal*, 56(2), 2004, pp. 217-282.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Normalmente se describen tres fenómenos distintos con el pluralismo.¹⁴⁰ En el derecho constitucional es un concepto antiguo que denota una sociedad en donde los distintos grupos que la conforman, se enfrentan los unos con los otros en procesos públicos y democráticos con respecto a una amplia gama de valores, intereses y formas de vida. En segundo lugar, se refiere a normas que no forman parte del ordenamiento jurídico estatal pero que rigen las relaciones sociales de ciertos grupos.¹⁴¹ El tercer fenómeno se refiere a la interacción entre los distintos regímenes jurídicos, en especial a la relación abierta entre el derecho constitucional estatal, el derecho de la Unión Europea y el derecho europeo en materia de derechos humanos.¹⁴²

Los tres aspectos y fenómenos los podemos encontrar en el *Ius Constitutionale Commune* en América Latina, empero, la interacción es mucho más marcada en la región. Una vez más la exclusión es el factor más importante para explicar esta particularidad. Para construir una sociedad verdaderamente pluralista en la región, es indispensable procurar la inclusión de la población indígena y afrodescendiente, es decir, darles espacio en las instituciones estatales y reconocer que son grupos con valores e intereses específicos. Esto implica también el segundo aspecto del pluralismo, ya que a menudo estos grupos cuentan con un orden normativo propio y particular. La inclusión real exige una participación que comprenda sus órdenes normativos. Aquí encontramos algunas innovaciones constitucionales recientes muy importantes. Desde 2001 y como reacción al levantamiento zapatista en Chiapas, la constitución mexicana dispone en su artículo

¹⁴⁰ Isiksel, T., “Global Legal Pluralism as Fact and Norm”, *Global Constitutionalism*, 2, 2013, pp. 160 y ss.

¹⁴¹ Benda-Beckmann, F. v., “Who’s Afraid of Legal Pluralism?”, *J. Legal Pluralism & Unofficial L.*, 47, 2002, pp. 37-82, en particular 60-62; un ejemplo en Europa son los grupos musulmanes, Foblets, M., “Diversité Religieuse en Europe: Une Approche Innovante Conjuguant l’Approche Juridique et Sociologique”, en Ast, F. y Duarte, B. (coords.), *Les Discriminations Religieuses en Europe: Droit et Pratiques*, París, L’Harmattan, 2012, pp. 105-119.

¹⁴² Walker, N., “The Idea of Constitutional Pluralism”, *Modern Law Review*, 65, 2002, p. 317; Wendel, M., *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht. Verfassungsrechtliche Integrationsnormen auf Staats- und Unionsebene im Vergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011.

Ius Constitutionale Commune en América Latina

2º, que la Nación mexicana es pluricultural y por ende también incluye a los pueblos indígenas como tales. La Constitución boliviana de 2009 es la más avanzada en este sentido ya que también integra principios éticos de los pueblos indígenas,¹⁴³ así como la cosmología indígena y ciertas formas de propiedad colectiva.¹⁴⁴ En el *Ius Constitutionale Commune*, dichas disposiciones no son vistas como mero folclor. Es más, se reconoce el potencial que en ellas se encierra y por esta razón son objeto de análisis teórico.¹⁴⁵ Pero hay que reconocer que es un desafío enorme incorporar de manera orgánica los principios de los pueblos precolombinos a los Estados constitucionales modernos. Para el elemento *común* del *Ius Constitutionale Commune* queda también claro que debe dejar mucho espacio a la diversidad, respondiendo así a las numerosísimas y diversísimas formas del tejido social y cultural de los pueblos latinoamericanos.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana depende, primero, del pluralismo social ya que muchas de sus sentencias paradigmáticas son el fruto del litigio estratégico de agrupaciones de la sociedad civil.¹⁴⁶ Segundo, sus sentencias habitualmente apoyan el pluralismo social o el pluralismo étnico-cultural. Tercero, la firmeza con la cual actúa respecto a situaciones internas ha hecho de su relación con los tribunales nacionales un tema clave. También aquí el concepto de pluralismo es sumamente importante.

La figura central de esta discusión se denomina control de convencionalidad y representa el núcleo doctrinal del *Ius Constitutionale Commune*. Esta figura fue creada por la Corte en el caso

¹⁴³ Compárese con el art. 8: “El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: *ama qhilla*, *ama llulla*, *ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi maraei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble)”.

¹⁴⁴ Prada Alcoreza, R., “Análisis de la nueva Constitución Política del Estado. *Crítica y emancipación*”, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales*, 1, 2008, pp. 35-50, en particular 48-50.

¹⁴⁵ Clérico, L. y Aldao, M. (*op cit.*, 79), p. 220; Morales Antoniazzi, M. (*op cit.*, 41), p. 266.

¹⁴⁶ Piovesan, F. (*op cit.*, 20), pp. 72 y ss.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Almonacid Arellano vs. Chile.¹⁴⁷ Exige a los tribunales nacionales la aplicación de la Convención Americana de conformidad con la interpretación que la Corte haya hecho de la misma. Según esta decisión, cuyo alcance exacto todavía se desconoce, todos los actos estatales quedan sujetos al control de su conformidad con la Convención y en caso de conflicto con la misma no pueden ser aplicados por los tribunales nacionales. Esto produce efectos sustanciales en la distribución de competencias a nivel estatal: tanto la relación del poder judicial con los otros poderes así como la jerarquía en el seno del poder judicial. En particular ha afectado al papel de los tribunales supremos. Considerando que además la Corte Interamericana le atribuye aplicación directa y efectos *erga omnes* a su jurisprudencia,¹⁴⁸ que ha declarado la inaplicabilidad de leyes nacionales, decretado que se emprendan reformas legislativas y ordenado una amplia gama de medidas concretas, se ha generado una dinámica impresionante.¹⁴⁹ La dimensión constitu-

¹⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, *Almonacid Arellano vs. Chile*, Serie C, núm. 154, párr. 124; Sagüés, N., “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, 8(1), 2010, p. 117; García Ramírez, S. (*op cit.*, 5), p. 123; Nogueira Alcalá, H., “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en periodo 2006-2011”, *Estudios Constitucionales*, 10(2), 2012, p. 57.

¹⁴⁸ Descrito detalladamente por Ferrer Mac-Gregor, E. en el sensible caso *Gelman*, en el cual la Corte declara sin efectos una ley de amnistía con credenciales democráticas impecables (*op cit.*, 130), pp. 329 y ss.; Gargarella, R., “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso *Gelman*”, *Seminario de Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política de la Universidad de Yale*, 2013, disponible en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf Rincón-Covelli, T., “El derecho internacional de los derechos humanos: ¿límite o elemento constitutivo de la democracia? –A propósito de la transición uruguaya a la democracia–”, *Estudios Socio-Jurídicos*, 14(2), 2012, pp. 71-106; Sferrazza Taibi, P., “¿Amnistías democráticas? El Caso *Gelman vs. Uruguay* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un caso práctico para una reflexión teórica”, en Santano, S. A. y Mejías, S. A. (coords.), *La seguridad, un concepto amplio y dinámico: V Jornadas de estudios de seguridad*, Madrid, IUGM-UNED, 2013, pp. 323-356.

¹⁴⁹ Una decisión pionera en este sentido es Corte IDH, *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)*, Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, núm. 75.

Ius Constitutionale Commune en América Latina

cional es evidente,¹⁵⁰ en especial debido a que los temas tratados son altamente políticos, temas sobre los cuales ciertos grupos sociales se encuentran en profundo desacuerdo. No sorprende entonces, que la jurisprudencia interamericana haya suscitado un rico debate. El desafío consiste en acomodar cuidadosamente la dinámica transformadora con el entramado institucional y la distribución de competencias a nivel estatal. Aquí encuentra aplicación la tercera definición del concepto de pluralismo¹⁵¹ si bien otros conceptos compiten por describir la situación, como por ejemplo: redes de colaboración horizontal¹⁵², trapecio,¹⁵³ redes constitucionales,¹⁵⁴ normativismo supranacional,¹⁵⁵ transconstitucionalismo.¹⁵⁶

Las perspectivas pluralistas se dividen en dos campos. La posición más radical parte de la visión de que los conflictos que se ocasionan son conflictos de poder y que por ende difícilmente pueden ser abordados desde el razonamiento jurídico.¹⁵⁷ La posición del diálogo tiene un punto de partida diametralmente opuesto: la observación de que los diversos regímenes jurídicos e instituciones normalmente desarrollan relaciones jurídicas estables no obstante su independencia normativa. Esta posición sos-

¹⁵⁰ Expuesto sutilmente por Burgorgue-Larsen, L., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional”, en *Rasgos* (*op cit.*, 19), p. 421.

¹⁵¹ Serna De La Garza, J. M. (*op cit.*, 114), pp. 243 y ss.

¹⁵² Pampillo Baliño, J. P., “The Legal Integration of the American Continent: An Invitation to Legal Science to Build a New *Ius Commune*”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 17(3), 2011, pp. 517-533, en particular 519.

¹⁵³ Piovesan, F., *Direitos humanos e diálogo* (*op cit.*, 5), p. 67.

¹⁵⁴ Bustos Gisbert, R., *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa. 2012, pp. 13 y ss.

¹⁵⁵ Gordillo, A. *et al.*, *Derechos humanos*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2005, vol. 5, p. 10, con referencias adicionales.

¹⁵⁶ Neves, M. (*op cit.*, 62), pp. 115 ss.

¹⁵⁷ Dyèvre, A., “Game Theory and Judicial Behaviour”, en Stelmach J. y Załuski, W. (coords.), *Game Theory and the Law*, Cracovia, Copernicus Center Press, 2011, disponible en <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1783507> La reacción del Tribunal Supremo venezolano apunta en esta dirección (*op cit.*, 144).

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

tiene que los conflictos fundamentales son una gran excepción, la regla consiste más bien en un trabajo conjunto y fructífero.¹⁵⁸ Los representantes del *Ius Constitutionale Commune* optan por el pluralismo dialógico y así reconstruyen la interacción entre la Corte Interamericana y los tribunales nacionales.¹⁵⁹

4. CONCLUSIÓN

El *Ius Constitutionale Commune* en América Latina representa un enfoque transformador que se dota de energía a partir de la experiencia concreta y la convicción profunda de la inaceptabilidad de situaciones de injusticia sistemática. Su sustrato de derecho positivo lo constituyen principalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las garantías de las constituciones nacionales sobre la misma materia, las cláusulas de apertura, así como la correspondiente jurisprudencia, tanto nacional como internacional. Apuesta por un discurso que interrelacione los distintos ordenamientos jurídicos con el objeto de reforzar las transformaciones en los países latinoamericanos. Así, el enfoque tiene el potencial de convertirse en un verdadero proyecto.

El *Ius Constitutionale Commune* en América Latina se apoya en los elementos de cercanía cultural y la historia jurídica compartida de la región, la cual es producto de la colonización ibérica, la influencia del *Corpus Iuris Civilis* y del *Corpus Canonici*, la Constitución de Estados Unidos, la Constitución de Cádiz, el derecho constitucional y administrativo francés, así como en el ideal de una gran unión latinoamericana y su consiguiente fracaso. El ICCAL lucha, en consonancia y cooperación con actores en otros sistemas sociales, contra problemas compartidos, en particular la desigualdad y la exclusión de amplios sectores de la sociedad, el legado de los gobiernos autoritarios, la sombra de intereses norteamericanos, el hiperpresidencialismo, así como la frecuente debilidad del derecho. Existe además amplio consen-

¹⁵⁸ Burgogue-Larsen, L. (coord.), *Les interactions normatives. Droit de l'Union européenne et droit international*, París, Pedone, 2012.

¹⁵⁹ La Fundación Konrad Adenauer también comparte esta visión y la fomenta al organizar encuentros entre los mencionados tribunales.

Ius Constitutionale Commune en América Latina

so respecto del camino a tomar. Los mecanismos de integración económica son considerados poco prometedores. La esperanza yace más bien en un constitucionalismo de raíces regionales basado en derechos humanos con protección supraestatal.

¿Cuáles son las perspectivas de este *Ius Constitutionale Commune* en América Latina? El que busque razones para el desaliento las encontrará, ya sea en los recorridos históricos, rasgos culturales, estructuras económicas, circunstancias geopolíticas, relaciones de poder, conflictos sociales, sean lo que sean. Razones abundan. Pero: visto en su conjunto y a pesar de todas estas dificultades, el constitucionalismo transformador latinoamericano es expresión de una dinámica tan impactante que hasta un realista puede apostar por él.

Fundamentos del *Ius Constitutionale* *Commune* en América Latina*

Rodolfo Arango

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Derechos fundamentales: la sustancia. 3. Democracia: el procedimiento. 4. Jurisdicción constitucional: la garantía. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El filósofo John Searle en un bello libro¹ analiza la estructura de los hechos sociales lingüísticamente constituidos. Ejemplo de tales hechos son los billetes de dinero o los derechos humanos, entre otros. Determinante para la existencia de hechos sociales creados por los seres humanos es la atribución de funciones de estatus a objetos o personas que por sí mismos no tienen esas funciones. Un trozo de papel con tinta no es, por sí mismo, dinero. Se requiere que sea reconocido y aceptado como tal. Las palabras escritas en la Constitución o las sentencias constitucionales no son, *per se*, derechos fundamentales. Para que algo o alguien cumpla una función en sí, se requiere, por sobre todo, una intencionalidad colectiva, esto es, el reconocimiento y la aceptación de que el objeto o la persona tie-

* Este trabajo se publicó en el libro *Realizando los derechos. Su filosofía y práctica en América Latina*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016.

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

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

nen una función de estatus.² Sin intencionalidad colectiva no podemos ejercer los poderes deónticos, esto es, el poder no meramente fáctico sino normativo, que distingue el derecho de la fuerza física. El derecho como orden deóntico y los derechos humanos como poderes deónticos³ hacen parte de la realidad social creada por nosotros mismos mediante actos lingüísticos intencionales. Este hecho —que los derechos humanos sean una realidad social lingüísticamente construida— hace tan precaria y a la vez tan comprometedora la tarea de teóricos y activistas que buscan la paz por vía del derecho.⁴

Los derechos fundamentales, la democracia y la jurisdicción constitucional son ciertamente tres pilares del constitucionalismo contemporáneo. América Latina no es la excepción en este proceso cultural. Obviando los naturales desacuerdos sobre el correcto balance entre activismo judicial y principio democrático, lo cierto es que las últimas dos décadas de historia latinoamericana han traído avances importantes en la construcción co-

² *Idem.*, p. 8.

³ *Idem.*, pp. 8-9, 174 ss.

⁴ La construcción de la realidad social que es el derecho no es ajena al contexto histórico que la posibilita o impide. El progreso de los pueblos depende de múltiples factores cuyo direccionamiento exige del aprendizaje de experiencias pasadas y de la sensibilización frente al sufrimiento. El siglo xx nos ha deparado un apreciable progreso en el reconocimiento e institucionalización de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho, tanto a nivel nacional como internacional. Ya Kant en *Sobre una paz perpetua* (1998) había advertido la capacidad que tienen los seres humanos de construir un orden social donde el derecho prime sobre la fuerza. Aludiendo a lo mismo que luego John Searle y la filosofía de la acción denomina “intencionalidad colectiva”, el filósofo de Königsberg inicia su reflexión sobre el derecho y la moral en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1996) con la afirmación de que no hay nada en el mundo ni fuera de él “más grande que una buena voluntad”. La buena voluntad como disposición colectiva común es necesaria para que exista intencionalidad colectiva, de la cual depende a su vez que el derecho cumpla su finalidad pacificadora. Si avistamos la realidad política de América Latina en el último medio siglo podemos constatar un acervo común pese a la diversidad: el derecho constitucional a nivel nacional y el derecho internacional avanzan en la teoría y en la práctica. Este desarrollo constituye un parámetro normativo compartido que posibilita un discurso común entre los pueblos del continente.

Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina

lectiva de la realidad social institucionalizada, entre ellos la creciente protección de los derechos fundamentales y del régimen democrático por parte de los jueces constitucionales. Sin pecar en exceso de optimista, podríamos decir que por primera vez en muchas décadas el continente americano vive una primavera democrática basada en el aumento del uso de los derechos individuales y colectivos como mecanismo de reconocimiento social y cultural, a la par con la internacionalización del derecho constitucional gracias a la creciente importancia que ha adquirido el sistema interamericano de protección de derechos humanos. En el pasado, casos como los de la salud o la vivienda en Colombia, o los de Gelman contra Uruguay o Leopoldo López contra Venezuela, donde los derechos individuales triunfan sobre los intereses generales validados por las mayorías democráticas, eran impensables. En este contexto cabe preguntarse por las relaciones entre derechos fundamentales, democracia y jurisdicción constitucional en cuanto fundamento de todo posible derecho constitucional común en el subcontinente.

¿Cómo se entienden los derechos fundamentales en América Latina? ¿Qué modelo de democracia acogen las constituciones contemporáneas en esta parte del mundo? Y, en especial, ¿cómo interactúan los jueces constitucionales con los funcionarios elegidos popularmente, en particular con los legisladores y el ejecutivo? La experiencia comparada de la justicia constitucional en diversos países de Sudamérica permite responder tentativamente los anteriores interrogantes. Mi tesis es que el derecho constitucional latinoamericano se basa sobre tres pilares: una concepción *interdependiente* de los derechos fundamentales; una *social* de la democracia y una *participativa* de la justicia constitucional.

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

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Las realidades de inequidad social y desigualdad económica hacen la diferencia específica con los países bien del Norte. En el Sur existe, en principio, una conciencia colectiva que otorga mayor prioridad a la igualdad sobre la libertad, mientras en el Norte la relación es la inversa. Emblemático es la tesis de John Rawls sobre la prioridad de la libertad,⁵ brillantemente cuestionado por Herbert Lionel Adolphus Hart⁶ en 1973. Como Partha Dasgupta ha sostenido, el desarrollo económico de una sociedad es parámetro de su contrato social: “es posible que a los derechos el contrato social de las sociedades periféricas —dice Dasgupta en clara alusión a John Rawls y la prioridad de la libertad— no les sea dada la prioridad sobre los derechos sociales y económicos en un contrato social hipotético escrito por una sociedad pobre”.⁷

Quisiera a continuación sustentar en tres pasos mi tesis según la cual un *Ius Constitutionale Commune* para Latinoamérica puede sustentarse en una concepción *integrada* de los derechos fundamentales, una *social* de la democracia y una *participativa* de la jurisdicción constitucional, características que distinguen la construcción de la realidad social del derecho en el continente.

2. DERECHOS FUNDAMENTALES: LA SUSTANCIA

Siguiendo a Tugendhat⁸ podemos entender los derechos humanos como exigencias que nos hacemos mutuamente en la medida que nos queremos comprender moralmente, esto es, vernos no como meros instrumentos para ciertos fines sino como fines en sí mismos. Los derechos humanos, constructo conceptual y práctico ideado para evitar la instrumentalización de las personas, por estar hechos de “un material muy etéreo”, requieren de institucionalización. Ello ha llevado desde hace siglos, en diversos

⁵ Rawls, John. *Una Teoría de la Justicia.*, México: Fondo de Cultura Económica, 2ª edición, 1995 (orig. 1970).

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

⁷ Dasgupta, Partha. *An Inquiry into Well-Being and Destitution.* Oxford U. Press, Oxford, 1993, p. 47

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

Fundamentos del *ius Constitutionale Commune* en América Latina

momentos de intenso sufrimiento humano (en Inglaterra, Francia, Estados Unidos, América etc.), a que las exigencias de grupos o individuos se plasmen en forma de derechos humanos o fundamentales en declaraciones internacionales o en constituciones nacionales.

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

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

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

La concepción integral de los derechos fundamentales en el *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano contrasta con otras alternativas que entienden los derechos bien como meras garantías individuales o como reglas del proceso democrático. La primera opción es la adoptada desde Thomas Hobbes por la tradición liberal: los derechos subjetivos, entendidos como ámbitos de autodeterminación individual, son vistos como restricciones a la acción de terceros que aseguran la libertad individual, no como exigencias negativas y positivas que podemos hacernos mutuamente en la medida que nos comprendemos moralmente. Según el entendimiento hobbesiano y liberal, los derechos subjetivos desatan al individuo de sus obligaciones asociativas y le aseguran un espacio de libre determinación sin la interferencia de otros, lo cual es funcional para la competencia entre maximizadores de intereses pero poco apto para construir una sociedad donde la cooperación y la solidaridad tengan cabida. Por otra parte, la comprensión de los derechos fundamentales como proceso que delimita las reglas del juego democrático, tan funcional en algún tiempo para el desarrollo de la sociedad liberal y del capitalismo, no es hoy en día adecuada para enfrentar la interdependencia mundial y los riesgos ambientales, tecnológicos y vitales que se ciernen sobre la pequeña aldea global. No es sino observar que la soberanía democrática de los Estados contemporáneos ha tenido que ceder terreno ante el avance de las jurisdicciones universal, regional y local para la defensa de los derechos humanos entendidos en su integralidad.

Tampoco la concepción de los derechos fundamentales como garantías individuales y precondiciones de la democracia, en el sentido de Hans Kelsen⁹ o más recientemente de Habermas,¹⁰ es satisfactoria. Ambos autores hacen una concesión demasiado grande: el primero, a la democracia liberal; el segundo, a la democracia procedimental, en desmedro del reconocimiento y de la aceptación de los derechos fundamentales como exigencias morales institucionalizadas que pueden incluir los derechos sociales como verdaderos derechos fundamentales.¹¹ En especial,

⁹ Kelsen 2002, orig. 1929

¹⁰ Habermas 1998, orig. 1992

¹¹ Arango 2012, orig. 2001

Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina

no es aceptable que los derechos civiles, políticos y de participación gocen de una fundamentación absoluta mientras a los derechos sociales, culturales y ambientales solo se reconoce una fundamentación relativa al paradigma de Estado que se adopte democráticamente por cada sociedad, como en Habermas.¹² Ello supone reconocer un estatus funcional diferente a los derechos negativos o de libertad y a los derechos positivos o prestacionales, siendo que todos los derechos cuestan —como lo han mostrado Holmes y Sunstein¹³— y todos los derechos exhiben tanto facetas positivas como negativas —ver Abramovich y Courtis—. ¹⁴

En resumen, los tribunales constitucionales en Latinoamérica conciben los derechos fundamentales como un todo integral, lo cual añade complejidad y mayores exigencias metodológicas¹⁵ a la teoría y práctica constitucionales. Puesto que los jueces constitucionales en sociedades del Sur reconocen en la práctica derechos fundamentales con independencia de su estatus negativo o positivo, el *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano ofrece un diseño más complejo y sutil de los poderes deónticos que se muestra más apto para enfrentar las realidades de la desigualdad y la inequidad sociales que otros modelos abstractos e ideales.

3. DEMOCRACIA: EL PROCEDIMIENTO

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

¹² Habermas 1998, orig. 1992

¹³ Holmes y Sunstein, 2011, orig. 1999

¹⁴ Abramovich y Courtis, 2002.

¹⁵ Arango 2002; 2012; Clérico 2009

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

La democracia como procedimiento, mediante el que se forma y expresa la voluntad popular, puede adoptar una forma representativa, una deliberativa o una social, dependiendo de los presupuestos teóricos de los que parta. Una concepción social de la democracia se diferencia de los modelos liberal y deliberativo porque toma en serio la necesidad de incluir a todos los seres humanos en el proceso y transformar por este medio la sociedad en general, democratizándola, esto es, llevando la democracia del ámbito meramente público político (la elección periódica de representantes mediante sufragio universal) al ámbito público informal (la empresa, la familia, los partidos políticos, las universidades). Las ventajas de esta concepción son múltiples, aunque no todos los países de América parecen orientarse por ella.¹⁶ A continuación describo sucintamente los presupuestos sobre los que se postulan los tres modelos normativos de democracia y argumento a favor del modelo social como el más apto para enfrentar los retos particulares de la desigualdad y la inequidad social en el continente.

El modelo liberal es sin duda importante. Al poner la vida, la integridad y la libertad individual a la base del orden social, el modelo liberal posibilita la iniciativa y el emprendimiento privado. La jurisprudencia sobre estos derechos es ampliamente apreciada. Las condenas internacionales a los Estados parte de la Convención Americana por masacres o desaparecimientos, o por violación del Estado de derecho, como en el caso de la segunda reelección presidencial en Colombia, refuerzan la democracia liberal. La limitación del poder es consustancial a este modelo. La democracia liberal no es democracia desatada sino democracia encausada por el Estado de derecho. La debilidad del modelo es que parte de presupuestos iusnaturalistas insostenibles: su abstracta idea del individuo como libre e igual refuerza las desventajas reales para personas y grupos desfavorecidos. Su concepción de libertad negativa¹⁷ como libertad de optar es funcional al modelo neoclásico en la economía y ofrece reglas claras para regular las expectativas de comportamiento. Pero su ceguera ante la discriminación racial, de género, de minorías étnicas o lingüísticas, no compensa las

¹⁶ Ver Arango 2012a.

¹⁷ Berlin 2005, orig. 1958

Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina

ventajas del libre mercado ni de la competencia sin restricciones. Si la democracia es el procedimiento por el cual se forma y expresa la voluntad general, a dicho procedimiento no acceden en el modelo liberal las personas que por su situación diversa o por su grado de debilidad no logran competir con los agentes racionales orientados según fines, por lo general de lucro.¹⁸

El modelo deliberativo de democracia presenta grandes ventajas.¹⁹ En la concepción de Habermas se supera el perfeccionismo de la propuesta republicana basada en la virtud, lo cual hace inviable al republicanismo en las sociedades pluralistas modernas. La democracia deliberativa parte de una idea de persona como ser dialogante, comunicativo y discursivo que puede llegar a acuerdos estables gracias al uso del lenguaje orientado al entendimiento. El respeto de la autonomía privada y pública, así como de las reglas y procedimientos argumentativos, aseguran una legitimidad a las decisiones colectivas que el modelo liberal por su formalismo o el republicano por su ambición no logran garantizar. El diálogo, la deliberación y la argumentación otorgan a este modelo su carácter antiautoritario, antipaternalista y abierto a escuchar otras razones. Por otra parte, la democracia deliberativa acierta al identificar en la línea de Rousseau y Kant, los gestores de las normas con sus propios destinatarios, dotando así de legitimidad al orden político y facilitando la obediencia al derecho por medios no coactivos. Las decisiones de la Corte Constitucional en Colombia que han declarado inconstitucionales leyes por haber sido aprobadas sin suficiente ilustración y debate, no dándole a la oposición la posibilidad de controvertir las razones de la mayoría en el Congreso, son un buen ejemplo de este modelo. Pese a todos los factores positivos descritos, el procedimentalismo de la democracia deliberativa no logra proteger efectivamente a minorías étnicas y culturales, no es suficientemente sensible a la perspectiva de género ni capta en toda su dimensión las asimetrías de la desigualdad económica en sociedades no bien ordenadas, con alto grado de disfuncionalidad institucional y debilidad de la sociedad civil. Un ejemplo de lo an-

¹⁸ Shklar, 1998 y 2010 (orig. 1990).

¹⁹ Habermas 1999, orig. 1996.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

terior es el minimalismo judicial defendido por Cass Sunstein²⁰ o las decisiones constitucionales adoptadas por cortes constitucionales consistentes en declarar la inconstitucionalidad de una regulación normativa, como el caso de la regulación penal del aborto en Colombia, pero devolver de nuevo el estatuto o norma al Congreso de la República para adoptar de nuevo una decisión luego del proceso deliberativo y decisorio respectivo. El modelo deliberativo de democracia es demasiado ideal para ser sensible a sectores sociales tradicionalmente discriminados. La oposición de Habermas a las leyes de cuotas como mecanismo de corrección de injusticias históricas contra grupos de población²¹ es un bien ejemplo del carácter ideal de dicho modelo, lo cual lo aleja como candidato a seguir en el contexto latinoamericano.

Por último, el modelo de la democracia social —democracia asociativa en el lenguaje de Ronald Dworkin—²² pone el acento en el carácter relacional del ser humano. La interdependencia de los ciudadanos en una comunidad política no permite partir de presupuestos individualistas o centrados en el mercado como instrumento exclusivo de regulación de las interacciones sociales. Por el contrario, la fórmula política del Estado social de derecho, acogida por buena parte de las constituciones latinoamericanas, exige la intervención permanente del Estado en la economía y el proceso político para asegurar los fines sociales del Estado. Este compromiso entre la libertad y la igualdad hace posible pensar en limitaciones a la libertad en aras de asegurar la democracia, como propone acertadamente Dworkin en Estados Unidos con la financiación estatal de las campañas políticas para evitar que el dinero sesgue los resultados electorales. Múltiples decisiones constitucionales hablan a favor de una democracia social que asegure una protección especial del Estado a personas o grupos en situación de debilidad manifiesta. Podemos mencionar los casos en materia de salud en Colombia, Argentina o Brasil. Por su parte, las sentencias sobre atención a la población desplazada en Colombia y sus autos de seguimiento son buenos ejemplos de la lucha contra la desigualdad por vía de acciones afirmativas y

²⁰ Sunstein 2002, p. 239 ss.

²¹ Habermas 1998

²² Dworkin 2006

Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina

ordenes estructurales con enorme costo presupuestal, medidas no entendibles bajo el prisma de una democracia liberal o una deliberativa. El modelo de democracia social parece ser más adecuado que sus competidores para responder a las circunstancias especiales de las sociedades no bien ordenadas del continente latinoamericano. Los jueces constitucionales del Estado social de derecho tienen en este modelo de democracia un papel central para evitar que los preceptos constitucionales sean letra muerta debido a las realidades económicas de las que depende el ejercicio del poder político.

4. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: LA GARANTÍA

Un tercer pilar del *Ius Constitutionale Commune* en Latinoamérica lo constituye la jurisdicción constitucional como garantía para la realización de los derechos fundamentales y la democracia. Atendidas las especiales circunstancias de inacción legislativa, clientelismo, baja participación política y desigualdad social, es comprensible el activo rol que cumplen los jueces constitucionales en nuestros países.²³ La función principal de la jurisdicción constitucional es hacer valer la primacía de las normas constitucionales sobre las demás normas de los ordenamientos jurídicos nacionales. En esta tarea los jueces constitucionales representan argumentativamente²⁴ a las personas o grupos que recurren a ellos.

La jurisdicción constitucional es garantía esencial para la vigencia de los derechos fundamentales y de la democracia cuando su diseño institucional es afortunado.²⁵ Los jueces, si actúan con integridad en el foro de los principios que son los tribunales constitucionales,²⁶ están en capacidad de desbloquear el proceso democrático y tomar decisiones difíciles que los políticos no se atreven en ocasiones a tomar por temor a las consecuencias. De las diferentes modalidades en que se ejerce la jurisdicción

²³ Landau 2010.

²⁴ Alexy 2006.

²⁵ Sunstein 2002.

²⁶ Dworkin orig. 1985

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

constitucional, en forma centralizada o difusa; mediante el control abstracto de normas y/o el control concreto de actuaciones u omisiones violatorias de los derechos fundamentales; con la participación o no de ciudadanos y organizaciones civiles en los procedimientos constitucionales, depende el éxito de la función constitucional. También de los alcances de las decisiones constitucionales (efectos *intuitu personae*, *erga omnes*, *inter partes* o *inter communes*, etc.); de la modalidad de las medidas a adoptar (comisiones ciudadanas para vigilar el cumplimiento de las sentencias); y de la integración, periodo o vinculación política de los magistrados dependen la eficacia de la garantía judicial. En este punto es claro que un diseño de jurisdicción constitucional difuso, participativo, con integración independiente y amplios poderes de acción, asegura mejor el cumplimiento de los objetivos para los cuales ha sido creada la institución.

La alternativa de concebir la justicia constitucional como procedimiento participativo y dialógico²⁷ exige adoptar nuevas herramientas metodológicas para impedir actuaciones deficientes u omisivas²⁸ que violan los derechos fundamentales de amplios sectores de la población. Una jurisdicción constitucional que esté a la altura de una concepción integral de los derechos fundamentales y una concepción social de la democracia tiene necesariamente que ser participativa para posibilitar que todas las voces,²⁹ por diferentes o extrañas que sean, tengan en ella cabida en la comunidad y puedan ser cobijadas por la protección constitucional. Buen ejemplo de jurisdicción constitucional participativa son las sentencias colombianas que reconoce un derecho fundamental a la consulta previa en cabeza de los grupos étnicos, en directa aplicación del Convenio 169 de la OIT. Es así como la Corte Constitucional ha invalidado leyes sobre explotación forestal, agraria y minera por que en el trámite legislativo no se dio participación suficiente y oportuna a los grupos étnicos que podrían verse afectados por las medidas legales aprobadas.

²⁷ Young 1997, pp. 60 ss.

²⁸ Clérico 2009, 2011

²⁹ Young 1997, Shklar 2010.

Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina

5. CONCLUSIONES

En conclusión, podemos afirmar que las transformaciones constitucionales en Latinoamérica a partir de finales de los años ochenta tienen algo en común: la lucha contra la desigualdad para alcanzar una verdadera autonomía se libra dentro de un marco común de tres principios: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional. Si bien existen diferencias que podrán ser descritas y analizadas en estudios de jurisprudencia constitucional comparada, tales diferencias obedecen a un experimentalismo en materia democrática y constitucional. Parte del valor que tiene el estudio sobre el *Ius Constitutionale Commune* en América Latina, promocionado por el Instituto Max Planck de Derecho Público Internacional y Comparado en Heidelberg, consiste en que por primera vez tendremos una descripción y un análisis exacto de los orígenes, evolución, características, desafíos y destino posible del derecho constitucional en el subcontinente. Las reflexiones anteriores se ocupan de los que considero tres pilares sobre los que se apoya el proyecto común: una concepción integral de los derechos fundamentales, una concepción social de la democracia y una concepción participativa de la jurisdicción constitucional. Sin caer en falsas pretensiones, el proyecto apuesta a una construcción colectiva de la realidad social en Latinoamérica a partir del derecho constitucional, como una alternativa a enfoques que no toman suficientemente en cuenta su experiencia histórica en la regulación de las relaciones entre poderes públicos y la sociedad civil, dado el nivel de conciencia democrática hasta ahora alcanzado. El éxito del proyecto comparativo, transnacional y dialógico de derecho constitucional jurisprudencial permitirá estar en una mejor posición para analizar y revisar su curso, así como para emprender, con base en argumentos objetivos, las reformas necesarias para optimizar las instituciones encargadas de la realización efectiva de los derechos fundamentales y la democracia.

El concepto del *Ius Commune* latinoamericano en derechos humanos: elementos para una agenda de investigación*

José Ma. Serna de la Garza

SUMARIO: 1. Problemática a tratar. 2. Globalización y Gobernanza global. 3. Retos del derecho público en el contexto de la globalización. 4. Elementos para el diseño de una agenda de investigación. Conclusión.

1. PROBLEMÁTICA A TRATAR

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

* Este trabajo se publicó en el libro *Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos, de Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho internacional Público-Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2010.

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

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Sin embargo, y esta es la premisa de la cual parte mi análisis en este ensayo, en la era de la llamada *globalización* existen fenómenos y procesos que han producido transformaciones importantes en lo que es la base misma de las concepciones tradicionales del derecho constitucional.² Es decir, una serie de procesos identificados con la globalización han afectado al Estado-nación, y ello obliga, por un lado, a reflexionar sobre el impacto e implicaciones que esas transformaciones pueden tener sobre las normas del derecho constitucional de los Estados nacionales y más en general sobre sus sistemas jurídicos; y, por otro lado, a replantearnos la función y alcances del derecho constitucional como disciplina (en las vertientes de la teoría constitucional, la dogmática constitucional y el derecho constitucional comparado).³

2. GLOBALIZACIÓN Y GOBERNANZA GLOBAL

Ahora bien, ¿qué hemos de entender por *globalización*? Sin pretender entrar en este trabajo en un debate que ha ocupado a connotados científicos sociales en los últimos años,⁴ sostenemos que

² Para una reflexión más extensa y detallada sobre este tema y otros vinculados con el impacto de la globalización en el derecho constitucional mexicano, se puede revisar mi trabajo titulado: *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, UNAM, México, 2012.

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

⁴ Como por ejemplo Held, David y McGrew, Anthony, *Globalización/Anti-globalización, Sobre la reconstrucción del orden mundial*, Paidós, Barcelona, 2003; Bartelson, Jens, “Three Concepts of Globalization”, *International Sociology*, Vol. 15, no. 2, June, 2000; Therborn, Göran, “Globalizations, Di-

El concepto del *Ius Commune* Latinoamericano

la globalización se caracteriza por: A. La intensificación de las relaciones sociales a escala mundial; B. El surgimiento de una cierta forma de organización de la actividad económica, de alcance transnacional; C. El surgimiento de nuevos actores en la política internacional; D. La formación de redes transnacionales de generación, flujo e intercambio de patrones culturales; y E. La emergencia de problemas de dimensión planetaria. Por otra parte, y para tratar de aclarar más nuestra comprensión del referido fenómeno, consideramos importante tener claro lo que la globalización no es: la globalización no es un concepto unitario pues se refiere a procesos y dimensiones distintas; tampoco es enteramente nueva, pues responde a tendencias históricas seculares con antecedentes identificables; no es regular, sino irregular⁵; y no significa universalidad ni implica homogeneidad.⁶

Por otra parte, consideramos que el análisis del término “gobernanza” puede servir de base para generar un marco conceptual que nos ayude a entender las transformaciones del Estado en la actualidad. Debemos apuntar, sin embargo, que dicho término está lejos de tener un significado único y aceptado por todos. Ello no obstante, puede identificarse en algunas de sus significaciones (diríamos que las dominantes en el ámbito académico) una

mensions, Historical Waves, Regional Effects, Normative Governance”, *International Sociology*, Vol. 15, no. 2, June, 2000.

- ⁵ Es decir, su impacto en los diversos países es variable, dependiendo de diversas circunstancias, tales como la posición del Estado en el sistema político-militar mundial; la posición del Estado en la división internacional del trabajo; la consolidación interna de las instituciones del Estado-nación, entre otras.
- ⁶ Keohane y Nye explican estas dos últimas características con algunos ejemplos: a pesar que existen ciertos procesos que hemos identificado como globalización, millones de personas (la mayor parte de la humanidad, de hecho) no tienen acceso a computadoras, ni a internet, ni siquiera a teléfonos; cientos de millones de personas viven como campesinos pobres en pueblos remotos sin conexión con los mercados globales o con el flujo de ideas. Además, el mundo está lejos de una convergencia en torno a ciertos valores e instituciones (piénsese, por ejemplo, en la división entre el mundo cristiano y el mundo musulmán). Keohane, Robert O. y Nye, Joseph S. Jr., “Introduction”, en Nye, Joseph y Donahue, John (eds.), *Governance in a Globalizing World*, Brookings Institution Press, Washington D.C., 2000, pp. 2-3.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

serie de implicaciones que se refieren a procesos de cambio en el Estado y su entorno, lo cual ha abierto debates teórico-conceptuales que también afectan a nociones tradicionales del derecho público. Dicho lo anterior, partiremos de una distinción entre la dimensión doméstica o interna del concepto de gobernanza, y la dimensión internacional o global del referido término, en el entendido de que en el presente ensayo nos ocuparemos de la segunda dimensión. Pero debemos tener presente que la revisión de las dos dimensiones es lo que ha de permitir reconocer de manera integral algunas de las transformaciones que experimenta el Estado en la era de la llamada globalización.⁷

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

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

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

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

El concepto del *Ius Commune* Latinoamericano

siglo xx, anunció el surgimiento del concepto de gobernanza, en su significación actual.⁹

Ahora bien, una de las vertientes por las que se puede analizar el impacto de la llamada globalización sobre el ámbito jurídico, es la que se desarrolla a partir del estudio del concepto de *gobernanza* y, más específicamente, del concepto *gobernanza global*. Como se verá más adelante, dicho concepto alude a una serie de transformaciones vinculadas a la globalización, que han afectado el entorno y las capacidades de los Estados nacionales. A su vez, lo anterior ha abierto debates sobre el papel del derecho en lo que algunos califican como un ‘contexto posnacional’.¹⁰

La discusión sobre la llamada “Gobernanza global” corre por una ruta distinta al debate que se ha dado sobre la *gobernanza* en su dimensión interna o doméstica, si bien se pueden encontrar importantes puntos de contacto entre ambas perspectivas.¹¹ Una aportación relevante que se ha hecho en el examen del primer concepto, se puede encontrar en el trabajo de Keohane y Nye. Estos autores parten de la siguiente concepción general de gobernanza, entendida como “...el proceso y las instituciones, tanto formales como informales, que guían y limitan las actividades colectivas de un grupo. El gobierno es el subconjunto que

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

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

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

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

actúa con autoridad y crea obligaciones formales. Gobernanza no necesariamente tiene que ser conducida por los gobiernos y por organizaciones internacionales a las que les delegan autoridad. Empresas privadas, asociaciones de empresas, organizaciones no gubernamentales (ONG), y asociaciones de ONG participan en ella, de manera frecuente en asociación con órganos gubernamentales, para crear gobernanza; a veces sin autoridad gubernamental”.¹²

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

Por otro lado, y ante la imposibilidad de un gobierno mundial, Keohane y Nye ven una solución intermedia para resolver problemas de gobernanza global: un conjunto de prácticas que mejoren la cooperación y creen válvulas de seguridad para canalizar presiones políticas y sociales, consistente con el mantenimiento de los Estados-nación como la forma fundamental de organización política. No obstante, al lado de éstos, existen hoy

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

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

El concepto del *Ius Commune* Latinoamericano

un conjunto heterogéneo de agentes, privados y públicos, que contribuyen a la generación de orden y a la conducción de asuntos a nivel global, cuya eficacia depende de las redes en que se encuentran inmersos y la posición que ocupen dentro de dichas redes. Asimismo, se trata de redes de gobernanza en las que ninguna jerarquía es dable a ser aceptable o efectiva.¹⁴

Podemos afirmar entonces que la llamada gobernanza global involucra complejas interacciones entre Estados, organizaciones intergubernamentales, y actores no estatales de diversa índole (como empresas transnacionales y ONG internacionales), que tienden a generar orden y a organizar la acción colectiva, para así atender los problemas globales.

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

Ahora bien, debemos también mencionar que ya desde los años ochenta del siglo xx, Sorensen observaba la emergencia de un campo formado por estructuras organizacionales creadas a nivel internacional a través de tratados, que no solamente prescriben ciertas reglas de conducta para los Estados que son parte, sino que además crean órganos a los que se les otorgan ciertos poderes. Una parte esencial de esos tratados consiste en reglas relativas a competencias, que por medio de criterios positivos o negativos determinan los poderes de los órganos. A ese campo, Sorensen le dio el nombre de “órdenes jurídicos autónomos a nivel internacional”.¹⁵ Es decir, a través de tratados, ciertos órganos

¹⁴ *Ibidem*, p. 14.

¹⁵ Sorensen, Max, “Autonomous Legal Orders: Some Considerations Relating to a Systems Analysis of International Organizations in the World Legal

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

reciben de los Estados atribuciones para realizar ciertas tareas, y para ello emplean ciertas formas jurídicas y establecen límites jurídicos, lo cual constituye fenómenos jurídicos que son similares —dice Sorensen— a las constituciones de los Estados.¹⁶

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

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

Order”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 32, parte 3, julio, 1983, p. 562.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 562-563.

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

El concepto del *Ius Commune* Latinoamericano

instituciones de la gobernanza global económico-financiera han ejercido sobre el cambio normativo en México: se trata del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional.¹⁸

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

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

La realidad del derecho en la era de la globalización nos presenta un escenario como el siguiente: ahora los órdenes jurídicos nacionales coexisten con otros órdenes a nivel supra o internacional; asimismo, esos órdenes jurídicos entran en complejas y múltiples interacciones verticales y horizontales, formales e informales. Por otra parte, cada vez se da con mayor fuerza una práctica jurídica internacional en gran escala, que implica desde servicios de asesoría, transacciones y mecanismos de resolución de disputas, hasta la estructuración y operación de redes transnacionales de defensa en el ámbito de derechos humanos; y su-

¹⁸ Stephen Zamora, ha observado lo que denomina ‘presiones legislativas desde arriba’, refiriéndose con ello a la influencia que instituciones como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM) o el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) ejercen sobre países como México, al impulsar en ellos reformas jurídicas e institucionales. En este sentido, afirma Zamora que si bien es cierto que estas actividades no implican una asignación de poder legislativo *per se* a las autoridades supranacionales, muestran cómo la competencia legislativa se ve influida por agencias más allá de las instituciones del gobierno nacional. E incluso, en el caso de México, afirma que estas instituciones financieras internacionales casi parecen ser como una cuarta rama del gobierno, influyendo el curso de la regulación económica en formas que la mayoría de la gente en los EUA encontrarían completamente inapropiada. Zamora, Stephen, “Allocating Legislative competence in the Americas: the Early Experience under NAFTA and the Challenge of Hemispheric Integration”, *Houston Journal of International Law*, vol. 19, no. 3, 1997, pp. 640-641.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

cede también que ha habido una gran expansión del llamado *soft law* (no vinculante pero en muchos casos eficaz), en cuya producción participan en muchos casos actores no estatales; y, finalmente, ocurre que la interpretación constitucional en el mundo está tomando un carácter cada vez más cosmopolita, al tiempo que la “jurisprudencia comparada” asume un lugar central en las decisiones de la justicia constitucional.¹⁹

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

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

¹⁹ Ver Reimann, Mathias, “Centennial World Congress on Comparative Law: Beyond National Systems: A Comparative Law for the International Age”, *Tulane Law Review*, vol. 75, 2001, p. 1108; y Choudhry, Suji, “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, *Indiana Law Review*, vol. 74, 1999, p. 820.

²⁰ Reportan Fix-Fierro y Ayllón que entre diciembre de 1982 y abril de 1996, de un total de 198 leyes federales, 99 fueron renovadas, 57 reformadas (en

El concepto del *Ius Commune* Latinoamericano

B) Si existen instancias en las cuales, si bien el derecho doméstico parece ser genuinamente elaborado “en casa”, de hecho no es sino una normativa diseñada “afuera” a nivel de organismos internacionales de carácter intergubernamental, por parte de equipos de administradores y servidores públicos nacionales e internacionales.²¹

C) Si es posible identificar formas de poder, con el potencial de afectar derechos fundamentales de las personas, que son distintas al poder estatal.²²

D) Si es posible encontrar al lado del Estado, nuevos sitios de autoridad que reclaman capacidad regulatoria, así como autoridad jurídico-normativa superior y de última instancia, en materias que tradicionalmente han pertenecido al Estado.²³

E) Si es posible encontrar circunstancias en que el Estado no es poder indisputado y supremo para prevalecer en todo caso, dentro del territorio respectivo; y con capacidad de excluir a actores externos en las configuraciones domésticas de autoridad; si existe algún régimen normativo que niegue al Estado el control exclusivo de personas o bien de recursos materiales e institucionales dentro de sus fronteras territoriales; y si además es posible

algunos casos de manera extensa), y solamente 42, de importancia menor, permanecieron sin cambios. Es decir, cerca de 80 por ciento de la legislación federal mexicana fue totalmente nueva o modificada en un lapso de 15 años. Sin embargo, no especifican cuáles reformas constitucionales se realizaron en México en este contexto. Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, “The Impact of Globalization on the Reform of the State and The Law in Latin America”, *Houston Journal of International Law*, vol. 19, no. 3, 1997, pp. 792-795.

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

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

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

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

encontrar circunstancias en que el Estado no tenga la exclusividad en la producción de derecho.²⁴

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

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

4. ELEMENTOS PARA EL DISEÑO DE UNA AGENDA DE INVESTIGACIÓN

Si es verdad que los procesos asociados a la globalización y la gobernanza global presentan problemas que concepciones tradicionales del derecho constitucional y el derecho internacional

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

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

El concepto del *Ius Commune* Latinoamericano

no pueden resolver, ¿cómo generar nuevas categorías? En el presente ensayo proponemos dirigir nuestra atención a tres esferas en las que podrían encontrarse “ladrillos” para ir construyendo una visión que responda a las necesidades y realidades actuales, a saber: 1. Teorías del derecho “no jerárquicas”; 2. El examen de concepciones jurídicas generadas en etapas históricas en las que, como en la Edad Media, se dio la coexistencia de órdenes jurídicos (el *Ius Commune* y el *ius proprium*); y 3. Buscar en el derecho constitucional comparado “soluciones” a situaciones de coexistencia de órdenes jurídicos en un mismo espacio (por ejemplo, en los sistemas federales).

4.1. Teorías del derecho “no jerárquicas”

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

¿Hay alguna alternativa a esta representación del derecho?

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

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

²⁷ *Ibid.*, pp. 102-104.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

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

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

Razona el ministro Silva Meza:

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

El concepto del *Ius Commune* Latinoamericano

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

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

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

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

“El punto de partida del bloque constitucional siempre se encuentra en la Constitución, siendo su punto de llegada las disposiciones a las que mediante un reenvío constitucional, determinan la estructura del sistema o definen el contenido de una estructura ya

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

fijada en la norma suprema. Luego, tratándose del bloque constitucional resulta irrelevante la ubicación jerárquica de las normas destinatarias de la remisión; bien puede ser constitucional, o infra constitucional.”

Finalmente, para Silva Meza:

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

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

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

4.2. El examen de concepciones jurídicas generadas en etapas históricas en las que, como en la Edad Media, se dio la coexistencia de órdenes jurídicos (el *Ius Commune* y el *ius propium*)

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

- A. Un nivel ‘universal’: correspondiente al Sacro Imperio Romano Germánico (encarnado en el emperador) y con aspiraciones de lograr una unidad normativa (*Ius Commune*); y
- B. Un nivel ‘particular’: correspondiente a las estructuras de autoridad de los distintos reinos integrantes del Imperio (personificados por reyes y príncipes), tendiente a la fragmentación normativa (*ius propium*).

El concepto del *Ius Commune* Latinoamericano

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

- a. un conjunto normativo dotado de un contenido terminológico y conceptual.
- b. La incorporación de una técnica de razonamiento jurídico.
- c. Un método para la argumentación lógica.²⁸

Lo que deseamos proponer en este apartado, es que aproximarse a fuentes primarias de autores medievales, testigos presenciales del fenómeno *Ius Commune-ius proprium* medieval y su problemática, podría ser útil para construir categorías que respondan a las necesidades y problemática actual. En este sentido, vale la pena recordar a autores como Bártolo de Sassoferrato (1315-1357) y Baldo de Ubaldo (1327-1400), ambos “Comentaristas” del siglo XIV, quienes con su labor estaban integrando elementos procedentes de diferentes bloques normativos y construyendo por vía de la interpretación normas e instituciones jurídicas nuevas, en un proceso que tomaba como punto de referencia la práctica del derecho y los problemas de la sociedad. Por otro lado, la labor de autores como Bártolo y Baldo significaron cauces de penetración y difusión de la cultura jurídica de tradición romanística en los medios relacionados con la enseñanza y prácticas del derecho.²⁹ Y es que los juristas del siglo XIII y XIV, que se encuentran en el origen del *Ius Commune*, se enfrentaron al problema de cómo introducirlo en la práctica: ¿cómo lo hicieron?; ¿qué conceptos y categorías jurídicas crearon para hacerlo? Esta es una línea de investigación que podría ser útil seguir, si bien bajo la óptica de la problemática actual.

El examen de los problemas de coexistencia del *Ius Commune* y el *ius proprium* puede ayudar a identificar fórmulas jurídicas o de manera más general, un lenguaje para ordenar dicha coexistencia. Por ejemplo, en Francia, la Corona de manera temprana empezó a consolidarse como representante de la soberanía nacio-

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

²⁹ *Ibidem*, p. 316.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

nal. Por ello es que la ‘recepción’ del *Ius Commune* en dicho país resultaba más ‘incómoda’ que en otros lugares, pues recordemos que detrás del *Ius Commune* estaba la autoridad del Sacro Imperio Romano-Germánico y del Papa. Frente a esta situación, los juristas franceses idearon una fórmula de conciliación bien conocida en la historia del derecho medieval: desde la perspectiva de la potestad real, se postuló que: *rex imperator in regno suo* (el rey es el emperador en su reino); en tanto que desde la perspectiva de la vigencia del derecho romano: *non ratione imperi sed imperio rationis* (no la razón del imperio sino el imperio de la razón).³⁰

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

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

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

³⁰ *Ibidem*, p. 318.

³¹ *Idem*.

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

³³ Fernández, *op. cit.*, p. 315.

El concepto del *Ius Commune* Latinoamericano

4.3. Buscar en el derecho constitucional comparado “soluciones” a situaciones de coexistencia de órdenes jurídicos en un mismo espacio

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

Young comienza por identificar la necesidad de desarrollar doctrinas y prácticas institucionales para mediar el conflicto entre instituciones supranacionales y domésticas. Ante esto, observa que los juristas de Estados Unidos han examinado por muchos años problemáticas similares, al operar un sistema dual de justicia, dos sistemas paralelos de tribunales, cada uno con competencia para aplicar dos sistemas jurídicos paralelos.³⁵ Después de notar que este campo ha sido dominado por un paradigma en particular, el de la “Escuela del Proceso Legal” (*Legal Process School*) cuyos pioneros fueron Hart, Wechsler y Albert Sacks, sostiene que el desarrollo de reglas interjurisdiccionales en relación con tribunales supranacionales y domésticos, puede encontrar luz en dicho paradigma.³⁶ Propone una nueva agenda de investigación, consistente en extender las categorías generadas en el ámbito interjurisdiccional del sistema federal de Estados Unidos hacia afuera.

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

³⁵ *Ibidem*, p. 1148.

³⁶ El libro de referencia es Richard H. Fallon, Jr., John F. Manning, Daniel J. Meltzer, David L. Shapiro, *Hart and Wechsler's The Federal Courts and the Federal System*, Westlaw, 6a edición, EUA, 2009.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

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

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

Los rasgos de lo que pudiera ser un *Ius Commune* latinoamericano sobre derechos humanos no son autoevidentes y re-

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

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

El concepto del *Ius Commune* Latinoamericano

quieren de un esfuerzo de reflexión y construcción jurídica. Un primer cimiento de dicha categoría está conformado por los instrumentos normativos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero más allá de éstos, la discusión debe dirigirse hacia las posibilidades que esta categoría puede ofrecer. Para estimular dicha discusión, me atrevo a hacer cinco afirmaciones sobre el concepto de *Ius Comune* latinoamericano en derechos humanos. Son cinco afirmaciones destinadas a provocar el debate, más que a asentar certezas:

1. El *Ius Commune* latinoamericano en derechos humanos puede ser un cuerpo normativo y de doctrina, enfocado a conformar una cultura jurídica común en el espacio latinoamericano.
2. Entre los retos del proyecto del *Ius Commune* está:
 - a. El conformarse como un conjunto normativo dotado de un contenido terminológico y conceptual propio
 - b. La incorporación de una técnica de razonamiento jurídico
 - c. Y de un método para la argumentación lógica
3. El diálogo e interacción entre la actividad judicial y la doctrina puede contribuir a integrar elementos procedentes de diferentes bloques normativos y así construir por vía de la interpretación normas e instituciones jurídicas nuevas, que mejoren la protección de los derechos humanos en nuestros países.
4. El proyecto del *Ius Commune* en América Latina debe plantearse la siguiente pregunta: ¿cuáles son los posibles cauces de penetración y difusión de su propuesta (cultura jurídica) en los medios relacionados con la enseñanza y la práctica del derecho?
5. El *Ius Commune* latinoamericano puede llegar a conformarse como principios racionales de justicia y equidad y reglas de una refinada técnica jurídica, que prepare al jurista para una más recta comprensión y aplicación del derecho propio.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

5. CONCLUSIÓN

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

¿Qué es el *Ius Commune*? En primer lugar, podemos mencionar que los países del sistema interamericano de derechos humanos comparten en sus constituciones una serie de valores comunes, centrados en la dignidad de la persona humana y los derechos que de ella irradian. En segundo lugar, existe un bloque normativo común a los Estados adscritos al sistema interamericano de protección de los derechos humanos: la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

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

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

II. Conceptos clave del *Ius Constitutionale Commune*: Inclusión, diálogo y pluralismo

Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano*

Laura Clérico** y Martín Aldao***

SUMARIO: 1. *Introducción y planteo del problema.* 2. *¿Igualdad como mero principio antidiscriminatorio? Categorías sospechosas. Insuficiencia del modelo para dar cuenta del desafío de la inclusión como igualdad.* 3. *Igualdad como redistribución y reconocimiento.* 4. *Casos para reinterpretar.* 5. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEO DEL PROBLEMA

Armin von Bogdandy¹ define al proyecto de derecho constitucional común para América Latina como un proyecto político,

* Una versión anterior bajo el título “De la inclusión como igualdad en clave de redistribución y reconocimiento. Rasgos, potencialidades y desafíos para el derecho constitucional Interamericano, se publicó en el libro *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, de Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho internacional Público-Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2010.

** Doctora en Derecho por la Universidad de Kiel. Profesora de Derecho Constitucional (UBA), Investigadora del CONICET/UBA.

*** Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Profesor de Teoría del Estado (UBA). Investigador Adscripto del Instituto de Investigaciones “Gioja”, Facultad de Derecho (UBA).

¹ V. BOGDANDY (2013) y asimismo este texto aparece publicado en esta obra colectiva.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

jurídico y cultural. Rastrea los orígenes del proyecto en la década de los setenta teniendo como finalidad la recuperación de la democracia de cara a las dictaduras militares dominantes en esa época en la región y a las violaciones masivas de los derechos humanos. El artículo tiene como objeto dar una comprensión actual del proyecto de acuerdo con los nuevos desafíos que se le presentan a la región. La base de este proyecto se sustenta “en la convicción de que solamente bajo una mirada transformadora, el derecho público y su ciencia pueden enfrentarse exitosamente a los desafíos contemporáneos.”²

Para exponer su interpretación del proyecto Von Bogdandy utiliza una metodología que bien puede ser caracterizada como 3x3: tres desafíos, tres conceptos y tres rasgos esenciales. Los tres desafíos, objetivos: avanzar en el respeto de los derechos humanos; del Estado de derecho y de la democracia. Los tres conceptos base del proyecto: diálogo, inclusión, pluralismo. Por último, los tres rasgos esenciales: una ciencia del derecho público integral; una argumentación que incluya principios; mayor importancia al derecho comparado. El objetivo de este artículo es pensar en el concepto clave del proyecto: la inclusión que, a su vez, a nuestro entender habla de la faz normativa del proyecto. No se trata de encontrar los mínimos comunes denominadores del derecho público de la región, sino de buscar, reinterpretar los comunes que impliquen un “nuevo derecho público” para lograr la “inclusión de todos en los grandes sistemas sociales: en el sistema de la salud, en el sistema de la educación, en el sistema económico y de trabajo, en el sistema político. En otras palabras, el nuevo derecho público debe ser un derecho que combata la exclusión.”³ La exclusión es expresión de las desigualdades profundas. Por ello, la inclusión tomada en serio debe atacar las causas de esas desigualdades. Inclusión debe implicar transformación. De lo contrario la inclusión implica una fórmula hueca o insuficiente.⁴

² V. BOGDANDY (2013).

³ V. BOGDANDY (2013).

⁴ Sobre la relación inclusión/transformación en el examen de igualdad, v. Timmer, Alexandra, From inclusion to transformation: rewriting Konstantin Markin v. Russia, en: Brems, Eva (Ed.), *Diversity and European Human Rights Rewriting Judgments of the ECHR*, Cambridge, 2013. Timmer lo ex-

Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano

El proyecto de derecho común latinoamericano no es así ciego al contexto. América Latina y el Caribe es un territorio marcado por profundas desigualdades sociales y político-económicas⁵ leídas tanto en clave de distribución como de falta de reconocimiento.⁶ Estas desigualdades persisten pese a mayores (o menores) esfuerzos que se han intentado por medio de políticas públicas para atender a las formas más extremas de la desigualdad”.⁷

El desarrollo del desafío de la inclusión/transformación en clave de igualdad como concepto clave del derecho constitucional común, nos llevará primero a revisitar las fórmulas de igualdad (formal, material como principio antidiscriminatorio en sus tres formas de escrutinio que arranca con uno leve pasa por uno intermedio para culminar en uno de tipo estricto), para ampliarlas luego a la igualdad como no-dominación (II) e integrarla con la mirada de la redistribución-reconocimiento (III). Todo esto servirá para reinterpretar el desafío de la inclusión-igualdad en el contexto del derecho constitucional interamericano. Luego pondremos a prueba nuestra propuesta tomando como ejemplos los casos relativamente recientes sobre de la Corte IDH sobre pueblos originarios o comunidades indígenas (IV). En fin, sostenemos que la inclusión/igualdad como concepto clave del derecho

plica con claridad en relación al caso que comenta (y en parte critica por insuficiente). Se trata de un soldado ruso que ataca por incompatible con la Convención Europea una norma rusa que solo otorga la posibilidad de licencia por educación de hijos a mujeres y no a varones soldados. El Tribunal Europeo de Derecho Humanos decide que la norma viola el mandato de igualdad por realizar una distinción sin justificación alguna basada solo en el sexo de las personas. La sentencia tiene así carácter inclusivo, amplía los colectivos excluidos (los varones). Sin embargo, la sentencia no avanza en atacar de forma transformativa las desigualdades profundas que atraviesan el caso: la “naturalización” del papel social que atribuye a las mujeres como “cuidadoras” “naturales” y a los “varones” como “proveedores del sustento”. Como sostiene Timmer, la sentencia se queda corta en su análisis, identifica la exclusión y ordena inclusión, pero no avanza sobre la determinación de la estructura profunda que genera la desigualdad.

⁵ Carlos Barba Solano; Néstor Cohen, “Perspectivas críticas sobre la cohesión social”. *Desigualdad y tentativas fallidas de integración social en América Latina*, CLACSO, Buenos Aires, 2011, p. 11-12.

⁶ CLÉRICO, ALDAO (2011).

⁷ BARBA SOLANO; COHEN (2011).

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

constitucional interamericano no puede ser ciega a la *fórmula de la igualdad, las concepciones*⁸ y *alcance de la exigencia igualdad aplicada*.⁹ Nuestra propuesta dice: igualdad como redistribución/reconocimiento para lograr paridad participativa.

Así nuestro trabajo contiene una faz crítica, revisa las fórmulas de igualdad corrientes para detenerse en sus insuficiencias: así, criticaremos la insuficiencia del análisis de los problemas de igualdad bajo el prisma del principio antidiscriminatorio, —ya sea interpretado como igualdad formal y/o material más (examen estricto) o menos exigente (mero análisis de racionalidad, escrutinio medio)—. *Interpretamos que el principio antidiscriminatorio puede funcionar ante discriminaciones puntuales pero no logra dar cuenta de la desigualdad que responde a una desigualdad estructural*.¹⁰ aquellas personas que padecen los efectos de esa discriminación no pueden salir de esa situación en forma individual y por sus propios medios (léase, personas con discapacidad, pueblos indígenas, niños y niñas, mujeres, ancianos, entre otras), sino que se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras para lograr igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos; es decir, consideramos pertinente ampliar la fórmula de igualdad como principio de no-dominación o no-sometimiento.¹¹

Sin embargo, la inclusión de la perspectiva de igualdad como no-dominación o no-sometimiento quedaría a mitad de camino si no nos preguntáramos por las causas, por los procesos socia-

⁸ V. sobre diversas concepciones de la igualdad en aplicación de los desarrollos de Walzer para el análisis crítico de sentencias, MECCIA (2010).

⁹ V. CLÉRICO (2010). El uso de diversas fórmulas de igualdad se puede seguir en el debate que se generó los días 14 y 15 de julio de 2010 en la Cámara de Senadores de la Nación Argentina en ocasión de la aprobación de la inclusión del matrimonio igualitario, que luego fuera promulgada como Ley 26.618, 2010 v. versión taquigráfica en: www.senado.gov.ar

¹⁰ YOUNG (2011:69) otorga varias pistas en su caracterización de la injusticia estructural para pensar la desigualdad estructural: "... la injusticia estructural existe cuando los procesos sociales sitúan a grandes grupos de personas bajo la amenaza sistemática del abuso o de la privación de los medios necesarios para desarrollar y ejercitar sus capacidades, al mismo tiempo que estos procesos capacitan a otros para abusar o tener un amplio espectro de oportunidades para desarrollar y ejercitar capacidades a su alcance..."

¹¹ V. SABA (2007).

Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano

les, que generan esa desigualdad. Es decir, proponemos ampliar la mirada para comprender que la desigualdad no solo deviene de una distribución injusta de los bienes económicos y sociales¹² sino también del reconocimiento¹³ (Fraser). Recién con esta última ampliación de las miradas sobre la desigualdad estaríamos en condiciones de analizar con detenimiento los nuevos casos llegados a la Corte IDH sobre pueblos indígenas.¹⁴

Nuestra tesis dice: *la insuficiencia de estudios sobre igualdad en el contexto interamericano no solo habla de una miopía que no permite ver que varios de los planteos de igualdad responden a una desigualdad como dominación o sometimiento sino que también responde a una desigualdad que combina problemas de redistribución y reconocimiento como en el caso de los planteos de los pueblos originarios*. Así, ser reconocido como un igual no solo amplía nuestra mirada sobre los derechos sino que devela la íntima relación entre derechos, democracia deliberativa e igualdad entendidas todas como lucha por la paridad participativa¹⁵ de los “grupos desaventajados” en el Sistema Interamericano.

¹² La injusticia socioeconómica arraigada en la estructura político-económica de la sociedad respecto de la distribución de bienes (ejemplos de este tipo de injusticia se pueden vislumbrar en la explotación laboral, la marginación económica, la privación de los bienes materiales indispensables para llevar una vida digna, entre otros).

¹³ La otra deviene de la injusticia cultural o simbólica, arraigada en los *patrones sociales dominantes* en una sociedad desde los que se interpreta con pretensión de “uniformidad”, por ejemplo, cuál es la forma de matrimonio que debe ser reconocida sin que la voz concreta de quienes tienen una orientación sexual diferente y diversa sea escuchada en el proceso de decisión (así, ejemplos de este tipo de injusticia son la dominación cultural, el no reconocimiento y el irrespeto e incluye la discriminación a lesbianas, gays, travestis, personas trans, bisexuales, entre otros). Aplicamos ya la propuesta de Fraser de igualdad como redistribución y reconocimiento para analizar los reclamos de los pueblos originarios en SCHUJMAN et al. (2007); CLÉRICO (2008; 2012); v. además, CONTESSE (2010).

¹⁴ En el presente trabajo se hablará indistintamente de “pueblos originarios”, “pueblos indígenas” o “comunidades indígenas”, sobre las posibles diferencias, v. STAVENTHAGEN (2010).

¹⁵ “ser reconocido de forma errónea es ... ser representado por unos patrones institucionalizados de valor cultural de un modo que impide la participación como igual en la vida social...”. Para que la paridad participativa pueda darse tienen que cumplirse dos condiciones: una condición objetiva y otra

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

En este trabajo nos detenemos en las fórmulas y concepciones de la igualdad que se juegan en el contexto interamericano cuando se trata de los reclamos de los pueblos o comunidades indígenas sobre acceso a sus tierras ancestrales ante la Corte IDH).¹⁶ Tomamos tres reclamos de pueblos indígenas contra el Estado de Paraguay, uno contra el Estado de Ecuador y finalmente uno contra el Estado de Nicaragua como “casos paradigmáticos”. Si bien estos casos son contra tres Estados en particular, la negación de este derecho colectivo a los pueblos indígenas atraviesa todo el contexto interamericano más allá de algunas particularidades.¹⁷ Los casos de violaciones de este derecho contra los pueblos originarios ocurren también y por ejemplo en territorio argentino. En un informe reciente se diagnostica que, 11.320.455 hectáreas son objeto de reivindicación por pueblos originarios, 680 mil integrantes de esos pueblos fueron desplazados y en varios casos de forma violenta, en donde los empresarios con interés en las tierras estarían actuando para desplazarlos con el apoyo de fuerzas de seguridad públicas y privadas, resultando varias personas heridas y hasta en algunos casos asesinadas.¹⁸ Los pueblos originarios son desplazados de sus tierras por

intersubjetiva. La condición objetiva dice que la “distribución de recursos materiales debe hacerse de manera que garantice la independencia y la “voz” de todos los participantes”. La condición intersubjetiva requiere que “los patrones institucionalizados de valor cultural expresen el mismo respeto a todos los participantes y garanticen la igualdad de oportunidades para conseguir la estima social” FRASER (2006), pp. 36, 42 y 45.

¹⁶ No se propone como un análisis integral de la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de derechos indígenas, no obstante se abordará la problemática en la medida en que nos permitía retomar sentencias paradigmáticas en términos de aplicación del examen de igualdad, articulándolo con las nociones de redistribución y reconocimiento. S. análisis detallados de la jurisprudencia de la Corte IDH en la materia v., entre otros, CIDH (2011); GIALDINO (2006), p.1178; NASH ROJAS (2003).

¹⁷ V. RAMÍREZ (2008), p. 921.

¹⁸ Ver los casos del 12/10/2009 en el que fue asesinado el líder indígena Javier Chocobar y el caso reciente de noviembre de 2010 contra la comunidad *qom* con asiento en la Provincia de Formosa. El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y la Defensoría General de la Nación solicitaron a la CIDH una medida cautelar para garantizar la vida y la integridad física de los miembros de la comunidad *toba qom* La Primavera, en la provincia

Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano

móviles económicos, para explotar esas tierras (muchas de las veces implica además deforestación de bosques nativos) últimamente, por ejemplo, para cultivo de soja (por ejemplo, a través de los llamados “pools de siembra”); para explotación minera, de petróleo, etcétera.¹⁹

2 ¿IGUALDAD COMO MERO PRINCIPIO ANTIDISCRIMINATORIO? CATEGORÍAS SOSPECHOSAS. INSUFICIENCIA DEL MODELO PARA DAR CUENTA DEL DESAFÍO DE LA INCLUSIÓN COMO IGUALDAD

Todas las fórmulas de igualdad encierran en más o menos algún tipo de comparación entre dos personas, grupos de personas, situaciones. La comparación surge del reclamo de trato igualitario y en dos sentidos:

(a) alguien que es tratado en forma diferente que otro quiere ser tratado de la misma manera porque considera que no hay razones para ser tratado en forma diferente; o bien

(b) alguien que es tratado igual que otros considera que debe ser tratado en forma diferente porque hay una circunstancia relevante que justifica un trato diferenciado.

de Formosa para que el Estado argentino a proteger a los indígenas y sus dirigentes, suspender todo acto de desalojo y promover la investigación y sanción de los responsables de los ataques. Por su parte, el 18/2/2011 la CIDH solicitó al Estado argentino que informe sobre las medidas que adoptó para proteger a los integrantes de la comunidad del pueblo toba, en Formosa, que sufrieron una feroz represión policial el 23 de noviembre pasado y que continúan siendo hostigados y amenazados por las fuerzas de seguridad provincial. Fuente: www.cels.org.ar

¹⁹ V. relevamiento sobre los desplazados de las tierras, en *Tiempo Argentino*, 14/11/2010: “En Salta desalojan a los pueblos originarios para buscar petróleo”; *Clarín*, 18/2/2009, “Los indígenas llegan a la Corte por los desmontes”; *Tiempo Argentino*, 7/3/2011, “Ya son diez los niños muertos por desnutrición en Salta este año”, entre muchos otros. Sobre situaciones de discriminación estructural que padecen las comunidades indígenas en diversos países de la región, v. Góngora Mera, M., (2013), *La judicialización de desigualdades etno-raciales en América Latina: Conceptualización y tipología de un diálogo interamericano*, en: www.desigualdades.net

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Para examinar si el reclamo debe prosperar se requiere examinar cuáles razones hablan a favor o en contra del planteo igualitario. Justamente la evaluación de estas razones (o sinrazones) es el centro del examen de igualdad y el resultado dependerá de la fórmula y concepción de la igualdad que esté mejor justificada.

Una de las formas de igualdad menos exigente es la fórmula de la *igualdad formal*. Esta fórmula dice que no se viola el mandato de igualdad en tanto aquellos que pertenecen a la categoría surgida luego de la clasificación realizada por el legislador son tratados de igual forma (se les aplique las mismas consecuencias jurídicas). Esta fórmula dice:

si la categoría alcanza a todas las x, entonces sólo se viola si una x no es tratada como una de las x de la categoría.

Es decir, no examina si el criterio y las razones por las que se realizó la clasificación son legítimas y si la clasificación tiene justificación alguna; tampoco nos dice algo “acerca de cómo deben ser tratados qué individuos con qué propiedades”.²⁰ Esta fórmula se encuentra detrás de la criticada —y con razón— fórmula de “separados pero iguales”. Bajo esta fórmula se sostuvieron las leyes racistas en los Estados Unidos de Norteamérica.²¹ Bajo esta misma fórmula hubiese sido imposible dictar el fallo *Brown vs. Board of Education*,²² en el que se decidió que la separación por “raza” en las escuelas públicas violaba el mandato de igualdad. Por ello, resulta cuestionable que alguien utilice en la actualidad esta fórmula de igualdad para sostener la discriminación cuando alguien realiza un planteo serio de no-discriminación arbitraria.²³

Por contraposición, una de las fórmulas de la igualdad que se pregunta por la legitimidad del criterio de clasificación y las ra-

²⁰ V. ALEX Y (2007), p. 351

²¹ V. U.S.S.C. 163 U.S. 537 (1896).

²² U.S.S.C. 347 U.S. 483 (1954).

²³ V. esta misma advertencia en el caso “Freyre Alejandro y otro c/ GCBA s/ Amparo (expte. N 34292/0)”, Juzgado N°15, Fuero CAyT, en el que se declaró la inconstitucionalidad del art. 172 del Código Civil argentino antes de la reforma de 2010 que no admitía el matrimonio igualitario.

Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano

ziones de la selección, es la fórmula de la **igualdad jurídica material**. Esta fórmula dice que no se viola el mandato de igualdad si:

a todos los que se encuentran en igualdad de circunstancias relevantes se los trata de igual forma.

Es decir, si no hay ninguna *razón suficiente* para permitir un trato desigual, entonces está ordenado un trato igual.²⁴ Por ejemplo, en el caso de la inclusión del matrimonio igualitario la pregunta es ¿por qué se les niega algo a las parejas del mismo sexo si están en igualdad de circunstancias relevantes que las parejas de distinto sexo? Tomamos por relevantes la voluntad de tener pareja, de gozar de las protecciones y derechos que surgen de la regulación legal del matrimonio. Por ello, quienes siguen estando en contra de la inclusión del matrimonio igualitario tienen el desafío argumentativo de justificar por qué no estarían en igualdad de circunstancias relevantes.²⁵ En suma, y como reitera la Corte IDH, es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable.²⁶

Ahora bien, **la fórmula de igualdad material implica el desarrollo de tres subexámenes** para determinar si existen razones suficientes o no para un trato desigualitario. Esos tres subexámenes son los de:

- idoneidad,
- medios alternativos menos lesivos y
- proporcionalidad en sentido estricto.

La aplicación de la proporcionalidad en el examen de igualdad ayuda para determinar si el criterio de distinción que genera las categorías o grupos (medida estatal) tiene relación con las fi-

²⁴ V. ALEXY (2007), p. 360.

²⁵ V. GARGARELLA (2010) y CLÉRICO (2010).

²⁶ Cfr. Corte IDH, *OC-18/03* (2003), párr. 89; *OC-17/02* (2002), párr. 46; y *OC-4/84* (1984), párr. 56. Esto genera diversas obligaciones a los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

nalidades (razones) de la norma.²⁷ El subexamen de idoneidad se pregunta si el medio logra promover los fines estatales y si no los logra entonces ya tenemos una primera razón que habla en contra del trato desigualitario. El subexamen de medios alternativos dice que las razones de la distinción no son suficientes si pudo haberse evitado el trato desigualitario a través de la implementación de algún otro medio alternativo (es decir, uno que evite esa clasificación). El subexamen de proporcionalidad en sentido estricto supone determinar la intensidad de restricción a la igualdad y a los derechos que produce la clasificación y, por el otro lado, determinar el peso de las razones que hablan a favor de la clasificación y de la promoción del fin estatal. Por ello, no hay razones suficientes para la distinción si la intensidad de restricción es mayor que el peso de las razones justificatorias.

Estos tres subexámenes ayudan para determinar si la distinción/discriminación es o no arbitraria. Ahora bien **estos tres subexámenes de igualdad pueden ser aplicados con mayor o menor intensidad**, esto depende de que tan exigentes nos pongamos para evaluar la relación entre la clasificación, el criterio de clasificación, sus efectos y las razones justificatorias. Por ello, se suele hablar de tres escrutinios de igualdad jurídica material:

- un escrutinio leve o de mera racionalidad,
- un escrutinio intermedio y
- un escrutinio bien exigente.

En el examen de igualdad de mera racionalidad se parte de la presunción de legitimidad/constitucionalidad de la clasificación realizada por el legislador. Esto significa que la carga de la argumentación la tiene quien realiza el reclamo igualitario y solo se declarará la clasificación y sus efectos como arbitrarios si logra argumentar que no existe relación alguna entre medio y fin y que esa falta de relación justificatoria es evidente y manifiesta; de lo contrario se confirma la presunción a favor de la legitimidad de la clasificación.

El escrutinio intermedio exige una relación más sustancial entre clasificación, criterio de clasificación, efectos de la clasi-

²⁷ V. ALEXY (1986 y 2007); CLÉRICO (2001 y 2009a); BERNAL PULIDO (2007; 2013).

Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano

ficación y razones justificatorias. La relación tiene que ser plausible, demostrarse una relación estrecha entre clasificación y razones justificatorias y alegarse algún fin estatal importante que justifique la clasificación.

Sin embargo, el más exigente de los exámenes es el estricto.²⁸ Esto implica:

(a) partir de la presunción de la arbitrariedad de la discriminación;

(b) la carga de la argumentación se traslada en cabeza de aquellos que alegan la justificación de la clasificación, por lo general, el Estado;

(c) una exigencia agravada de justificación, la arbitrariedad sólo puede ser revertida si quien tiene la carga de la argumentación logra alegar y justificar razones más que importantes, por ejemplo, un fin estatal imperioso más que urgente,

(d) que no existía ningún otro medio alternativo que pudiera evitar la clasificación;

(e) una regla epistémica, que dice que si persisten dudas al final de la argumentación, queda la clasificación y sus efectos como arbitraria. El examen de escrutinio estricto se aplica, por ejemplo, cuando desde el vamos del planteo de la cuestión igualitaria se “sospecha” que la exclusión huele a injustificada e inconstitucional porque afecta a un grupo de personas que históricamente ha sido discriminado y que las consecuencias perjudiciales para sus derechos persisten en la actualidad.²⁹ Nos encontramos frente a una exclusión sospechosa (por ejemplo, discriminación ba-

²⁸ V. GARAY (1989); BIANCHI y GULLCO (2001); CLÉRICO y SCHVARTZMAN (2007); TREACY (2006); GARGARELLA (2007); CLÉRICO (2007b); MAURINO (2007), p. 330. DULITZKY (2007) reconstruye el examen de igualdad en el contexto interamericano como principio antidiscriminatorio e incluyendo “categorías sospechosas”.

²⁹ Se aplica examen estricto de igualdad, en materia de discriminación por orientación sexual en: Contencioso Administrativo Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: “Freyre Alejandro y otro c/ GCBA s/ Amparo (expte. N 34292/0)”; “Canevaro Martín y otro c/ GCBA s/ Amparo (expte. N 36410/0)”, Juzgado del Fuero N°13; “Fernández Alberto Daro y otro c/ GCBA s/ Amparo (expte. N 36320)”, entre otros.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

sada en la “raza”, la etnia, la nacionalidad, la orientación sexual, etc.) y quien no crea que esas personas no conformen un grupo de personas histórica y sistemáticamente discriminadas tiene la carga de la argumentación y debe justificar por qué no lo son al ser excluidas de lo que se le otorga a otros en igualdad de circunstancias relevantes.³⁰

Si bien esta última intensidad de examen de igualdad jurídica material es mucho más exigente, **nos preguntamos si es una herramienta argumentativa lo suficientemente potente para conmovier un status quo fuertemente desigualitario.** Es decir, un *status quo* en el que la discriminación no es solo puntual o individual sino que responde a una práctica sistemática de discriminación cuyos efectos no pueden ser revertidos en forma individual por las personas afectadas por los efectos de esa discriminación. Pensemos, por ejemplo, en el contexto interamericano en la situación de exclusión que viven varios pueblos originarios por falta de acceso a la posesión a sus tierras ancestrales y que incluso implica la muerte de algunos de sus miembros cuando buscan defenderse frente a procesos de desalojo de sus tierras.³¹ Algunas de las constituciones incluso identifican a esos grupos desaventajados³² como mujeres, niños y niñas, ancianos, personas con discapacidad, pueblos originarios, entre otros.³³

³⁰ FERNÁNDEZ VALLE, (2010).

³¹ Nos referimos por ejemplo a la muerte de integrantes del pueblo *quom* en la provincia de Formosa (Argentina) del 26/11/2010.

³² Ver, por ejemplo, del art. 75, incs. 23 y 17 de la Constitución argentina (Aldao/Clérico, 2015), entre muchas otras y en las normas internacionales de derechos humanos, el trabajo de Parra Vera (2008; 2011) y en la jurisprudencia de la Corte IDH GARCÍA RAMÍREZ (2013); MORALES ANTONIAZZI (2013).

³³ Quien evalúa una acción u omisión estatal tiene que tener en cuenta que la afectada puede converger en más de uno de los grupos desaventajados del art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional. Por ello, es necesario reconstruir, comprender, la situación de la actora teniendo en cuenta el enfoque de la llamada “discriminación múltiple” o “discriminación interseccional”. Así se interpreta que la discriminación que surge de una combinación de elementos ocasiona un tipo de discriminación diferente de cualquier otra basada en un solo factor. La pertinencia de la aplicación de este tipo de enfoque está dada por la atención que presta a los contextos históricos, sociales y políticos que generan estas discriminaciones, esto permitiría además

Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano

Esta desigualdad no es natural, sino que surge como producto de una estructuración social dada. Para que estos grupos vulnerables puedan ejercer sus derechos en condiciones de igualdad, se deben dictar medidas estatales de acción positiva. Este mandato implica un empezar a hacer positivo, con lo que la norma se viola si el legislador: **i)** sigue omitiendo, **ii)** retrocede arbitrariamente sobre lo hecho, o si **iii)** lo hecho por acción es insuficiente o defectuoso.

Así, esta exigencia de igualdad se presenta como una exigencia de no-dominación o no-sometimiento e implica una mirada crítica sobre la igualdad interpretada como mera igualdad formal o jurídico-material. Esta mirada crítica, a su vez invita a volver la mirada sobre los *presupuestos de filosofía política* sobre los que se basa cada una de las *concepciones* de igualdad.

3. IGUALDAD COMO REDISTRIBUCIÓN Y RECONOCIMIENTO

Una interpretación meramente formal de la igualdad o incluso como igualdad jurídico-material tiene el defecto de esconder, tras el principio de igualdad ante la ley, una serie de desigualdades de orden material y simbólico que no se corresponden con los exigentes presupuestos normativos de la democracia, pero que a la vez tampoco pueden ser resueltos dentro del estrecho marco de los derechos individuales.

encontrar soluciones adecuadas a las experiencias particulares de las personas discriminadas. Por ejemplo, mujeres mayores con discapacidad pertenecientes a pueblos originarios pueden sufrir la discriminación en forma diferente que mujeres y varones con discapacidad que viven en zonas urbanas y cerca de centros de atención y rehabilitación. Véase el enfoque de la “discriminación interseccional” aplicado para analizar el derecho a la vivienda de mujeres en: Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, KOTHARI (2006) pár. 47-54. Este tipo de discriminación se examina en el caso *Yake Axa*, en donde la desigualdad se agudiza respecto de los niños, ancianos y mujeres de la comunidad indígena. S. la discriminación interseccional, v. *crenshaw* (1999); *muñoz cabrera* (2011:11); *GONGORA-MERA* (2013).

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Esto es así en tanto en la idealizada autocomprensión de las sociedades burguesas, que sirvieron de matriz al constitucionalismo liberal, la igualdad es concebida como un presupuesto y no como una meta.³⁴ Esto tiene al menos dos consecuencias relevantes: en primer lugar se asume que determinado *status quo*, cortado a la medida del hombre de negocios occidental, constituye una suerte de orden natural que determina el alcance de la discusión en materia de igualdad.³⁵ En este sentido la igualdad es reconstruida en términos de no intervención estatal sobre una sociedad civil que es capaz de regularse autónomamente.³⁶ En segundo lugar se atribuye al derecho y a la jurisprudencia un papel de preservación y restitución de este “orden natural”, restringiendo las discusiones políticas —aquellas que excedan la mera restauración del equilibrio natural entre oferta y demanda por un lado, y derechos individuales (en su formulación clásica) por el otro— a un debate parlamentario que en realidad se desarrolla bajo la supervisión de aquellos que, sin quebrar esta peculiar comprensión del principio de igualdad ante la ley, han logrado ubicarse por encima de sus pares. De este modo no sólo se cristalizan aquellas desigualdades invisibles a la matriz liberal-burguesa, sino que se aumenta la brecha entre unos y otros.³⁷

Es en este contexto que de la igualdad se habla habitualmente en los registros del orden y la distribución, y desde la perspectiva de quien observa, por encima y desde afuera: igualdad de trato que “se dispensa”, igualdad de oportunidades que “se distribuyen”, ubicando a iguales y desiguales en el rol de sujetos “pasibles” de un acomodamiento. Esta perspectiva, que ya

³⁴ ARENDT (2006), pp. 188 y ss.

³⁵ En este sentido es relevante señalar que lo que habitualmente denominamos “igualdad formal-legal” no es pura forma en términos absolutos, sino sólo para aquellos que no encajan en el molde de la subjetividad liberal-burguesa; en otros términos, que aquellos que sí caben en ésta no pueden sino verla como llena de contenido. Sin embargo, y en tanto es mayor el número de excluidos que el de incluidos en este estrecho molde, decidimos mantener el uso habitual del término.

³⁶ HABERMAS (2004), pp. 112 y ss.

³⁷ FRASER (1997); YOUNG (1989).

Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano

impregna las miradas académicas sobre la igualdad,³⁸ se ve reforzada en general en el ámbito judicial, en el cual la igualdad aparece configurada como un problema que debe ser resuelto “desde afuera”, por el tribunal. Por el contrario, en su desarrollo histórico, la igualdad como problema siempre ha aparecido como un reclamo frente a una jerarquización que es considerada como injusta: si bien la desigualdad es un cierto estado de cosas, la demanda igualitaria es un proceso que no puede ser reducido a una mera redistribución de recursos o derechos, que no dé cuenta del contexto y de los actores involucrados. Anderson distingue dos facetas intrínsecas a toda demanda igualitaria. En un sentido “negativo” las demandas de igualdad apuntan a la eliminación de situaciones de opresión —a menos que se trate de una pena o de defensa ante un comportamiento violento—. En un sentido positivo, las demandas de igualdad *aspiran* a un orden social en que las personas se encuentren en pie de igualdad democrática, esto es, que las decisiones comunes sean tomadas con la participación de todos (*inclusión*), de acuerdo al peso del mejor argumento.³⁹

Así, como apuntan Habermas (2005) y Sousa Santos (2009), el ideal normativo de la Ilustración, reconstruido en términos de objetivo, nos permite:

(a) plantear el problema de la igualdad en términos no ya de restauración sino de emancipación (de no-dominación o no-sometimiento),

(b) pensar la democracia no tanto como un hecho sino como un proyecto en continua realización y para seguir realizando y

(c) establecer con mayor claridad la mutua implicación de ambas.⁴⁰

Es en este sentido que tomarse la democracia en serio requiere integrar el principio de igualdad de modo tal que pueda dar efectiva cuenta del ideal de una sociedad de individuos libres e iguales. Es en orden a resolver las falencias del modelo liberal

³⁸ Anderson (1999), pp. 287 a 312

³⁹ ANDERSON (1999), p. 313

⁴⁰ Esta mutua relación o implicancia está sugerida en el contexto del proyecto del derecho constitucional interamericano cuando v. BOGDANDY (2013).

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

que se han ensayado diversas reconstrucciones del principio de igualdad, entre las que se destacan las nociones de *redistribución y de reconocimiento*.

La idea de *igualdad como redistribución* tiene sus orígenes teóricos en el intento de compatibilizar el ideal liberal de libertad individual con las demandas igualitaristas de la social democracia;⁴¹ y apunta a los déficits que en, términos de acceso a recursos materiales, fracturan a la sociedad en propietarios, asalariados y desposeídos. Desde esta perspectiva, la naturalización del estado de cosas vigentes y la obturación de los intereses de aquellos que no pertenecen a los grupos dominantes se traduce en legitimación de las desigualdades en términos de acceso a recursos materiales y aumento de la brecha entre ricos y pobres. De este modo se produce un círculo vicioso en el cual las desigualdades de propiedad no pueden ser alteradas por el principio de igualdad formal, reforzando las dificultades de acceso de trabajadores y desposeídos a las instancias de participación política, que son a su vez las únicas que podrían modificar esta estrecha comprensión de la igualdad. Lo que define a esta particular perspectiva de la justicia social es su creencia en que *la transformación de las relaciones de producción constituye el remedio fundamental para la solución de las desigualdades*. En este sentido proponen la redistribución del ingreso o la riqueza, la redistribución de la división del trabajo y la reestructuración de la propiedad privada y de la empresa entre otros. A su vez, identifican en la clase desposeída de recursos al principal grupo afectado; y a la eliminación de las diferencias materiales como la solución a la desigualdad,⁴² a lo que se suma el cuestionamiento, en sus versiones más radicales, de los criterios que se utilizan para definir el acceso a la producción.

Por su parte, la idea de *igualdad como reconocimiento* proviene de la filosofía continental, con más precisión de la fenomenología de la conciencia, y busca resolver el problema de la formación de la subjetividad apuntando a los déficits que, en términos de acceso a los recursos simbólicos, fracturan a la sociedad en

⁴¹ ARANGO (2012).

⁴² FRASER (2006), pp. 10-24.

Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano

subjetividades dominantes y dominadas. Desde esta perspectiva, la naturalización del estado de cosas vigentes y la obturación de los intereses de aquellos que no pertenecen a los grupos dominantes se traduce en la legitimación de las desigualdades de status dentro de la sociedad y el aumento de la brecha entre unos y otros. De este modo también se produce un círculo vicioso en el cual las desigualdades de reconocimiento no pueden ser alteradas por el principio de igualdad formal, ni tampoco por el de igualdad material, reforzando las dificultades de acceso de todos aquellos que no encajan en el molde del hombre blanco occidental a las instancias de participación política, que, de nuevo, son a su vez las únicas que permitirían modificar esta estrecha comprensión de la justicia. Lo que define a esta perspectiva es su creencia en que es *la transformación de los patrones de representación cultural lo que permitiría resolver las injusticias sociales*. En este sentido proponen la revaluación de subjetividades no respetadas y de sus producciones culturales, el reconocimiento y valoración de la diversidad cultural, entre otros. A su vez, ven en aquellos grupos de status con menor respeto, estima y prestigio, respecto al resto de la sociedad, el objeto de la afectación, y buscan la solución del problema de la igualdad a través de la revaluación de las valoraciones de status y, en sus versiones más radicales, la puesta en cuestión de los criterios en los que se asientan estas evaluaciones.⁴³

Sin embargo, como muestra Fraser, resulta cuanto menos difícil, sino contraproducente, disociar las desigualdades materiales de las desigualdades simbólicas, puesto que estas se potencian mutuamente y deben ser comprendidas como bidimensionales. Así, la clase explotada pierde reconocimiento, y las subjetividades despreciadas ven obstaculizado su acceso a los recursos.⁴⁴ Esto resulta particularmente evidente en los esfuerzos del socialismo por construir una subjetividad de clase y del feminismo por redefinir la división del trabajo.

En este sentido, es preciso desfossilizar un ámbito privado en el que ni se redistribuye ni se reconoce, y para eso es a su vez necesario abrir la esfera pública a la efectiva participación de

⁴³ FRASER (2006), pp. 16-24.

⁴⁴ FRASER (2006), p. 28.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

todos,⁴⁵ de modo tal que la definición del alcance de los derechos y los recursos que deben ser redistribuidos, así como también de los patrones culturales que deben ser alterados, sea el resultado de un debate público al que todos tengamos acceso, en especial, los afectados por la medida estatal.⁴⁶ Esto implica tres cambios fundamentales:

(a) en lo que atañe a la igualdad, esta deja de ser concebida como un valor objetivo —en el sentido de definitivo— al cual debe acercarse el estado de cosas vigente, para pasar a ser el *saldo provisorio de un debate que se encuentra abierto a la formulación de nuevos argumentos por aquellos que se encuentren excluidos*;

(b) en lo que atañe a la democracia, esta deja de ser monopolizada por el parlamento, el que se convierte en una herramienta, entre otras, para la institucionalización de la misma;

(c) la igualdad como tal debe ser construida en cada caso concreto, en tanto parece ser la única forma viable de admitir la participación de aquellos inmediatamente implicados en la situación de desigualdad; finalmente

(d) la interpretación del principio de igualdad, cuando opera como criterio reparador, debe adecuarse a la segmentación social que el paradigma predominante ha producido. Esto resulta central para comprender los problemas habitualmente vinculados a la igualdad. El modelo de la igualdad formal posee, además de una posición predominante dentro de los ordenamientos jurídicos vigentes, una notable preponderancia en términos históricos, que, a su vez, ha influido sobre las estructuras sociales, generando la *exclusión* sistemática de grupos.⁴⁷ Estas exclusiones colectivas —o estructurales— no solo no pueden recibir una respuesta adecuada a través de una interpretación en clave individual del principio de igualdad, sino que, además, no deben ser obturadas en nombre de una paridad ficticia.⁴⁸

⁴⁵ Esto se asienta sobre la idea habermasiana respecto de la cooriginariedad de las autonomías públicas y privadas.

⁴⁶ FRASER (2006), pp. 47-49.

⁴⁷ SABA (2007), p. 167.

⁴⁸ V. más adelante, análisis del voto en disidencia del juez Montiel Argüello en el caso YATAMA.

Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano

La clave para la reconstrucción del principio de igualdad es entonces, desde esta perspectiva, la *participación*, que incluye a la vez las demandas de redistribución y de reconocimiento. Nadie puede participar de una argumentación mientras se encuentre privado de condiciones de existencia digna (redistribución) o bien, ni siquiera sea considerado un interlocutor válido (reconocimiento). Por otro lado, *ninguna concreción del principio de igualdad puede ser considerada válida de modo definitivo, en un contexto democrático, sin la participación de aquellos que se encuentran en la situación concreta de disparidad*, como es el caso en el contexto interamericano de los pueblos o comunidades indígenas.

4. CASOS PARA REINTERPRETAR

Si bien tomamos la base de casos contenciosos, opiniones consultivas y medidas provisionales resueltas por la Corte IDH, *solo nos interesan aquellos casos en los que se tratan temas de comunidades indígenas y, que según entendemos, pueden ser reconstruidos en clave de igualdad*. En este universo no se incluyen las resoluciones sobre medidas precautorias. Nos interesó rastrear aquellos casos donde expresamente se enfrentaba a un problema de igualdad. Estos casos conforman los “casos nuevos” en comparación con los llamados “casos tradicionales” de violación de derechos que llegaron a la Corte IDH. El patrón es nuevo en tanto estos casos llegan a la Corte IDH; sin embargo, no es nuevo en tanto tipo de violación a los derechos, las violaciones a los derechos de los pueblos originarios se remontan a la época de la colonia y la conquista y persisten hasta la actualidad. Justamente que no hayan llegado anteriormente y en forma sistemática a la Corte IDH habla de las barreras estructurales que obturan el acceso a la justicia local e internacional de los pueblos originarios.⁴⁹

⁴⁹ En un trabajo reciente GONGORA-MERA (2013) realiza una clasificación interesante de los casos sobre comunidades indígenas y otros pueblos resueltos por la Corte IDH según diversas formas de discriminación estructural contra estos grupos: “despojo, land grabbing, y concesión ilegal de tierras a colonos y empresas - casos Awas Tingni (2001) , Yakye Axa (2005), Sawhoyamaya (2006) y Xákmok Kasek (2010); excesivo impacto de los daños ambientales derivados de la explotación de recursos naturales

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Así, nos detendremos especialmente en dos grupos de casos paradigmáticos que proponemos leer bajo el prisma de igualdad ampliado bosquejado en este trabajo, por un lado,

- a) *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay* 2005,⁵⁰ *Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay* 2006,⁵¹ *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* 2010⁵² sobre condiciones de existencia para garantizar vida digna a una comunidad indígena y derecho de propiedad colectiva sobre tierras ancestrales⁵³ y, por el otro lado,
- b) *Yatama vs. Nicaragua* 2005⁵⁴ sobre derecho a ser elegido como representantes de comunidades indígenas e interés legítimo del Estado de reglamentar las candidaturas para compararlo con el caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos* 2008.⁵⁵

en sus territorios y desconocimiento sistemático de su derecho de consulta previa respecto del uso de recursos naturales en sus territorios y de políticas públicas, de inversión y desarrollo que puedan afectarlos - casos Saramaka (2012) y Sarayaku (2012) -; masacres y desapariciones forzadas contra miembros de comunidades étnicas - casos Aloebotoe (1993), Masacre de Plan de Sánchez (2004), Comunidad Moiwana (2005, 2006) y Tiu Tojin (2008); reglas desventajosas para el acceso a procesos electorales - caso Yatama (2007) - y políticas estatales deliberadas para dejar sin representación política a los grupos étnicos, incluyendo el asesinato o la desaparición forzada de líderes indígenas - casos Bámaca Velásquez (2000, 2002), Escué Zapata (2007) y Chitay (2010) -; discriminación por el idioma - caso López Álvarez (2006) -; discriminación en el acceso a la justicia - caso Tiu Tojin -; violaciones sexuales contra mujeres indígenas por parte de miembros del ejército - casos Fernández Ortega (2010) y Rosendo Cantú (2010) -; y altas tasas de mortalidad materna debido a la falta de adecuada atención médica a mujeres en estado de embarazo o post-embarazo (caso Xákmok Kasek).” V. además, ZIMERMAN (2013).

⁵⁰ Corte IDH, Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C núm. 125.

⁵¹ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C núm. 146.

⁵² Corte IDH, Sentencia del 24 de agosto De 2010.

⁵³ V. además - Comunidad Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua 2001.

⁵⁴ Corte IDH, Caso Yatama vs. Nicaragua, Sentencia de 23 de junio de 2005.

⁵⁵ Corte IDH, Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 6 de agosto de 2008.

Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano

4.1 La igualdad como condición: derecho a la propiedad colectiva y condiciones de existencia digna de una comunidad indígena

El “patrón nuevo” de violación de los derechos requiere integrar la igualdad a su vez como prohibición por omisión, insuficiencia o defecto. En casos relativamente recientes la Corte IDH se pronunció sobre condiciones de existencia y propiedad colectiva de las tierras para garantizar además condiciones de vida digna a una comunidad indígena.

Hablamos de “caso paradigmático” que entendemos se conforma paulatinamente por los contenidos ganados en casos como:⁵⁶

- *Comunidad indígena Yakyé Axa vs. Paraguay* 2005,
- *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* 2006,
- *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* 2010.

Si bien es cierto que la Corte IDH se había pronunciado, por lo menos, en dos casos anteriores sobre el tema del derecho a la propiedad colectiva de pueblos originarios,

- *Comunidad Mayangna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua* (2001),⁵⁷
- *Comunidad Moiwana vs. Suriname* (2005),⁵⁸

Nos centraremos en los tres dirigidos contra Paraguay ya que incluye en la cuestión debatida⁵⁹ la relación con la generación de

⁵⁶ V. además - *Comunidad Mayangna Awás Tingni vs. Nicaragua* 2001.

⁵⁷ Corte IDH, Caso Comunidad Mayangna (Sumo) Awás Tingni c. Nicaragua, sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C, No. 79.

⁵⁸ Corte IDH, Caso Comunidad Moiwana c. Suriname, sentencia de 15 de Junio de 2005, Serie C núm. 124.

⁵⁹ En los casos no se discute que la legislación paraguaya reconoce la existencia de los pueblos indígenas como grupos anteriores a la formación del Estado, así como la identidad cultural de estos pueblos, tampoco se discute la relación que tienen con su respectivo hábitat y las características comunitarias de su dominio sobre sus tierras, otorgándoles, además, una serie de derechos específicos, que sirven de base para que este Tribunal defina el alcance y contenido del artículo 21 de la Convención. Aún más el Estado no niega que los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek tienen

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

condiciones de existencia digna que se viola por acción estatal o insuficiente.⁶⁰ Así nuestro análisis implica una línea jurisprudencial más general referida a la generación de condiciones de existencia digna, por un lado, y, por el otro lado, la combinamos con asegurar el acceso al derecho a la propiedad colectiva que implica a la vez respetar el reconocimiento de la diversidad cultural respecto del derecho a la alimentación, al agua, a la salud para generar condiciones de existencia digna, entre otros.

Desde el caso *Villagrán Morales* sobre niños de la calle, la Corte IDH ha sostenido que el derecho a la vida y a la integridad física se viola también por omisión estatal, más precisamente, por incumplimiento de obligaciones positivas del Estado para generar condiciones que garanticen una vida digna, ya sea de niños, de personas detenidas, de personas internadas.⁶¹ De estas obligaciones estatales, que suenan generales, derivan deberes especiales,

el derecho a la propiedad comunitaria de su territorio tradicional, y que la caza, pesca y recolección sean elementos esenciales de su cultura. Así, la Corte IDH identifica que la cuestión es mucho más específica y se centra en la necesidad de restituir específicamente las tierras reclamadas por los miembros de la Comunidad y la realización efectiva del derecho a la propiedad. V. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay 2010, párr. 88-89.

⁶⁰ CLÉRICO (2008).

⁶¹ V. caso *Villagrán Morales y Otros* (“Niños de la Calle”), 1999; caso *Bulacio*, 2003; caso *Myrna Mack Chang*, 2003; caso del Instituto de Reeducción del Menor, 2004; caso *Huilca Tecse*, 2005; caso de los *Hermanos Gómez Paquiyaui* (2004: párr. 124); casos de *Juan Humberto Sánchez* (2003, párr. 110) y de los *19 Comerciantes* (2004, párr. 153); y referido a las condiciones de detención, v., caso del Penal *Miguel Castro Castro* (párrs. 285, 293 a 295, 300 y 301), caso *Montero Aranguren y otros* (*Retén de Catia*) (párrs. 102 y 103), caso *De la Cruz Flores* (párr. 132), caso *Tibi* (párr. 157), caso *Loayza Tamayo*; caso de la *Masacre de Pueblo Bello*, párr. 120; caso de la “*Masacre de Mampiripán*”, párr. 232; caso *Huilca Tecse*. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C núm. 121, párr. 66; caso “*Instituto de Reeducción del Menor*”. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 158; caso de los *Hermanos Gómez Paquiyaui*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C núm. 110, párr. 129; caso *19 Comerciantes*, párr. 153; caso *Myrna Mack Chang*, párr. 153; caso *Juan Humberto Sánchez*, párr. 110; caso *Bámaca Velásquez*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C núm. 70, párr. 172; y Caso de los “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*), párrs. 144 a 146.

Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano

determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre,⁶² como extrema pobreza, marginación, exclusión y niñez.

En los tres casos paradigmáticos contra Paraguay, la Corte IDH amplía, según interpretamos, el sentido de la obligación estatal de generar las condiciones de existencia para garantizar vida digna a una comunidad indígena en relación con el derecho de propiedad colectiva sobre sus tierras. Los tres casos tratan de reclamos realizados por un colectivo que históricamente ha sido discriminado —tanto por el modelo distributivo como cultural dominante— y que las consecuencias perjudiciales de esa discriminación persisten en la actualidad.

La desigualdad estructural⁶³ que padecen los pueblos originarios —y que está representada en el caso paradigmático de las comunidades indígenas de Paraguay— demuestra que no solo se trata de una distribución desigual de los bienes económicos y sociales (acceso a sus tierras), sino también de una distribución

⁶² Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello, párrs. 111 y 112; caso de la “Masacre de Mapiripán”, párrs. 108 y 110, y caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C núm. 110, párr. 71.

⁶³ V. Caracterización de discriminación estructural en GONGORA-MERA (2013): “Estas desigualdades no son meramente producto de desventajas históricamente acumuladas sino de patrones de conducta y normas contemporáneas que configuran desventajas estructurales contra ciertos grupos y que pueden llegar a amenazar su existencia misma. Indicadores significativos a este respecto son, entre otros: 1) el estado de miseria y extrema pobreza de ciertos grupos etno-raciales al interior de un país; 2) su particular indefensión y victimización en contextos de violencia, en parte debido a patrones de impunidad sistemática derivados de barreras socio-económicas y culturales para acceder a la justicia y a la falta de efectividad de las medidas de protección que se adoptan; 3) la criminalización de sus protestas así como la persecución y hostigamiento de sus líderes; y 4) el impacto diferenciado en materia de costos ambientales frente a proyectos de inversión de interés general como la explotación minera, petrolera y maderera, agroindustrias, y megaproyectos energéticos y de infraestructura (v.gr. impactos negativos en términos sanitarios y nutricionales; destrucción y contaminación de su ambiente tradicional; agotamiento de los recursos para su subsistencia física y cultural; desorganización de los roles sociales tradicionales)”.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

desigualitaria de la palabra⁶⁴ para determinar, para discutir, cuáles son las necesidades, sus intereses; por ejemplo, cómo quieren satisfacer su existencia de acuerdo con sus costumbres ancestrales ligadas al contacto con sus tierras, como lo advierte la Corte IDH en reiterada jurisprudencia:

“existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.⁶⁵

En este punto, resulta pertinente volver sobre la propuesta de Fraser,⁶⁶ que distingue (para luego combinarlas) dos concepciones amplias de la injusticia que generan desigualdades importantes. Como advertimos en el apartado III de este trabajo, la primera de ellas es la injusticia socioeconómica, arraigada en la estructura político-económica de la sociedad respecto de la distribución de bienes (ejemplos de este tipo de injusticia se pueden vislumbrar en la negación sistemática de los actores estatales y de los grupos económicos de los derechos de los pueblos indí-

⁶⁴ Estas advertencias alcanzan también al accionar de los tribunales. Por ejemplo, es fundamental que se posibilite el ejercicio real del derecho de los integrantes de los pueblos originarios a expresarse en su lengua materna, véase, sin embargo, “Informe sobre la audiencia pública celebrada en la Corte [argentina] sobre el caso ‘Comunidad toba del Chaco’”, diario *Clarín*, 07/11/2007.

⁶⁵ Caso “Comunidad Xákmok Kásek v. Paraguay”, 2010, párr. 86 con cita de Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, párr. 118, y Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam, párr. 90.

⁶⁶ FRASER (1997), p. 23.

Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano

genas sobre sus tierras, lo cual repercute en la privación de los bienes materiales indispensables para llevar una vida digna de acuerdo con sus costumbres). La segunda es la injusticia cultural o simbólica, arraigada en los patrones sociales dominantes en una sociedad desde los que se interpreta, por ejemplo, cuáles son las necesidades de los pueblos originarios, sin que su voz sea escuchada en el proceso de decisión (ejemplos de este tipo de injusticia son la dominación cultural, el no reconocimiento y el irrespeto, e incluye la discriminación a pueblos originarios. No basta con que el Estado “salga” a repartir alimentos,⁶⁷ etc., es necesario que los pueblos originarios sean escuchados para que se “respeten” las condiciones que posibilitan su autoabastecimiento lo que implica escuchar sus necesidades e intereses desde otros patrones culturales que no responden al dominante del “hombre blanco occidental de clase media” que suele tener una visión mercantilista del uso y goce de los bienes).⁶⁸

Así, los pueblos originarios no solo son víctimas de una injusticia cultural o simbólica, sino también de una injusticia socioeconómica. La falta de consideración de sus identidades y de transferencia de sus tierras⁶⁹ actúa conjuntamente para seguir produciendo desigualdad. Para remediarla, se requiere que las exigencias de reconocimiento cultural se integren con las preten-

⁶⁷ Según informes de antropólogos que trabajan en las comunidades indígenas del Chaco y Formosa, “el hambre es el resultado de un problema integral cuya solución exige que las organizaciones y los mismos indígenas sean reconocidos como protagonistas”. Diario Página 12, “Narrar el hambre”, 13/10/07.

⁶⁸ Como advierte la Comisión en el caso, esto implica escuchar a los representantes de la Comunidad cuando agregan que “[I]a visión mercantilista del valor de las tierras, que es entendida únicamente como medio de producción para generar ‘riquezas’, es inadmisibles e inaplicable cuando se aborda la cuestión indígena, pues supone una visión limitada de la realidad, al no contemplar [la] posibilidad de una concepción distinta a nuestra manera ‘occidental’ de ver las cosas del derecho indígena; sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, significaría hacer ilusoria la definición de que el Paraguay es un Estado pluricultural y multiétnico, echando por tierra los derechos de miles de personas que habitan el Paraguay y [o] enriquecen con su diversidad”. Caso “Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay”, 2010, párr. 148.

⁶⁹ ZIMERMAN (2013).

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

siones de redistribución socioeconómica. Padecen tanto la mala distribución socioeconómica como el erróneo y/o insuficiente reconocimiento cultural, sin que pueda entenderse que alguna de estas injusticias es un efecto indirecto de la otra. Por eso, ni las soluciones redistributivas ni las soluciones de reconocimiento son suficientes por sí mismas. Es decir, solo son respetuosas de los derechos de los pueblos originarios aquellas soluciones que implican una mejor distribución de los bienes económicos y sociales, pero que a su vez los incluyan en el proceso de toma de decisiones y se tenga en cuenta su interpretación de sus necesidades, intereses y proyectos como comunidad.⁷⁰

Ahora bien, en los tres casos contra el Estado de Paraguay las comunidades indígenas estaban viviendo fuera de ellas contra su voluntad. Así, últimamente vivían en condiciones de miseria a la vera de una ruta. Esta situación de miseria de los miembros de la Comunidad está estrechamente vinculada a la falta de acceso a la propiedad comunitaria de sus tierras.⁷¹ A su vez, esto aniquila las posibilidades de autoabastecimiento y autosostenibilidad de sus miembros, de acuerdo con sus tradiciones ancestrales.⁷² Es decir, que la combinación del derecho a la propiedad y a una

⁷⁰ CLÉRICO (2008).

⁷¹ Caso “Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay”, 2010: El Tribunal recuerda su jurisprudencia respecto a la propiedad comunitaria de las tierras indígenas, según la cual: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas; 4) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe, y 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad.

⁷² V. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C núm. 79, párr. 149; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, párr. 118, y Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam, párr. 90.

Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano

existencia digna afecta el derecho a la autonomía colectiva de la comunidad:

“... la falta de sus tierras tradicionales y las limitaciones impuestas por los propietarios privados repercutió en los medios de subsistencia de los miembros de la Comunidad. La caza, pesca y recolección cada vez fueron más difíciles, llevaron a que los indígenas decidieran salir de la Estancia Salazar y reubicarse en “25 de Febrero” o en otros lugares, disgregándose así parte de la Comunidad ... *Todas estas afectaciones se incrementan con el transcurso del tiempo y aumentan la percepción de los miembros de la Comunidad de que sus reclamos no son atendidos.*”⁷³

Y como sostiene la Corte IDH, esto los lleva a depender casi exclusivamente de las acciones estatales y verse obligados a vivir de una forma no solamente distinta a sus pautas culturales, sino en la miseria. Debido a las características de este caso paradigmático —conformado por los tres casos contra el Estado de Paraguay—, coincidimos con Cançado Trindade cuando advierte sobre la centralidad que adquieren las víctimas por sobre la posición del Estado que invoca circunstancias presumiblemente eximentes de su responsabilidad. Sin embargo, la Corte IDH en su posición mayoritaria considera las razones y acciones realizadas por el Estado aunque luego concluya que fueron insuficientes y violatorias de varios derechos de la Convención. Esta argumentación puede ser reconstruida en clave de examen de igualdad como prohibición de insuficiencia, aunque la Corte IDH no lo haya anunciado expresamente en su argumentación sino en clave de conclusión.

“En el presente caso está establecido que la situación de extrema y especial vulnerabilidad⁷⁴ de los miembros de la Comunidad se debe, *inter alia*, a la falta de recursos adecuados y efectivos que en los hechos proteja los derechos de los indígenas y no solo

⁷³ *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay*, con ref. a párr. 75 a 77, 79, 98. La afectación se incrementa pues afecta la identidad cultural de un grupo desaventajado relacionarlo con la paridad participativa.

⁷⁴ Sobre el argumento de la situación de vulnerabilidad en relación con el derecho a la existencia digna en la jurisprudencia de la Corte IDH, v. Beloff/Clérico (2014); Krennerich (2013).

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

de manera formal; la débil presencia de instituciones estatales obligadas a prestar servicios y bienes a los miembros de la Comunidad, en especial, alimentación, agua, salud y educación; y a la prevalencia de una visión de la propiedad que otorga mayor protección a los propietarios privados por sobre los reclamos territoriales indígenas, desconociéndose, con ello, su identidad cultural y amenazando su subsistencia física. Asimismo, quedó demostrado el hecho de que la declaratoria de reserva natural privada sobre parte del territorio reclamado por la Comunidad no tomó en cuenta su reclamo territorial ni tampoco fue consultada sobre dicha declaratoria. Todo lo anterior evidencia una discriminación de facto en contra de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek, marginalizados en el goce de los derechos que el Tribunal declara violados en esta Sentencia. Asimismo, se evidencia que el Estado no ha adoptado las medidas positivas necesarias para revertir tal exclusión. Por lo expuesto, y de conformidad con las violaciones de los derechos previamente declaradas, la Corte considera que el Estado no ha adoptado medidas suficientes y efectivas para garantizar sin discriminación los derechos de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, en relación con los derechos reconocidos en los artículos 21.1, 8.1, 25.1, 4.1, 3 y 19 del mismo instrumento”.⁷⁵

La fórmula de la *prohibición de insuficiencia en el examen de igualdad* también dice: Es necesaria una protección “adecuada” bajo consideración de los bienes jurídicos que colisionan; será decisivo que la protección sea como tal “eficaz”. Las medidas legislativas deben ser “suficientes” para alcanzar una protección “adecuada y eficaz”⁷⁶ y así lograr un mejor trato igualitario.

La Corte IDH reitera en varios lugares de su argumentación que las acciones del Estado fueron “insuficientes” o que no eran “adecuadas”. Pero a nuestro entender, dicha insuficiencia se da no solo para lograr el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras o el derecho a la existencia digna en clave de autoabaste-

⁷⁵ *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Cursiva y énfasis agregado.

⁷⁶ BVerfGE 88, 203 (254, 257, 265, 262).

Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano

cimiento, sino también respecto del derecho a ser tratados como iguales. Para ello el Estado tiene la carga de la argumentación y de la justificación agravada. Tiene que demostrar y argumentar que las acciones positivas realizadas fueron idóneas, las más adecuadas para poner a los pueblos originarios en igualdad real de oportunidades para autodeterminarse, lo que implica por lo menos el autoabastecimiento y necesariamente el acceso a sus tierras. Veamos porque las acciones estatales fueron evidentemente insuficientes y defectuosas y por qué el Estado del Paraguay violó los derechos de las comunidades indígenas.

4.1.1. Examen de idoneidad

En el examen de igualdad por insuficiencia el punto de partida del examen es, también, el examen de idoneidad/adequación técnica. Como primer elemento se debe identificar la acción insuficiente atacada, que en el caso es compleja:

- por un lado, se trata del decreto 1830 que declaró en estado de emergencia a la comunidad (M1') y
- por el otro lado el procedimiento administrativo para recuperar las tierras (M1'').

Respecto de ambos medios (M1' y M1'') hay que examinar si el Estado demostró y argumentó que eran acciones positivas suficientes, además para mejorar la situación de desigualdad no solo en términos distributivos sino también de adecuación cultural (reconocimiento) (véanse caso *Yanomani*, Res. 12/85, caso núm. 7615 (Brasil), 5/5/1985, consid. núm. 10.).

Respecto de la generación de condiciones de existencia para garantizar derecho a la vida digna de la comunidad (P1), la Corte IDH avanzó identificando las variables respecto de las cuales mediría argumentativamente si el Estado cumplió con la obligación de generar esas condiciones y de respetar el derecho a la propiedad comunal de las tierras ancestrales (P1').⁷⁷

⁷⁷ *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay*, 2010: “Para determinar la existencia de la relación de los indígenas con sus tierras tradicionales, la Corte ha establecido que: i) ella puede expresarse de distintas mane-

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Estas variables se leen en clave de Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC):

- derecho de acceso al agua,
- derecho a la alimentación,
- derecho a la salud y
- derecho a la educación.

Respecto del derecho al acceso a agua: las gestiones realizadas por el Estado a partir del decreto núm. 1830 no han alcanzado para proveer a los miembros de la comunidad de agua en cantidad suficiente y calidad adecuada, lo cual los expone a riesgos y enfermedades.

Respecto del derecho a la alimentación: a pesar de lo demostrado por el Estado, no se superaron las necesidades nutricionales que, con anterioridad al decreto núm. 1830 existían. Y muy probablemente no se superen hasta en tanto se implementen las medidas adecuadas y efectivas para el acceso real a sus tierras que implica también acceso a una alimentación que respete sus tradiciones y costumbres.

Respecto del derecho a la salud: si bien se reconoce los avances realizados por el Estado, las medidas adoptadas se caracterizan por ser *temporales y transitorias*. Además, el Estado no garantizó la accesibilidad física ni geográfica a establecimientos de salud para los miembros de la comunidad. La distancia suele ser una barrera geográfica que implica una desigualdad estructu-

ras según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y ii) la relación con las tierras debe ser posible. Algunas formas de expresión de esta relación podrían incluir el uso o presencia tradicional, a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres, y cualquier otro elemento característico de su cultura. El segundo elemento implica que los miembros de la Comunidad no se vean impedidos, por causas ajenas a su voluntad, a realizar aquellas actividades que revelan la persistencia de la relación con sus tierras tradicionales. En el presente caso, la Corte observa que la relación de los miembros de la Comunidad con su territorio tradicional se manifiesta, *inter alia*, en el desarrollo de sus actividades tradicionales dentro de dichas tierras”.

Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano

ral para toda la comunidad indígena no sólo en el caso analizado⁷⁸ *No se evidencia acciones positivas para garantizar la aceptabilidad de dichos bienes y servicios*, ni que se hayan desarrollado medidas educativas en materia de salud que, a su vez, sean *respetuosas de los usos y costumbres tradicionales* (véase además, CIDH, Informe sobre pueblos indígenas, 27/2/2011, párr. 157 y Comité DESC, OG Nro. 14, párr. 27). *Esto último solo se entiende en el contexto de igualdad como reconocimiento*. Por lo demás, miembros de la comunidad, en especial, niños y ancianos murieron por causas de enfermedades evitables⁷⁹ y que requieren tratamiento de bajo costo.⁸⁰

Respecto del derecho a la educación: si bien algunas condiciones en cuanto a la prestación de la educación por parte del Estado han mejorado, no existen instalaciones adecuadas para la educación de los niños. Las clases se desarrollan bajo un techo sin paredes y al aire libre. Igualmente no se asegura por parte del Estado ningún tipo de programa para evitar la deserción escolar.

En todos estos aspectos relevantes, M1 no fue suficiente ni adecuado. Al respecto, la Corte IDH evaluó el accionar estatal insuficiente, en parte, con estándares generales, por ejemplo, respecto del acceso al agua se refirió a los “estándares internacionales”. Sin

⁷⁸ V. Informe presentado por Paul Hunt (2005), par. 79..

⁷⁹ V. caso *Sawoyamaya*: “Como ha sido demostrado en el capítulo de Hechos Probados (párr. 73.74), la mayoría de los fallecidos en la Comunidad corresponde a niños y niñas menores de tres años de edad, cuyas causas de muerte varían entre enterocolitis, deshidratación, caquexia, tétanos, sarampión y enfermedades respiratorias como neumonía y bronquitis; todas enfermedades razonablemente previsibles, evitables y tratables a bajo costo”.

⁸⁰ Sobre el Decreto No. 3789, que declaró en estado de emergencia a la Comunidad Sawhoyamaya: las medidas adoptadas por el Estado en cumplimiento de este decreto no pueden calificarse de suficientes y adecuadas. En efecto, durante más de seis años de vigencia del decreto, el Estado sólo entregó víveres a las presuntas víctimas en diez ocasiones, y medicamentos y materiales escolares en dos oportunidades, con extensos intervalos entre cada entrega (párr. 73.64 a 66). Estas entregas, así como las cantidades suministradas, son a todas luces medidas insuficientes para revertir la situación de vulnerabilidad y riesgo de los miembros de esta Comunidad y prevenir violaciones del derecho a la vida, tanto así que luego de la entrada en vigor del Decreto de emergencia al menos 19 personas fallecieron (párr. 73.74. 1, 5 a 16, 20, 22 y 27 a 30). V. asimismo PARRA VERA (2008, 343).

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

embargo, en *Yakye Axa* transitó claramente la ruta del reconocimiento y evaluó la falta de suficiencia de las medidas estatales en relación con la vinculación de la comunidad a su tierra⁸¹ en clave de DESC.⁸² Y en *Xákmok Kásek* realizó el examen teniendo en cuenta la “perspectiva etno-cultural”.⁸³

El punto fuerte del examen de la Corte IDH, en este último sentido de la igualdad, llegará de la mano del examen de M1” respecto del derecho a la propiedad colectiva de la comunidad, aquí sí este medio no es probado con “lo esperable en general” sino con “lo esperable atendiendo a la relación de la Comunidad con su tierra”. Veamos.

Respecto de la idoneidad de M1”: la Corte reiteró, como en los casos de las comunidades indígenas de *Yakye Axa* y *Sawhoya-*

⁸¹ *Caso Yakye Axa*, párr. 163: “la Corte debe establecer si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del *corpus juris* internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas”.

⁸² *Caso Yakye Axa*, párr. 164: “... los miembros de la Comunidad Yakye Axa hubiesen podido abastecerse en parte de los bienes necesarios para su subsistencia de haber estado en posesión de sus tierras tradicionales. El desplazamiento de los miembros de la Comunidad de estas tierras ha ocasionado que tengan especiales y graves dificultades para obtener alimento, principalmente porque la zona que comprende su asentamiento temporal no cuenta con las condiciones adecuadas para el cultivo ni para la práctica de sus actividades tradicionales de subsistencia, tales como caza, pesca y recolección. Asimismo, en este asentamiento los miembros de la Comunidad Yakye Axa ven imposibilitado el acceso a una vivienda adecuada dotada de los servicios básicos mínimos, así como a agua limpia y servicios sanitarios.”

⁸³ “Conforme a los estándares internacionales, los Estados tienen el deber de garantizar la accesibilidad a educación básica gratuita y la sostenibilidad de la misma. En particular, cuando se trata de satisfacer el derecho a la educación básica en el seno de comunidades indígenas, el Estado debe propiciar dicho derecho con una perspectiva etno-educativa. Lo anterior implica adoptar medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable desde una perspectiva étnica diferenciada.”

Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano

maxa, que el procedimiento administrativo interno para la reivindicación de tierras tradicionales era *inefectivo*, por cuanto *no ofrecía la posibilidad real* de que los miembros de las comunidades indígenas recuperaran sus tierras tradicionales si éstas se encontraban bajo dominio privado.⁸⁴ La falta de idoneidad de M1” que implicaría posibilidad real de acceso a sus tierras, provoca además, la ausencia de posibilidades de autoabastecimiento y autosostenibilidad de sus miembros, de acuerdo a sus tradiciones ancestrales, lo cual los lleva a depender casi exclusivamente de las acciones estatales y verse obligados a vivir de una forma no solamente distinta a sus pautas culturales, sino en la miseria.

La Corte IDH examina la idoneidad⁸⁵ de M1 (que incluye M1’ y M1’’) no en general ni en abstracto sino cotejándolo con el caso concreto.⁸⁶ Se trata de una aplicación intensiva del examen de idoneidad que viene dada porque la restricción a los derechos⁸⁷

⁸⁴ *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* 2010. En virtud de que en el presente caso se trata del mismo recurso, ya que el Estado no ha modificado su legislación ni su práctica al respecto, el Tribunal reitera su jurisprudencia en relación a que el procedimiento administrativo bajo estudio presenta los siguientes problemas estructurales, que impiden que el mismo pueda convalidarse efectivo: a) restricción en las facultades de expropiación; b) sometimiento del procedimiento administrativo a la existencia de un acuerdo de voluntad entre las partes, y c) ausencia de diligencias técnico-científicas tendientes a encontrar una solución definitiva del problema. *Cfr. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párr. 98, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, párr. 108.

⁸⁵ Sobre examen de idoneidad v. CLÉRICO (2007a).

⁸⁶ En este punto consideramos que en materia de DESC hay un avance en comparación con el caso “5 Pensionistas” donde evalúa las mejoras en los derechos a la pensión en general y no en concreto.

⁸⁷ Los derechos de los pueblos originarios en el caso no son sólo DESC de prestación positiva en el sentido que generan obligaciones estatales de dar, de restituir, sino también obligaciones de organización y procedimiento. Por ello, si bien la Corte IDH no lo advierte expresamente aquí está interpretando el derecho como derecho de organización y procedimiento que para poder ser ejercido requiere que el Estado cumpla con sus obligaciones de establecer procedimientos administrativos y judiciales eficaces para reclamar por sus tierras. Sobre la función de prestación positiva de los derechos y, además, sobre la función de organización y procedimiento, v. ALEX Y (1994, cap. 9); CLÉRICO (2010); cfr. KINGSTON (2010, p. 133).

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

era desde el vamos extrema⁸⁸ y el accionar estatal se requería de forma “urgente”.⁸⁹ Por ello también tiene la carga de la prueba de la idoneidad de sus acciones.⁹⁰

4.1.2. Examen del medio alternativo más suficiente

En el examen del medio alternativo en la prohibición por insuficiencia en el examen de igualdad, se examina si otros medios pudieron ser implementados para evitar o disminuir a un grado tolerable la restricción por omisión a los derechos de la comunidad indígena y con ello disminuir o hacer desaparecer la discrimina-

⁸⁸ Y aún incrementada por la duración de la afectación como se señaló anteriormente: “Todas estas afectaciones se incrementan con el transcurso del tiempo y aumentan la percepción de los miembros de la Comunidad de que sus reclamos no son atendidos.” Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay 2010.

⁸⁹ V. Caso “comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay” (2006): La Corte no acepta el argumento estatal referente a la responsabilidad compartida que tenían los enfermos de concurrir a los centros asistenciales para recibir tratamiento, y los líderes de la Comunidad de llevarlos a tales centros o comunicar la situación a las autoridades sanitarias. A partir de la emisión del Decreto de emergencia correspondía al INDI y a los Ministerios del Interior y de Salud Pública y Bienestar Social adoptar “las acciones que correspondan para la inmediata provisión de atención médica y alimentaria a las familias integrantes de [la Comunidad Sawhoyamaxa], durante el tiempo que duren los trámites judiciales referente a la legislación de las tierras reclamadas como parte de [su] hábitat tradicional” (párr. 73.63). Con ello, los bienes y servicios de salud específicamente dejaron de depender de la capacidad adquisitiva individual de las presuntas víctimas, y por tanto el Estado debió adoptar medidas que contribuyan a la prestación y suministro de tales bienes y servicios. Es decir, las medidas a las que el Estado se comprometió frente a los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa diferían por su carácter de urgencia de aquellas que el Estado debía adoptar para garantizar los derechos de la población y las comunidades indígenas en general. Aceptar lo contrario sería incompatible con el objeto y propósito de la Convención Americana, la cual requiere que sus provisiones sean interpretadas y aplicadas de tal forma que los derechos en ella contemplados sean práctica y efectivamente protegidos.

⁹⁰ Es necesario que el Estado demuestre que hizo las gestiones necesarias para sacar a los indígenas del costado de la ruta y, mientras eso sucedía, que adoptó acciones pertinentes para disminuir el riesgo en el que se encontraban (párr.163).

Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano

ción. Este examen complementa el de idoneidad porque la comparación permite determinar la medida de la acción suficiente.

En el caso el medio alternativo suficiente (en comparación con M1' y M1'') es para la Corte IDH, según interpretamos, facilitar el acceso a las tierras ancestrales o alternativas pero que respeten la identidad cultural y el autoabastecimiento. En este sentido, hasta el propio Estado reconoce la existencia de este medio alternativo suficiente y adecuado, sin embargo, no demuestra acciones concretas de haberlo implementado.⁹¹ En suma, la restricción a la igualdad por acción insuficiente pudo haber sido evitada o disminuida en un grado soportable.⁹²

⁹¹ *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010). Propiedad ancestral. Tierras “alternativas”: El Estado sostuvo que el derecho de los miembros de la Comunidad se podría satisfacer con tierras alternativas a las reclamadas, ya que las tierras tradicionales no se limitan a las tierras reclamadas. No obstante, el Estado no ha indicado cuáles serían estas tierras alternativas, de igual extensión y calidad, que pudieran satisfacer el reclamo de la Comunidad. Si bien aportó una lista de propiedades disponibles en las zonas cercanas al actual asentamiento de la Comunidad, no indicó las características o cualidades de las mismas que pudieran satisfacer los requisitos de calidad necesarios para la sustentabilidad de los Xákmok Kásek. No basta con que existan otras propiedades disponibles. Tal como indicó el perito presentado por el Estado, para el otorgamiento de tierras alternativas a las reclamadas, estas deben al menos tener ciertas “aptitudes agroecológicas” y ser sometidas a un estudio que determine su potencial de desarrollo por parte de la Comunidad. V. párr. 104-107, entre otros.

⁹² V. asimismo comunidad “Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay 2006”, párr. 164: “Al respecto, la Corte nota que la principal forma que el Estado tenía para trasladar a los miembros de la Comunidad fuera del costado de la ruta era entregarles sus tierras tradicionales. No obstante, como se desprende de los capítulos anteriores, el proceso administrativo tramitado ante el INDI y el IBR no ofreció garantías de una resolución efectiva y se mostró lento e ineficiente (párrs. 93 a 112). De allí que el Tribunal estableciera que el Estado no garantizó a los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa el derecho a la propiedad comunitaria ni a las garantías y protección judicial en un plazo razonable (párrs. 112 y 144). En otras palabras, si bien el Estado no los llevó al costado de la ruta, tampoco adoptó las medidas adecuadas, a través de un procedimiento administrativo rápido y eficiente, para sacarlos de allí y ubicarlos dentro de sus tierras ancestrales, en donde tendrían el uso y disfrute de sus recursos naturales, directamente vinculados con su capacidad de supervivencia y el mantenimiento de sus formas de vida.”

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

4.1.3. Examen de proporcionalidad en sentido estricto

En este punto la fórmula de la proporcionalidad, como en la prohibición por exceso; dice: cuanto más intensiva sea la restricción a la igualdad y a los derechos, en este caso, por acción insuficiente, tanto más importantes tienen que ser las razones que alegue el Estado para justificar sus omisiones. De un lado, tenemos una afectación extrema (es decir más que grave)⁹³ del derecho a la vida digna relacionado con el derecho a la propiedad comunitaria de una comunidad indígena. La restricción extrema incluso se incrementa por la duración de la restricción, por la urgencia de la acción estatal frente al estado de emergencia⁹⁴ y por pertenecer el grupo de afectados a un grupo vulnerable (argumento de igualdad); por ello es claro el poco peso que le pueden asistir a las razones que el Estado intentó alegar para eximirse del cumplimiento suficiente de sus obligaciones.⁹⁵ Por ejemplo, no alcanza

⁹³ V. modalidades de violación que pueden ser leídas en clave de intensidad de restricciones a los derechos de comunidades indígenas en “Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay” (2006, voto de García Ramírez).

⁹⁴ En el presente caso “las autoridades internas conocían de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de los miembros de la Comunidad. Consecuentemente, surgieron para el Estado determinadas obligaciones de prevención que lo obligaban —conforme a la Convención Americana (artículo 4, en relación con el artículo 1.1) y a su propio derecho interno (Decreto No. 1830)— a la adopción de las medidas necesarias que, juzgadas razonablemente, eran de esperarse para prevenir o evitar ese riesgo”, caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay” 2010, párr. 192. V. caracterización de la prohibición de “exigir lo insoportable” por omitir lo esperable y la regla: (Zu) en CLÉRICO (2001), pp. 228, 246, 347, cap. 2.III.2.2.1.1.3, cap. 3.II.3).

⁹⁵ Así, en el caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay (2006, párr. 155) y en caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay” 2010, párr. 188, sostiene: “Es claro para la Corte que un Estado no puede ser responsable por cualquier situación de riesgo al derecho a la vida. Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada. *Para que surja esta obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las*

Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano

con que alegue que las tierras reclamadas se encontraban siendo explotadas en forma racional por otros (una empresa) frente a “la especial relación de los miembros de la comunidad indígena reclamante con dicha tierra”. De lo contrario, agrega la Corte IDH, “el derecho de reivindicación carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales. Limitar de esta forma la realización efectiva del derecho a la propiedad de los miembros de las comunidades indígenas no sólo viola las obligaciones del Estado derivadas de las disposiciones de la Convención relativas al derecho a la propiedad, sino que también compromete la responsabilidad del Estado en relación a la garantía de un recurso efectivo y constituye un trato discriminatorio que produce exclusión social. [Tampoco alcanza,] que la expropiación de las tierras reivindicadas hubiese sido denegada arguyéndose la explotación racional de las mismas y la supuesta afectación para la unidad productiva de la empresa “... cuando de 10.700 hectáreas reclamadas, aproximadamente un total de 7.468 hectáreas fueron extraídas de la mencionada unidad productiva, ya sea porque se vendieron a otro propietario ... o porque se encuentran dentro del área declarada reserva natural privada que establece serias restricciones a su explotación ...”⁹⁶

4.2. Consideraciones intermedias

En suma, de la aplicación del examen de igualdad (con sus tres pasos: idoneidad, medios alternativos y proporcionalidad) a la reconstrucción de estos casos paradigmáticos, surgen obligaciones para los Estados, entre otras, de adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales⁹⁷ o particu-

medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo”. Caso de la Masacre de Pueblo Bello, párrs. 123 y 124.

⁹⁶ Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay 2010, párr. 149-150.

⁹⁷ Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello, párr. 120.,

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

lares;⁹⁸ y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna⁹⁹ de las personas individuales y/o de las comunidades indígenas, lo que incluye la implementación de *medidas de acción positivas* para prevenir la violación de estos derechos que, en el caso de comunidades indígenas, implica establecer *medios eficaces* para que puedan recuperar el derecho sobre sus tierras comunales ancestrales.

Esos medios eficaces no implican solo procedimientos administrativos y judiciales. Si se analizan los pronunciamientos de los órganos del SIDH se concluye que esos procedimientos se refieren también a ámbitos de participación política. La Corte IDH y la CIDH han reiterado la obligación estatal de garantizar la consulta y participación de los pueblos indígenas en la determinación de acciones que afecten sus tierras. Esto implica además que “todos los miembros de la comunidad estén plena y cabalmente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y se les brinde una oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente”.¹⁰⁰ Sin embargo, como las comunidades indígenas están atravesadas por una desigualdad estructural interpretamos que no alcanza con que se les consulte puntualmente sobre el acceso, posesión, uso, de sus tierras, o “la adopción de una ley” o “la creación de una institución pública”, sino que se requiere garantizar “la participación de los propios pueblos indígenas”.¹⁰¹ Por ello, es preciso revisar la jurisprudencia de la Corte IDH cuando se trata de garantizar participación política de las comunidades indígenas empezando por uno de sus

⁹⁸ Cfr. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, párr. 120; *Caso de la Masacre de Mapiripán*, párr. 111.

⁹⁹ Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, párr. 161; *Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros)*, párr. 144, y *Caso Instituto de Reeducación del Menor*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C núm. 112, párr. 156.

¹⁰⁰ Caso 11.140 *Marry y Carrie Dann* (EEUU de Norteamérica) Informe núm. 75/02 (fondo) del 27/12/2002, párr. 140 y cfr. Informe Nro. 78/06 sobre admisibilidad de la Petición 12.094, Comunidades aborígenes Lhaka Honahat (nuestra Tierra, Argentina), del 21/12/2006; Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka*, 28/11/2007, Serie C núm. 172, párrs. 133 y 134.

¹⁰¹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, 27/2/2007, A/HRC/4/32.

Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano

presupuestos mínimos, la posibilidad de someter sus candidatos al proceso electoral.

En suma, toda esta reconstrucción nos permite sostener que la insuficiencia de medidas estatales puede provenir de la falta de distribución de bienes económicos y sociales y, asimismo, de la insuficiencia por falta de reconocimiento, esto afecta la “paridad participativa” (en términos de Nancy Fraser)¹⁰² en términos de participación democrática que nos lleva a su vez a la consideración del siguiente caso paradigmático.

4.3 La igualdad como objetivo: reglamentación electoral y participación de grupos subrepresentados

La garantía de igual autonomía pública, entendida ésta como la igualdad de posibilidades en el acceso a las instancias de toma de decisiones políticas, es probablemente la pretensión más fundamental y a la vez la más audaz que pueda elevar un *Estado de derecho*.¹⁰³ Es la más fundamental puesto que sobre esta se asienta la legitimidad del ejercicio de la coacción que se arroga el Estado. Pero también la más audaz en tanto abre la posibilidad de poner en cuestión, en los ordenamientos jurídicos vigentes, todas aquellas formas de dominación que no resisten el cuestionamiento de los oprimidos,¹⁰⁴ de los *excluidos*, y que el derecho ha ido cristalizando de acuerdo

¹⁰² Y según entendemos se ve reflejada en esta cita de la Corte IDH en el caso de *Comunidad Indígena vs. Paraguay* 2010: “la pobreza limita gravemente, en la práctica, la capacidad de una persona o un grupo de personas de ejercer el derecho de participar en todos los ámbitos de la vida cultural y de tener acceso y contribuir a ellos en pie de igualdad y, lo que es más grave, afecta seriamente su esperanza en el porvenir y su capacidad para el disfrute efectivo de su propia cultura”, que toma de Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ONU, Observación General No. 21, diciembre 21 de 2009, E/C.12/GC/21, párr. 38.

¹⁰³ Aquí se pone de relieve la relación entre el concepto clave de inclusión-igualdad del proyecto del derecho constitucional interamericano y el desafío-objetivo de avanzar en el logro de la democracia y el Estado de derecho.

¹⁰⁴ Hombres sobre mujeres, propietarios sobre trabajadores, heterosexuales sobre homosexuales y occidentales sobre el resto, entre otras.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

a las relaciones de fuerza concretas que jalonaron —y jalonan— el desarrollo de nuestras sociedades, opresiones que por momentos resultan difíciles de separar del Estado de derecho mismo.

Parece relevante, sin embargo, trazar una distinción, cuanto menos conceptual, entre esta pretensión normativa, que nace con la Ilustración pero que la excede —en tanto permite cuestionarla—, de los modos concretos en los que el aparato estatal moderno intenta cumplirla. En otros términos, es preciso separar *democracia* de representación política, no tanto porque esta última no sea democrática, sino más bien para evitar caer en el error de pensar que la segunda agota a la primera.¹⁰⁵ De este modo la noción de autogobierno puede ser preservada cuanto menos como ideal regulativo, lo que nos permite, en primer lugar, establecer un criterio para evaluar los medios establecidos por los Estados en este sentido, y en segundo lugar, nos permite pensar la posibilidad de reconocer otras formas de autogobierno, en un esquema que se acomoda mejor a la diversidad de culturas que la DADH se propone abarcar.

En este sentido nos interesa analizar el problema de la *igualdad* en el acceso a las candidaturas políticas, que en el marco de la *democracia* representativa constituyen la forma predominante y privilegiada de participación política, haciendo de la competencia electoral entre partidos, regulada por el Estado, la primera respuesta de nuestros ordenamientos jurídicos a la pregunta por la democracia.

Es en esta brecha que se insertan las demandas presentadas ante la Corte IDH en los casos *Yatama vs. Nicaragua* y *Castañeda*

¹⁰⁵ Lo que nos conduciría a la falsa oposición, desarrollada por el liberalismo, entre democracia y derechos fundamentales. V. SABA (2007). En este sentido, lo más que puede reclamar para sí la representación y su estructura de partidos es su mayor adecuación al ideal de democracia frente a un gobierno de facto, lo que no es poco si tenemos en cuenta que el régimen representativo se inserta en un medio —el Estado, centralizado, soberano y coactivo— que por trayectoria y definición le es hostil, pero no puede pretender mantener esta preponderancia frente a las demandas de la ciudadanía, sea que se articulen a través de vías informales, como la protesta o la manifestación pública, o de vías formales como el cuestionamiento en sede judicial de las leyes y las políticas públicas.

Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano

Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, puesto que en ambos el Tribunal está llamado a pronunciarse respecto del sistema representativo; sin embargo, bajo circunstancias diferentes:

- en *Yatama* se trataba de la exclusión de los candidatos a alcaldes, vicealcaldes y concejales presentados por un partido político regional indígena para una elección local.¹⁰⁶ Así, quedaron solo seis partidos políticos para participar en las elecciones municipales. Según informes y testimonios, en algunas zonas se registró un nivel de abstencionismo de aproximadamente 80%, dado que una parte del electorado, compuesto por miembros de comunidades indígenas y étnicas, no se encontraba debidamente representado por los partidos nacionales.¹⁰⁷ Los candidatos que ganaron las elecciones

¹⁰⁶ La Comisión presentó la demanda para que la Corte IDH decidiera si el Estado violó los artículos 8 (Garantías Judiciales), 23 (Derechos Políticos) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, todos ellos en relación con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de dicho tratado, en perjuicio de los candidatos a alcaldes, vicealcaldes y concejales presentados por el partido político regional indígena Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka (“YATAMA”). La Comisión alegaba que dichas personas fueron excluidas de participar en las elecciones municipales realizadas el 5 de noviembre de 2000 en las Regiones Autónomas del Atlántico Norte y del Atlántico Sur (en adelante “la RAAN” y “la RAAS”), como consecuencia de la resolución emitida el 15 de agosto de 2000 por el Consejo Supremo Electoral. En la demanda se indicó que las presuntas víctimas presentaron diversos recursos contra dicha resolución y, finalmente, el 25 de octubre de 2000 la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua declaró improcedente un recurso de amparo interpuesto por éstos. La Comisión señaló además que el Estado no previó un recurso que hubiese permitido amparar el derecho de dichos candidatos de participar y ser elegidos en las elecciones municipales de 5 de noviembre de 2000, como tampoco adoptó medidas legislativas o de otro carácter que fuesen necesarias para hacer efectivos tales derechos, especialmente no previó “normas en la ley electoral, en orden a facilitar la participación política de las organizaciones indígenas en los procesos electorales de la Región Autónoma de la Costa Atlántica de Nicaragua, de acuerdo al derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de los pueblos indígenas que la habitan”.

¹⁰⁷ Cfr. Observación Electoral en Nicaragua: elecciones municipales 2000/Unidad para la Promoción de la Democracia, Serie Américas, núm. 27, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y *Second Report. The Carter Center Mission to Evaluate Electoral Conditions in Nica-*

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

pertenecían a los partidos tradicionales¹⁰⁸. Justamente la pregunta en el caso es si la aplicación de la Ley Electoral vigente al 2000¹⁰⁹ y la exigencia de los requisitos para constituir un partido político disminuyeron las posibilidades de participación de las organizaciones indígenas y étnicas convirtiéndose en una discriminación en contra de un grupo desaventajado;

- en *Castañeda Gutman*, en cambio, se trataba una persona conocida en la dirigencia política mexicana que pretendió sin éxito en el orden interno que se inscribiera su candidatura independiente a la Presidencia de México para las elecciones que se celebraron en julio de 2006. La pregunta en el caso giraba en torno a determinar si el Estado violaba derechos políticos de la supuesta víctima frente a la inexistencia en el ámbito interno de un recurso sencillo y efectivo para el reclamo de la constitucionalidad de los derechos políticos por el consecuente impedimento para que Castañeda Gutman se presentara como candidato por fuera de un partido político.

ragua, November 1-8, 2000 (expediente de anexos a la demanda, tomo II, anexos 19 y 20, folios 651 y 715).

¹⁰⁸ Cfr. *Second Report. The Carter Center Mission to Evaluate Electoral Conditions in Nicaragua*, November 1-8, 2000 (expediente de anexos a la demanda, tomo II, anexo 20, folio 715); artículos periodísticos publicados en “El Nuevo Diario” titulados “YATAMA afuera” de 27 de octubre de 2000, “YATAMA preocupa a la OEA” de 28 de octubre de 2000 y “Policía cree que puede controlar a los Yatama” de 31 de octubre de 2000 (expediente de anexos a la demanda, tomo II, anexo 22, folios 796, 798 y 802); y solicitud de nulidad de las elecciones en la RAAN presentada el 8 de noviembre de 2000 ante el Consejo Supremo Electoral por el Partido Frente Sandinista de Liberación Nacional (PFSLN), Partido Liberal Constitucional (PLC), Partido Movimiento de Unidad Costeña (PAMUC), el Partido Indígena Multiétnico (PIM), el Partido Camino Cristiano Nicaragüense (CCN) y el Partido Conservador de Nicaragua (PCN) (expediente de anexos a la demanda, tomo II, anexo 22, folio 846).

¹⁰⁹ Más precisamente, el artículo 82 de la Ley Electoral de 2000 disponía como requisito para participar en las elecciones municipales que los partidos políticos presentaran candidatos al menos en el 80% de los municipios de la respectiva circunscripción territorial y respecto del 80% del total de las candidaturas. Así, el Consejo Supremo Electoral decidió no registrar a los candidatos propuestos por YATAMA. Consideró que, al quedar excluido el partido que se presentó en alianza con YATAMA, éste último, por sí solo, no cumplía el requisito de haber presentado candidatos en el 80% de los municipios de la circunscripción territorial.

Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano

Los artículos en juego de la Convención Americana son en ambos casos el 23, entre otros, que garantiza a todos los ciudadanos la participación en la dirección de los asuntos públicos, ya sea de modo directo o a través de representantes, el derecho a votar y ser elegido y de acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos.

Aún cuando el examen de proporcionalidad se encuentra desarrollado en *Castañeda* (2008), los argumentos desarrollados en *Yatama* (2005) son retomados en el último caso, de modo tal que es factible extraer, a partir de ambas sentencias, una regla en materia de restricciones reglamentarias a los derechos de participación política.¹¹⁰ El examen de la Corte IDH se concentra en la reglamentación de la presentación de candidaturas para cubrir cargos políticos.

4.3.1. Examen leve

Con el objetivo de reconstruir la fórmula y alcances del mandato de igualdad en lo que atañe a la participación política en la jurisprudencia de la Corte IDH, puede resultar útil recurrir nuevamente a la distinción entre patrones de violación de los derechos humanos propuesta por García Ramírez.¹¹¹ En este sentido, el examen involucra dos posibles niveles de intensidad, a saber, uno de mínima, que podríamos denominar de la *democracia representativa* en sentido estricto, y otro de máxima, que podríamos denominar de la *democracia como autogobierno*.

El examen de menor intensidad de la vigencia del mandato de igualdad en el ejercicio de los derechos políticos implica para los Estados parte garantizar el derecho al voto y la estructura de partidos políticos. Así, afirma la Corte IDH que la democracia representativa constituye un principio fundamental del sistema interamericano,¹¹² que los derechos a ser elegido y votar son las

¹¹⁰ No obstante algunas diferencias relevantes en los hechos son analizadas nuevamente hacia el final de la sección.

¹¹¹ Ver sección IV.1 en este artículo.

¹¹² Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, par. 192.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

expresiones individuales y sociales de la participación política,¹¹³ que el voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia¹¹⁴ y que los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política.¹¹⁵ En el caso *Castañeda Gutman* la exigencia de adscripción partidaria para presentarse a una candidatura es considerada **idónea** en tanto los Estados poseen un margen para la reglamentación del sistema democrático,¹¹⁶ y la Corte IDH considera que en el caso concreto de México la misma apunta a garantizar el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder público en condiciones de igualdad y de manera eficaz.¹¹⁷ En lo que hace a la **necesidad** de la medida, la Corte IDH considera suficientes los argumentos presentados por el Estado mexicano en el sentido de que la regulación en cuestión no implicaba un obstáculo concreto y específico para la postulación del demandante.¹¹⁸ Por último, y en lo que hace a la **proporcionalidad en sentido estricto** de la restricción, y teniendo en cuenta que se trata de elecciones de nivel federal, la Corte IDH considera que, no obstante los problemas de representación que afectan a los partidos políticos, la medida se encuentra justificada, puesto que la intensidad de la vulneración del derecho del demandante no es suficiente para justificar la suspensión de la medida. Con este criterio la Corte IDH parece apuntar a que, por contraste con un gobierno de facto o bien con una democracia meramente formal, la posibilidad de participar en el proceso electoral constituye un piso mínimo de institucionalidad democrática que debe ser respetado. Esta regla, sin embargo, debe ser entendida en el contexto latinoamericano, ya no dominado —pero aún amenazado— por las sombras del golpe de Estado.¹¹⁹

¹¹³ Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, par. 197.

¹¹⁴ Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, par. 198.

¹¹⁵ Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, par. 207.

¹¹⁶ Corte IDH, *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, par. 180 y 181.

¹¹⁷ Corte IDH, *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, par. 183.

¹¹⁸ Corte IDH, *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, par. 202.

¹¹⁹ Honduras y, más recientemente Ecuador.

Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano

4.3.2. Examen intenso

Sobre este estándar mínimo la Corte IDH elabora un *examen de igualdad más intenso*, según el cual la participación política puede incluir amplias y diversas actividades, realizadas de modo individual o colectivo, destinadas a intervenir ya en la designación de los representantes, ya en la formación de la política estatal de modo directo,¹²⁰ la efectivización de los derechos políticos puede a su vez requerir medidas de acción positiva por parte del Estado que exceden la mera reglamentación del sistema de partidos.¹²¹ El contenido esencial de estos derechos implica la participación efectiva de las personas en la conducción del Estado.¹²² Se promueve, además, el diseño de instancias destinadas a facilitar la participación de sectores específicos de la sociedad¹²³ y la exigencia de pertenecer a un partido político no puede obstaculizar la participación política de los ciudadanos,¹²⁴ puesto que se reconoce que existen otras formas de organización política cuya legitimidad no solo ha sido reconocida,¹²⁵ sino que además, en los *casos de grupos subrepresentados*, se convierten en vehículos esenciales de la manifestación política legítima. A través del segundo criterio la Corte IDH introduce la **desigualdad estructural** como variable relevante, aumentando la intensidad del control en la aplicación del examen de proporcionalidad. En este sentido, se tiene en cuenta la pertenencia de las víctimas a comunidades indígenas,¹²⁶ para las cuales la estructura de partidos resulta ajena,¹²⁷ que son un caso excepcional dentro de las organizaciones políticas,¹²⁸ que de negarse la presentación de dichos candidatos se estaría desconociendo el derecho a elegir de los

¹²⁰ Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, par. 196.

¹²¹ Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, par. 201.

¹²² Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, par. 206.

¹²³ Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, par. 207.

¹²⁴ Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, par. 208.

¹²⁵ Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, par. 215.

¹²⁶ Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, par. 202.

¹²⁷ Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, par. 218.

¹²⁸ Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, par. 219.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

electores indígenas,¹²⁹ que *Yatama* contribuye a establecer y preservar la identidad cultural de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas.¹³⁰ De este modo la Corte IDH toma un camino intermedio entre los extremos representados por los votos de los jueces A. Montiel Argüello y O. Jackman en la sentencia del 2005.

El primero (Montiel Argüello) sostiene una interpretación formal del principio de igualdad que lo conduce a sostener que el Estado de Nicaragua “*no puede tener leyes diferentes para cada una de las etnias que lo integran cuando se trata de la elección de autoridades que ejercerán sus funciones en territorios habitados por diferentes etnias como son los Municipios de las Regiones Autónomas.*”¹³¹ Esto nos habla de una lectura miope del principio de igualdad que resulta doblemente desigualitaria. En primer lugar porque niega el trato diferencial intrínseco a una legislación, de cuyas instancias de producción los demandantes han sido sistemáticamente excluidos.¹³² Trato diferencial que por otro lado surge con toda la fuerza de los hechos en el caso, toda vez que la legislación defendida por la disidencia ha producido altos niveles de abstencionismo en regiones donde las comunidades indígenas representan un 80% de la población. En segundo lugar porque, al negar las desigualdades de partida, deja en manos de los sectores sociales predominantes las instancias de producción del derecho desde las cuales estas desigualdades pueden ser solucionadas.¹³³ De este modo se confunde democracia como autogobierno con democracia como aquel régimen que cada Estado haya adoptado, produciendo un “círculo vicioso” en términos de representación política que impide la introducción de nuevas voces al proceso democrático.

¹²⁹ Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, par. 226.

¹³⁰ Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, par. 227.

¹³¹ Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, voto Montiel Argüello, par. 5.

¹³² En el caso de los pueblos indígenas la miopía de la argumentación es todavía más intensa, puesto que la exclusión persistente y sistemática de los mismos es un hecho ampliamente reconocido, cuanto menos en términos simbólicos, por todas las sociedades latinoamericanas.

¹³³ Patente en el parágrafo 10 de su voto.

Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano

El segundo voto (Jackman), en el otro extremo, sostiene que la utilización de categorías tales como la de grupos desaventajados puede resultar problemática, en tanto reduciría la protección brindada por la Convención a aquellos ciudadanos que no son reconocidos como tales.¹³⁴ Esta argumentación es similar a la comentada en el párrafo anterior en tanto se asienta en una comprensión universalista de la ciudadanía, pero desde una perspectiva que no es la mera preservación de un estado de cosas político, sino más bien la búsqueda de un aumento en la intensidad de la participación política de la ciudadanía. Que sus argumentos no formen parte del voto mayoritario permite a la vez dar cuenta de la decisión de la Corte IDH en el caso *Castañeda Gutman*, cuya pretensión es rechazada en tanto el demandante no logra probar que forma parte de un grupo desaventajado, aún más, siendo este un integrante conocido de la dirigencia política mexicana.

A partir de estos dos votos es posible reconstruir y determinar los alcances de la regla establecida por la Corte IDH del siguiente modo:

- En **primer lugar**, la reglamentación del sistema electoral por parte de los Estados parte de la Convención, siempre que se adecúe razonablemente a los parámetros de la democracia representativa, cuenta con una presunción de legitimidad, y es objeto de un escrutinio laxo o poco intensivo por parte del tribunal, no obstante lo cual parece quedar en cabeza del demandante la carga de la argumentación respecto de la vulneración concreta del derecho.¹³⁵

- En **segundo lugar**, la regla parece reconocer una excepción en el caso de grupos evidentemente desaventajados, de modo tal que se habilita un examen intensivo de la razonabilidad de la medida. En este caso es el Estado el que debe demostrar que el medio seleccionado no vulnera el principio de igualdad.

¹³⁴ Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, voto concurrente de O. Jackman, párrafo 4.

¹³⁵ En general la argumentación de la Corte IDH no parece negar de plano la posibilidad de que exista una vulneración del derecho en el caso *Castañeda Gutman*, sino que se limita a afirmar que el demandante no ha logrado demostrarla.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Este “doble estándar” de la Corte puede ser interpretado a partir del criterio de “paridad participativa” desarrollado por N. Fraser (2006). En este sentido, el compromiso entre la eficacia de un sistema de organización político estatal y una comprensión seria de la *democracia* como autogobierno puede ser saldado a favor de la segunda, toda vez que aquellos que demandan pueden mostrar que su objetivo es aumentar la participación en condiciones de *igualdad* con el resto de la ciudadanía.

Las sentencias, sin embargo, y en función de las diferentes circunstancias en las que surgen las demandas, dejan abiertos una serie de interrogantes.¹³⁶ Por ejemplo, si un grupo indígena hubiese demandado la posibilidad de participar en elecciones de nivel nacional a través de sus propias estructuras organizativas, o a la inversa, si un ciudadano hubiese demandado la posibilidad de participar en elecciones municipales por fuera de los partidos políticos ¿cuál hubiese sido la respuesta de la Corte IDH? ¿Qué ocurre con aquellos grupos que, siendo fácticamente discriminados, aún no han alcanzado una presencia simbólica suficientemente firme en el espacio público y no logran, por ende, ser visibilizados como un grupo excluido? En este sentido, podemos decir que ambas sentencias constituyen un avance de la jurisprudencia interamericana en términos de igualdad en la participación política, pero no por ello pueden ser considerados como una respuesta definitiva a las fricciones que se generan entre un espacio público estatal y un espacio público político propiamente dicho.

5. CONCLUSIONES

Como hemos advertido al comienzo de este trabajo nuestro objetivo no perseguía realizar un abordaje integral de la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de derechos de las comunidades indígenas. Seleccionamos algunas sentencias paradigmáticas que nos permitieron aplicar el examen de igualdad, articulándolo con las nociones de redistribución y reconocimiento. La reconstrucción y análisis de estas sentencias de la Corte IDH nos sirvió así para mostrar de qué modo dichas nociones resultan insumos con-

¹³⁶ Resulta central en la argumentación de la Corte IDH que los demandantes en el caso YATAMA integren un colectivo indígena y que en el caso Castañeda Gutman se trate de un miembro reconocido de la clase política mexicana.

Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano

ceptuales imprescindibles en orden a dar cuenta de la argumentación normativa relativa a la aplicación del principio de igualdad que debería nutrir el concepto clave de inclusión del proyecto de derecho constitucional común latinoamericano. Tanto en los casos referidos a la posesión de la tierra, como en aquellos referidos a la presentación de candidaturas, la Corte IDH va más allá de los criterios de igualdad formal y material, desglosando el problema de los patrones económicos y culturales dominantes.

Como adelantamos en la sección II, las fórmulas de igualdad suponen dos clases de reclamos, a saber: (a) quien es tratado como diferente quiere ser tratado como igual, y (b) quien es tratado como igual quiere ser tratado como diferente. Lo que las sentencias analizadas ponen de manifiesto es que en ambos casos se trata, en realidad, de dos perspectivas sobre un mismo reclamo igualitario que deben ser distinguidas: si en ambos casos los pueblos originarios reclaman un trato diferencial, ya sea en lo que atañe al acceso a la tierra o a las candidaturas políticas, es porque exigen gozar en igualdad de condiciones de sus autonomías privadas y públicas. Que los Estados intenten, en ambos casos, defender el rechazo de ambos reclamos en nombre de una igualdad formal o material —aduciendo la mera distribución de recursos o bien la posibilidad de que presenten sus candidatos en las mismas condiciones que los partidos políticos— implica el desconocimiento de la desigualdad estructural a la que han sido —y siguen siendo— sometidas dichas comunidades.

Todo esto muestra que el derecho de los pueblos originarios a la restitución de sus tierras ancestrales se encuentra íntimamente vinculado al derecho de los mismos a una vida digna, que requiere a su vez del reconocimiento de sus patrones culturales en orden a ser adecuadamente satisfechos. De modo análogo, la reglamentación de la participación electoral no puede ser considerada válida toda vez que implique el desconocimiento de las formas de organización propias de los pueblos originarios. Es en este sentido que la Corte IDH destaca que uno de los aspectos de la insuficiencia de las acciones adoptadas por el Estado de Paraguay radica en la ausencia de acciones positivas tendientes a garantizar la “aceptabilidad” de los mismos por parte de los pueblos originarios. Otro tanto puede afirmarse de la decisión de la Corte IDH en el caso *Yatama*, en tanto la reglamentación de la presen-

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

tación de candidaturas es atacada en tanto desconoce las formas de organización propias de las comunidades involucradas, condicionando el ejercicio de sus derechos políticos a la adaptación a estructuras partidarias que les son ajenas.

Como afirma la tesis de este trabajo, la aplicación del principio de igualdad en situaciones de desigualdad estructural no solo requiere de un examen intenso de los argumentos del Estado. En tanto estas implican la existencia de patrones culturales y materiales hegemónicos pero no universales, toda argumentación que tome en serio el principio de igualdad debe tomar en cuenta, de modo integrado, los déficits de redistribución y de reconocimiento. Solo a partir del reconocimiento de ambos resulta posible conmover los patrones de dominación que atraviesan a nuestras sociedades y que no pueden por ende ser resueltos desde una perspectiva que confunda *universalidad* con *predominio*. Parafraseando a R. Alexy, el debate democrático no debe ser un debate “sobre” los ciudadanos, sino un debate “con” ellos,¹³⁷ pero para que este “con” sea posible que es preciso garantizar que la paridad en la participación de todos, en especial, la de los afectados por la medida estatal y la de los excluidos.

Pero para que este “con” sea posible es preciso someter constantemente a revisión crítica el alcance de la paridad en la participación, revisión que solo puede cobrar sentido a partir de la *inclusión* de las voces de los excluidos y no simplemente de una interpretación de sus intereses.

¹³⁷ ALEXY (2006).

Acerca de la “discriminación estructural histórica” en razón de la posición económica (pobreza) de los trabajadores sometidos a trabajo esclavo*

*Eduardo Ferrer Mac-Gregor***

SUMARIO: Introducción. I. La pobreza como parte de la prohibición de discriminar por la “posición económica” en los sistemas de protección de derechos humanos. II. La pobreza y la posición económica en la jurisprudencia interamericana. III. La pobreza como parte de la “posición económica” contemplada en la Convención Americana en el presente caso. IV. Las violaciones estructurales en el derecho internacional. V. Discriminación estructural, indirecta y de hecho en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. VI. El alcance de la discriminación estructural histórica en el caso de los trabajadores de la Hacienda Brasil Verde. VII. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

1. Esta es la primera ocasión en la que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH” o “Tribunal Interamericano”) ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto al

* El presente texto reproduce el Voto Razonado que emití en el *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318. La jueza Elizabeth Odio se adhirió a dicho voto. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf

** Juez y actual vicepresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

fenómeno del trabajo esclavo —que en este caso involucra trabajos forzosos, servidumbre por deudas y trata de personas—; declarando responsable al Estado por infringir el artículo 6.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “Convención Americana” o “Pacto de San José”), respecto de los 85 trabajadores —principalmente varones y una sola mujer—, víctimas del presente caso, rescatados de la Hacienda Brasil Verde.

2. El Tribunal Interamericano analizó el contexto de discriminación basado en pobreza dentro del fenómeno de trabajo esclavo en Brasil (que data desde la mitad del Siglo XVIII), y que de manera sistemática permitió que las víctimas fueran objeto de trata de personas. Así, el reconocimiento que hace la Corte Interamericana de la “pobreza” como parte de prohibición de la discriminación por “posición económica”, resulta de particular relevancia para la jurisprudencia interamericana —y en general para el contexto latinoamericano—,¹ al ser la primera vez que se considera a la pobreza como un componente de la prohibición de discriminación por “*posición económica*” (categoría que se encuentra contemplada de manera expresa en el artículo 1.1 de la Convención Americana, a diferencia de otros tratados internacionales); teniendo especial relevancia que las violaciones declaradas fueron “en el marco de una situación de *discriminación estructural histórica* en razón de la posición económica de los 85 trabajadores” en el caso particular.²

3. Por ese motivo emito el presente voto razonado, al considerar la necesidad de enfatizar y profundizar algunos elementos

¹ De acuerdo con la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL): “Entre 2013 y 2014, el número de pobres de la región se incrementó en alrededor de 2 millones de personas”. Según proyecciones de la CEPAL, la “tasa de pobreza se situaría en el 29.2% y la tasa de pobreza extrema en el 12.4%, lo que representaría aumentos de 1,0 y 0,6 puntos porcentuales, respectivamente. De confirmarse estas proyecciones, 175 millones de personas se encontrarían en situación de pobreza por ingresos en 2015, 75 millones de las cuales estarían en situación de indigencia”. Cfr. ONU, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Panorama Social de América Latina, 2015*, (LC/G.2691-P), Santiago, 2016, p. 18.

² Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de octubre de 2016, Serie C No. 318, párrs. 341 a 343, y Resolutivo 4.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

del caso en relación con el reconocimiento de la pobreza como parte la prohibición de discriminación por la posición económica reconocido en el artículo 1.1 y la identificación de las circunstancias de *discriminación estructural histórica* que se evidenciaron en la sentencia. Para una mayor claridad, se expondrán a continuación: *I*) La pobreza como parte de la prohibición de discriminar por la “posición económica” en los sistemas de protección de derechos humanos (párrs. 4-25); *II*) La pobreza y la posición económica en la jurisprudencia interamericana (párrs. 26-44); *III*) La pobreza como parte de la “posición económica” contemplada en la Convención Americana en el presente caso (párrs. 45-55); *IV*) Las violaciones estructurales en el derecho internacional (párrs. 56-71); *V*) Discriminación estructural, indirecta y de hecho en la jurisprudencia de la Corte Interamericana (párrs. 72-80); *VI*) El alcance de la discriminación estructural histórica en el caso de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde (párrs. 81-96), y *VII*) Conclusiones (párrs. 97-100).

I. LA POBREZA COMO PARTE DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINAR POR LA “POSICIÓN ECONÓMICA” EN LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

4. Tanto este Tribunal Interamericano, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “TEDH” o “Tribunal Europeo”), han coincidido en que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Esta interpretación evolutiva no solo debe aplicarse a la interpretación de los derechos establecidos en los numerales 3 al 26 de la Convención Americana, sino también debe tenerse en consideración para configurar categorías especiales de protección a la luz del artículo 1.1.³

³ En este sentido, la Corte IDH ha considerado que: “Esta orientación adquiere particular relevancia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha avanzado mucho mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Tal interpretación evolutiva”

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

5. Así, al interpretar el Pacto de San José debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano⁴. En su labor interpretativa, la Corte IDH, ha expresado que la Convención Americana no contiene una definición explícita del concepto de “discriminación” ni de qué grupos “son sometidos a discriminación”; sin embargo, a partir de diversas referencias en el *corpus iuris* en la materia, el Tribunal Interamericano ha señalado que la discriminación se relaciona con:

*toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.*⁵

va es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte, en la Opinión Consultiva sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1989), como la Corte Europea de Derechos Humanos, en los casos *Tyrer Vs. Reino Unido* (1978), *Marckx Vs. Bélgica* (1979), *Loizidou Vs. Turquía* (1995), entre otros, han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”. Cfr. Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114.

⁴ Cfr. Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 84; *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 106; *Caso Ricardo Canese. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 181, y *Caso Herrera Ulloa. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 184.

⁵ Cfr. Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 253; y *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 81. Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989,

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

6. Bajo este panorama, generalmente, el derecho internacional y el derecho constitucional han identificado un conjunto determinado de grupos por los cuales la discriminación, con base en esos motivos, tendría que ser justificada de manera objetiva y razonable para considerar que no se viola el derecho a la igualdad en cuanto al disfrute y garantía de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales o en las constituciones. No obstante, lo cierto es que este listado no es absoluto ni literal, por lo que en muchos casos —como en el que nos ocupa— será necesario delimitar el contenido de esas categorías para ser aplicadas en el caso concreto.

7. Así, por ejemplo, la “pobreza” no ha sido reconocida de manera expresa como una categoría de especial protección; ello no significa, sin embargo, que la pobreza no pueda ser valorada como parte de alguna categoría que sí se encuentre reconocida de manera expresa o bien que se incorpore como parte de “otra condición social”. En esta tesitura, los diversos sistemas protección de derechos humanos (regionales y universal) tienen sus particularidades en cuanto al reconocimiento de la pobreza como parte de la categoría de prohibición de discriminación “por posición económica”; lo anterior, no ha sido impedimento para que se permeen obligaciones en cuanto a la erradicación de la pobreza, si bien no como parte de una categoría de especial protección, sí como una situación agravante de las condiciones sociales en las que viven las personas, y que pueden variar caso a caso.

i) Sistema Europeo de Derechos Humanos

8. En cuanto al Sistema Europeo de Derechos Humanos, en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante “el Convenio Europeo” o “el CEDH”) y en el artículo 1º del Protocolo 12 al CEDH, se establecen las cláusulas de igual

CCPR/C/37, párr. 6. Dicho Comité elaboró tal definición, en el ámbito universal, tomando como base las definiciones de discriminación establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y el artículo 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

protección (subordinada y autónoma, respetivamente). Dichas disposiciones establecen:

*ARTÍCULO 14. Prohibición de discriminación. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.*⁶

*ARTÍCULO 1 del Protocolo No. 12. Prohibición general de la discriminación. 1. El goce de los derechos reconocidos por la ley ha de ser asegurado sin discriminación alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.*⁷

9. En relación al alcance del artículo 14 del Convenio Europeo (Prohibición de discriminación a la luz de las disposiciones de la Convención) y del artículo 1 del Protocolo No. 12 (Prohibición de discriminación a la luz de la normativa interna), el Tribunal Europeo ha precisado que a pesar de la “diferencia” de alcance entre las mismas (disposiciones de la Convención y la ley interna), la interpretación de “prohibición de discriminación” es idéntica entre ambas disposiciones; así, el Tribunal Europeo aplica la misma interpretación sobre la prohibición de discriminación que ha desarrollado a la luz del artículo 14 del Convenio Europeo para el artículo 1 del Protocolo No. 12.⁸

10. Con independencia de lo anterior, el Convenio Europeo no contiene la discriminación por posición económica o por pobreza de manera expresa. Lo anterior no ha sido obstáculo para que el Tribunal Europeo haya desarrollado jurisprudencia respecto a las condiciones económicas que muchas de las víctimas han enfrentado.

⁶ Convenio Europeo de Derechos Humanos, aprobado en 1951, art. 14.

⁷ Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 2000, art. 1.

⁸ Cfr. TEDH. *Caso Zornic Vs. Bosnia y Herzegovina*, No. 3681/06, Sentencia de 15 de julio de 2014, párr. 27.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

11. En este sentido, el artículo 14 del CEDH, ha sido asociado de manera implícita, accesoria e indirecta respecto de derechos y libertades protegidos por el CEDH. Así, la prohibición de discriminación contemplada en el Convenio Europeo se ha relacionado con el derecho a la vida (art. 2 del CEDH) por las condiciones de vida o asistencia;⁹ la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes o el respeto a la vida privada y familiar (arts. 3 y 8 del CEDH) relacionándolo con un nivel de vida digna,¹⁰ o el derecho a la protección de la vida privada y familiar (art. 8 del CEDH) respecto de la privación de los derechos custodia de niñas y niños y su colocación en una institución estatal¹¹ y el derecho de propiedad (art. 1 del Protocolo No. 1 del CEDH).¹²

12. De igual manera, en el seno del Sistema Europeo, un dato sobresaliente lo encontramos en la Carta Social Europea, en el artículo 30, que protege *a las personas contra la pobreza y la exclusión social*, por lo que los Estados se comprometen “a adoptar medidas en el marco de un planteamiento global y coordinado para promover el acceso efectivo, en particular al empleo, a la vivienda, a la formación, a la enseñanza, a la cultura, a la asistencia social y médica, *de las personas que se encuentren o corran el riesgo de encontrarse en una situación de exclusión social o de pobreza, así como de sus familias*”.¹³

13. Este precepto de la *Carta Social Europea* tiene explícitamente como finalidad aliviar la pobreza y la exclusión social obligando a los Estados a tener un enfoque integral con respecto de esas cuestiones. Así, se entiende *pobreza* como aquella que cubre a personas que se encuentran en situaciones que van de la pobreza extrema por varias generaciones en esas familias, a aquellos que están expuestos provisionalmente al riesgo de sufrirla. Por su

⁹ Cfr. TEDH. *Nencheva Vs. Bulgaria*, No. 48609/06 Sentencia de 18 de junio de 2013.

¹⁰ Cfr. TEDH. *Moldovan y Otros Vs. Rumania*, no. 41138/98, Sentencia de 12 de julio de 2005 y *O'Rourke Vs. Reino Unido*, No. 39022/97, Sentencia de 26 de junio de 2001.

¹¹ Cfr. TEDH. *Caso Wallova y Wallov Vs. República Checa*, No 23848/04, Sentencia de 26 de octubre de 2006.

¹² Cfr. TEDH. *Öneryildiz Vs. Turquía*, No. 48939/99, Sentencia de 20 de noviembre de 2004.

¹³ *Carta Social Europea*, aprobada el 18 de octubre de 1961, art. 30.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

parte, la expresión *exclusión social*, se entiende como la situación de las personas que se encuentran en una posición de pobreza extrema debido a una acumulación de desventajas, que sufren situaciones o acontecimientos degradantes o marginalización, cuyos derechos a recibir ciertos beneficios (brindados por el Estado) pueden haber expirado hace tiempo o cuyas situaciones es producto de circunstancias concurrentes.¹⁴

ii) Sistema Africano de Derechos Humanos

14. La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos —o Carta de Banjul— dispone en su artículo 2 que “[t]odo individuo tendrá derecho al disfrute de los derechos reconocidos y garantizados en la presente Carta sin distinción de ningún tipo como raza, grupo étnico, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de otra índole, origen social o nacional, fortuna, nacimiento u otro status”. En este sentido ni la posición económica ni la pobreza son categorías de protección especial de manera expresa, lo que no impide que sean incorporadas mediante “*u otro status*”.

15. En el caso *Endorois vs. Kenia*, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, consideró dentro de la violación del artículo 17.2 (participación en la vida cultural de la comunidad) y 17.3 (protección de los valores culturales) que el Estado debía tomar acciones positivas para erradicar las dificultades que enfrentaban las comunidades indígenas, entre ellas, la pobreza extrema. Así, estableció que:

48. [...] el Estado demandado tiene una obligación reforzada en los términos de no sólo tomar medidas positivas para proteger a los grupos y comunidades, como los Endorois, sino que también debe promover los derechos culturales, incluyendo la creación de políticas, instituciones u otros mecanismos que den oportunidades que permitan a las diferentes culturas y formas de vida su existencia, esto debido a los desafíos que

¹⁴ Khaliq, Urfan y Churchill, Robín *El Comité Europeo de Derechos Sociales: darle cuerpo al esqueleto de la Carta Social Europea*, en Langford, Malcolm (edit.) *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 2013.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

*enfrentan las comunidades indígenas. Estos desafíos incluyen la exclusión, la explotación, la discriminación y la pobreza extrema [...].*¹⁵

16. Si bien la Carta de Banjul constituye uno de los instrumentos más progresistas en cuanto a la incorporación de derechos —al reconocer expresamente el *Derecho al Desarrollo* en su artículo 22— lo cierto es que el Sistema Africano no cuenta con grandes desarrollos jurisprudenciales sobre las condiciones de pobreza o la posición económica,¹⁶ en gran medida dado el contexto del continente africano.

iii) Sistema Universal de Derechos Humanos

17. En cuanto al Sistema Universal de Derechos Humanos, cuatro instrumentos son los que han definido lo que debe entenderse por el término “discriminación”: i) el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (1958);¹⁷ ii) la Convención de

¹⁵ CADHP, Caso 276/03: Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) / Vs. Kenya, 25 de noviembre de 2009.

¹⁶ El Artículo 22 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos dispone que: 1. Todos los pueblos tendrán derecho a su desarrollo económico, social y cultural, con la debida consideración a su libertad e identidad y disfrutando por igual de la herencia común de la humanidad y 2. Los Estados tendrán el deber, individual o colectivamente, de garantizar el ejercicio del derecho al desarrollo. El Sistema Africano de Derechos Humanos presenta menos problemas al momento de hacer efectivos los derechos de carácter económico, social y cultural. Como se mencionó anteriormente, la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, de 1981, contempla tanto derechos civiles y políticos como derechos de índole económico, social y cultural. Ssenyonjo, Manisuli, *Economic, “Social and Cultural Rights in the African Charter”*, en Ssenyonjo, Manisuli (edited), *The African Regional Human Rights System: 30 years after the African Charter on Human and People’s Rights*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 57. En similar sentido véase: Alemahu Yeshanew, Sissay, *The Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in the African Regional Human Rights System*, Cambridge, Intersentia, 2013, p. 241.

¹⁷ El artículo 1.1. del Convenio señala: “A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: (a) cualquier distinción, exclusión o pre-

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (1960);¹⁸ iii) la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965),¹⁹ y iv) la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979).²⁰ Es decir, estas definiciones reconocen como categorías expresas la prohibición de discriminación centrada por raza, color, linaje u origen nacional, origen étnico, origen social, sexo, religión, idioma, opinión política o de cualquier otra índole, de nacimiento, ascendencia nacional u origen social. En cuanto a la “posición económica” solo la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, reconoce este motivo de discriminación.

ferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; [y] (b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados”.

- ¹⁸ El artículo 1.1 de la Convención establece: “A los efectos de la presente Convención, se entiende por “discriminación” toda distinción, exclusión, limitación o preferencia, fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza (...)”.
- ¹⁹ El artículo 1.1 de la Convención dispone “En la presente Convención la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.
- ²⁰ El artículo 1 de la Convención señala “A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera [...]”.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

18. En cuanto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966), ambos pactos contemplan la prohibición de discriminación por “posición económica”.²¹ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “el Comité DESC”), en su Observación General No. 20, ha señalado que el crecimiento económico no ha conducido por sí mismo a un desarrollo sostenible y hay personas y grupos de personas que siguen enfrentando desigualdades socioeconómicas, a menudo como consecuencia de arraigados patrones históricos y formas contemporáneas de discriminación.²²

19. Además, el Comité DESC ha constatado que la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está frecuentemente arraigada al comportamiento y a la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica (e histórica en algunos casos), puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos sociales y privilegios para otros.²³

²¹ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en el artículo 2.1. “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, *posición económica*, nacimiento o cualquier otra condición social”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece en el artículo 2.2 “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, *posición económica*, nacimiento o cualquier otra condición social”.

²² Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 2 de julio de 2009, E/C.12/GC/20, párr. 1.

²³ Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 2 de julio de 2009, E/C.12/GC/20, párr. 12.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

20. En cuanto a la posición económica como categoría de especial protección, el Comité DESC ha señalado que, como motivo prohibido de discriminación, es un concepto amplio que incluye los bienes raíces y los bienes personales o la carencia de ellos,²⁴ es decir, una de las facetas de la pobreza. Sobre este punto, el Comité DESC ha considerado que la *pobreza es una condición humana que se caracteriza por la privación continua o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales.*²⁵

21. Por su parte, los Principios Rectores sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos (en adelante “los PREPDH”), definen a la *extrema pobreza*, como “una combinación de escasez de ingresos, falta de desarrollo humano y exclusión social”,²⁶ en que una falta prolongada de seguridad básica afecta a varios ámbitos de la existencia al mismo tiempo, comprometiendo gravemente las posibilidades de las personas de ejercer o recobrar sus derechos en un futuro previsible.²⁷

22. Adicionalmente, en los PREPDH se considera que:

3. La pobreza es en sí misma un problema de derechos humanos urgente. A la vez causa y consecuencia de violaciones de los derechos humanos, es una condición que conduce a otras violaciones. *La extrema pobreza se caracteriza por vulneraciones múltiples e*

²⁴ Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 2 de julio de 2009, E/C.12/GC/20, párr. 25.

²⁵ ONU, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: la pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 10 de mayo de 2001, E/C.12/2001/10, párr. 8.

²⁶ ONU, Principios Rectores sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos, 27 de Septiembre de 2012, Resolución 21/11, principio 2.

²⁷ ONU, Consejo Económico y Social, Subcomisión para la prevención de la discriminación protección de las minorías, *La realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Reporte final del Relator Especial sobre extrema Pobreza*, 28 de junio de 1996, véase E/CN.4/Sub.2/1996/13, pág. 58.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

interconexas de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y las personas que viven en la pobreza se ven expuestas regularmente a la denegación de su dignidad e igualdad.

4. Las personas que viven en la pobreza tropiezan con enormes obstáculos, de índole física, económica, cultural y social, para ejercer sus derechos. En consecuencia, sufren muchas privaciones que se relacionan entre sí y se refuerzan mutuamente —como las condiciones de trabajo peligrosas, la insalubridad de la vivienda, la falta de alimentos nutritivos, el acceso desigual a la justicia, la falta de poder político y el limitado acceso a la atención de salud—, que les impiden hacer realidad sus derechos y perpetúan su pobreza. *Las personas sumidas en la extrema pobreza viven en un círculo vicioso de impotencia, estigmatización, discriminación, exclusión y privación material que se alimentan mutuamente*²⁸. (Énfasis añadido).

23. La Relatora Especial para la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos ha considerado que las personas que viven en la pobreza son objeto de discriminación por la propia pobreza; y muchas veces también porque pertenecen a otros sectores desfavorecidos de la población, como los pueblos indígenas, las personas con discapacidad, las minorías étnicas y las personas que viven con el VIH/SIDA, entre otros.²⁹ Es decir, si bien generalmente las personas que se encuentran en condiciones de pobreza coincidentemente pueden pertenecer a otros sectores vulnerables (mujeres, niños, personas con discapacidad, indígenas, afrodescendientes, personas adultas, etc.), no excluye que las personas en situación de pobreza no se vinculen con otra categoría.

24. Esta tendencia también ha sido recogida por otros Relatores de Naciones Unidas que hacen una diferenciación entre los grupos tradicionalmente reconocidos y las personas que viven en situación de pobreza, reconociéndolas como personas que merecen especial protección en el respeto y la garantía de los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

²⁸ ONU, Principios Rectores sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos, 27 de Septiembre de 2012, Resolución 21/11, principios 3 y 4.

²⁹ ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, 11 de marzo de 2013, A/HRC/23/36 párr. 42.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

25. De este modo encontramos pronunciamientos de las Relatorías Especiales de Naciones Unidas sobre: i) la trata de personas, especialmente las mujeres y niños;³⁰ ii) el derecho al agua;³¹ iii) defensoras y defensores de derechos humanos;³² iv) el derecho a la educación;³³ v) la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible;³⁴ vi) el de-

³⁰ La Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente las mujeres y niños ha puesto en manifiesto que la pobreza es un factor importante de vulnerabilidad de las personas víctimas de trata. *Cfr. ONU, Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente las mujeres y niños*, Joy Ngozi Ezeilo, 6 de agosto de 2014, A/69/269, párr.12.

³¹ En cuanto al Relator sobre el derecho al agua, han expresado que los Estados deben cumplir sus obligaciones de derechos humanos relacionadas con el saneamiento de forma no discriminatoria. Están obligados en este sentido, a prestar atención a los grupos particularmente vulnerables a la exclusión y a la discriminación en relación con el saneamiento, entre otros, *las personas que viven en la pobreza [...]*. Se debe dar prioridad a satisfacer las necesidades de estos grupos y, en caso necesario, se deben adoptar medidas positivas para corregir la discriminación existente y garantizar el acceso a los servicios de saneamiento. De esta manera, los Estados están obligados a eliminar la discriminación *de jure* y *de facto* por diversos motivos. *Cfr. ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Experta independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el Acceso al agua potable y el saneamiento*, Catarina Alburqueque, 1 de julio de 2009, A/HRC/12/24, párr. 65.

³² La Relatora sobre Defensoras y Defensores de Derechos Humanos ha expresado que, sobre la cuestión sobre defensores de los derechos humanos, se ha informado acerca de los riesgos que afrontan los defensores de derechos humanos de las comunidades locales, incluidos, los pueblos indígenas, las minorías y *las personas que viven en condiciones de pobreza*. *ONU, Informe de la Relatora Especial sobre la situación de defensores de los derechos humanos*, Margaret Sekkagya, 5 de agosto de 2013, A/69/262, párr. 15.

³³ El Relator Especial sobre el Derecho a la Educación ha manifestado que se debe asegurar la disponibilidad de recursos específicos para abordar las causas básicas de la exclusión de la educación de las niñas, *las que viven en la pobreza* o con discapacidades, las minorías étnicas y lingüísticas, los migrantes y otros grupos marginados y desventajados. *ONU, Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Educación*, Kishore Singh, 5 de agosto de 2011, A/66/269, párr. 47.

³⁴ El Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible expresó que, como ha reconocido el Consejo

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

recho a una vivienda adecuada,³⁵ y vii) el derecho a la alimentación.³⁶

II. LA POBREZA Y LA POSICIÓN ECONÓMICA EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

26. El tema de la pobreza y la posición económica ha estado presente a lo largo de la jurisprudencia de este Tribunal Interamericano; muchas violaciones de derechos humanos traen aparejadas situaciones de exclusión y de marginación por la propia situación de pobreza de las víctimas. Hasta ahora, en la totalidad de los casos, se ha identificado a la pobreza como un factor de vulnerabilidad que profundiza el impacto que tienen las víctimas de violaciones a derechos humanos sometidas a esta condición.

27. En el caso del *Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay* (2004), en cuanto a las reparaciones, la Corte IDH tuvo

de Derechos Humanos, quienes ya son vulnerables debido a factores tales como la situación geográfica, la pobreza, el género, la edad, la condición de indígena o minoría, el origen nacional o social, el nacimiento o cualquier otra condición social y la discapacidad sufren los peores efectos del cambio climático. ONU, *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, Jhon H. Knox, 1 de febrero de 2016 A/HRC/31/52 , párr. 27.

³⁵ La Relatora Especial sobre el derecho a una vivienda adecuada se ha pronunciado en el sentido de señalar que la desigualdad en el acceso a la tierra y la propiedad, que afecta a los grupos marginados (incluidos mujeres, migrantes y todas las personas que viven situación de pobreza), ha quedado plasmada en la desigualdad en materia de vivienda y la segregación especial, lo que ha dividido a las ciudades entre los que poseen tierras y propiedades, y tienen acceso a la infraestructura y los servicios básicos, y los que no. ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho a la no discriminación*, Leilani Farha, 2 de agosto de 2015, A/70/270, párr. 54.

³⁶ El Relator sobre el Derecho a la Alimentación ha considerado que, por ejemplo, los trabajadores agrícolas están en una situación especialmente vulnerable pues el 60% de ellos viven en la pobreza en numerosos países. ONU, *Informe del Relator sobre el Derecho a la Alimentación*, Olivier De Schutter, 8 de septiembre de 2008, A/HRC/9/23, párr. 16.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

presente que en este caso había niños que se encontraban en un estado manifiesto de pobreza y que habían sido víctimas de graves violaciones a derechos humanos.³⁷

28. En el caso de la *Comunidad Moiwana vs. Suriname* (2005), el Tribunal Interamericano dio por probado que los miembros de dicha comunidad habían sido forzados a dejar sus hogares y tierras tradicionales abruptamente, y se encontraron en situación de desplazamiento continuo, en la Guyana Francesa o en otras partes de Suriname. Asimismo, la Corte IDH consideró que los miembros de la Comunidad habían sufrido pobreza y privaciones desde su huida de la Aldea de Moiwana, dado que la posibilidad de utilizar sus medios tradicionales de subsistencia se había visto limitada drásticamente.³⁸

29. En el caso *Servellón García vs. Honduras* (2005), la Corte IDH consideró que los Estados tenían la obligación de asegurar la protección de los niños y jóvenes afectados por la pobreza que estén socialmente marginados. Del mismo modo, el Tribunal destacó, como lo había hecho en el caso *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, que si los Estados tienen elementos para creer que los niños en situación de riesgo están afectados por factores que pueden conducirlos a cometer actos ilícitos, deben extremar las medidas de prevención del delito. El Estado debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño.³⁹

30. En el caso de la *Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay* (2005), el juez *ad hoc* Ramón Foguel en su voto parcialmente concurrente y parcialmente disidente, explicitó que la extrema pobreza en el caso de las comunidades indígenas, en

³⁷ Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 262.

³⁸ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 186.

³⁹ Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 116.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

especial las afectadas por la pobreza dura, implica la denegación sistemática de la posibilidad de gozar de derechos inherentes al ser humano. Para el juez *ad hoc*, la Comunidad Yakye Axa, ciertamente estaba afectada por la extrema pobreza.⁴⁰ De igual manera, el juez *ad hoc* sugiere que en este punto debe tomarse en consideración lo señalado por la Corte IDH en el sentido de que la interpretación de un instrumento internacional de protección debe acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales pues la Corte ha señalado también que la interpretación evolutiva, en concordancia con las reglas generales de interpretación de los tratados, ha contribuido en medida importante a los avances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁴¹

31. Bajo esta óptica, el juez *ad hoc* señala que, a su juicio, en la interpretación evolutiva del derecho a la vida, consagrada en la Convención Americana, debe tomarse en consideración la *condición socio económica* del Paraguay y de la mayoría de los países latinoamericanos, marcada por el crecimiento de la pobreza extrema, en términos absolutos y relativos, a pesar de la implementación de las políticas de protección social. Para el juez Foguel, la interpretación del derecho a la vida no solo se trata de observar el cumplimiento, por parte del Estado, de prestaciones propias de protección social, que garanticen temporalmente condiciones de vida mínimas, sin atender las causas que subyacen a la producción de la pobreza, que reproducen sus condiciones y producen nuevos pobres. El juez considera que lo anterior plantea la necesidad de vincular las medidas de erradicación de la pobreza del conjunto de fenómenos que la originan, teniendo en cuenta la incidencia de las decisiones que se toman a nivel de Estados, de órganos multinacionales y multilaterales pues en la reproducción de las condiciones de pobreza existen responsabilidades de actores e

⁴⁰ Corte IDH. Voto del Juez *Ad Hoc* Ramón Foguel Pedroso al *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 28.

⁴¹ Corte IDH. Voto del Juez *Ad Hoc* Ramón Foguel Pedroso al *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 32.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

instituciones internacionales y nacionales comprometidas.⁴² Así, concluye considerando que:

36. En los avances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se requiere que la comunidad internacional asuma que la pobreza, y particularmente, la pobreza extrema, es una forma de negación de todos los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) y actúe en consecuencia, de modo a facilitar la identificación de perpetradores sobre los cuales recae la responsabilidad internacional. El sistema de crecimiento económico ligada a una forma de globalización que empobrece a crecientes sectores constituye una “masiva, flagrante y sistemática violación de derechos humanos”, en un mundo crecientemente interdependiente. En esta interpretación del derecho a la vida que acompañe la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales se debe prestar atención a las causas productoras de pobreza extrema y a los perpetradores que están detrás de ellas. En esta perspectiva no cesan las responsabilidades internacionales del Estado [...] y de los otros Estados signatarios con la Comunidad Internacional que requiere nuevos instrumentos.⁴³

32. En el caso de la *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (2005), la Corte IDH constató que, dadas las características de las masacres, los daños sufridos por las familias, aunado al miedo de los familiares a que se repitieran hechos similares, al amedrentamiento y amenazas recibidas por algunos hechos por parte de paramilitares, así como a dar su testimonio o de haberlo dado, provocó el desplazamiento interno de muchas familias de Mapiripán. Además, el Tribunal Interamericano consideró que era posible que algunos de los familiares desplazados no vivieran en Mapiripán al momento de los hechos sino en los alrededores, pero se vieron igualmente obligadas a desplazarse como consecuencias de los mismos. La Corte IDH constató que tal como se desprendía de los propios testimonios, muchas de esas personas

⁴² Corte IDH. Voto del Juez *Ad Hoc* Ramón Foguel Pedroso al *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 33.

⁴³ Corte IDH. Voto del Juez *Ad Hoc* Ramón Foguel Pedroso al *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 36.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

habían enfrentado graves condiciones de pobreza y la falta de acceso a muchos servicios básicos.⁴⁴

33. En el caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* (2006), la Corte IDH estableció que la responsabilidad internacional de los Estados en el marco de la Convención Americana, surge en el momento de la violación de las obligaciones generales recogidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado. De estas obligaciones generales derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre como extrema pobreza, marginación y niñez.⁴⁵

34. En el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil* (2006), el Tribunal Interamericano tomó en cuenta que los grupos que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones de extrema pobreza, niños, y adolescentes en situación de riesgo, y poblaciones indígenas, enfrentan un incremento de riesgo por padecer discapacidades[...]. De esta manera, la Corte IDH consideró que era directo y significativo el vínculo existente entre la discapacidad, por un lado, y la pobreza y la exclusión social, por otro. En razón de lo anterior, entre las medidas positivas a cargo de los Estados se encuentran aquellas necesarias, para prevenir las formas de discapacidad prevenibles, y dar a las personas que (tengan alguna limitación) el tratamiento preferencial apropiado a su condición (especial de vulnerabilidad).⁴⁶

35. En el caso de la *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010), el Tribunal Interamericano expresó que resaltaba la extrema pobreza y la falta de adecuada atención médica a mujeres en estado de embarazo o post embarazo y que eran causas

⁴⁴ Cfr. Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 180.

⁴⁵ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 154.

⁴⁶ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 104.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

de alta mortalidad y morbilidad. Por ello, los Estados debían de brindar políticas de salud adecuadas que permitan ofrecer asistencia con personal entrenado adecuadamente para la atención de nacimientos, políticas de prevención de la mortalidad materna a través de controles prenatales y posparto adecuados, e instrumentos legales y administrativos en políticas de salud que permitan documentar adecuadamente los casos de mortalidad materna. Lo anterior, en razón a que las mujeres en estado de embarazo requieren medidas de especial protección.⁴⁷

36. En el caso *Rosendo Cantú y otra vs. México* (2010), la Corte IDH señaló, que de conformidad con el artículo 19 de la Convención Americana, los Estados debían de asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y deben tomar medidas o cuidados especiales orientados en el principio del interés superior del menor. En tal sentido, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de las niñas y los niños, en condición particular de vulnerabilidad. En este caso, se consideró que de conformidad con sus obligaciones convencionales, efectivamente, el Estado debió haber adoptado medidas especiales a favor de la señora Rosendo Cantú, no solo durante la denuncia penal, sino durante todo el tiempo en que, siendo una niña, estuvo vinculada a las investigaciones ministeriales seguidas con motivo del delito que había denunciado, máxime por tratarse de una (mujer) indígena, pues los niños indígenas cuyas comunidades son afectadas por la pobreza se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad.⁴⁸

37. En el caso *Furlan y otros vs. Argentina* (2012), reiterando la relación entre la pobreza y la discapacidad,⁴⁹ la Corte IDH observó que el asesor de menores no fue notificado por el juez de

⁴⁷ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 233.

⁴⁸ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 201.

⁴⁹ Corte IDH. *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 201.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

proceso civil mientras Sebastián Furlan era un niño, cuando se contó con los peritajes que daban cuenta del grado de su discapacidad; razón por la cual Sebastián Furlan no contó con una garantía, no solo obligatoria en el ámbito interno, sino que además habría podido intervenir mediante las facultades que le concedía la ley a coadyuvar en el proceso civil. Teniendo en cuenta lo anterior, en las circunstancias específicas del caso, la Corte IDH notó que el asesor de menores e incapaces [sic] constituía una herramienta esencial para enfrentar la vulnerabilidad de Sebastián Furlan por el efecto negativo que generaba la interrelación entre su discapacidad y los escasos recursos económicos con que contaban él y su familia, generando que la pobreza de su entorno tuviera un impacto desproporcionado en su condición de persona con discapacidad.⁵⁰

38. En el caso *Uzcátegui y otros vs. Venezuela* (2012), respecto del derecho de propiedad, la Corte IDH consideró que por las circunstancias en las que tuvieron lugar y, muy especialmente, por la condición socio económica de vulnerabilidad de la familia Uzcátegui, los daños ocasionados a la propiedad con motivo de su allanamiento, tuvieron para aquella un efecto o magnitud mayores que los que hubiesen tenido para otros grupos familiares. En este sentido, la Corte IDH estimó que los Estados deben tomar en cuenta que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones de pobreza, enfrentan un incremento de grado de afectación a sus derechos precisamente por su situación de mayor vulnerabilidad.⁵¹

39. En el marco del conflicto armado interno y de aplicación del Derecho Internacional Humanitario, la Corte IDH ha considerado que las personas en situación de pobreza dada su condición socioeconómica y vulnerabilidad enfrentan de diferente manera (en mayor magnitud) la violación de derechos humanos que los que hubieren enfrentado otras personas o grupos en otras

⁵⁰ Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 243.

⁵¹ Corte IDH. *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 249, párr. 204.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

condiciones.⁵² En el caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* (2012), el Tribunal Interamericano probó que después de que los pobladores de Santo Domingo tuvieron que abandonar sus hogares y desplazarse, como consecuencia de los hechos violentos de los cuales habían sido objeto, se produjeron saqueos en algunas de las viviendas y tiendas de Santo Domingo, así como los daños y destrucciones a los bienes muebles e inmuebles.⁵³

40. En el caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica* (2012), respecto al análisis de la prohibición de la fecundación in vitro, la Corte IDH señaló que ésta tuvo un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero; así, varias de las víctimas no tenían los recursos económicos para realizar de manera exitosa el tratamiento de la fecundación in vitro en el extranjero⁵⁴ constituyéndose una discriminación indirecta.⁵⁵

41. En los casos *Yean y Bosico* (2005) y de las *personas dominicanas y haitianas expulsadas* (2014), ambos contra República Dominicana, se dio por probado que muchas de las personas haitianas en República Dominicana sufrían condiciones de pobreza y marginalidad derivada de su estatus legal y de su falta de oportunidades.⁵⁶

⁵² Cfr. Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párr. 273.

⁵³ Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párr. 274.

⁵⁴ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 303.

⁵⁵ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 288 a 302.

⁵⁶ Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 139, y *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 158.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

42. En el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* (2015), en relación a la salud de la víctima, la Corte IDH notó que en el Protocolo de San Salvador, entre las medidas para garantizar el derecho a la salud, los Estados debían impulsar la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole, y la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.⁵⁷

43. En este caso, la Corte IDH consideró que confluyeron de forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. De igual manera, la Corte IDH expresó que la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención de salud que no fue de calidad y, que por el contrario, generó el contagio con VIH. La situación de pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Posteriormente, siendo una niña con VIH, los obstáculos que sufrió la víctima en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. En suma, a criterio del Tribunal Interamericano, el caso de la víctima ilustra como la estigmatización relacionada con el VIH no impactaba de forma homogénea en todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que de por sí son marginados.⁵⁸ Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte IDH concluyó que la víctima sufrió una discriminación derivada de su condición de persona con VIH, niña, mujer y viviendo en situación de pobreza.⁵⁹

⁵⁷ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 193.

⁵⁸ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 290.

⁵⁹ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 291.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

44. Como podemos observar, la posición económica (pobreza o condición económica) en la jurisprudencia interamericana ha estado vinculada de tres maneras distintas: en primer lugar, pobreza o condición económica asociada a grupos de vulnerabilidad tradicionalmente identificados (niños, mujeres, indígenas, personas con discapacidad, migrantes, etc.); en segundo lugar, pobreza o condición económica analizada como una discriminación múltiple/compuesta⁶⁰ o interseccionada⁶¹ con otras categorías; y, en tercer lugar, pobreza o condición económica analizada de manera aislada dadas las circunstancias del caso sin vincularla con otra categoría de especial protección.⁶² No obstante, en ningún caso había sido analizado este tercer supuesto a la luz de la pobreza como parte de la posición económica, según lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Convención Americana, siendo la primera vez el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*, que motiva el presente voto razonado.

III. LA POBREZA COMO PARTE DE LA “POSICIÓN ECONÓMICA” CONTEMPLADA EN LA CONVENCIÓN AMERICANA EN EL PRESENTE CASO

45. Si bien los tribunales regionales de derechos humanos no se han pronunciado sobre la discriminación por la posición económica derivada de la pobreza que sufren las personas en sus jurisdicciones —factor que quizá se deba a que, a diferencia de la CADH, el Convenio Europeo y la Carta Africana no contienen expresamente la prohibición de discriminación por “posición económica”—; lo cierto es que la Corte IDH, como se ha evidenciado, va en la misma dirección que el Sistema Universal al reconocer que las personas que viven en situación de pobreza son personas

⁶⁰ Véase: Corte IDH. *Caso Artavía Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257.

⁶¹ Véase: Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

⁶² Véase: Corte IDH. *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 249.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

que se encuentran protegidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana por su posición económica. De esta forma, el Tribunal Interamericano, adiciona una forma más de entender la pobreza, como parte de una categoría de protección especial.

46. La Corte IDH reconoció en la sentencia, por primera vez, que los hechos discriminatorios del presente caso se derivaron por la posición económica —por su situación de pobreza— de las 85 víctimas que se encontraban dentro de la Hacienda Brasil Verde. Así, se pronunció en el sentido de establecer que:

339. [...] en el presente caso algunas características de particular victimización compartidas por los 85 trabajadores rescatados el 15 de marzo de 2000: **[i)]se encontraban en una situación de pobreza, [ii)]provenían de las regiones más pobres del país, [iii)]con menor desarrollo humano y perspectivas de trabajo y empleo, [iv)] eran analfabetas, y [v)] tenían poca o nula escolarización [...].** Lo anterior los colocaba en una situación que los hacía más susceptibles de ser reclutados mediante falsas promesas y engaños. **Dicha situación de riesgo inmediato para un grupo determinado de personas con características idénticas y originarios de las mismas regiones del país, tiene orígenes históricos y era conocida desde, al menos, 1995,** cuando el Gobierno de Brasil reconoció expresamente la existencia de “trabajo esclavo” en el país [...].

341. Una vez constatada la situación anterior, la Corte estima que el Estado no consideró la vulnerabilidad de los 85 trabajadores rescatados el 15 de marzo de 2000 **en virtud de la discriminación en razón de la posición económica a la que estaban sometidos.** Lo anterior constituye una violación al artículo 6.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de ellos⁶³. (Énfasis añadido).

47. En este sentido, los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo, ni literal o limi-

⁶³ Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 octubre de 2016, Serie C No. 318, párr. 341.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

tativo sino meramente enunciativo.⁶⁴ A diferencia de otros casos en los cuales la Corte IDH ha ampliado el catálogo de categorías de especial protección dispuesto en el artículo 1.1 del Pacto de San José,⁶⁵ incorporando, por ejemplo, la identidad de género o la orientación sexual,⁶⁶ o la discapacidad,⁶⁷ en la Sentencia, lo que la

⁶⁴ Por ejemplo, la Corte IDH ha referido que la redacción del artículo 1.1 deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. Así, la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo. *Cfr. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 85.

⁶⁵ Con anterioridad, la Corte ha ampliado el catálogo de categorías de protección especial que se encontraban expresadas en el artículo 1.1 de la Convención Americana que fue aprobada en 1969. Así en la *Opinión Consultiva No. 18, sobre la condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, del 2003, además de la “raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, también consideró el “género, la edad, el patrimonio y el estado civil” como categorías –no expresadas– de especial protección a la luz del artículo 1.1 de la Convención Americana. *Cfr. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101.

⁶⁶ En el caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, a partir de la cláusula “otra condición social”, el Tribunal Interamericano tomando en consideración las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de la dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los Organismos de Naciones Unidas, la Corte Interamericana dejó establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 91.

⁶⁷ En los casos *Ximenes Lopes Vs. Brasil; Furlan y familiares Vs. Argentina*, y *Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica*, sin hacer mención expresa de la cláusula “otra condición social”, consideró que las personas con discapacidad son personas que dentro de las disposiciones de la Convención merecen una protección especial por su condición de vulnerabilidad. Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vi-*

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

Corte IDH hace es delimitar el alcance y el contenido de la prohibición de discriminación por “posición económica” mediante el análisis de las circunstancias de pobreza en las cuales se encontraban 85 de las víctimas del presente caso.

48. Al respecto, la Relatora Especial sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos, ha expresado que:

“18. [L]a discriminación está prohibida por varios motivos enumerados, entre los cuales figuran la posición económica y social, como lo da a entender la frase ‘cualquier otra condición social’, que se incluye como motivo de discriminación en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Las medidas de penalización están dirigidas a las personas por sus ingresos, apariencia, modo de hablar, domicilio o necesidades se les identifica como pobres. Es por ello que tales medidas claramente constituyen discriminación basada en la condición económica y social”.⁶⁸

Además, añadió:

“En su jurisprudencia, el Comité de Derechos Humanos ha reiterado que la lista de motivos de discriminación no es exhaustiva y que la frase “cualquier otra condición social” no está sujeta a una sola interpretación. [Por otro lado,] en el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se incluye de manera expresa la [posición] económica y [origen] social entre los motivos de discriminación. Otros motivos prohibidos de discriminación, como “la posición económica” e incluso “el origen social”, también pueden ser pertinentes al abordar cuestiones relacionadas con la pobreza.⁶⁹ (Énfasis añadido).

tro”) vs. *Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párrs. 292 y 285; *Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 134, y *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 103.

⁶⁸ ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos*, Magdalena Sepúlveda Carmona, 4 agosto de 2011, A/66/265, párr. 18.

⁶⁹ ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos*, Magdalena Sepúlveda Carmona, 4 agosto de 2011, A/66/265, nota al pie no. 7.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

49. En ese sentido, la Corte IDH —como bien lo señala la sentencia— se ha pronunciado en el sentido de establecer que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal Interamericano recordó que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre,⁷⁰ *como la extrema pobreza o marginación*.⁷¹

⁷⁰ Cfr. Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párrs. 292 y 285; *Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 134; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 244; *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 103, y *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párrs. 111 y 113.

⁷¹ Cfr. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 154. En similar sentido la Corte también ha expresado que “los Estados deben tomar en cuenta que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones de extrema pobreza; niños y adolescentes en situación de riesgo, y poblaciones indígenas, enfrentan un incremento del riesgo para padecer discapacidades mentales [...]”. Es directo y significativo el vínculo existente entre la discapacidad, por un lado, y la pobreza y la exclusión social, por otro. En razón de lo anterior, entre las medidas positivas a cargo de los Estados se encuentran aquellas necesarias para prevenir todas las formas de discapacidad prevenibles, y dar a las personas que padecen de discapacidades mentales el tratamiento preferencial apropiado a su condición”. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 104. En el *Caso Xákmok Kásek* la Corte consideró que “la extrema pobreza y la falta de adecuada atención médica a mujeres en estado de embarazo o post-embarazo son causas de alta mortalidad y morbilidad materna”. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 233.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

50. Así, la pobreza forma parte del contenido de la prohibición de discriminar por la posición económica de una persona o de un grupo de personas. Además, la pobreza, al ser un fenómeno multidimensional⁷² puede ser abordada desde diferentes categorías de protección a la luz del artículo 1.1 de la Convención Americana; como lo puede ser la posición económica, el origen social o bien mediante otra condición social,⁷³ pudiendo darse de manera separada, múltiple o interseccional la protección de estas categorías de protección, atendiendo al caso en concreto.⁷⁴

51. En relación a los hechos del presente caso, el Tribunal Interamericano arribó a esta conclusión debido a que las personas que se encuentran en situación de pobreza son más propensas a sufrir trata de personas,⁷⁵ como sucedió en el caso de los 85

⁷² Sobre la multidimensionalidad de la pobreza puede verse: ONU, *Informe presentado por el experto independiente encargado de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza*, Sr. Arjun Sengupta, A/HRC/5/3, 31 de mayo de 2007, párrs. 6 al 11.

⁷³ En similar sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 20, ha indicado que la inclusión de “*cualquier otra condición social*” indica que esta lista no es exhaustiva y que pueden incluirse otros motivos [no expresos] en esta categoría. Así ha expresado que el carácter de la discriminación varía según el contexto y evoluciona con el tiempo. Por lo tanto, la discriminación basada en “otra condición social” exige un planteamiento flexible que incluya otras formas de trato diferencial que: i) no puede justificarse de forma razonable y objetiva, y ii) *que tenga un carácter comparable* con los motivos expresos reconocidos. Estos motivos adicionales se reconocen generalmente cuando reflejan la experiencia de grupos sociales vulnerables que han sido marginados en el pasado [y/o] que lo siguen siendo en la actualidad. En ese sentido, el Comité DESC ha expresado que otros posibles motivos prohibidos de discriminación podrían ser producto o una intersección de dos o más causas prohibidas de discriminación, expresas o no expresas. Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 2 de julio de 2009, E/C.12/GC/20, párrs. 15 y 27.

⁷⁴ Cfr. ONU, *Informe presentado por el experto independiente encargado de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza*, Sr. Arjun Sengupta, A/HRC/5/3, 31 de mayo de 2007, párr. 9.

⁷⁵ Cfr. ONU, *Informe de la Sra. Joy Ngozi Ezeilo, Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños*, 6 de agosto de 2014, A/69/269, párrs.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

trabajadores de la Hacienda Brasil Verde. Respecto al vínculo del trabajo, la pobreza y las nuevas formas de esclavitud, los PRE-PDH señalan que:

83. Tanto en las zonas rurales como en las urbanas, las personas que viven en la pobreza se ven enfrentadas al desempleo o el subempleo y al trabajo ocasional sin garantías, con bajos salarios y condiciones de trabajo inseguras y degradantes. Esas personas suelen trabajar al margen de la economía formal y sin prestaciones de la seguridad social, por ejemplo, sin licencias de maternidad, licencias por enfermedad, pensiones o prestaciones por discapacidad. Pueden pasar la mayor parte de las horas del día en el lugar de trabajo, logrando apenas sobrevivir con sus ingresos y sufriendo la explotación, en forma de trabajo forzoso o en régimen de servidumbre, despidos arbitrarios y abusos.⁷⁶ (Énfasis añadido).

52. En este sentido, la Relatora Especial sobre formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias ha expresado que:

48. Los trabajadores en condiciones de servidumbre *pertenecen casi siempre* a grupos socialmente excluidos, como los indígenas, las minorías y los migrantes, que sufren aun más que otros discriminación y exclusión política.⁷⁷

Además:

38. En muchos países en donde se dan los casos de esclavitud, las víctimas son pobres, con pocas conexiones políticas y escaso po-

12 y 17. f; ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Joy Ngozi Ezeilo*, 1 de abril de 2014, A/HRC/26/37, párr. 41, y ONU, *Mandato de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños*, 17 de julio de 2014 A/HRC/RES/26/8.

⁷⁶ ONU, *Principios Rectores sobre extrema pobreza y derechos humanos*, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos, 27 de Septiembre de 2012, Resolución 21/11, principio 83.

⁷⁷ ONU, *Informe de la Relatora especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y sus consecuencias*, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, A/HRC/12/21, 10 de julio de 2009, párr. 48.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

der de expresar quejas. *Estos grupos están normalmente marginados y discriminados* por motivo de su casta, raza, sexo, y/o su origen como migrantes indígenas.⁷⁸

53. Es decir, si bien *generalmente, normalmente o casi siempre* las víctimas que son objeto de esclavitud y sus formas análogas son personas pobres que han sido históricamente discriminadas por motivo de su raza, sexo, y/o su origen como migrantes indígenas, no excluye que existan personas que no necesariamente se encuentren incluidas dentro de estas categorías expresas, pero que de igual manera sean pobres, marginados o excluidos. No obstante, es de resaltar que cuando, además de la situación pobreza medie otra categoría, como la raza, género, el origen étnico, etc., dispuesta en el artículo 1.1 se estará ante una situación múltiple/compuesta o interseccional de discriminación, atendiendo a las particularidades del caso⁷⁹ y como ha sido reconocido en otras ocasiones por el Tribunal Interamericano.⁸⁰

54. Para los fines del derecho antidiscriminatorio, la posición económica alude a situaciones estructurales de negación, por diversas circunstancias, a un sector de la población, de necesidades generales de vida digna y autónoma. Debe entenderse, pues, dentro del conjunto de situaciones que impiden que una persona desarrolle una vida digna, como el acceso y disfrute a los servicios sociales más básicos. En este sentido, las condiciones de dignidad se refieren a la posibilidad, por ejemplo, de ejercer un trabajo o bien el goce de bienes, tales como vivienda, educación, salud, esparcimiento, servicios públicos, seguridad social,

⁷⁸ ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias*. Informe temático sobre las dificultades y enseñanzas de la lucha contra las formas contemporáneas de la esclavitud, 1 de julio de 2013, A/HRC/24/43, párr. 38.

⁷⁹ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 290.

⁸⁰ Véase: Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, y *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

cultura, dado que es la situación frente a ellos la que configura la condición económica social del individuo.⁸¹ Lo anterior se hace más evidente en América Latina respecto a las mujeres, en razón de la falta de autonomía económica y de circunstancias más agudas de incidencia de pobreza en relación con los hombres, lo que exige de los Estados la adopción de acciones específicas para solucionar esa situación de desigualdad de género en el impacto de la pobreza.⁸²

55. En suma, el Tribunal Interamericano ha ido ampliando y delimitando el contenido de las categorías por las cuales personas o grupos de personas no pueden ser discriminadas, que en algunos casos, han respondido a las realidades sociales que se han ido presentando con la evolución de las mismas; en donde, además, no se vinculan de manera individual sino que responden a diversos factores y barreras sociales y culturales de manera conjunta, como lo ha sido la condición de VIH que puede ser generadora de discapacidad, la infertilidad como forma de discapacidad que tiene otras repercusiones en el género, o la situación de desventaja de un trabajador por su estatus de migrante irregular y, ahora, la situación de pobreza como parte de la posición económica.

IV. LAS VIOLACIONES ESTRUCTURALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL

56. El presente apartado tiene como finalidad enmarcar los avances que se han ido desarrollando en la materia del reconocimiento de la discriminación estructural. De esta manera, resulta de vital importancia que los Estados consideren la existencia de estas situaciones sistémicas de discriminación; ya que no todas las violaciones de derechos humanos se presentan como hechos

⁸¹ Maurino, Gustavo, “Pobreza y discriminación: la protección constitucional para los más humildes”, en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, 2da ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot-Igualitaria-ACIJ, 2012, pp. 265-295, en p. 284.

⁸² Cfr. ONU, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Panorama Social de América Latina, 2015*, (LC/G.2691-P), Santiago, 2016, pp. 20 y 21.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

aislados, sino que en ocasiones estas responden a contextos específicos e institucionales de negación de derechos humanos.

57. Si bien en el estado actual del derecho internacional y constitucional de los derechos humanos no se cuenta con una visión arraigada de este fenómeno, ello no implica que, poco a poco, diversas instancias se hayan pronunciado sobre la existencia y materialización de esta situación. Así, encontramos algunos rasgos coincidentes en el ámbito internacional.

i) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

58. El Tribunal Europeo, a la fecha, no ha reconocido el concepto de “*discriminación estructural*” por categorías de especial protección, que pudiera protegerse en el artículo 14 del Convenio Europeo, o bien mediante el artículo 1º del Protocolo 12 de dicho Convenio; lo anterior no ha sido impedimento para que, derivadas de un contexto sistemático de negación de derechos, las violaciones estructurales a estos derechos contemplados en el Convenio Europeo no sean protegidos. En este sentido, cabe destacar que a diferencia de la Convención Americana en donde existe un mandato convencional de adecuar o adoptar medidas de derecho interno (Artículo 2 del Pacto de San José), en el Convenio Europeo no encontramos una disposición de similar amplitud y dimensión.

59. De esta manera, el medio que el TEDH ha considerado como la vía idónea para hacer frente a las violaciones de derechos humanos en las situaciones estructurales, es la adopción de medidas que ayuden a revertir estas circunstancias desfavorables para un sector de la población. La ausencia del mandato convencional en el CEDH no ha sido impedimento para que en la práctica jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo reconozca la existencia de *problemas estructurales y sistémicos* en relación a otros derechos protegidos por el Convenio de Roma y, de este modo, ordene la implementación de medidas positivas para garantizar los derechos protegidos en el Convenio Europeo.⁸³

⁸³ Cfr. TEDH *Broniowski vs. Polonia*, No. 31443/96, Sentencia de 22 de junio de 2004, párrs. 190 y 191.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

60. El reconocimiento de los problemas estructurales y sistémicos en la jurisprudencia europea se ha realizado a través de las denominadas *sentencias piloto*.⁸⁴ De esta manera, las sentencias piloto son aquellas que el Tribunal Europeo ha adoptado contra el Estado implicado —derivado de la acumulación de diversos casos que presentan características similares— obligándolos a adoptar leyes internas (medidas generales) que corrijan un *problema estructural* que, precisamente origina la violación del Convenio Europeo. En este sentido, en este tipo de casos, el TEDH constata la existencia de un problema sistémico, suspende los procesos sobre casos idénticos —efecto dominó— y exige al Estado que adopte medidas generales. El demandante (caso piloto) y todos los individuos afectados por el problema estructural verán aplazados sus procedimientos hasta que el Estado adopte esas medidas.⁸⁵

61. El *leading case* en el que el TEDH utilizó las sentencias piloto fue en el caso *Broniowski vs. Polonia*, de 2004, respecto del derecho de propiedad (violación al artículo 1º del Protocolo 1 del CEDH). En esa oportunidad la Corte Europea consideró, en el análisis del artículo 46, que era inherente a las conclusiones del Tribunal que la violación del derecho a la propiedad en este caso se había originado de un problema generalizado, y que fue resultado de un mal funcionamiento de la legislación polaca, de

⁸⁴ El fundamento jurídico que ha utilizado el Tribunal Europeo ha sido el art. 46.1, conforme al cual los Estados se comprometen a cumplir las sentencias del Tribunal en los litigios en que sean parte. Además, el art. 1 que establece la obligación general de los Estados de respetar los derechos humanos y en el art. 19, que dispone que la función del Tribunal es asegurar que los Estados respeten los compromisos resultantes del CEDH.

⁸⁵ Al respecto, sobre las implicaciones de un procedimiento de una sentencia piloto, el TEDH ha considerado que estas se basan en la existencia de un problema generalizado y sistémico que tiene como consecuencia que un conjunto de personas se vean afectadas de manera adversa. Así, mediante las denominadas medidas generales a nivel nacional, se pretende que tengan en cuenta a todas las personas afectadas y, de este modo, remediar el defecto sistémico en el que se basa la violación declarada por la Corte. De este modo, las sentencias piloto, son un enfoque judicial que usa el TEDH para remediar problemas sistémicos y estructurales en el orden jurídico nacional. *Cfr.* TEDH *Broniowski vs. Polonia*, No. 31443/96, Sentencia Cumplimiento de 28 de septiembre de 2005, párrs. 34 y 35.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

la práctica administrativa y que había afectado a un gran número de personas; la afectación a los bienes en este caso no había sido motivada por un incidente aislado; por el contrario, el problema en el caso había sido consecuencia de la conducta administrativa y normativa por parte de las autoridades hacia una clase específica de ciudadanos (en concreto los ciudadanos que reclamaban su derecho a la propiedad eran provenientes de las cercanías del Río Bug). De esta manera, el TEDH consideró que la existencia y la naturaleza sistémica del problema, que ya había sido reconocido por las autoridades judiciales polacas como una “disfunción sistémica inadmisibles”, generó que a toda una clase específica de ciudadanos se les negara el disfrute pacífico de sus posesiones, a lo que también había que sumar las deficiencias en la legislación nacional y las prácticas identificadas en el caso individual.⁸⁶

62. Las sentencias piloto, como mecanismo de corrección y reconocimiento de problemas estructurales y sistémicos dentro de los Estados parte del Convenio Europeo no ha sido una práctica aislada en el 2004, sino que se ha reiterado hasta el 2016;⁸⁷

⁸⁶ Cfr. TEDH *Broniowski Vs. Polonia*, No. 31443/96, Sentencia de 22 de junio de 2004, párr. 189.

⁸⁷ Véase, entre otros, 1. *Caso Broniowski vs. Polonia*, No. 31443/96, Sentencia de 22 de junio de 2004; 2. *Caso Hutten-Czapska vs. Polonia*, No. 35014/97, Sentencia de 19 de junio de 2006; 3. *Caso Sejdovic vs. Italia*, No. 56581/00, Sentencia de 10 de noviembre de 2004; 4. *Caso Burdov (No. 2) vs. Rusia*, No. 33509/04, Sentencia del 15 de enero de 2009; 5. *Caso Suljagic vs. Bosnia y Herzegovina*, No. 27912/02, Sentencia de 3 de noviembre de 2009; 6. *Caso Olaru y otros vs. Moldavia*, No. 476/07, 22539/05, 17911/08 y 13136/07, Sentencia de 28 de julio de 2009; 7. *Caso Yurig Nikolayevich Ivanov vs. Ucrania*, No. 40450/04, Sentencia de 15 de octubre de 2009; 8. *Caso Rumpf vs. Alemania*, No. 46344/06, Sentencia de 2 de septiembre de 2010; 9. *Caso Athanasiou and Others vs. Grecia*, No. 50973/08, Sentencia de 21 de diciembre de 2010; 10. *Caso Greens and M.T. vs. Reino Unido*, No. 60041/08 y 60054/08, Sentencia de 23 de noviembre de 2010; 11. *Caso Maria Atanasiu y otros vs. Rumanía*, No. 30767/05 y 33800/06, Sentencia de 12 de octubre de 2010; 12. *Caso Vassilios Athanasiou Vs. Grecia*, No. 50973/08, Sentencia de 21 de diciembre de 2010; 13. *Caso Dimitrov y Hamanov vs. Bulgaria*, No. 48059/06, Sentencia de 10 de mayo de 2011; 14. *Caso Finger vs. Bulgaria*, No. 37346/05, Sentencia de 10 de mayo de 2011; 15. *Caso Ümmühan Kaplan vs. Turquía*, No. 24240/07, Sentencia de 20 de marzo de 2012; 16. *Caso Michelioudakis vs. Grecia*, No. 40150/09, Sentencia de 3 de abril de 2012; 17. *Caso Glykantzi vs. Grecia*, No. 40150/09, Sentencia de 30

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

abarcando temas como: i) tiempos excesivos en los procedimientos internos; ii) la exclusión del derecho al voto de personas privadas de la libertad; iii) la falta de regularización del estatus de residente de personas que habían sido eliminadas ilegalmente del registro de residentes permanentes; iv) condiciones inhumanas y degradantes de detención; v) retardo injustificado en la ejecución de resoluciones judiciales a nivel interno, y vi) violaciones relacionadas al derecho a la propiedad.

ii) Sistema Universal de Derechos Humanos

63. El Comité DESC, en su Observación General No. 20, *sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales* (2009), ha considerado que:

*40. En los planes, las políticas, las estrategias y la legislación nacionales debe preverse el establecimiento de mecanismos e instituciones que aborden de manera eficaz el carácter individual y estructural del daño ocasionado por la discriminación en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales [...].*⁸⁸

de octubre de 2012; 18. Caso Kurić y Otros vs. Eslovenia, No. 26828/06, Sentencia de 26 de junio de 2012; 19. Caso Ananyev y Otros vs. Rusia, No. 42525/07 y 60800/08, Sentencia 10 de enero de 2012; 20. Caso *Manushaqe Puto* y Otros vs. Albania, No. 604/07, 43628/07, 46684/07 y 34770/09; Sentencia de 31 de julio de 2012; 21. Caso *Torreggiani* y Otros vs. Italia, No. 43517/09, Sentencia de 8 de enero de 2013; 22. Caso *M.C.* y Otros vs. Italia, No. 5376/11, Sentencia de 3 de septiembre de 2013; 23. Caso *Gerasimov* y Otros vs. Rusia, No. 29920/05, 3553/06, 18876/10, 61186/10, 21176/11, 36112/11, 36426/11, 40841/11, 45381/11, 55929/11 y 60822/11, Sentencia de julio de 2014; 24. Caso *Ališić* y Otros vs. Bosnia y Herzegovina, Croacia, “the former Yugoslav Republic of Macedonia”, Serbia y Eslovenia, No. 60642/08, Sentencia de 16 de julio de 2014; 25. Caso *Gazsó* vs. Hungría, No. 48322/12, Sentencia de 16 de julio de 2015; 26. Caso *Neshkov* y Otros vs. Bulgaria, No. 36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12 y 9717/13, Sentencia de 27 de enero de 2015; 27. Caso *Varga* y Otros vs. Hungría, No. 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 y 64586/13, Sentencia de 10 de marzo de 2015; y 28. Caso *W.D.* vs. Bélgica, No. 73548/13. Sentencia de 6 de septiembre de 2016.

⁸⁸ Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales* (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de los Derechos

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

64. Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (2010), en su Recomendación General No. 28, relativa a las obligaciones básicas de los Estados partes, ha expresado que:

16. Los Estados partes tienen la obligación de respetar, proteger y cumplir el derecho de no discriminación de la mujer y asegurar el desarrollo y el adelanto de la mujer a fin de mejorar su situación y hacer efectivo su derecho a la igualdad de jure y de facto o sustantiva con el hombre. Los Estados partes deberán asegurar que no haya discriminación directa ni indirecta contra la mujer. Se entiende por discriminación directa contra la mujer la que supone un trato diferente fundado explícitamente en las diferencias de sexo y género. La discriminación indirecta contra la mujer tiene lugar cuando una ley, una política, un programa o una práctica parece ser neutra por cuanto se refiere tanto a los hombres como a las mujeres, pero en la práctica tiene un efecto discriminatorio contra la mujer porque las desigualdades preexistentes no se han tenido en cuenta en la medida aparentemente neutra. Además, la discriminación indirecta puede exacerbar las desigualdades existentes por la falta de reconocimiento de los patrones estructurales e históricos de discriminación y el desequilibrio de las relaciones de poder entre la mujer y el hombre.⁸⁹

Económicos, Sociales y Culturales), 2 de julio de 2009, E/C.12/GC/20, párr. 6.

⁸⁹ ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General No. 28 relativa a las obligaciones básicas de los Estados partes de conformidad con el artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, 16 de diciembre de 2010, CEDAW/C/GC/28, párr. 16. En igual sentido sobre la discriminación estructural que sufren las mujeres la Relatora Especial ha expresado que: *17. La discriminación y la violencia que se reflejan en los homicidios de mujeres relacionados con el género pueden interpretarse como múltiples círculos concéntricos, cada uno de los cuales intersecta el otro. Estos círculos incluyen factores estructurales, institucionales, interpersonales e individuales. Los factores estructurales son los sistemas sociales, económicos y políticos al macronivel; los factores institucionales son las instituciones y redes sociales formales o informales; los factores interpersonales consisten en las relaciones personales entre parejas, entre familiares y dentro de la comunidad y los factores individuales incluyen la personalidad y la capacidad individual para responder a la violencia. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias*, Rashida Manjoo, 23 de mayo de 2012, A/HRC/20/16.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

65. En lo referente al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en su Recomendación General No. 34, *sobre Discriminación racial contra afrodescendientes* (2011), ha entendido que:

*6. El racismo y la discriminación estructural contra afrodescendientes, enraizados en el infame régimen de la esclavitud, se manifiestan en situaciones de desigualdad que afectan a estas personas y que se reflejan, entre otras cosas, en lo siguiente: el hecho de que formen parte, junto con las poblaciones indígenas, de los grupos más pobres de la población; sus bajas tasas de participación y representación en los procesos políticos e institucionales de adopción de decisiones; las dificultades adicionales a que hacen frente en el acceso a la educación, la calidad de esta y las posibilidades de completarla, lo que hace que la pobreza se transmita de generación en generación; el acceso desigual al mercado del trabajo; el limitado reconocimiento social y la escasa valoración de su diversidad étnica y cultural, y su desproporcionada presencia en la población carcelaria”.*⁹⁰ (Énfasis añadido).

66. Finalmente, la definición más completa sobre la discriminación estructural o sistemática ha sido la que recientemente ha aportado el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su Observación General No. 3, sobre los derechos de la mujer con discapacidad. En este sentido, dicho Comité entiende que existe discriminación estructural o sistemática cuando:

*17. e) La discriminación estructural o sistémica oculta patrones claros de comportamiento institucional discriminatorio, tradiciones culturales discriminatorias, normas y / o reglas sociales, de género y los estereotipos perjudiciales que pueden llevar a tal discriminación discapacidad, intrínsecamente ligada a la falta de políticas, regulación y prestación de servicios específicamente para las mujeres con discapacidad [...].*⁹¹

⁹⁰ ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Recomendación General No. 34 sobre Discriminación racial contra afrodescendientes*, 3 de octubre de 2011, CERD/C/GC/34, párr. 6.

⁹¹ ONU, Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación General No. 3 sobre Mujeres y niñas con discapacidad*, 2 de septiembre de 2016, CRPD/C/GC/3, párr. 17.e.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

67. Sobre la existencia de pobreza estructural, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Alimentación, analizando la prestación de asistencia social condicionada —para las que deben satisfacerse ciertos requisitos de elegibilidad— consideró que:

*30. Los programas de asistencia condicionada están diseñados generalmente para hacer frente a la pobreza estructural, a largo plazo, más que a la perturbación de los ingresos, especialmente si se prevé que esa perturbación será de corta duración; no son el instrumento ideal para hacer frente a la pobreza coyuntural.*⁹²

68. Si bien a la fecha no existe una definición expresa aportada en el Derecho Internacional de lo que debe entenderse por *pobreza estructural*⁹³ como forma de discriminación, existen pronunciamientos de los Relatores Especiales sobre la Pobreza Ex-

⁹² ONU, *Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Alimentación, Oliver de Schutter, Hacer de la crisis una oportunidad: fortalecer el multilateralismo*, 21 de julio de 2009, A/HCR/12/31, párr. 30.

⁹³ En este sentido Roberto Saba señala que es necesario resaltar que la condición de pobre estructural *coincide muchas veces* -pero no necesariamente- con otros rasgos de la identidad o de la personalidad que también son característicos de grupos sometidos o sojuzgados, como la etnia o el género y que, combinados con la pobreza estructural, refuerzan ese carácter de grupo sometido o sojuzgado. Señala, además, que la conformación, y la consiguiente identificación, de este grupo de personas, no resulta ser una tarea sencilla. Sin embargo, propone -a modo ilustrativo y no limitativo- que hay tres situaciones concretas que podrían señalar la existencia de un grupo sometido, caracterizado por compartir una situación de pobreza estructural: i) la concentración geográfica del grupo de personas en espacios donde sólo habitan personas igualmente pobres; ii) la segunda, relacionada con la primera, es la dificultad o imposibilidad para acceder a servicios públicos básicos imprescindibles para desarrollar un plan de vida decente y modesto, tales como la seguridad, la educación o la salud; y iii) la tercera es la transmisión y perpetuación intergeneracional de situaciones como las que se ponen de manifiesto a través de los dos casos anteriores; es decir, descendientes que no pueden dejar el asentamiento y que padecerán las mismas privaciones que les impedirán escapar de una situación vital a la que están determinados desde el nacimiento. *Cfr.* Saba, Roberto, *Pobreza, derechos humanos y desigualdad estructural*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-Instituto Electoral del Distrito Federal, 2012, p. 46 y ss.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

trema que permiten determinar aquellas personas que podrían encontrarse afectadas por esta situación en particular. En este sentido, por ejemplo, los PREPDH han señalado que la pobreza extrema es una situación creada, propiciada y perpetuada por acciones y omisiones de los Estados y otros agentes. Al dejar de lado a las personas que vivían en la pobreza extrema, las políticas públicas del pasado han transmitido la pobreza de generación en generación. Las desigualdades estructurales y sistémicas, de orden social, político, económico y cultural, que a menudo no se abordan, profundiza más la pobreza.⁹⁴

69. Además, el derecho de las personas que viven en la pobreza a participar plenamente en la sociedad y en la adopción de decisiones tropieza con una gran cantidad de obstáculos que agravan la situación, obstáculos de tipo económico, social, estructural, jurídico y sistémico.⁹⁵ Por otro lado, aun cuando existen mecanismos participativos, las personas que viven en la pobreza tienen serias dificultades para usarlos o ejercer su influencia a través de ellos por falta de información, una educación escasa o analfabetismo.⁹⁶ Como respuesta a estas situaciones de discriminación estructural, en muchas jurisdicciones, los fallos afectan solo a las partes del litigio o a quienes interponen una demanda, incluso cuando las causas tienen repercusiones más amplias. Esto quiere decir que solo las personas que tengan capacidad o tenacidad para superar todas las barreras de acceso a la justicia podrán beneficiarse de fallos importantes.

70. No obstante, quienes viven en la pobreza suelen sufrir las consecuencias de prácticas extendidas o de medidas gubernamentales de amplio alcance que generan situaciones en las que están en juego los derechos de muchas personas; por ello, en los

⁹⁴ ONU, *Principios Rectores sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos*, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos, 27 de Septiembre de 2012, Resolución 21/11, principio 5.

⁹⁵ ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*, Magdalena Sepúlveda Carmona, 11 de marzo de 2013, A/HRC/23/36, párr. 13.

⁹⁶ ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*, Magdalena Sepúlveda Carmona, 11 de marzo de 2013, A/HRC/23/36, párr. 43.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

sistemas jurídicos en que los tribunales pueden ejercer un control jurisdiccional o emitir fallos *erga omnes*, con capacidad para declarar inconstitucionales ciertas leyes o situaciones, esto puede tener un efecto positivo a la hora de garantizar la justicia a las personas que viven en la pobreza.⁹⁷

71. Así, las personas que sufren pobreza estructural son personas que, en general, transmiten esta situación generacionalmente y de manera histórica, que sus posibilidades de participación política se ven disminuidas y también la negación a servicios básicos; ante las cuales el acceso a la justicia dependerá de que tengan las capacidades para superar la propia condición de pobreza con independencia de que coincidentemente, o no, pertenezcan a grupos históricamente marginados o excluidos.

V. DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL, INDIRECTA Y DE HECHO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

72. La jurisprudencia constante de la Corte IDH ha versado en su gran mayoría y visibilizado la discriminación directa que sufren ciertos grupos de personas dentro de las sociedades. Sin embargo, lo anterior no ha excluido que el Tribunal Interamericano se pronuncie, de manera aislada, en el sentido de establecer que en ciertos contextos se tome en consideración la discriminación estructural, la discriminación de hecho o la discriminación indirecta.

73. En este sentido, en el caso *Gonzáles y otras (“Campo Algodonero”) vs. México* de 2009, en el apartado de reparaciones de la sentencia refiriéndose a la discriminación estructural, el Tribunal expresó que:

450 [...]. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado [...], las reparaciones

⁹⁷ Cfr. ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*, Magdalena Sepúlveda Carmona, *La extrema pobreza y los derechos humanos*, 9 de agosto de 2012, A/67/278, párrs. 83 y 84.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

*deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo sustitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación [...].*⁹⁸ (Énfasis añadido).

74. En el caso de la *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, de 2010, refiriéndose a la discriminación de facto consideró que:

273. En el presente caso está establecido que la situación de extrema y especial vulnerabilidad de los miembros de la Comunidad se debe, inter alia, a la falta de recursos adecuados y efectivos que en los hechos proteja los derechos de los indígenas y no sólo de manera formal; la débil presencia de instituciones estatales obligadas a prestar servicios y bienes a los miembros de la Comunidad, en especial, alimentación, agua, salud y educación [...].

*274. [...] evidencia una discriminación de facto en contra de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek, marginalizados en el goce de los derechos que el Tribunal declara violados en esta Sentencia. Asimismo, se evidencia que el Estado no ha adoptado las medidas positivas necesarias para revertir tal exclusión.*⁹⁹ (Énfasis añadido).

75. En el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, de 2012, el Tribunal expresó respecto a la discriminación estructural que:

92. En lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido [...]. (Énfasis añadido).

⁹⁸ Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 450.

⁹⁹ Corte IDH. *Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párrs. 273 y 274.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

76. En cuanto a las reparaciones el Tribunal Interamericano en dicho caso consideró que:

267. La Corte resalta que algunos actos discriminatorios analizados en capítulos previos se relacionaron con la reproducción de estereotipos que están asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales [...], particularmente en cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia y la aplicación del derecho interno. Por ello, algunas de las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo sustitutivo sino también correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI. (Énfasis añadido).¹⁰⁰

77. Finalmente, en el caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, de 2012, sin pronunciarse sobre la discriminación estructural, consideró sobre la discriminación indirecta y de facto lo siguiente:

235. La Corte estima que una violación del derecho a la igualdad y no discriminación se produce también ante situaciones y casos de discriminación indirecta [...].

237. Por tanto la Corte observa que, en el presente caso, la situación de especial vulnerabilidad de los migrantes haitianos se debió, inter alia, a: i) la falta de medidas preventivas para enfrentar de manera adecuada situaciones relacionadas con el control migratorio en la frontera terrestre con Haití y en consideración de su situación de vulnerabilidad; ii) la violencia desplegada a través del uso ilegítimo y desproporcionado de la fuerza en contra de personas migrantes desarmadas; iii) la falta de investigación con motivo de dicha violencia, la falta de declaraciones y participación de las víctimas en el proceso penal y la impunidad de los hechos; iv) las detenciones y expulsión colectiva sin las debidas garantías; v) la falta de una atención y tratamiento médico adecuado a las víctimas heridas, y vi) el tratamiento denigrante a los cadáveres y la falta de su entrega a los familiares.

238. Todo lo anterior evidencia que, en el presente caso, existió una discriminación de facto en perjuicio de las víctimas del caso por su condición de migrantes, lo cual derivó en una marginalización en el goce de

¹⁰⁰ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 92 y 267.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

*los derechos que la Corte declaró violados en esta Sentencia. Por tanto, la Corte concluye que el Estado no respetó ni garantizó los derechos de los migrantes haitianos sin discriminación, en contravención del artículo 1.1 de la Convención Americana en relación con los artículos 2, 4, 5, 7, 8, 22.9 y 25 de la misma.*¹⁰¹ (Énfasis añadido).

78. Así, la Corte IDH ha evaluado el impacto que tiene la discriminación indirecta en contextos de discriminación *de facto*.¹⁰² De esta forma, la discriminación indirecta (o resultado) se configura cuando las normas y prácticas son aparentemente neutras, pero el resultado de su contenido o aplicación constituyen un impacto desproporcionado en personas o grupos de personas en situación de desventaja histórica justo en razón de esa desventaja; sin que exista una justificación objetiva y razonable, que se materializa con la existencia de factores estructurales y contextuales que deben ser analizados caso por caso.

79. En estos cuatro casos el Tribunal Interamericano ha reconocido la existencia de factores estructurales, indirectos o de hecho en el goce y ejercicio de algunos derechos contemplados en la Convención Americana. En este sentido, el principio de igualdad entendido como prohibición de discriminación es una concepción limitada para algunas situaciones que se basan en discriminaciones indirectas que tienen su fundamento en circunstancias de *facto*; de esta manera resulta necesario entender la no discriminación a la luz de una situación de desventaja que presentan algunos grupos y por lo tanto los pueden someter a condiciones históricas de discriminación, que en ocasiones se encuentran avaladas por la sociedad. Los elementos estructura-

¹⁰¹ Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párrs. 235, 237 y 238.

¹⁰² Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párrs. 235, 237 y 238; *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 92 y 267, y *Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párrs. 273 y 274. En similar sentido: *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 450.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

les y contextuales que se producen por la discriminación indirecta o de hecho, permiten determinar si a la luz del artículo 1.1 de la Convención Americana un grupo determinado de personas está frente a una situación de discriminación estructural.

80. Estos son algunos elementos que deben ser tomados en consideración, a modo enunciativo más no limitativo, para determinar si derivado del contexto o patrones colectivos o masivos estamos frente a una discriminación estructural. En este sentido, los casos mencionados han tenido en consideración que se trata de: i) un grupo o grupos de personas que tienen características inmutables o inmodificables por la propia voluntad de la persona o bien que están relacionados a factores históricos de prácticas discriminatorias, pudiendo ser este grupo de personas minoría o mayoría; ii) que estos grupos se han encontrado en una situación sistemática e histórica de exclusión, marginación o subordinación que les impiden acceder a condiciones básicas de desarrollo humano; iii) que la situación de exclusión, marginación o subordinación se centra en una zona geográfica determinada o bien puede ser generalizada en todo el territorio de un Estado que en algunos casos puede ser intergeneracional, y iv) que las personas pertenecientes a estos grupos, sin importar la intención de la norma, la neutralidad o la mención expresa de alguna distinción o restricción explícita basada en las enunciaciones e interpretaciones del artículo 1.1 de la Convención Americana, son víctimas de discriminación indirecta o bien de discriminación *de facto*, por las actuaciones o aplicación de medidas o acciones implementadas por el Estado.

VI. EL ALCANCE DE LA DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL HISTÓRICA EN EL CASO DE LOS TRABAJADORES DE LA HACIENDA BRASIL VERDE

81. En el presente caso la Corte IDH dio por probado que el comercio de esclavos ha estado históricamente ligado al trabajo forzoso en Brasil.¹⁰³ Sin embargo, a pesar de haberse abolido la es-

¹⁰³ Cfr. Corte IDH. *Caso Trabajadores Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 octubre de 2016, Serie C No. 318, párr. 110.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

clavitud (1888), la pobreza y la concentración de la propiedad de las tierras fueron causas estructurales que provocaron la continuación del trabajo esclavo en Brasil y al no tener tierras propias ni situaciones laborales estables muchos trabajadores en Brasil se sometían a situaciones de explotación aceptando el riesgo de caer en condiciones de trabajo inhumanas y degradantes. Para 2010 la OIT consideró que existían aproximadamente 25.000 personas sometidas a trabajo forzoso en territorio brasileño.¹⁰⁴ Además, quedó probado que la mayor cantidad de víctimas de trabajo esclavo en Brasil son trabajadores originarios de las regiones de los estados que se caracterizan por ser los más pobres, con mayores índices de analfabetismo y de empleo rural (Maranhão, Píauí, Tocantins), entre otros. Los trabajadores de estos estados se dirigen a estos con mayor demanda de trabajo esclavo: Pará, Mato Grosso y Tocantins.¹⁰⁵ Los trabajadores, en su mayoría hombres pobres afrodescendientes o morenos (mulatos) entre 18 y 40 años, son reclutados en sus estados de origen por los “gatos” para trabajar en estados alejados, con la promesa de salarios atractivos.¹⁰⁶

82. En cuanto a la localización geográfica de las haciendas, la Corte IDH consideró que esta localización era por sí misma un elemento que limitaba la libertad de los trabajadores, puesto que muchas veces el acceso a centros urbanos era casi imposible, debido no solo a la distancia sino también a la precariedad de las vías de acceso. De igual modo, debido a su extrema pobreza, su desesperación para trabajar y su situación de vulnerabilidad, aceptan condiciones de trabajo precarias.¹⁰⁷ Respecto a las investigaciones por estos hechos, de acuerdo

¹⁰⁴ Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 octubre de 2016, Serie C No. 318, párr. 111.

¹⁰⁵ Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de octubre de 2016, Serie C No. 318, párr. 112.

¹⁰⁶ Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de octubre de 2016, Serie C No. 318, párr. 113.

¹⁰⁷ Cfr. Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de octubre de 2016, Serie C No. 318, párr. 114.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

con la OIT la impunidad respecto al sometimiento a trabajo esclavo se debe a la articulación de los terratenientes con sectores de los poderes federales, estatales y municipales de Brasil. Muchos terratenientes ejercen dominio e influencia en diferentes instancias del poder nacional, ya sea de forma directa e indirecta.¹⁰⁸ La Hacienda Brasil Verde se encontraba en el estado de Pará.¹⁰⁹

83. La Corte declaró en la sentencia que los trabajadores rescatados de la Hacienda Brasil Verde se encontraban en una situación de servidumbre por deuda y de sometimiento a trabajos forzados y que existían factores que potencializaban su vulnerabilidad.¹¹⁰ El Tribunal también consideró que dados los hechos del presente caso y dadas las características específicas a las que fueron sometidos los 85 trabajadores rescatados en el año 2000, sobrepasaban los extremos de servidumbre por deudas y trabajo forzoso para llegar a cumplir con los elementos más estrictos de la definición de esclavitud establecida por la Corte.¹¹¹

84. El caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil* constituye la primera vez en la que Tribunal Interamericano reconoce la existencia de una *discriminación estructural histórica* dado el contexto en el cual se suscitaron las violaciones de derechos humanos de las 85 víctimas. En este sentido, también constituye el primer caso en donde expresamente la Corte IDH encuentra responsabilidad internacional contra un Estado por perpetuar esta situación estructural histórica de exclusión. En este sentido, en la sentencia se expone que:

¹⁰⁸ Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de octubre de 2016, Serie C No. 318, párr. 115.

¹⁰⁹ Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de octubre de 2016, Serie C No. 318, párr. 128.

¹¹⁰ Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de octubre de 2016, Serie C No. 318, párr. 303.

¹¹¹ Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de octubre de 2016, Serie C No. 318, párr. 304.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

343. En razón de todo lo expuesto, el Tribunal considera que el Estado violó el derecho a no ser sometido a esclavitud y trata de personas, en violación del artículo 6.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1, 3, 5, 7, 11 y 22 del mismo instrumento, en perjuicio de los 85 trabajadores rescatados el 15 de marzo de 2000 en la Hacienda Brasil Verde, listados en el párrafo 206 de la presente Sentencia. Adicionalmente, respecto al señor Antonio Francisco da Silva esa violación ocurrió también en relación con el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ser niño al momento de los hechos. Finalmente, Brasil es responsable por la violación del artículo 6.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, producida en el marco de una situación de discriminación estructural histórica en razón de la posición económica de los 85 trabajadores identificados en el párrafo 206 de la presente Sentencia.

PUNTOS RESOLUTIVOS

4. El Estado es responsable por la violación del artículo 6.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, producida en el marco de una situación de discriminación estructural histórica, en razón de la posición económica de los 85 trabajadores identificados en el párrafo 206 de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 342 y 343 de la presente Sentencia.¹¹² (Énfasis añadido).

85. Si bien la problemática de la existencia de pobreza y la extrema pobreza en la región interamericana incumbe a todos los Estados que forman parte del Sistema Interamericano, para los efectos de análisis del presente caso, es importante resaltar la situación de pobreza —que podría enmarcarse dentro de una pobreza estructural— que originó en primera instancia que los 85 trabajadores sean objeto de trata de personas y que tuvo como consecuencia que las víctimas sean sometidas a trabajo forzoso y servidumbre por deudas. Dos aspectos fundamentales que han concurrido en el presente caso, y que fueron determinantes para configurar la discriminación por situación económica derivada

¹¹² Corte IDH. *Caso de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de octubre de 2016, Serie C No. 318, párr. 343 y punto resolutive 4.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

de la pobreza, fueron: i) concentración del fenómeno de trabajo esclavo en un área geográfica específica y su perpetuación histórica; y ii) la imposibilidad de las 85 víctimas de obtener mediante su trabajo condiciones básicas de desarrollo humano.

86. Es importante aclarar que en muchos casos es probable que no exista una intencionalidad directa de confinar a los miembros de un grupo a los estratos inferiores de la estructura social, ni de colocarlos en situaciones de desventaja sistemática; es probable que ni siquiera sea posible identificar con claridad cuáles, o cuál fue o fueron los factores concretos, las decisiones o las prácticas que contribuyeron para llegar a ese resultado de desventaja sistemática. En este sentido, lo relevante es determinar si existió una afectación a la prohibición de discriminación y si un grupo de personas ha resultado excluido continuamente en ámbitos relevantes e imprescindibles para el desarrollo autónomo de la persona.

87. Derivado del contexto, las 85 víctimas del presente caso, habían sido objeto de trata de personas por la captación y el reclutamiento de trabajadores a través de fraude, engaño y falsas promesas desde las regiones más pobres del país y que esta captación tenía como finalidad la explotación laboral en Brasil.¹¹³

88. En este sentido, teniendo en consideración que en el presente caso se configuró: i) un grupo de personas que requerían protección especial por ser personas trabajadoras que fueron objeto de trata de personas, y que dada su situación de pobreza mediante engaño, alcanzaron el umbral de esclavitud; ii) las personas estaban sometidas a esta práctica histórica y sistemática que los mantuvo en una situación de exclusión y marginación; iii) que si bien este caso se circunscribe en el estado de Pará y en la Hacienda Brasil Verde, también se toma en consideración las miles de víctimas que siguen siendo liberadas por autoridades brasileñas en especial en el sur del estado de Pará; y iv) en el presente caso el fenómeno de esclavitud del cual fueron objeto 85 víctimas fue una discriminación indirecta y *de facto* por

¹¹³ Corte IDH. *Caso de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de octubre de 2016, Serie C No. 318, párr. 305.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

la ineficacia de las prácticas estatales para evitar su prevención y erradicación. El Tribunal Interamericano concluyó que los 85 trabajadores de la Hacienda Brasil Verde fueron víctimas de una discriminación estructural histórica que se presentó dentro del Estado brasileño por el fenómeno de esclavitud en los términos de la Sentencia.¹¹⁴

89. El reconocimiento de la *discriminación estructural histórica* por el fenómeno de trabajo esclavo es de vital importancia, pues no se trata de cualquier tipo de personas quienes eran objeto de la captación por los *gatos*, sino que eran personas con un tipo de perfil específico, en el cual la pobreza en la que vivían era un factor crucial de vulnerabilidad. En los términos de la sentencia, la Corte IDH se pronunció y consideró que:

339. [...] en el presente caso algunas características de particular victimización compartidas por los 85 trabajadores rescatados el 15 de marzo de 2000: [i)]se encontraban en una situación de pobreza, [ii)]provenían de las regiones más pobres del país, [iii)]con menor desarrollo humano y perspectivas de trabajo y empleo, [iv)] eran analfabetas, y [v)] tenían poca o nula escolarización. Lo anterior los colocaba en una situación que los hacía más suscep-

¹¹⁴ También sobre la discriminación estructural histórica se puede tener en consideración que: i) En atención al elevado número de víctimas de esclavitud, trata y servidumbre que continúan siendo liberadas por parte de las autoridades brasileñas y al cambio de perspectiva de esos fenómenos y su ocurrencia “en los últimos eslabones de las cadenas de suministro de una economía globalizada”, es importante que el Estado adopte medidas para desalentar la demanda que alimenta la explotación del trabajo, tanto a través de trabajo forzoso como de servidumbre y esclavitud; ii) Al respecto, en el caso concreto la Corte constató una serie de fallas y negligencia de parte del Estado en el sentido de prevenir la ocurrencia de servidumbre, trata y esclavitud en su territorio con anterioridad a 2000, pero también a partir de la denuncia concreta realizada por los señores Antonio Francisco da Silva y Gonçalo Luiz Furtado, y iii) Desde 1988 se han realizado varias denuncias sobre la existencia de situación análoga a la esclavitud en el estado de Pará, y específicamente en la Hacienda Brasil Verde. Dichas denuncias identificaban un *modus operandi* de reclutamiento y explotación de trabajadores en esa región específica del sur del estado de Pará. Corte IDH. *Caso de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de octubre de 2016, Serie C No. 318, párrs. 318, 319, 326 y 327.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

tibles de ser reclutados mediante falsas promesas y engaños. **Dicha situación de riesgo inmediato para un grupo determinado de personas con características idénticas y originarios de las mismas regiones del país, tiene orígenes históricos y era conocida desde, al menos, 1995**, cuando el Gobierno de Brasil reconoció expresamente la existencia de “trabajo esclavo” en el país.¹¹⁵ (Énfasis añadido).

90. En cuanto a la discriminación estructural para la determinación de la responsabilidad internacional:

338. La Corte estima que el Estado incurre en responsabilidad internacional en aquellos casos en que, habiendo discriminación estructural, no adopta medidas específicas respecto a la situación particular de victimización en que se concreta la vulnerabilidad sobre un círculo de personas individualizadas. La propia victimización de estas demuestra su particular vulnerabilidad, lo que demanda una acción de protección también particular, que en el caso de las personas reclutadas en la Hacienda Brasil Verde se ha omitido.¹¹⁶ (Énfasis añadido).

91. En otras palabras, la existencia de la discriminación estructural, en sí, es una situación reprochable a los Estados por mantener a amplios sectores, o grupos de la población, particularmente en una situación de exclusión social. Sin embargo, ante esta palpable situación de discriminación estructural —como los hechos reconocidos en el presente caso— si un Estado teniendo conocimiento de la existencia de esta problemática dentro de su territorio y respecto de un grupo determinable no toma las medidas suficientes y efectivas para contrarrestar esta situación en concreto, acarrea un situación de mayor vulnerabilidad para las víctimas, en especial por el conocimiento latente de riesgo que presentan; situación, en particular, que puede ser valorada por el Tribunal Interamericano.

¹¹⁵ Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de octubre de 2016, Serie C No. 318, párr. 339.

¹¹⁶ Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de octubre de 2016, Serie C No. 318, párr. 338.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

92. Lo anterior no excluye la obligación del Estado de implementar a nivel interno acciones de carácter general; es muy importante considerar la naturaleza individual y colectiva de los beneficiarios de ciertas obligaciones estatales para garantizar la efectividad de los derechos. En este sentido, las normas que respondan a una situación individual, se conocerán como medidas de igualación positiva; las que compensen una desigualdad grupal, se denominarán acciones de igualación positiva.¹¹⁷

93. En el presente caso, la Corte IDH consideró que al momento de los hechos, las acciones generales para combatir el fenómeno de trabajo esclavo —pues ya se sabía de la existencia de la problemática del trabajo esclavo en Brasil— que se habían implementado desde 1995 al 2000 no habían sido suficientes y efectivas; en adición a lo anterior, el Tribunal Interamericano al referirse a la expresión “*no adopta medidas específicas respecto a la situación particular*”, lo hace en el sentido de que, con independencia de las acciones generales implementadas, cuando sea identificable un sector específico del grupo (por ejemplo, geográficamente) el Estado debe implementar medidas adicionales a las acciones generales para revertir esa situación que requiere la actuación prioritaria de la estructura estatal.

94. Con independencia de lo anterior, este aspecto resulta de fundamental importancia y relevancia, pues las discriminaciones estructurales tienen un componente de continuidad histórica que se perpetúa de manera sistemática en las sociedades actuales; y que, además, en la doctrina y en la jurisprudencia no había sido consolidada como un aspecto fundamental de la discriminación que sufren algunos grupos que han sido excluidos y marginados.

95. De esta manera, lo que la Corte IDH consolida, al reconocer la existencia de este tipo de discriminaciones de naturaleza histórica, es que la prohibición de discriminación persigue como finalidad la de evitar la materialización de grupos que se encuentren sometidos, excluidos o marginalizados que deriven de consecuencias sociales, económicas o políticas o medidas pú-

¹¹⁷ Cfr. Giménez Glück, David, *El juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004, pp. 311-312 y ss.

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

blicas. Por otro lado, la discriminación estructural histórica que presentan los individuos en los hechos no se vincula con la irrazonabilidad o arbitrariedad de un criterio expresado dentro de la norma o los efectos directos en un caso en concreto.

96. Por el contrario, la ineficacia, la incapacidad y la aplicación deficiente de acciones generales para prevenir la discriminación a nivel interno de un Estado pueden llegar a producir y perpetuar, por años, la existencia de discriminación para ciertos grupos desventajados; como lo son las personas sometidas a trabajo esclavo que dadas sus condiciones de pobreza resultan un especial foco de vulnerabilidad brasileña, a la luz del artículo 6.1 de la Convención Americana en relación del artículo 1.1 del mismo instrumento.¹¹⁸

VII. CONCLUSIONES

97. Como se ha tratado de exponer en el presente voto, a diferencia de los Sistemas Europeo y Africano de Derechos Humanos, los Sistemas Universal e Interamericano muestran una tendencia a considerar que las personas que se encuentran en situación

¹¹⁸ Es de resaltar, en este caso, que la Corte IDH no determinó *medidas de no repetición* como parte de las reparaciones, al considerar que a partir del año 1995 el Estado brasileño ha redoblado esfuerzos para evitar la perpetuación de la situación de captación de personas pobres que son sometidas a trabajo esclavo, acción que la Corte IDH valoró positivamente; con independencia de lo anterior, y sin demeritar los esfuerzos que hasta ahora han sido implementados, la Corte IDH *instó* al Estado a continuar incrementando la eficacia de sus políticas y la interacción entre los varios órganos vinculados al combate de la esclavitud en Brasil, *sin permitir ninguna regresión en la materia*. En este sentido, el mandato de no regresividad, implica que si bien no se dictaron acciones y medidas adicionales a las implementadas por ser suficientes a criterio del Tribunal Interamericano, la garantía de no repetición no se agota únicamente con la existencia de acciones, medidas, normas y políticas públicas sino que toda esa gama de mecanismos se hagan efectivos y se materialicen en la realidad y, por ende, no permitan la existencia nuevamente de situaciones de discriminación como las que se presentaron en la Sentencia. *Cfr.* Corte IDH. *Caso de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 octubre de 2016, Serie C No. 318, párr. 470.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

de pobreza constituyen un grupo en situación de vulnerabilidad diferenciado de los grupos tradicionalmente identificados; dicha condición se reconoce como categoría de especial protección y parte de la prohibición de discriminación por “posición económica” contemplada de manera expresa en el artículo 1.1 de la Convención Americana.

98. En el presente caso, la situación de especial vulnerabilidad por la posición de pobreza que presentaban los 85 trabajadores, los orilló a que fueran víctimas de trata de personas debido al *modus operandi* existente en la zona del estado de Pará; y también considerando otras características similares, los hacían propensos a que aceptaran, mediante engaños, ofertas laborales en la Hacienda Brasil Verde, que se materializaron en formas de trabajo esclavo. Esta situación particular, no se enmarca de forma aislada, sino que como quedó explicitado en la sentencia, tiene antecedentes históricos y que se habían perpetuado hacia sectores específicos de la población y determinadas zonas geográficas con posterioridad a 1995, fecha en que Brasil reconoció expresamente la existencia de “trabajo esclavo” en el país. De allí que conjuntamente se analizara la posición de pobreza como el factor estructural determinante para seguir perpetuando históricamente el trabajo esclavo en Brasil.

99. Como se expresa en la sentencia, la pobreza “es el principal factor de la esclavitud contemporánea en Brasil, por aumentar la vulnerabilidad de significativa parte de la población, haciéndoles presa fácil de los reclutadores para trabajo esclavo”.¹¹⁹ La pobreza, en el caso *sub judice*, no se enmarca como un fenómeno sino como una afectación de especial vulnerabilidad en donde la situación de exclusión y marginación, aunado a la denegación estructural y sistémica (con antecedentes históricos para el caso particular), tuvieron una afectación en los 85 trabajadores rescatados de la Hacienda Brasil Verde.

¹¹⁹ Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de octubre de 2016, Serie C No. 318, párr. 340. Cfr. OIT – Brasil. *Combatendo o trabalho Escravo Contemporâneo: o exemplo do Brasil*, 2010, pág. 2010 (expediente de prueba, folio 8529).

Sobre la “discriminación estructural histórica”...

100. No puede pasar inadvertido para un juez interamericano que la esclavitud, en sus formas análogas y contemporáneas, tiene un origen y consecuencia en la pobreza, la inequidad y la exclusión social, repercutiendo en las democracias sustantivas de los países de la región. De este modo, el análisis de la experiencia interamericana de protección de derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales) demanda que sean consideradas las peculiaridades de la región, ya que América Latina es la región con el más alto grado de desigualdad en el mundo.¹²⁰ En ese sentido, los Estados en la región deben ser consecuentes con lo que proclama la *Carta Social de las Américas* (2012)¹²¹ y su *Plan de Acción* (2015),¹²² para procurar y lograr progresivamente la realización plena de la *justicia social* en nuestro continente.

¹²⁰ Cfr. Piovesan, Flávia, “Protección de los derechos sociales: retos de un *Ius Commune* para Sudamérica”, en Bogdandy, Armin von, Fix-Fierro, Héctor, Morales Antoniazzi, Mariela, y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales: Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, UNAM/IIJ-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Max Planck-Institute für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2011, pp. 339-380, en p. 369.

¹²¹ *Carta Social de las Américas*, aprobada por la Asamblea General de la OEA el 4 de junio del 2012, OEA/Ser.P/AG/doc5242/12rev.2, Cochabamba, Bolivia. En el preámbulo de dicha Carta se establece: “considerando que la Carta de la Organización de los Estados Americanos establece entre sus propósitos esenciales erradicar la pobreza crítica [y] reafirmando la determinación y el compromiso de los Estados Miembros de combatir de forma urgente los graves problemas de la pobreza, la exclusión social y la inequidad que afectan en distinta medida a los países del Hemisferio; de enfrentar sus causas y sus consecuencias; y de crear condiciones más favorables para el desarrollo económico y social con equidad para promover sociedades más justa [...]”.

¹²² *Plan de Acción de la Carta Social de las Américas*, aprobado por el Consejo Permanente en la sesión conjunta celebrada el 11 de febrero de 2015, ad referendum del cuadragésimo quinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, OEA/Ser.G CP/doc.5097/15, Washington D.C., Estados Unidos.

Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas y afrodescendientes en América Latina: Conceptualización y tipología de un diálogo interamericano*

Manuel Eduardo Góngora-Mera**

SUMARIO: 1. Introducción: Concepto de diálogo en los sistemas de derechos humanos. 2. Una tipología de diálogos en el sistema interamericano. 3. Discriminación estructural en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. 4. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN: CONCEPTO DE DIÁLOGO EN LOS SISTEMAS DE DERECHOS HUMANOS

Bajo el flamante rótulo de “diálogos”, la doctrina contemporánea está abordando las nuevas formas de interacción entre jueces nacionales y regionales, especialmente en Europa y América Latina.¹ Pese al uso impreciso e inflacionario del término, y a los

* Este artículo fue publicado originalmente en portugués en la Revista *Quaestio Iuris*, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ.

** Investigador posdoctoral del *Lateinamerika-Institut (Freie Universität Berlin)*. Abogado y magister en Derecho Económico (*Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá*). Magister en Economía Internacional y Política de Desarrollo (*Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg*) y doctor *summa cum laude* en Derecho Público (*Humboldt-Universität zu Berlin*).

¹ Cfr. Burgorgue-Larsen, Laurence (2013), “De la internacionalización del diálogo entre los jueces”, en Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flávia; Mora-

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

distintos adjetivos que lo acompañan –“(trans)judiciales”,²“(inter)jurisdiccionales”,³ “constitucionales”,⁴ “jurisprudenciales”,⁵

les Antoniazzi, Mariela (coord.): *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, São Paulo/Rio de Janeiro: Elsevier, pp. 231-264.

² Cfr. v. gr. McCrudden, Christopher (2000): “A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 20, 499–532; Nogueira Alcalá, Humberto (coord) (2012): *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Santiago de Chile: Librotecnia – Cecoch.

³ Cfr. v. gr. Bustos Gisbert, Rafael (2008): “Diálogos jurisdiccionales en escenarios de pluralismo constitucional: la protección de los derechos en Europa”, en: *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional - Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, vol. IX, pp. 753-775.

⁴ Cfr. v. gr. Niembro Ortega, Roberto (2013): “Sobre la legitimidad democrática del diálogo entre jueces nacionales e internacionales tratándose de derechos fundamentales”, en: Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flávia; Morales Antoniazzi, Mariela (coord.): *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, São Paulo/Rio de Janeiro: Elsevier, pp. 112-140.

⁵ Aquí se prefiere la denominación “diálogos jurisprudenciales”, ya que este estudio se restringe a la interacción entre altas cortes con funciones de control constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno a criterios jurisprudenciales y estándares decisoriales sobre temas sustantivos de derechos humanos. La expresión “diálogos judiciales” permite incluir a todos los jueces nacionales dentro del universo de cortes estudiadas, así como a participantes en el proceso judicial (ONGs transnacionales de derechos humanos, litigantes estratégicos, amicus curiae, etc.), por lo que resulta más apropiada para el estudio del control de convencionalidad. La expresión “diálogos jurisdiccionales” engloba interacciones entre jurisdicciones nacionales y regionales (o entre sistemas regionales), por lo que incluye a todas las instituciones de la jurisdicción nacional que pueden potencialmente hacer parte de comunicaciones con el sistema regional (v.gr. a través de recomendaciones, medidas cautelares y sentencias de la Comisión y la Corte Interamericana), como por ejemplo, el Congreso o autoridades gubernamentales; por ello se emplea con frecuencia en estudios relacionados con fenómenos de supranacionalidad y coordinación multinivel en el marco de procesos de integración. La expresión “diálogos constitucionales” incluiría adicionalmente a todos los actores que participan en el proceso de deliberación pública sobre temas de derechos humanos (opinión pública, medios masivos, academia, doctrina, etc.), por lo que resulta más apropiada para analizar temáticas relacionadas con teorías de la democracia en el marco de sociedades abiertas de intérpretes.

Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas...

etc.— lo cierto es que ha visibilizado algunas dinámicas transnacionales y tendencias jurisprudenciales en situaciones de pluralismo constitucional, por ejemplo, interacciones entre tribunales nacionales y regionales en el marco de sistemas regionales de derechos humanos y de sistemas de integración supranacional como la Unión Europea. En efecto, desde los años ochenta, diversos estudios jurídicos sobre derecho europeo han venido constatando un flujo de ideas constitucionales entre los países de la Unión Europea⁶ y una tendencia creciente de citación de jurisprudencia extranjera con autoridad persuasiva en jurisdicciones nacionales y regionales.⁷ Tendencias similares se han observado en el sistema interamericano. Desde la década de los noventa, los tribunales constitucionales de los países miembros del sistema que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o Corte Interamericana) han venido incorporando en sus decisiones algunos estándares normativos desarrollados por la Corte Interamericana.⁸ Adicionalmente, en la jurisprudencia constitucional reciente de algunos países latinoamericanos es posible detectar una variedad de referencias a fallos de cortes de otros países de la región. El fenómeno en sí mismo no es nuevo. Las referencias a cortes no nacionales son frecuentes en la jurisprudencia constitucional de varios países desde larga data: hace parte de la práctica histórica de tribunales centenarios como la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, la Corte Suprema de Justicia de México o el Supremo Tribunal Federal de Brasil efectuar referencias a decisiones de la Corte

⁶ Cf. v.gr. Weiler, J.H.H. (1991): “The Transformation of Europe”, 100 *Yale Law Journal* 2403-2483.

⁷ Cf. v.gr. Glenn, H. Patrick (1987): “Persuasive Authority”, 32 *McGill Law Journal*, 261-299.

⁸ Cfr. Bazán, Víctor (2011): “Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales Latinoamericanos: El control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico”, en: *Revista de Derecho Público* 127, pp. 7-30; Piovesan, Flávia (2012): “Derechos humanos y diálogo entre jurisdicciones en el contexto latinoamericano”, en: Bogdandy, Armin von *et al.* (coord.): *La tutela jurisdiccional de los derechos: Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, pp. 349-373.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Suprema de los Estados Unidos, el Tribunal Constitucional Español o el Tribunal Constitucional Federal Alemán, por mencionar unos pocos ejemplos. Lo realmente novedoso aquí es la función que cumplen estas referencias: las citas a cortes no nacionales generalmente hacían parte de un ejercicio de derecho comparado en el que los estándares normativos desarrollados por cortes extranjeras eran percibidos como modelos a imitar por su sofisticación teórica o argumentativa, y se legitimaban en la autoridad persuasiva derivada del reconocimiento internacional de la corte extranjera como institución misma. En contraste, las citas a la jurisprudencia de cortes de países vecinos durante la última década no se sustentan necesariamente en la autoridad o reconocimiento internacional de la corte referenciada, sino que en muchos casos pretenden explorar cómo ha sido resuelto un problema jurídico común en el marco del sistema regional de derechos humanos. Por otra parte, la Corte Interamericana generalmente no se percibe a nivel nacional como una corte “extranjera”,⁹ sino que se le concede a su jurisprudencia una autoridad con una relevancia diferenciada, que debería ser reconocida al menos como un precedente persuasivo para el Estado por su sola pertenencia al Sistema Interamericano, y que no puede ser desconocida sin justificación adecuada. Recíprocamente, la Corte Interamericana –sin estar obligada por ninguna normativa interamericana– ha mostrado una creciente deferencia judicial al considerar en sus fallos algunos estándares normativos desarrollados por cortes nacionales del Sistema Interamericano. De este modo, las citas entre estas cortes no son solamente el producto de un ejercicio comparativo en el que el juez busca “inspiración” en los precedentes de otras cortes, como lo sugiere Vergottini (quien considera que por esta misma razón el concepto de “diálogo” es sólo un mito creado por la literatura jurídica contemporánea),¹⁰ sino que implican una genuina interacción entre las cortes, derivada en cierta medida de su pertenencia a una comunidad jurídica de derechos

⁹ El caso venezolano es la excepción que confirma la regla.

¹⁰ Cfr. Vergottini, Giuseppe de (2010): *Más allá del diálogo entre Tribunales: Comparación y relación entre jurisdicciones*, Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.

Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas...

que se ha involucrado en la configuración de un sistema de control difuso de convencionalidad.¹¹

Precisamente para evitar imprecisiones conceptuales habría que hacer algunas aclaraciones de partida. Primero, es conveniente distinguir entre un concepto de “diálogo” en sentido amplio y en sentido estricto. El concepto de diálogo en sentido amplio se ha aplicado a una gran variedad de citaciones de jurisprudencia de cortes no nacionales como ejercicio de derecho comparado, por lo que el universo de cortes que pueden ser analizadas es global. Bajo este marco conceptual se han estudiado, por ejemplo, referencias entre cortes regionales (*v.gr.* entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos).¹² El concepto de diálogo en sentido estricto, que es el que se adopta en este estudio, se emplea como metáfora de análisis de formas de interacción transnacional entre jueces en situaciones de pluralismo constitucional, en las que los jueces pertenecen a una misma comunidad de derecho e interpretan normas comunes y no hay una última instancia que centralice jerárquicamente la solución de controversias, sino tantos centros como jurisdicciones involucradas.

En el caso del Sistema Interamericano de derechos humanos, el concepto de diálogo en sentido estricto se fundamenta en los principios de interpretación conforme, *pro homine* y el principio de interacción¹³ entre las cortes involucradas sobre la base de nor-

¹¹ Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.) (2012): *El control difuso de convencionalidad: Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política.

¹² Cfr. *v. gr.* García Roca, Javier *et al.* (coord.) 2012: *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Madrid: Civitas/Aranzadi.

¹³ Según el principio de interacción (o retroalimentación recíproca), todo juez (nacional o internacional) que interprete derechos humanos debe considerar tanto el derecho nacional como el derecho internacional válidamente incorporado al orden jurídico respectivo; por lo tanto, el juez no puede conformarse con estándares mínimos fijados en su respectiva jurisdicción, sino que debe aplicar el estándar más favorable a la persona, sea éste de fuente interna o internacional. Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto (2003): “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

mas comunes con el propósito de resolver problemas jurídicos similares. Estos principios son reforzados por la doctrina interamericana del control de convencionalidad (ya que los jueces nacionales deben verificar la compatibilidad entre las normas jurídicas susceptibles de aplicarse en un caso concreto y la Convención Americana de Derechos Humanos, incluyendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana), y en algunos países, por la doctrina del bloque de constitucionalidad (que equipara a los tratados de derechos humanos con la Constitución como parámetros de constitucionalidad). En este sentido, diálogo se define como la interacción transnacional entre jueces que pertenecen a un sistema judicial regional, en torno a criterios jurisprudenciales y estándares decisionales sobre temas sustantivos de derechos humanos y obligaciones correlativas estatales. Por ello, no toda citación de la jurisprudencia de otra corte puede calificarse como “diálogo” en sentido estricto. Para ilustración: la cita que efectúa el Supremo Tribunal Federal de Brasil al Tribunal Constitucional Federal de Alemania en el *habeas corpus* 96.759/CE, de febrero 28 de 2012, no es propiamente una “interacción” entre estas cortes, sino un “monólogo”, una referencia de derecho comparado que sirve a la corte brasileña para reforzar su decisión en el caso concreto en razón al prestigio internacional de la jurisprudencia alemana. En contraste, en sentencia de junio 17 de 2009,¹⁴ el Supremo Tribunal Federal brasileño adoptó y aplicó el estándar interamericano sobre la colegiación obligatoria de periodistas¹⁵ para declarar la inconstitucionalidad de la exigencia legal del diploma para trabajar en los medios de comunicación por tratarse de una restricción ilegítima a la libertad de expresión. En este caso, el Supremo Tribunal Federal implícitamente se reconoce a sí mismo como parte activa del sistema regional de derechos, independientemente del poder vinculante o persuasivo que reconozca internamente a las sentencias interamericanas en general y a las resoluciones

internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y jurisprudencia”, 9 *Ius et Praxis* (Talca), 1, 403-466.

¹⁴ Cfr. Supremo Tribunal Federal de Brasil. Recurso Extraordinario N° 511.961-1/SP - São Paulo, junio 17 de 2009.

¹⁵ Cfr. Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85, noviembre 13 de 1985. Serie A No. 5.

Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas...

directas de la Corte Interamericana contra Brasil en casos concretos. Interacciones similares sobre este mismo estándar interamericano se pueden observar en el expediente 0027-2005-PI/TC, 20.02.2006 del Tribunal Constitucional del Perú, donde se cita jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre colegiación obligatoria de periodistas (Sentencia C-087 de 1998) y la opinión consultiva OC-5/85 de la Corte Interamericana.

Esto a su vez conduce a una segunda distinción conceptual: no toda referencia a la Corte Interamericana implica una “interacción” con la corte regional. Hay referencias a la Corte Interamericana en la jurisprudencia constitucional local que solo discuten el valor jurídico de las normas interamericanas y expanden o limitan la efectividad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a nivel interno. Estas referencias pueden constituirse en el punto de partida para diálogos futuros con la Corte Interamericana sobre el contenido de derechos y obligaciones, en la medida que reconozcan cierta autoridad persuasiva o vinculante a los estándares judiciales interamericanos, pero no necesariamente involucran la adopción o adaptación de un estándar normativo sobre derechos, sino que más bien cumplen la función de acoplar la jurisprudencia local al Sistema Interamericano.¹⁶ Del mismo modo, algunas veces la Corte Interamericana cita jurisprudencia de una corte nacional con el objetivo de reforzar el poder normativo de sus decisiones a nivel interno, sin que en estricto sentido se desarrolle un “diálogo” entre esas cortes sobre algún tema sustantivo o procesal de derechos humanos. Es el caso de las citas de la Corte Interamericana a la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre el concepto de *ratio decidendi* en las sentencias de supervisión de cumplimiento de los casos *García Asto y Ramírez Rojas* (2007)¹⁷

¹⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina: *Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo*, 07.07.1992, Fallos: 315:1492; Tribunal Constitucional de Bolivia: Sentencia Constitucional 0663/2004-R, mayo 5 de 2004; Sala Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador: Sentencia de abril 1 de 2004, I52-2003AC (52-2003/56-2003/57-2003); Corte Suprema de la República Dominicana: Sentencia de febrero 24 de 1999.

¹⁷ Corte IDH. Caso *García Asto y Ramírez Rojas v. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 julio de 2007, considerando 17.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

y *Cinco Pensionistas* (2009)¹⁸ o las citas que hace a decisiones judiciales peruanas, bolivianas y colombianas¹⁹ en la sentencia de supervisión de cumplimiento del caso *Bámaca Velásquez* (2010),²⁰ para inferir que no es necesario que la Corte Interamericana emita una orden específica para que las autoridades internas implementen investigaciones judiciales respecto a graves violaciones de derechos humanos.

Una aclaración final tiene que ver con los resultados del diálogo. Para algunas teorías del diálogo, el consenso (entendido como acuerdo colectivo que se logra por mayoría o unanimidad) es esencial al diálogo; sin embargo, esto podría reducir el fenómeno a una cuestión numérica²¹ e imponer como finalidad la homogenización absoluta. En contraste, la noción empleada aquí se conecta filosóficamente con las teorías de la democracia deliberativa y hace hincapié en el elemento discursivo; es decir, pone el acento en la inclusión de las partes y la deliberación en la búsqueda de la mejor argumentación posible a la luz del principio *pro homine*. En este sentido, el consenso es solo uno de los resultados posibles. Para el caso de los diálogos judiciales en el Sistema Interamericano, no se trata de una total homogenización interpretativa; las interacciones entre cortes pueden generar convergencias interpretativas (es decir, una confluencia de interpretaciones similares o mutuamente compatibles), pero también divergencias y conflictos, debido precisamente al carácter policéntrico de los diálogos en el sistema y a la ambigüedad misma del razonamiento jurídico, en el que “la mejor argumentación

¹⁸ Corte IDH. Caso *Cinco Pensionistas v. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de noviembre 24, 2009, considerando 34.

¹⁹ Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia de 16 de julio de 2008 (Exp. N° 03938-2007-PA/TC Lima); Sala Penal Segunda de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Bolivia, Sentencia de 2 de junio de 2010; Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia de 17 de septiembre de 2008 (Recurso de Revisión).

²⁰ Corte IDH. Caso *Bámaca Velásquez v. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de noviembre 18, 2010.

²¹ En esta línea, *cfr.* v.gr. la crítica de Young, Ernest (2005): “Comment, Foreign Law and the Denominator Problem”, 119 *Harvard Law Review* 148.

Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas...

posible” es “la más operativa” por el momento, pero no necesariamente es “la única correcta”.²² De hecho, sería inapropiado suponer que la recepción de idénticos estándares normativos debe conducir inevitablemente a su idéntica aplicación por los operadores jurídicos en ambas jurisdicciones,²³ ya que las coyunturas sociales y las sensibilidades políticas varían localmente y existen estándares normativos a los que se les reconoce cierto margen de apreciación doméstico. Por eso es importante tener presente que los diálogos entre cortes nacionales o entre una corte nacional y la Corte Interamericana tienen el potencial de generar acercamientos interpretativos, pero también pueden evidenciar distanciamientos interpretativos entre órdenes constitucionales. En consecuencia, resulta útil analizar los eventos en que un estándar interamericano es invocado en votos disidentes o separados, ya que es justamente a través de estas posturas donde se puede ver reflejada la deliberación local sobre la aplicabilidad de estándares interamericanos en casos domésticos, contrastar los diferentes resultados jurídico-normativos que se obtienen al desestimarlos, y evaluar los riesgos de fragmentación interpretativa (o incluso institucional)²⁴ del sistema en conjunto.

Más aún, los diálogos no son el mecanismo exclusivo para lograr convergencias interpretativas. Es posible concebir fenómenos de convergencia sin que haya interacción entre las cortes. Por ejemplo, el monólogo (citación unilateral de estándares) y la convergencia paralela, que consiste en la recepción de idénticos estándares normativos extraregionales de una forma más o menos simultánea e independiente en las decisiones de

²² Cfr. Aarnio, Aulis (1990): “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *Doxa* 8, 23-38.

²³ Por ejemplo, Claudia Escobar expone en detalle cómo a pesar de la amplia recepción de estándares jurisprudenciales de la Corte Constitucional de Colombia en Ecuador en materia de estados de excepción no se ha producido una aplicación idéntica por parte de la Corte Constitucional ecuatoriana. Cfr. Escobar-García Claudia (2012): “¿Constitucionalismo global? Vicisitudes y contingencias del proceso a partir de algunas experiencias en América Latina”, *26 Dikaion*, 21, 1, 79-118.

²⁴ Por ejemplo, la divergencia interpretativa relativa a la pena de muerte motivó a Trinidad y Tobago a denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1998.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

diversos tribunales del sistema. En el caso del Sistema Interamericano se han producido convergencias paralelas debido a la recepción de estándares extrarregionales como la Convención 169 de la OIT (v.gr. casos *Yakye Axa* y *Moiwana*), la Convención sobre los Derechos del Niño (v.gr. casos *Villagrán Morales*²⁵ y *Gómez Paquiyauri*)²⁶ y las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (v.gr. caso *Tibi*).²⁷ El que se produzca convergencia de interpretaciones sin que haya interacción entre las cortes ocurre básicamente debido a la naturaleza multinivel del Sistema Interamericano, que integra como propios el nivel nacional de protección de derechos humanos, así como los estándares normativos de aplicación universal del sistema de las Naciones Unidas.²⁸

2. UNA TIPOLOGÍA DE DIÁLOGOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

En la doctrina se han propuesto diversas tipologías de diálogos, según las funciones que estos cumplen, los órdenes jurídicos de las cortes que intervienen, el grado de reciprocidad manifestado por las cortes involucradas, o el alcance de los diálogos. Tomando esencialmente como caso de estudio el Sistema Europeo, Slaughter²⁹ ha propuesto una tipología de comunicaciones transjudiciales que distingue tres formas de comunicación:

²⁵ Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) v. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

²⁶ Corte IDH. Caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri* v. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.

²⁷ Corte IDH. Caso *Tibi* v. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

²⁸ Cfr. en detalle: Góngora-Mera, Manuel Eduardo (2013): “Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales”, en: Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flávia; Morales Antoniazzi, Mariela (coord.): *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, São Paulo/Rio de Janeiro: Elsevier, pp. 312-313 y 327-329.

²⁹ Slaughter, Anne-Marie. (1994): “The Typology of Transjudicial Communication”, 29 *University of Richmond Law Review*, 99-137.

Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas...

Horizontal: comunicaciones que tienen lugar entre cortes del mismo rango, sea nacional o regional; por ejemplo, entre las cortes constitucionales europeas.

Vertical: comunicaciones entre cortes de distinto rango; por ejemplo, entre la Corte Europea de Derechos Humanos y las cortes constitucionales europeas, y

Mixta: comunicaciones que combinan relaciones horizontales y verticales; por ejemplo, la adopción del *test* de proporcionalidad desarrollado por el Tribunal Constitucional alemán por parte de la Corte Europea de Derechos Humanos, que a su vez fue adoptado por otras cortes constitucionales del sistema regional de derechos humanos.

Esta tipología resulta útil para examinar el Sistema Interamericano. Sin embargo, es importante mencionar que la doctrina suele centrar su atención en las comunicaciones verticales; esto es, en aquellas que se producen entre tribunales nacionales y tribunales internacionales con jurisdicción derivada del derecho internacional de los derechos humanos o de un derecho supranacional.³⁰ El problema es que el vocablo “vertical” puede sugerir una relación jerárquica o de subordinación, que a su vez podría interpretarse como una versión monista internacionalista de relacionamiento entre el nivel nacional y el interamericano, en el que el juez interamericano operaría como una cuarta instancia. Por eso parece más apropiado usar la terminología del modelo coevolutivo de relacionamiento entre las cortes nacionales y la Corte Interamericana.³¹ Bajo este modelo, el diálogo se caracteriza por relaciones no jerárquicas de respeto mutuo, basadas en la interdependencia y reciprocidad entre cortes nacionales y la corte regional, en la que esta última asume un papel de *primus*

³⁰ Cfr. v. gr. Slaughter, Anne-Marie (1994): “The Typology of Transjudicial Communication”, 29 *University of Richmond Law Review*, pp. 99-137; Nogueira Alcalá, Humberto (2011): “El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno”, en: *Estudios Constitucionales* 9, 2, pp. 17-76.

³¹ Cfr. Góngora-Mera, Manuel Eduardo (2011): *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, San José (CR): Inter-American Institute of Human Rights, pp. 225-232.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

inter pares. Así, resulta más significativo emplear una tipología que distinga el alcance y efectos del diálogo; esto es, si se trata solamente de una interacción bilateral con efectos limitados a las partes involucradas, o si genera una respuesta multilateral que pueda considerarse como una deliberación de alcance regional con efectos convergentes o divergentes predicables frente al conjunto. En este sentido se distingue entre diálogos directos y diálogos policéntricos.

El diálogo directo es toda interacción entre dos cortes de un sistema regional, en la que la comunicación iniciada por una corte es respondida por la otra.³² En el Sistema Interamericano, estas interacciones se han desarrollado progresivamente como producto del enfoque de relacionamiento directo de la Corte Interamericana con instituciones nacionales singularizadas, especialmente a través de órdenes de reparación y del mecanismo de supervisión de cumplimiento de sentencias. En tales eventos, la interacción se produce porque ya hay de por medio una sentencia de fondo y reparaciones en contra de un Estado en la que los jueces nacionales pueden tener un papel, como declarar la inconstitucionalidad de una norma interna que viola la Convención Americana, facilitar la apertura de una investigación judicial, o efectuar un cambio de jurisprudencia. En estos casos, el diálogo directo usualmente se relaciona con la implementación de la sentencia específica a nivel interno.³³

³² Un caso de *Lehrbuch* que ilustra muy bien cómo operan estos diálogos directos es el que he analizado en un texto sobre interacciones entre la Corte Interamericana y la Corte Constitucional colombiana en relación con el derecho de las víctimas. Cfr. Góngora Mera, Manuel Eduardo (2010): “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: Una visión co-evolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, en: Bogdandy, Armin von; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela (eds.): *La Justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* vol. II, México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 403-430.

³³ Cfr. v.gr. Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, noviembre 18, 2010, párr. 14; y Corte Suprema de Justicia de Chile. Sentencia de diciembre 3, 2008.

Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas...

Por su parte, los diálogos policéntricos se definen como interacciones entre diferentes cortes del sistema sobre el alcance o contenido de derechos humanos y obligaciones correlativas estatales, a través de las cuales se diseminan estándares normativos entre el nivel nacional y el interamericano o de un sistema jurídico nacional a otro. La prevalencia no está preestablecida por la naturaleza de la corte que interpreta sino que se define, según el alcance de la interpretación, y por tanto, todas estas cortes son potenciales fuentes de estándares normativos que terminen imponiéndose en el sistema en conjunto al ofrecer una protección más amplia de los derechos humanos. Si bien estos diálogos pueden surgir a partir de un diálogo directo entre la Corte Interamericana y una corte nacional cuando otros tribunales se pronuncian sobre el mismo problema jurídico, no se requiere necesariamente una resolución de la Corte Interamericana contra el país o los países respectivos que discuten el estándar.

Los diálogos policéntricos son un reflejo de contextos socio-políticos similares en la región que terminan siendo del conocimiento de los jueces constitucionales y la Corte Interamericana. En el Sistema Interamericano se han producido este tipo de diálogos en una gran variedad de temas, como la legislación antiterrorista y la jurisdicción militar, la desaparición forzada, los límites de la cosa juzgada, la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, las autoamnistías, la pena de muerte, la adecuada tipificación penal, el debido proceso, los derechos políticos, la libertad de expresión, y los derechos de sujetos específicos como la mujer, las víctimas, la población carcelaria y los migrantes. Este estudio se detiene en particular en los diálogos policéntricos sobre los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes, concretamente en el ámbito de la protección contra una problemática generalizada en la región como la discriminación estructural, y sus efectos en términos de desigualdades.

3. DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

La discriminación racial estructural está relacionada con patrones de conducta, actitudes y normas, al interior de instituciones

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

sociales, que afectan específicamente a ciertos individuos o grupos de individuos relacionados por adscripciones raciales, de color, ascendencia, o su origen étnico o nacional en el goce de derechos y oportunidades que están al alcance de la población dominante.³⁴ Esta discriminación no tiene que ser necesariamente intencional, puede producirse de manera abierta o velada, y su resultado es la marginalización y exclusión social de estos individuos o grupos, produciendo un estado de desigualdad estructural entre grupos sociales, diferenciados por criterios etno-raciales en términos de sus roles, garantías y oportunidades.

Estas desigualdades no son meramente producto de desventajas históricamente acumuladas sino de patrones de conducta y normas contemporáneas que configuran desventajas estructurales contra ciertos grupos y que pueden llegar a amenazar su existencia misma. Indicadores significativos a este respecto son, entre otros: 1) el estado de miseria y extrema pobreza de ciertos grupos etno-raciales al interior de un país; 2) su particular indefensión y victimización en contextos de violencia, en parte debido a patrones de impunidad sistemática derivados de barreras socioeconómicas y culturales para acceder a la justicia y a la falta de efectividad de las medidas de protección que se adoptan; 3) la criminalización de sus protestas así como la persecución y hostigamiento de sus líderes; y 4) el impacto diferenciado en materia de costos ambientales frente a proyectos de inversión de interés general como la explotación minera, petrolera y maderera, agroindustrias, y megaproyectos energéticos y de infraestructura (v.gr. impactos negativos en términos sanitarios y nutricionales; destrucción y contaminación de su ambiente tradicional; agotamiento de los recursos para su subsistencia física y cultural; desorganización de los roles sociales tradicionales).

Diversas expresiones de discriminación racial estructural pueden observarse, con mayor o menor intensidad, en casi to-

³⁴ Cfr. al respecto: Grupo de Trabajo Intergubernamental sobre la aplicación efectiva de la Declaración y el Programa de Acción de Durban (2010): “*Thematic discussion on structural discrimination: definitions, approaches and trends*”, Declaración del Relator Especial sobre formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Ginebra, octubre 11-22 de 2010.

Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas...

dos los países de América Latina, y aquejan especialmente a los pueblos indígenas y afrodescendientes, como lo evidencian diversos conflictos sociales a lo largo de la región. En Argentina, el pueblo Quom en la comunidad Potae Napocna Navogoh (Formosa) ha sido víctima de violencia policial, incluyendo amenazas de muerte y desalojos. En Bolivia, el conflicto entre el gobierno y los nativos del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Séure (TIPNIS) por la construcción de una carretera que atraviesa el parque (con financiamiento e infraestructura brasileña) ha convulsionado al país desde hace varios años. En Brasil, las luchas por la tierra han costado la vida de miles de indígenas y de numerosos líderes que se han opuesto a los desalojos forzados y a la afectación del medio ambiente producida por macroproyectos energéticos como la represa de Belo Monte. En Colombia, graves violaciones de derechos humanos (incluyendo masacres y desplazamientos forzados) se han cometido en territorios indígenas y afrocolombianos sobre los cuales distintas empresas extractivas y de agronegocios multinacionales han mostrado interés. En Chile, líderes mapuches han sido condenados a penas privativas de la libertad bajo una legislación antiterrorista. En Ecuador, líderes indígenas han sido procesados y detenidos arbitrariamente bajo cargos infundados, por su oposición a la extracción de recursos naturales en sus territorios sin el consentimiento de las comunidades indígenas. En Honduras, miembros de diversas comunidades indígenas se han organizado en contra de la construcción de represas hidroeléctricas en sus territorios sin su consulta y consentimiento. En Paraguay abundan los conflictos entre indígenas y grandes empresarios nacionales y multinacionales sojeras por el control de la tierra; uno de esos enfrentamientos provocó el juicio político que condujo a la destitución del presidente Fernando Lugo. En Perú, las actividades de una minera canadiense que pretendía realizar extracciones de cobre a gran escala en Lambayeque ha generado el rechazo de la comunidad vecina de Cañaris por la posible contaminación de ríos y afluentes de la zona. En Venezuela, miembros del pueblo indígena Yukpa han sido arbitrariamente detenidos en cuarteles militares en el marco de conflictos por la tierra en la Serranía del Perijá.

Pese a que la mayoría de estos conflictos atienden a dinámicas típicamente locales, se encuentran íntimamente entrelaza-

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

dos a procesos y actores transnacionales. En esa misma medida, algunos grupos afectados han conseguido reinterpretar sus demandas en términos jurídicos y han logrado algunas victorias judiciales ante instancias internacionales, particularmente del Sistema Interamericano. En este marco, la Corte Interamericana ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre diversas formas de discriminación estructural contra estos grupos: despojo, *land grabbing*, y concesión ilegal de tierras a colonos y empresas (casos *Awas Tingni*,³⁵ *Yakye Axa*,³⁶ *Sawhoyamaya*³⁷ y *Xákmok Kásek*³⁸); excesivo impacto de los daños ambientales derivados de la explotación de recursos naturales en sus territorios y desconocimiento sistemático de su derecho de consulta previa respecto del uso de recursos naturales en sus territorios y de políticas públicas, de inversión y desarrollo que puedan afectarlos (casos *Saramaka*³⁹ y *Sarayaku*⁴⁰); masacres y desapariciones forzadas contra miembros de comunidades étnicas (casos *Aloeboetoe*,⁴¹ *Masacre de Plan de Sánchez*,⁴² *Comunidad Moiwana*⁴³ y *Tiu To-*

³⁵ Corte IDH. Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*. Excepciones Preliminares. Sentencia de febrero 1, 2000. Serie C No. 66; Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de agosto 31, 2001. Serie C No. 79.

³⁶ Corte IDH. Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de junio 17, 2005. Serie C No. 125.

³⁷ Corte IDH. Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de marzo 29, 2006. Serie C No. 146.

³⁸ Corte IDH. Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de agosto 24, 2010. Serie C No. 214.

³⁹ Corte IDH. Caso del *Pueblo Saramaka v. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de noviembre 28, 2007. Serie C No. 172.

⁴⁰ Corte IDH. Caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de junio 27, 2012. Serie C No. 245.

⁴¹ Corte IDH. Caso *Aloeboetoe y otros v. Surinam*. Fondo. Sentencia de diciembre 4, 1991. Serie C No. 11; Caso *Aloeboetoe y otros v. Surinam*. Reparaciones y Costas. Sentencia de septiembre 10, 1993. Serie C No. 15.

⁴² Corte IDH. Caso *Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*. Fondo. Sentencia de abril 29, 2004. Serie C No. 105; Caso *Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de noviembre 19, 2004. Serie C No. 116.

⁴³ Corte IDH. Caso de la *Comunidad Moiwana v. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de junio 15, 2005. Serie

Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas...

*jin*⁴⁴); reglas desventajosas para el acceso a procesos electorales (caso *Yatama*⁴⁵) y políticas estatales deliberadas para dejar sin representación política a los grupos étnicos, incluyendo el asesinato o la desaparición forzada de líderes indígenas (casos *Bámaca Velásquez*,⁴⁶ *Escué Zapata*⁴⁷ y *Chitay*⁴⁸); discriminación por el idioma (caso *López Álvarez*);⁴⁹ discriminación en el acceso a la justicia (caso *Tiu Tojin*); violaciones sexuales contra mujeres indígenas por parte de miembros del Ejército (casos *Fernández Ortega*⁵⁰ y *Rosendo Cantú*⁵¹); y altas tasas de mortalidad materna debido a la falta de adecuada atención médica a mujeres en estado de embarazo o posembarazo (caso *Xákmok Kasek*).

3.1. Convergencia paralela entre la Corte Interamericana y Cortes latinoamericanas

Una característica crucial que habría que destacar sobre esta detallada jurisprudencia es que se ha producido pese a la carencia

C No. 124; Caso de la *Comunidad Moiwana v. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de febrero 8, 2006 Serie C No. 145.

⁴⁴ Corte IDH. Caso *Tiu Tojin v. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de noviembre 26, 2008. Serie C No. 190.

⁴⁵ Corte IDH. Caso *Yatama v. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de junio 23, 2005. Serie C No. 127.

⁴⁶ Corte IDH. Caso *Bámaca Velásquez v. Guatemala*. Fondo. Sentencia de noviembre 25, 2000. Serie C No. 70; Caso *Bámaca Velásquez v. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de febrero 22, 2002. Serie C No. 91.

⁴⁷ Corte IDH. Caso *Escué Zapata v. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de julio 4, 2007. Serie C No. 165.

⁴⁸ Corte IDH. Caso *Chitay Nech y otros v. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de mayo 25, 2010. Serie C No. 212.

⁴⁹ Corte IDH. Caso *López Álvarez v. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de febrero 1, 2006. Serie C No. 141.

⁵⁰ Corte IDH. Caso *Fernández Ortega y otros v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de agosto 30, 2010 Serie C No. 215.

⁵¹ Corte IDH. Caso *Rosendo Cantú y otra v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de agosto 31, 2010. Serie C No. 216.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

de normas específicas sobre derechos colectivos de los pueblos indígenas y afrodescendientes en los tratados interamericanos. En gran medida, esto ha sido el producto de lo que la Corte Interamericana ha denominado una interpretación “evolutiva” o “integrada” de las normas interamericanas, que considera los tratados internacionales de derechos humanos como instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos, y, en particular, a las condiciones de vida actuales. A través de esta postura la Corte ha incorporado estándares del Sistema Universal de Derechos Humanos, especialmente los establecidos en el Convenio 169 de la OIT, pese a que la Corte carece de competencia para resolver disputas basadas en violaciones de los Convenios de la OIT. Para ello se ha basado en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, y el principio *pro homine* del artículo 29,b de la Convención Americana:

(...) [E]sta Corte ha afirmado que al dar interpretación a un tratado no solo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con este (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31 de dicha Convención).

En el presente caso, al analizar los alcances del citado artículo 21 de la Convención [Americana], el Tribunal considera útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintos a la Convención Americana, tales como el Convenio No. 169 de la OIT, para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del Sistema Interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (...) El Convenio No. 169 de la OIT contiene diversas disposiciones que guardan relación con el derecho a la propiedad comunal de las comunidades indígenas que se examina en este caso, disposiciones que pueden ilustrar sobre el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención Americana (...).⁵²

De este modo, siempre que el Convenio 169 haya sido ratificado por el Estado demandado, los estándares fijados en este ins-

⁵² Corte IDH. Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, cit. *supra*, párrs. 126-127 y 130.

Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas...

trumento pueden ser invocados por la Corte Interamericana en conjunción con artículos de convenciones interamericanas para interpretar el alcance de las obligaciones estatales respecto de los derechos de los pueblos indígenas.

Esta jurisprudencia interamericana ha tenido una recepción e impacto significativo en la jurisprudencia constitucional de varios países de la región –como se analizará más adelante–. Sin embargo, la circulación de estándares normativos sobre estas temáticas ya exhibía sus propios desarrollos nacionales en la jurisprudencia de varios países desde inicios de la década de los noventa. Este proceso inicia con la ratificación del Convenio 169 de la OIT de 1989 por parte de varios países de la región,⁵³ lo que marca el punto de partida de un proceso de difusión sobre derechos de los pueblos indígenas en el constitucionalismo latinoamericano.⁵⁴ En algunos países el Convenio 169 fue incorporado incluso con jerarquía constitucional, como por ejemplo en Colombia, donde la Corte Constitucional lo incluyó dentro del bloque de constitucionalidad y permitió de este modo que operara la acción de tutela para la protección de los derechos reconocidos en el Convenio;⁵⁵ el Tribunal Constitucional de Bolivia también reconoció esta jerarquía constitucional al Convenio 169 y, por tanto, su normativa hace parte del parámetro de constitu-

⁵³ Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela.

⁵⁴ Cfr. Van Cott, Donna Lee (2000): *The Friendly Liquidation of the Past: The Politics of Diversity in Latin America*, Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, pp. 1-35 y 257-280; Aguilar Cavallo, Gonzalo (2012): “Emergencia de un derecho constitucional común en materia de pueblos indígenas”, en: Bogdandy, Armin von; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela (eds.): *La Justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* vol. II, México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 76-82.

⁵⁵ “En virtud del bloque de constitucionalidad, las citadas normas de los Convenios, y particularmente para el presente caso el artículo 17 del Convenio 169 de la OIT, se integran con la Carta Fundamental en cuanto dicho Convenio contempla temas de derechos humanos, cuya limitación se encuentra prohibida aún durante los estados de excepción. Por consiguiente, la violación a las normas del Convenio 169 de la OIT pueden (*sic*) ser motivo de tutela en cuanto afecten derechos fundamentales”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-606/2001.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

cionalidad⁵⁶; de manera similar, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica ha declarado la inconstitucionalidad de normas internas por contravenir el Convenio 169;⁵⁷ el Tribunal Constitucional del Perú también ha reconocido expresamente la jerarquía constitucional del Convenio 169.⁵⁸

Desde el caso *Awas Tingni* (2001), la Corte Interamericana empezó a adoptar algunos estándares normativos del Convenio 169 sobre los derechos de los pueblos indígenas en sus decisiones, lo que llevó a una línea de interpretación convergente entre los tribunales nacionales y la Corte regional sin que hubiesen diálogos directos sobre estas cuestiones. En otras palabras, los tribunales del Sistema Interamericano experimentaron una convergencia “paralela”. De este modo, para la época en que la Corte Interamericana comenzó a incorporar estándares normativos del Sistema Universal sobre derechos indígenas, ya habían importantes desarrollos a nivel nacional en varios países del Sistema Interamericano, tanto en sus constituciones como en su jurisprudencia constitucional, especialmente con relación a derechos colectivos y derechos sociales. A este respecto se puede destacar la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (en especial sobre los derechos de los indígenas a la propiedad colectiva de sus tierras,⁵⁹ a la identidad cultu-

⁵⁶ Cfr. Tribunal Constitucional de Bolivia. SC 0045/06, Junio 2, 2006.

⁵⁷ Cfr. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencias 02253 de mayo 14, 1996 y 03485 de mayo 2, 2003.

⁵⁸ “Como ya ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la STC 03343-2007-PA/TC (fundamento 31), [el Convenio 169 de la OIT] forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, como cualquier otra norma debe ser acatada. De otro lado, los ‘tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional’ (STC N.º 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33)’. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes”. Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N.º 0022-2009-PI/TC, 09.06.2010.

⁵⁹ Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-188/1993, T-380/1993, T-405/1993, T-254/1994, SU-510/1998, T-652/1998 y T-634/1999.

Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas...

ral,⁶⁰ a la autonomía,⁶¹ a la consulta previa,⁶² a la etnoeducación,⁶³ a la preservación del medio ambiente,⁶⁴ a determinarse por su propia cosmovisión y hacerla valer ante terceros,⁶⁵ a administrar su propia justicia y regirse por sus propios procedimientos);⁶⁶ del Tribunal Constitucional de Bolivia (en especial respecto del derecho a la identidad cultural y la justicia indígena);⁶⁷ de la Corte Suprema de Argentina (respecto del derecho a la propiedad colectiva de la tierra);⁶⁸ de la Sala Constitucional costarricense (que ha reconocido el derecho de consulta⁶⁹ y ha ordenado acción afirmativa para proteger a grupos indígenas);⁷⁰ y del antiguo Tribunal Constitucional del Ecuador (respecto de derechos colectivos⁷¹ y el derecho de consulta).⁷² Decisiones similares

⁶⁰ Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-428/1992, T-528/1992, T-259/1993, T-405/1993, T-254/1994, T-342/1994, C-139/1996, T-349/1996, T-523/1997, T-525/1998 y C-169/2001.

⁶¹ Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-254/1994, T-496/1996, C-037/1996 y T-344/1998.

⁶² Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T-405/1993 y SU-039/1997.

⁶³ Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-053/1999.

⁶⁴ Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-405/1993, SU-039/1997 y C-169/2001.

⁶⁵ Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-257/1993, T-324/1994 y SU-510/1998.

⁶⁶ Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-254/1994, T-349/1996, T-523/1997, T-1121/2001, T-782/2002 y T-811/2004.

⁶⁷ Cfr. Tribunal Constitucional de Bolivia, SC 0295/03-R, marzo 11, 2003; SC 1017/06-R, octubre 16, 2006.

⁶⁸ Cfr. Corte Suprema de Justicia de Argentina. *Comunidad Indígena Hoktek T'Oi Pueblo Wichí c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s/ amparo* - recurso de apelación, 08.09.2003, Fallos: 326:3258.

⁶⁹ Cfr. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencias 08019 de septiembre 8, 2000 y 10075 de noviembre 10, 2000.

⁷⁰ Cfr. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia 08990 de agosto 26, 2003.

⁷¹ Cfr. Tribunal Constitucional del Ecuador. Resolución 994-99-RA, 16.03.2000.

⁷² Cfr. Tribunal Constitucional del Ecuador. Resolución 170-2002-RA, 13.08.2002.

pueden también observarse en la jurisprudencia de Brasil, Guatemala, México, Perú y Venezuela.⁷³

3.2. Monólogos de cortes constitucionales latinoamericanas

Más aún, antes de que las sentencias interamericanas relativas a grupos étnicos empezaran a generar diálogos directos y policéntricos con tribunales de la región, ya existían diversos casos de citaciones de algunas cortes constitucionales de la región sobre estos temas. Para ilustración puede hacerse referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Bolivia, que al abordar el derecho a la identidad cultural y los límites de la jurisdicción indígena, analizó algunas sentencias de la Corte Constitucional de Colombia:

La Corte Constitucional de Colombia ha emitido interesantes sentencias relativas al respeto de los derechos fundamentales de las comunidades campesinas e indígenas, resaltando la protección constitucional al principio de diversidad étnica y cultural, como en la Sentencia T-342-94 (...). Igualmente, la Sentencia SU-510-98, que remarca que Colombia —al igual que Bolivia— es un país pluricultural y su Constitución protege las diversas culturas existentes al interior de la República, ha sostenido que: “Para la Corte, el principio de diversidad e integridad personal no es simplemente una declaración retórica, sino que constituye una proyección, en el plano jurídico, del carácter democrático, participativo y pluralista de la república colombiana y obedece a la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental”. (...) Empero, al mismo tiempo, la Corte Constitucional colombiana ha puntualizado que si bien la comunidad indígena tiene reconocida plenamente su autonomía política y jurídica, esta debe ejercitarse dentro de los parámetros que la Constitución ha fijado para todos los habitantes de su territorio. (...) La anterior decisión [sentencia SU-510/1998] sigue la línea trazada por la Sentencia T-254-94, que en la parte pertinente señala: “...La autonomía política y jurídica re-

⁷³ Cfr. OIT (2009): *Application of Convention No. 169 to Indigenous and Tribal Peoples by Domestic and International Courts in Latin America – A Case Book*, Ginebra: OIT.

Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas...

conocida a las comunidades indígenas por el constituyente, por su parte, debe ejercerse dentro de los estrictos parámetros señalados por el mismo texto constitucional: de conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley, de forma que se asegure la unidad nacional”.⁷⁴

Estos estándares normativos fueron introducidos en la Constitución de 2009 y han sido desarrollados por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.⁷⁵

De igual modo, el Tribunal Constitucional del Perú suele citar en sus decisiones la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Por ejemplo, en sentencia de 2010, el Tribunal asumió la doctrina sentada en la sentencia de unificación SU-510/1998 de la Corte Constitucional colombiana, sobre la ponderación entre el derecho a la diversidad étnica y cultural y otros valores, principios o derechos constitucionales como un ejercicio de interlocución entre el juez constitucional y la comunidad étnica, en el que el juez debe ampliar su propia realidad cultural y considerar el *ethos* y la cosmovisión propios de la comunidad étnica.⁷⁶ Con todo, es importante mencionar que estas referencias pueden clasificarse como “monólogos” o citas de derecho comparado y no como diálogos interamericanos en sentido estricto, si bien se percibe una cierta voluntad de participar en una discusión más general de constitucionalismo global. Al respecto, el Tribunal peruano se ha pronunciado explícitamente sobre el valor que otorga a las sentencias de la Corte Constitucional colombiana:

El Tribunal Constitucional, tal como lo hacen otros órganos jurisdiccionales a nivel comparado, en algunas de sus sentencias, apoya sus argumentos en criterios que han sido planteados por otros

⁷⁴ Cfr. Tribunal Constitucional de Bolivia. Sentencia Constitucional 0295/03-R, marzo 11, 2003. Cfr. también: Sentencia Constitucional 1017/06-R, octubre 16, 2006.

⁷⁵ Cfr. Tribunal Constitucional de Bolivia. Sentencia Constitucional Plurinacional 1422/2012, septiembre 24 de 2012.

⁷⁶ Cfr. Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N.º 04611-2007-PA/TC, 09.04.2010, fundamento de voto de los magistrados Landa Arroyo y Eto Cruz, párr. 17.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

tribunales constitucionales del mundo en materias sobre aspectos vinculados o sustancialmente análogos a los que son objeto de decisión. Ello, lejos de debilitar la justificación de la sentencia, la fortalece, en la medida que permite incidir en criterios consolidados en el ámbito de un constitucionalismo global.

Desde luego, para tales efectos, este Tribunal suele acudir a jurisprudencia proveniente de ordenamientos que participan de los valores esenciales que inspiran el ordenamiento constitucional peruano, tales como el principio de dignidad, humana, los principios que rigen al Estado social y democrático de derecho, la economía social de mercado, entre otros. De ahí que, en determinadas ocasiones, se recurra, por ejemplo, a jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, del Tribunal Constitucional español o de la Corte Constitucional de Colombia. Dicha herramienta argumentativa, evidentemente, solo es adoptada por este Colegiado en la medida de que no resulte contraria a algún criterio específico que haya sido adoptado por la Constitución peruana.⁷⁷

3.3. Diálogos policéntricos

En una primera aproximación al tema, sería legítimo suponer que la adopción de estándares normativos sobre derechos de pueblos indígenas y afrodescendientes, por parte de una corte regional como la Corte Interamericana tenga mayor impacto relativo en la jurisprudencia de los países miembros con menores desarrollos jurisprudenciales sobre estas temáticas, como Nicaragua o Paraguay (Estados que además han sido condenados en varios de los casos del Sistema Interamericano relativos a pueblos indígenas y afrodescendientes). O se podría especular que las cortes de países con una presencia importante de población indígena o afrodescendiente (como Guatemala o Brasil) demostrarían un mayor interés en la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre estos temas, considerando que los casos locales pueden tener similitudes con problemáticas observadas en otras jurisdicciones. Pero lo que se puede constatar al analizar la jurisprudencia de los países latinoamericanos que han reconocido la jurisdicción

⁷⁷ Cfr. Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N.º 3116-2009-PA/TC, 22.03.2010, párr. 12.

Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas...

contenciosa de la Corte Interamericana es que las sentencias interamericanas han recibido mayor atención en países donde ya existía una jurisprudencia más o menos consolidada sobre pueblos indígenas basada en el Convenio 169 de la OIT, como Bolivia, Colombia, Costa Rica y Perú. Esto a su vez puede ser evidencia de que las relaciones dialógicas con la Corte Interamericana dependen en buena medida del enfoque de relacionamiento que las cortes nacionales adoptan entre el derecho constitucional nacional y el derecho internacional: una mayor apertura al derecho internacional de los derechos humanos supone una mayor recepción de estándares del Sistema Universal y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, lo que a su vez fomenta un mayor dinamismo de los diálogos con la Corte regional.

El cuadro que se ofrece a continuación presenta una selección de sentencias de la Corte Interamericana sobre formas de discriminación racial estructural, cuyos estándares normativos han sido incorporados por cortes constitucionales latinoamericanas entre septiembre de 2005 y septiembre de 2012. No se incluyen sentencias interamericanas que son referenciadas en casos no relacionados con derechos indígenas o afrodescendientes, como las sentencias sobre violaciones sexuales por parte de miembros de las fuerzas armadas (casos *Fernández Ortega* y *Rosendo Cantú*), o las sentencias sobre desapariciones forzadas (*Moiwana*, *Chitay* y *Tiu Tojin*). El caso *Sarayaku* tampoco se incluyó en el estudio. Decisiones de cortes constitucionales donde se citen varias sentencias de la Corte Interamericana se ubican en la fila de la sentencia interamericana que incorpora el estándar más relevante para tomar la decisión. El cuadro sólo incluye sentencias de los siguientes países: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay y Perú.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

<i>Sentencia de la Corte IDH</i>	<i>Sentencia de corte nacional que cita a la Corte IDH</i>	
<i>Awás Tingni (2001)</i> Despojo de tierras	Supremo Tribunal Federal de Brasil. Petição Nº 3388 RR - Roraima, 19.03.2009 (“Caso <i>Raposa Serra do Sol</i> ”), voto-vista del Sr. Ministro Menezes Direito.	
	Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia 00397 de enero 14, 2011.	
	Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras. Recurso de Inconstitucionalidad 649-08, 08.02.2011.	
	Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-698/2011.	
	Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia 07214 de mayo 30, 2012.	

Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas...

<i>Tema de la sentencia nacional</i>	<i>Estándares interamericanos en la sentencia nacional</i>
<p>Acción popular sobre demarcación de una tierra indígena; el STF no encuentra vicios en el proceso administrativo demarcatorio y concluye que la reserva solo debe ser habitada por miembros de pueblos indígenas.</p>	<p>El artículo 21 de la CADH protege el derecho a la propiedad de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, según su enfoque colectivo y sus formas de ocupación tradicional.</p>
<p>Una mujer que alega ser indígena demandó a la asociación representante de la reserva indígena por desalojarla de terrenos de la reserva que ella ocupaba pacíficamente por años. La Corte desestimó el amparo porque la recurrente no logró demostrar su condición de indígena y su situación posesoria, y de allí derivar el derecho que le asistiría; la comunidad era la competente para disponer sobre la distribución y uso de la tierra.</p>	<p>El artículo 21 de la CADH protege el derecho a la propiedad de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal.</p>
<p>Una organización afrohondureña promovió recurso de inconstitucionalidad contra artículos de la Ley de Propiedad de 2004, por someter los territorios ancestrales a procesos de regularización que implican presentar títulos, audiencias, vistas, etc. cuando la sola posesión de la tierra debería ser el fundamento para ser reconocidos por el Estado. La Sala concluyó que el procedimiento de la ley precisamente se establece para efectuar la debida demarcación y titulación de las tierras de los pueblos ancestrales.</p>	<p>Deber de los Estados de delimitar, demarcar y titular la propiedad comunal de indígenas y afrodescendientes, evitando así que se otorguen concesiones a terceros para la explotación de bienes y cursos ubicados en un área que les pudiera llegar a corresponder, total o parcialmente.</p>
<p>Un resguardo indígena demandó a una alcaldía municipal por autorizar la construcción de una antena de comunicaciones en su territorio ancestral, sin agotar la consulta previa.</p>	<p>Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.</p>
<p>Una asociación indígena demandó la inconstitucionalidad de una resolución administrativa de Catastro Nacional por violar el derecho de propiedad indígena al permitir que personas no indígenas puedan inscribir planos dentro de los límites de reservas indígenas como si fuesen propietarios, facilitando el despojo de tierras.</p>	<p>El artículo 21 de la CADH protege el derecho a la propiedad de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, y el núcleo del derecho a la titularidad grupal y comunitaria sobre la tierra.</p>

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

<i>Sentencia de la Corte IDH</i>	<i>Sentencia de corte nacional que cita a la Corte IDH</i>	
	Tribunal Constitucional de Bolivia. Voto disidente del magistrado Gualberto Cusi en la Sentencia Constitucional Plurinacional 0300/2012 (TIPNIS), 18.06.2012.	
Yakye Axa (2005) Despojo de tierras	Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c/Salta, Provincia de y otro s/acción declarativa de certeza, 27.09.2005.	
	Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Comunidad Indígena Eben Ezer c/provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción s/amparo, 30.09.2008.	
	Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay. Acuerdo y Sentencia 243 de mayo 13, 2008, voto del magistrado Altamirano Aquino.	

Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas...

<i>Tema de la sentencia nacional</i>	<i>Estándares interamericanos en la sentencia nacional</i>
<p>Acción de inconstitucionalidad contra la Ley 180 de 2011 (que declaró la intangibilidad del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore -TIPNIS) y la Ley 222 de 2011 (ley de consulta previa para la construcción de una carretera por el medio del territorio indígena). El Tribunal declaró la constitucionalidad de la Ley 180, condicionada a que se cumplan los estándares internacionales en materia de consulta previa a los pueblos indígenas del TIPNIS y se vote a favor de la intangibilidad de ese territorio.</p>	<p>El voto disidente del fallo boliviano cita <i>Awás Tingni</i> respecto del concepto indígena de posesión (que incluye elementos materiales y espirituales) y la correlación entre el derecho a la tierra y la preservación de su legado cultural.</p>
<p>Caso promovido por la asociación de comunidades aborígenes Lhaka Honhat contra una convocatoria a consulta popular que ponía en discusión el derecho de propiedad comunitaria de los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales.</p>	<p>Deber estatal de tomar en consideración las características propias que diferencian a los pueblos indígenas como criterio rector para valorar el alcance y contenido de la Convención Americana.</p>
<p>La comunidad indígena Eben Ezer instauró acción de amparo contra una ley local que desafectaba como reserva natural unas tierras para ponerlas en venta por licitación; la comunidad argumentó que sobrevivía gracias a los recursos naturales existentes en uno de los lotes en juego y al corredor ecológico que representa el restante.</p>	<p>Obligación estatal de ofrecer un recurso eficaz a los miembros de las comunidades indígenas para solicitar reivindicaciones de tierras ancestrales; correlación entre el derecho a la propiedad de tierras ancestrales y preservación de la identidad cultural.</p>
<p>El Instituto Paraguayo del Indígena interpuso acción de inconstitucionalidad contra dos autos dictados por jueces civiles que ordenaron el levantamiento de medidas cautelares sobre terrenos de la comunidad Ayoreo Totobiegosode (algunos de sus miembros aún no contactados y nómadas); los jueces civiles justificaron su decisión en 1) la inexistencia de un asentamiento indígena, y 2) el paso del tiempo sin que el trámite de restitución haya concluido y se le haya otorgado legalmente a la comunidad su titularidad.</p>	<p>El derecho de propiedad comunal de los pueblos indígenas es preexistente a la misma estructura estatal y lo vienen ejerciendo históricamente. Por eso, 1) la ausencia de reconocimiento no implica la inexistencia del derecho; y 2) la tardanza o la imposición de trámites irrazonables para la obtención de ese reconocimiento constituye una violación al derecho y genera responsabilidad internacional del Estado.</p> <p>---</p> <p>El voto del magistrado Aquino resaltó la naturaleza declarativa y no constitutiva de la titulación, por cuanto las comunidades indígenas existen mucho antes que la vigencia legal de las tierras en términos de “propiedad”. Como fundamento de esta postura, citó los fallos condenatorios de la Corte IDH contra Paraguay. La sala (compuesta por tres magistrados) votó en contra de esta postura.</p>

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

<i>Sentencia de la Corte IDH</i>	<i>Sentencia de corte nacional que cita a la Corte IDH</i>	
	Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N.º 0023-2009-PI/TC, 21.09.2010.	
	Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-282/2011.	
	Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Gaceta 103, Expediente N.º 4238-2011, sentencia: 14.03.2012.	
	Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia Constitucional Plurinacional 0645/2012, 23.07.2012.	

Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas...

<i>Tema de la sentencia nacional</i>	<i>Estándares interamericanos en la sentencia nacional</i>
<p>El Apu de unas comunidades quechuas demandó la inconstitucionalidad de un decreto sobre Áreas Naturales Protegidas (ANPs) por haber sido promulgado sin consulta previa a los pueblos indígenas, y afectando su derecho colectivo al territorio ancestral ya que el decreto no contempla el hecho y existencia de comunidades nativas no tituladas al interior de ANPs.</p>	<p>1) La ausencia de títulos de propiedad oficial respecto de territorios indígenas no implica la inexistencia del derecho.</p> <p>2) No siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalecen los últimos por sobre los primeros.</p> <p>---</p> <p>El TC declaró infundada la demanda al no encontrar que el decreto implicara una afectación directa a los pueblos indígenas, por lo que no se requería consulta previa.</p>
<p>120 familias indígenas paeces y yanaconas desplazadas por la violencia solicitaron la suspensión de la orden de desalojo del bien baldío en el que se asentaron.</p>	<p>Deber estatal de asegurar el bienestar y seguridad de poblaciones indígenas que se ven obligadas a salir de su territorio y asentarse en márgenes del mismo; si por motivos objetivos y fundamentados el retorno no es posible, el Estado debe entregarles tierras alternativas, elegidas de modo consensuado con la comunidad.</p>
<p>Acción de inconstitucionalidad de la ley general de telecomunicaciones promovida por la Asociación Sobrevivencia Cultural, argumentando que las condiciones para tener acceso a frecuencias de radio y televisión son desfavorables para los pueblos indígenas. La Corte no concedió el amparo ya que el procedimiento de acceso no hace distinciones ni preferencias fundadas en raza, color, sexo, idioma, etc., pero exhortó al Congreso a expedir una ley especial de acceso a pueblos indígenas.</p>	<p>Deber estatal de proteger los derechos de la CADH tomando en cuenta las particularidades propias de los pueblos indígenas, sus características económicas y sociales, y su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres.</p>
<p>La comunidad indígena Takana La Selva demandó por el desalojo y la destrucción de viviendas y cultivos en tierras ocupadas en un área de la Concesión Forestal San Joaquín, argumentando que el desalojo se ordenó sin que hubieran podido ejercer su derecho a la consulta, ni a su defensa, al no haber citado al ente representante de la comunidad.</p>	<p>La exigencia de acreditación de la personalidad jurídica no constituye un requisito habilitante para el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas; se trata de un derecho que operacionaliza sus derechos, que son preexistentes a la misma estructura estatal y los vienen ejerciendo históricamente, no a partir de su nacimiento como personas jurídicas.</p>

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

<i>Sentencia de la Corte IDH</i>	<i>Sentencia de corte nacional que cita a la Corte IDH</i>	
Yatama (2005) Reglas desventajosas en procesos electorales	Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. R. A., D. c/ Estado Nacional - Recurso de hecho, 04.09.2007.	
	Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Sentencia 29.07.2010, 61-2009.	
	Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia 18515 de diciembre 3, 2009.	
Sawhoyamaya (2006) Despojo de tierras	Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N.º 0022-2009-PI/TC, 09.06.2010.	
	Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Gaceta 100, Expediente N.º 1101-2010, sentencia: 04.05.2011.	

Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas...

<i>Tema de la sentencia nacional</i>	<i>Estándares interamericanos en la sentencia nacional</i>
<p>Negación de pensión de invalidez a una boliviana ya que no contaba con la residencia mínima de 20 años requerida por ley para los extranjeros. La Corte Suprema, adoptando el concepto de discriminación de la Corte Interamericana en la opinión consultiva OC-18/2003 (condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados), concluyó que la exorbitancia del plazo convertía en ilusorio el derecho a la pensión y por lo tanto declaró su inconstitucionalidad.</p>	<p>Prohibición de tratamiento diferenciado exclusivamente sustentado en motivos o factores de discriminación que conlleven desvalorización o perjuicio.</p>
<p>Control de constitucionalidad de dos artículos del Código Electoral, por supuesta violación del derecho a optar a cargos públicos ya que solo se permite votar por partidos políticos y no por candidatos individualmente considerados.</p>	<p>Los miembros de grupos específicos de la sociedad, a quienes la propia exigencia de la mediación de los partidos políticos puede excluir de la participación política, tienen derecho a postularse como candidatos, conforme a la ley, sin la mediación de los partidos políticos.</p>
<p>Demanda de inconstitucionalidad de dos artículos del Código Electoral por vulnerar el art. 23 de la CADH al prohibir a ciertos funcionarios públicos realizar actividades electorales durante su mandato.</p>	<p>La previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, per se, una restricción indebida a los derechos políticos. Esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones.</p>
<p>El Apu de unas comunidades quechuas demandó la inconstitucionalidad de un decreto sobre titulación de predios rurales, por haber sido promulgado sin consulta previa a los pueblos indígenas. El TC declaró la constitucionalidad condicionada del decreto, siempre que se interprete en el sentido de que se excluye de su aplicación a los pueblos indígenas, de otra forma, la norma debía haber sido consultada.</p>	<p>1) La posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado.</p> <p>2) La posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro.</p> <p>--</p> <p>El TC citó además los casos <i>Awás Tingni</i> y <i>Yakie Axa</i>.</p>
<p>Una municipalidad indígena promovió amparo contra una institución de registro por vulnerar propiedad indígena al registrar un inmueble como donado a una empresa de telecomunicaciones a través de un procedimiento de dudosa legalidad.</p>	<p>El mero hecho de que las tierras reclamadas estén en manos privadas no constituye per se un motivo "objetivo y fundamentado" suficiente para denegar prima facie las solicitudes indígenas.</p>

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

<i>Sentencia de la Corte IDH</i>	<i>Sentencia de corte nacional que cita a la Corte IDH</i>	
	Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N.º 00024-2009-PI, 26.07.2011.	
	Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-236/2012.	
	Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-376/2012.	
Saramaka (2007) Impacto diferenciado de daños ambientales por explotación de recursos naturales y megaproyectos en territorios de comunidad afrodescendiente	Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia 08349 de mayo 16, 2008.	

Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas...

<i>Tema de la sentencia nacional</i>	<i>Estándares interamericanos en la sentencia nacional</i>
<p>El Apu de unas comunidades quechuas solicitó declarar la inconstitucionalidad de un decreto que promueve la inversión privada en proyectos de irrigación en tierras no cultivadas, con excepción de aquellas que tengan títulos de propiedad comunal, pues desprotege a comunidades con posesión ancestral que no cuentan con títulos de propiedad y que pueden ser desplazadas por proyectos de irrigación.</p>	<p>La posesión tradicional es equivalente al título de pleno dominio otorgado por el Estado, por lo que los indígenas tienen el derecho a exigir el reconocimiento oficial de su propiedad y su registro.</p> <p>--</p> <p>El Tribunal Constitucional concluyó que el decreto no opera para indígenas dado que sus tierras son de su propiedad comunal, independientemente de la titulación oficial. También se citó <i>Xákmok Kásek</i>.</p>
<p>Negativa de una entidad estatal a acceder a la solicitud de un resguardo indígena de reconocerle competencia para ejercer control sobre la conducta de miembros de su comunidad, relacionada con la vulneración de normas ambientales, consistente en la extracción ilegal de madera. La Corte concluyó que existía un conflicto de competencia que debía resolverse a favor de las autoridades indígenas.</p>	<p>Deber estatal de proteger los derechos de la Convención Americana tomando en cuenta las particularidades propias de los pueblos indígenas, sus características económicas y sociales, y su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres.</p>
<p>La comunidad negra de La Boquilla demandó a la dirección marítima de Cartagena por violar su derecho de consulta previa al otorgar una concesión sobre un sector adyacente a la playa que ocupa la comunidad de manera ancestral.</p>	<p>El reconocimiento estatal de la propiedad colectiva no tiene carácter constitutivo, pues surge de la posesión ancestral, por eso, 1) la ausencia de reconocimiento no implica la inexistencia del derecho; y 2) la tardanza o la imposición de trámites irrazonables para la obtención de ese reconocimiento constituye una violación al derecho.</p> <p>--</p> <p>La CCC también cita las sentencias <i>Awastintgni, Saramaka y Yakie Axa</i> sobre el derecho a la propiedad colectiva del territorio.</p>
<p>La recurrente tiene una parcela dentro de los límites de un parque nacional; alega que ciertas obras para el cultivo de caña de azúcar en su parcela están paralizadas por el Ministerio de Ambiente, violando su derecho a la propiedad privada.</p>	<p>La propiedad privada no es un derecho absoluto, sino que está sujeto a restricciones, siempre que estas a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) sean para lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.</p>

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

<i>Sentencia de la Corte IDH</i>	<i>Sentencia de corte nacional que cita a la Corte IDH</i>	
	Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-769/2009.	
	Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N.º 03343-2007-PA/TC, 12.02.2009.	
	Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N.º 06316-2008-PA/TC, 11.11.2009.	

Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas...

<i>Tema de la sentencia nacional</i>	<i>Estándares interamericanos en la sentencia nacional</i>
<p>Miembros de la comunidad Bachidubi demandaron a diversas instituciones gubernamentales que otorgaron una concesión a una empresa minera estadounidense para explotar una mina de oro en territorio indígena, sin el consentimiento de las comunidades indígenas y afrocolombianas que se verían afectadas por impacto ambiental, pues la mina se encuentra en la cabecera de ríos que sirven como fuente directa a numerosas comunidades.</p>	<p>1) El Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro de territorio indígena hasta que entidades técnicamente capaces realicen un estudio previo de impacto social y ambiental.</p> <p>2) Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala dentro de un territorio tribal o indígena que tendrían un grave impacto para la supervivencia del pueblo tribal/indígena no solo se requiere la consulta sino además obtener su consentimiento libre, previo e informado.</p>
<p>Demanda de amparo contra empresas petroleras peruanas y extranjeras por los potenciales daños al ecosistema (especialmente a las aguas) de un área de conservación regional (ACR) ante la exploración y eventual explotación de hidrocarburos. Al menos 64 comunidades nativas Cocama-Cocamilla y Chayahuita podrían verse afectadas. El Tribunal Constitucional prohibió la realización de actividades exploratorias y de explotación mientras no se cuente con un Plan de Maestro, que contemple la posibilidad de aprovechar los recursos naturales del ACR, sujetándose a las normas ambientales y a las restricciones previstas de las ACR.</p>	<p>Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala dentro de un territorio indígena que tendrían un grave impacto para la supervivencia del pueblo indígena no solo se requiere la consulta sino además obtener su consentimiento libre, previo e informado.</p> <p>---</p> <p>El Tribunal Constitucional consideró que esta participación y consulta de los pueblos indígenas legitima la acción gubernamental y particular, facilitando la actuación de los sujetos involucrados en la explotación de los recursos naturales.</p>
<p>Una asociación que representa a un conjunto de comunidades indígenas de la selva amazónica demandó al Ministerio de Energía y Minas y a empresas petroleras por violar derechos de pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario (Waorani, Pananujuri y Aushiris) al realizar operaciones de exploración y/o explotación de hidrocarburos en sus territorios de desplazamiento. El Tribunal Constitucional declaró improcedente el amparo por falta de pruebas que acrediten la existencia de estos grupos en el área de los contratos con las petroleras.</p>	<p>Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala dentro de un territorio indígena que tendrían un grave impacto para la supervivencia del pueblo indígena no solo se requiere la consulta sino además obtener su consentimiento libre, previo e informado</p> <p>---</p> <p>El Tribunal Constitucional concluyó que este estándar se aplica incluso para casos de afectación de comunidades en aislamiento voluntario, pues el derecho de consulta se extiende también a comunidades, autoridades, asociaciones y demás entidades representativas de las comunidades aledañas o colindantes.</p>

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

<i>Sentencia de la Corte IDH</i>	<i>Sentencia de corte nacional que cita a la Corte IDH</i>	
	Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N.º 05427-2009-PC/TC, 30.06.2010.	
	Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1045A/2010.	
	Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia Constitucional 2003/2010-R, 25.10.2010.	
	Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia 12975 de septiembre 23, 2011.	

Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas...

<i>Tema de la sentencia nacional</i>	<i>Estándares interamericanos en la sentencia nacional</i>
<p>La Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva demandó al Ministerio de Energía y Minas por incumplir parcialmente su deber legal de reglamentar el derecho a la consulta de los pueblos indígenas. El Tribunal Constitucional consideró fundada la demanda.</p>	<p>1) Obligación de realizar consulta informada y de buena fe con los pueblos indígenas durante las primeras etapas del plan o proyecto de desarrollo o inversión o de la concesión extractiva, a través de procedimientos culturalmente adecuados y que deben tener como fin llegar a un acuerdo. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado.</p> <p>2) El Estado debe asegurarse que los indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad.</p>
<p>Representantes de un Consejo Comunitario afrodescendiente demandaron a las autoridades estatales por conceder sin su consentimiento a un particular el derecho a explotar un yacimiento de oro en sus tierras ancestrales. El yacimiento es explotado artesanalmente por las comunidades negras aproximadamente desde 1636 y de él obtienen su sustento económico.</p>	<p>Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala dentro de un territorio indígena que tendrían un grave impacto para la supervivencia del pueblo indígena no solo se requiere la consulta sino además obtener su consentimiento libre, previo e informado.</p>
<p>Demanda del Servicio Departamental de Caminos (SEDECA) contra el representante del Pueblo Guaraní Itika Guasu, alegando vulneración al derecho a la asociación y al trabajo, considerando que la comunidad guaraní impedía el desarrollo de un convenio entre SEDECA y Petrosur SRL para efectuar refacciones útiles para arreglar los caminos en territorio guaraní. El pueblo guaraní argumentaba que no se había cumplido con el requisito de consulta previa.</p>	<p>Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala dentro de un territorio indígena que tendrían un grave impacto para la supervivencia del pueblo indígena no solo se requiere la consulta, sino además obtener su consentimiento libre, previo e informado.</p>
<p>El dirigente comunal de una reserva indígena solicitó la declaratoria de inconstitucionalidad de un decreto ejecutivo sobre un proyecto hidroeléctrico que implica la inundación de un porcentaje de terrenos de la reserva.</p>	<p>Los pueblos indígenas tienen el derecho a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran dentro de su territorio; el Estado puede restringir dicho derecho mediante el otorgamiento de concesiones para exploración y extracción de esos recursos solo 1) si el Estado garantiza la participación efectiva y los beneficios del pueblo indígena, 2) si realiza o supervisa evaluaciones previas de impacto ambiental o social, y 3) si implementa medidas y mecanismos adecuados para asegurar que estas actividades no produzcan una afectación mayor.</p>

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

<i>Sentencia de la Corte IDH</i>	<i>Sentencia de corte nacional que cita a la Corte IDH</i>	
	Tribunal Constitucional de Bolivia. Sentencia Constitucional Plurinacional 0300/2012 (TIPNIS), 18.06.2012.	
Xákmok Kasek (2010) Despojo de tierras	Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-693/2011.	
	Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-513/2012.	

Fuente: Elaboración propia.

Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas...

<i>Tema de la sentencia nacional</i>	<i>Estándares interamericanos en la sentencia nacional</i>
<p>Acción de inconstitucionalidad contra la ley de intangibilidad del TIPNIS y la ley de Consulta Previa para la construcción de una carretera por el medio del territorio indígena. El Tribunal declaró la acción improcedente.</p>	<p>Obligación de realizar consulta informada y de buena fe con los pueblos indígenas durante las primeras etapas del plan o proyecto de desarrollo o inversión o de la concesión extractiva.</p> <p>---</p> <p>Sin embargo, el Tribunal Constitucional boliviano modificó el estándar estableciendo que si se subsana la omisión inicial emitiendo una ley que ordene efectuar la consulta, tal norma no puede ser considerada inconstitucional pues se da efectividad al derecho, si bien tardíamente.</p>
<p>El pueblo indígena Achagua Piapoco demandó a empresas petroleras y a dos ministerios por violar su derecho a la consulta previa respecto de la ejecución de un proyecto de oleoducto que atraviesa su territorio. Parte del problema se debe a que no se ha reconocido parte del territorio ancestral de la comunidad. La Corte Constitucional concedió el amparo y ordenó a las instituciones públicas correspondientes tomar las medidas del caso para ampliar el resguardo y recuperar las tierras que se hallen en manos de particulares.</p>	<p>Negar la devolución de tierras ancestrales exclusivamente bajo el argumento de que se encuentran en manos privadas o están racionalmente explotadas constituye violación a los compromisos internacionales adquiridos por los Estados.</p> <p>---</p> <p>En la sentencia también se adoptaron estándares interamericanos de los casos <i>Awas Tingni</i>, <i>Yakye Axa</i> y <i>Saramaka</i> sobre el vínculo espiritual de los pueblos indígenas y tribales con el territorio.</p>
<p>Se cuestiona la existencia de una junta de acción comunal (liderada por indígenas evangélicos) en el territorio de un resguardo por vulnerar la autonomía de una comunidad indígena respecto del manejo de su territorio y por haberse establecido sin consulta previa a la comunidad.</p>	<p>La tierra es base fundamental de la cultura, vida espiritual y supervivencia económica de los indígenas, por lo que debe entenderse como elemento esencial de la cultura indígena.</p> <p>---</p> <p>La Corte Constitucional también acogió este estándar interamericano citando las sentencias <i>Awas Tingni</i>, <i>Yakye Axa</i>, <i>Sawhoyamaya</i>, <i>Saramaka</i>, y <i>Moiwana</i>.</p>

3.4. La reciprocidad en los diálogos

La Corte Interamericana no está obligada jurídicamente a tener en cuenta en sus decisiones la jurisprudencia de los Estados miembros. Sin embargo, en su jurisprudencia reciente pueden encontrarse fuertes indicios de una deferencia judicial a las decisiones de cortes nacionales cuyas interpretaciones y estándares normativos sean destacables en el marco de un diálogo interamericano sobre temáticas y problemáticas comunes. Restringiendo la atención a los diálogos sobre discriminación racial estructural, la Corte Interamericana observó en la sentencia del caso *Sarayaku* que altos tribunales de justicia de diversos Estados miembros de la OEA han introducido a nivel nacional los estándares interamericanos sobre el derecho de consulta previa incorporados en los casos *Awas Tingni*, *Yakye Axa*, *Sawhoyamaya y Saramaka*.⁷⁸ La Corte Interamericana hizo un detallado repaso de las normas constitucionales y legales sobre consulta previa en Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Estados Unidos, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela, y citó concretamente varias sentencias de tribunales latinoamericanos que se han referido a la consulta previa a la luz del Convenio 169 de la OIT, incluyendo las siguientes sentencias:

- Comunidad Indígena Eben Ezer c/provincia de Salta, 30.09.2008, de la Corte Suprema de Justicia de Argentina.
- El Acuerdo 6 en autos “Comunidad Mapuche Catalán Confederación Indígena Neuquina c/Provincia del Neuquen s/ acción de inconstitucionalidad”, 25.09.2010, expediente No. 1090/04, del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén.
- El expediente 102.631, sentencia del 18 de mayo de 2012, de la Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Argentina.
- La Sentencia 0045/2006, 02.06.2006 y el expediente 2008-17547-36-RAC, sentencia de 25 de octubre de 2010, del Tribunal Constitucional de Bolivia.
- El caso *Joisael Alves e outros vs. Diretor Geral do Centro de Lançamento de Alcântara*, 13.02.2007, Sentencia

⁷⁸ Cfr. Corte IDH. Caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*, cit. *supra*, párr. 164.

Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas...

027/2007/JCM/JF/MA, Proceso 2006.37.00.005222-7, del Quinto Juzgado Federal de Primera Instancia, Sección Judicial de Maranhão.

- La Sentencia del 10 de agosto de 2010 de la Corte de Apelaciones de Concepción, Chile.
- Las Sentencias T-129/11 y C-169/01 de la Corte Constitucional de Colombia.
- El Recurso de Amparo 2011-1768 del 11 de febrero de 2011 y la Sentencia 2000-08019 del 8 de septiembre de 2000 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.
- El *Caso de los Pantanos Secos de Pastaza*, 222-2004-RA, Sentencia de 9 de junio de 2004 y el *Caso del cine IMAX en la parroquia de Cumbayá*, núm. 679-2003-RA, de la Corte Constitucional del Ecuador.
- La apelación de sentencia de amparo, expediente 3878-2007, del 21 de diciembre de 2009 de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.
- El amparo en revisión 781/2011, María Monarca Lázaro y otra, del 14 de marzo de 2012, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de México.
- El expediente 0022-2009-PI/TC y el expediente 03343-2007-PA/TC, del Tribunal Constitucional del Perú.
- El Expediente 2005-5648, del 6 de diciembre de 2005 del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela.

Esta reciente tendencia de la Corte Interamericana de estar más abierta a los estándares normativos desarrollados a nivel nacional (que en muchos casos sobrepasan los mínimos establecidos por la Corte Interamericana), está ofreciendo nuevos campos de bidireccionalidad y policentrismo en la configuración de estándares interamericanos.

4. CONCLUSIÓN

Las relaciones de poder en América Latina han estado históricamente caracterizadas por un marcado sesgo elitista que se refleja en la exclusión sistemática de diversos grupos étnicos y en el continuo favorecimiento de influyentes actores privados/

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

empresariales (locales y transnacionales) cuando sus intereses han entrado en conflicto con los de los grupos marginalizados. Contemporáneamente, esto se traduce en graves violaciones a los derechos de poblaciones indígenas y afrodescendientes en el contexto de conflictos de tierras y megaproyectos extractivistas y de infraestructura. Pese al panorama desolador que viven diversos pueblos indígenas y afrodescendientes en la región, en los últimos años se han dado algunas transformaciones significativas en términos de inclusión social y política. Estos cambios se han producido de la mano de la judicialización de diversas demandas de estos grupos por condiciones más igualitarias en múltiples ámbitos (participación política en la toma de decisiones que les conciernen, reconocimiento de su propiedad sobre territorios ancestrales, lucha contra la discriminación racial, etc.). El proceso de judicialización local de estas demandas está directamente enlazado a los desarrollos jurisprudenciales a nivel interamericano. Para ilustración baste citar la sentencia “*Raposa Serra do Sol*” del Supremo Tribunal Federal de Brasil (*Petição N° 3388 RR - Roraima*, 19.03.2009, mencionada arriba), que fue un caso de amplia visibilidad nacional por la extensión de las tierras en cuestión y los intereses económicos involucrados. En su sentencia, el STF definió 19 estándares normativos aplicables a conflictos sobre tierras indígenas con base en los estándares normativos fijados en las sentencias interamericanas relativas al derecho de los indígenas a la propiedad colectiva del territorio. El propio STF citó el caso *Awás Tingni* como ejemplo de que la comunidad internacional no ahorrará esfuerzos para intentar aplicar a los Estados miembros sus posiciones frente a derechos colectivos. Las ambigüedades y dilemas que se derivan de este proceso de judicialización local pueden evaluarse a la luz de varios de los casos citados en la tabla previa; tal vez el ejemplo más elocuente al respecto es el debate posterior a la Sentencia Constitucional Plurinacional 0300 de 2012 sobre el TIPNIS en Bolivia.

No debería sorprender que en tiempos de alta demanda global de petróleo, minerales, y otros bienes primarios, la instancia interamericana se haya convertido en una alternativa de resolución de conflictos en situaciones de gran confrontación doméstica para los pueblos indígenas y afrodescendientes (y las ONGs relacionadas con la defensa de sus derechos y/o la protección del

Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas...

medio ambiente). Las victorias judiciales que algunos pueblos indígenas y afrodescendientes han obtenido ante el Sistema Interamericano han alentado a otros grupos en situaciones similares a judicializar sus demandas debido a la falta de respuestas ante las instituciones nacionales, que en numerosas ocasiones toman abiertamente partido a favor de los empresarios, agroindustriales y promotores nacionales y transnacionales de megaproyectos energéticos y de infraestructura. Desde los caciques Yukpa de Venezuela, los líderes indígenas del TIPNIS boliviano, los comuneros de Cañaris en Perú, hasta los mapuches del sur de Chile, han acusado a los respectivos gobiernos de violar sus derechos ante la Comisión Interamericana, con lo cual estos conflictos locales entran en la agenda continental.

En todo caso, por lo que concierne a los diálogos entre cortes del sistema interamericano, lo que muestran todas estas decisiones –independientemente de sus implicaciones socioeconómicas y políticas– es que varias cortes nacionales están teniendo en cuenta los estándares normativos sentados por la Corte Interamericana a la hora de proferir sus fallos. Los diálogos entre las cortes se están produciendo efectivamente, pero la única manera de hacerlos visibles es juntando las piezas del rompecabezas; para ello se requieren análisis jurisprudenciales con una perspectiva regional que permitan identificar estas interacciones y evaluar en conjunto las convergencias o divergencias.⁷⁹ Hasta el momento, la evidencia indica que se trata de un proceso de múltiples velocidades: hay cortes nacionales que se encuentran a la vanguardia en la producción de estándares normativos más allá de los mínimos establecidos internacionalmente, y participan con mayor fluidez en los diálogos con la Corte Interamericana. En notorio contraste, hay cortes que se abstienen de citar sentencias de cortes de países vecinos, o cuando lo hacen, generalmente se

⁷⁹ Como ejemplos de este tipo de análisis pueden contarse los trabajos de Aguilar Cavallo (2012), *op. cit.* o el de Binder, Christina (2010): “¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías”, en: Bogdandy, Armin von; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela (eds.): *La Justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* vol. II, México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 159-188.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

trata de monólogos con un propósito meramente retórico (*v.gr.* reforzar una argumentación con una sentencia extranjera que usó un razonamiento similar, desconociendo otras soluciones alternativas en el derecho comparado) y un impacto muy limitado frente a la resolución final. También hay cortes constitucionales nacionales que rara vez citan a la Corte Interamericana y que mantienen prácticas judiciales del siglo XIX, más bien centradas en el derecho positivo nacional e impermeables a las dinámicas del derecho internacional. El Tribunal Constitucional de Chile representa un ejemplo bien estudiado de esta práctica poco abierta a la jurisprudencia extranjera.⁸⁰ En todo caso, una tendencia convergente no es irreversible ni inevitable; por distintos factores las cortes e instituciones nacionales pueden variar su grado de seguimiento y cumplimiento de órdenes y estándares de la Comisión y la Corte Interamericana. El sistema siempre está sujeto a sufrir retrocesos en casos puntuales altamente sensibles para los países miembros. La reacción de Brasil frente a la concesión de medidas cautelares de la Comisión Interamericana en 2011 a favor de los pueblos indígenas afectados por la construcción de la represa de Belo Monte ilustra bien este aspecto.

Por lo que atañe a los diálogos que se han producido en torno a temáticas relacionadas con discriminación racial y desigualdades estructurales en la región, las sentencias presentadas muestran, en términos generales, una tendencia convergente en torno a varios estándares normativos de la Convención 169 de la OIT que han sido adoptados tanto por la Corte Interamericana como por las cortes nacionales. Desde una perspectiva global, si se atiende a la lista de países que han ratificado la Convención 169,⁸¹ se

⁸⁰ Cfr. en detalle: Peña Torres, Marisol (2012): “La utilización de la jurisprudencia constitucional extranjera por parte del Tribunal Constitucional de Chile”, pp. 113-138 y Galdámez Zelada, Liliana (2012): “El uso del Derecho y jurisprudencia extranjera por el Tribunal Constitucional de Chile: Más derecho comparado y menos diálogo interjudicial”, pp. 139-190; ambos textos publicados en: Nogueira Alcalá, Humberto (coord) (2012): *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las cortes internacionales de derechos humanos*, Santiago de Chile: Librotecnia - Cecoch.

⁸¹ Casi todos los países latinoamericanos lo han ratificado, y fuera de la región sólo ha sido ratificado por Dinamarca, España, Fiji, Holanda, Nepal, Noruega y la República Central Africana.

Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas...

puede concluir que, si bien estos estándares no son exclusivos de la región, sí le son muy característicos, lo que es relevante a la luz del concepto del *Ius Constitutionale Commune* regional. En el futuro harán falta estudios que se ocupen en detalle del análisis de cada estándar y que evalúen sus ventajas y riesgos,⁸² así como su grado efectivo de convergencia. Por ejemplo, la convergencia efectiva de los estándares sobre consulta previa es relativa por la configuración misma del procedimiento. Como explica el Relator Especial de Naciones Unidas sobre derechos de los indígenas, “[n]o existe una fórmula específica para consultar a los pueblos indígenas aplicable a todos los países en todas las circunstancias”, y “[l]as características específicas del proceso de consultas requerido por el deber de celebrar consultas variará necesariamente en función de la naturaleza de la medida propuesta y del alcance de su impacto sobre los pueblos indígenas”.⁸³

Fundamental en todo caso es el estudio del artículo 21 de la Convención Americana, que por interpretación “evolutiva” ha dado lugar al reconocimiento de una particular naturaleza del derecho de propiedad de los pueblos indígenas y afrodescendientes sobre sus territorios ancestrales. Este estándar interamericano

⁸² Varios estudios ya han señalado las deficiencias de algunos estándares de la Convención 169 de la OIT en términos de exclusión y territorialización de las identidades, *cf. v.gr.* Costa, Sérgio (2012): “Freezing Differences: Law, Politics, and the Invention of Cultural Diversity in Latin America”, en: Araujo, K.; Mascareño, A. (eds.). *Legitimization in World Society*, Farnham: Ashgate, pp. 139-156; Bocarejo, Diana (2011): “Dos paradojas del multiculturalismo colombiano: la espacialización de la diferencia indígena y su aislamiento político”, en: *Revista Colombiana de Antropología*, 47 (2): 97-112; Ojeda, Diana (2012): “Green pretexts: Ecotourism, Neoliberal Conservation and Land Grabbing in Tayrona National Natural Park, Colombia”, en: *Journal of Peasant Studies*, 39 (2), 357-375.

⁸³ *Cfr.* Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párrs. 37 y 45. Esta postura es recogida por la Comisión Interamericana, que resalta además que en la propia Convención 169 (artículo 34) se establece una cláusula de flexibilidad respecto de la aplicación doméstica de sus normas (*cfr.* Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 301).

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

ilustra cómo a través de los diálogos policéntricos sobre derechos colectivos de los pueblos indígenas y afrodescendientes están surgiendo estándares normativos que ya no se restringen a los acuerdos políticos de los Estados de América sobre mínimos denominadores, sino que van más allá de lo que los Estado reconocieron textualmente a estos grupos en los tratados interamericanos. Eso es precisamente un efecto directo de la naturaleza dialógica y descentralizada del proceso. A diferencia de los procesos tradicionales de recepción vertical del derecho internacional en el siglo xx (enfocados en el cumplimiento de los estándares mínimos internacionales), los diálogos entre las cortes a comienzos del siglo xxi están extendiendo el alcance de esos mínimos y se están produciendo estándares normativos conjunta y coevolutivamente, a la luz del principio *pro homine*. Algunos de los estándares citados en este texto (como por ejemplo, el deber estatal de obtener el consentimiento libre, informado y previo de los pueblos indígenas cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que puedan tener un grave impacto para la supervivencia del grupo) eran prácticamente impensables en los años sesenta, cuando se negoció la Convención Americana. El hecho de que se hayan alcanzado estos estándares pese a los continuos ataques al sistema interamericano, a las limitaciones presupuestales de los órganos del sistema, a las debilidades de los sistemas judiciales latinoamericanos, y a los difíciles entornos sociopolíticos en los que debe operar el derecho en la región, es un indicador de la autoridad discursiva que ha ganado la Corte Interamericana y del potencial de los diálogos entre las cortes del Sistema Interamericano como búsqueda colectiva de soluciones a los enormes retos y necesidades concretas de sociedades marcadas por la exclusión y la desigualdad.

Ius Commune interamericano. Brevisimas notas sobre el concepto de diálogo*

Paola Andrea Acosta

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *La idea de diálogo.* 3. *Los factores que dan lugar al diálogo.* 4. *Los resultados del diálogo: la red judicial interamericana y el Ius Commune interamericano.*

1. INTRODUCCIÓN

En el marco de los profundos cambios que han experimentado tanto el derecho internacional como el derecho constitucional resulta cada vez más evidente la interacción e interdependencia de estos dos ordenamientos. Este vínculo estrecho es particularmente relevante en el campo de los derechos humanos donde gracias a la creciente interacción de los jueces nacionales e internacionales hoy se puede hablar no sólo de sistemas nacionales o internacionales de protección, sino de modelos multinivel de tutela (DIDH).

Tal realidad es particularmente evidente en nuestra región. Desde nuestro punto de vista en Latinoamérica existe un contexto, un conjunto de normas y unas herramientas jurisprudenciales que, vistos como un todo, han servido para desarrollar un diálogo judi-

* Las ideas presentadas en este texto hacen parte de una investigación más amplia publicada por la autora en el libro “Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel, el caso interamericano” Universidad Externado de Colombia. 2014

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

cial que permite la construcción de una red judicial interamericana que tiene como uno de sus principales resultados la configuración de un *Ius Commune* interamericano o como lo denomina el profesor Armin von Bogdandy y los miembros del proyecto ICCAL, un *Ius Constitutionale Commune*. A renglón seguido hablaremos de la idea de diálogo (I.), de los factores que permiten su desarrollo (II.) y del *Ius Commune* como resultado del mismo (III.).

2. LA IDEA DE DIÁLOGO

En los años recientes la idea del diálogo judicial ha adquirido mucha fuerza, toda vez que se trata de un fenómeno generalizado producto de la creciente judicialización del derecho internacional y de la marcada interdependencia de los diversos ordenamientos que conforman el actual escenario jurídico global. Pese a los diversos estudios sobre este asunto, el uso del concepto de diálogo está aún lejos de ser uniforme. Por ello, al referirnos al diálogo judicial interamericano, primero debemos aclarar qué entendemos por tal. Para tal efecto, nos serviremos de la definición de Rafael Bustos, quien entiende el diálogo como

(...) la comunicación entre tribunales derivada de una obligación de tener en cuenta la jurisprudencia de otro tribunal (extranjero o ajeno al propio ordenamiento jurídico) para aplicar el propio Derecho.¹

En otras palabras, el diálogo es el proceso comunicativo que surge de la necesidad de articulación con miras a la conquista de un objetivo común. Así, habrá diálogo cuando los jueces, partiendo de un marco normativo común cuya efectividad requiere de su articulación, reconocen en su homólogo un interlocutor válido cuyo trabajo aparece como una herramienta indispensable para el quehacer propio. En este contexto, la recepción de jurisprudencia con rango de autoridad también es comprendida como diálogo.²

¹ Bustos Gisbert, Rafael. "XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 95, mayo-agosto, pp. 13-63, 2012

² Nogueira Alcalá, Humberto. "El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado

Ius Commune interamericano

Atendiendo a este marco teórico, podemos decir que la creciente interacción entre el juez interamericano y los jueces constitucionales puede ser catalogada como un diálogo de naturaleza formal y vertical,³ esto es, un uso mutuo de la jurisprudencia como resultado de la plena convicción que tienen tanto los jueces nacionales como el juez regional de que existe un objetivo compartido —la protección de los derechos humanos— y un marco jurídico de referencia común —la CADH— que los obliga a articularse.

Esta definición nos permite diferenciar el diálogo de la mera migración de ideas o de los ejercicios de derecho comparado. Para nosotros, el diálogo es mandatorio y su obligatoriedad se desprende de las normas tanto interamericanas como constitucionales.

3. LOS FACTORES QUE DAN LUGAR AL DIÁLOGO

Desde nuestro punto de vista, en Latinoamérica existen tres factores fundamentales que dan lugar al diálogo judicial en los términos acá definidos, estos son: el contexto jurídico, el marco normativo y las herramientas jurisprudenciales.

En cuanto al contexto, podemos decir que el proceso de humanización experimentado por el derecho internacional y las recientes transformaciones constitucionales en la región crean el escenario perfecto para la interacción entre los jueces. Primero, ambos ordenamientos asumen la protección de los derechos humanos como uno de sus objetivos básicos; segundo, ambos reconocen el importante papel de los jueces en relación con tal protección y, finalmente, ambos resaltan la importancia de su interacción para perfeccionar esa tutela. Es dentro de este contexto que surgen las normas que permite el diálogo.

En una mano tenemos las normas interamericanas, así el principio de subsidiariedad, referido en el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las obligaciones

y chileno”, *Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, Vol. 9, N° 2, 2011.p 23-24

³ *Ibidem*. p 24

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

generales de respeto, garantía y adaptación, las reglas sobre interpretación, el derecho de acceso a la justicia, la cláusula sobre reparación integral y las cláusulas sobre el cumplimiento y la fuerza vinculante de las sentencias.⁴

En la otra, todas las cláusulas de apertura del derecho constitucional al derecho internacional (incorporación, jerarquía,⁵ remisión)⁶ y sus cláusulas de articulación (interpretación con-

⁴ Ver Convención Americana sobre derechos humanos, Preámbulo, artículos 1.1, 2, 8, 25, 29, 63, 68.

⁵ Así, tenemos aquellos ordenamientos cuya constitución dice que estos instrumentos prevalecerán en el ordenamiento interno: Constitución de la República de Bolivia Artículo 13; Constitución de Guatemala Artículo 46; Constitución de Colombia Artículo 93. También, aquellos casos en los que la constitución explícitamente concede rango constitucional a los tratados de derechos humanos: Constitución de Argentina. art. 75. 22; Constitución de República Dominicana Artículo 74; Constitución de República Dominicana Artículo 74; Constitución de Venezuela. Artículo 23; Constitución de Brasil. Art. 5, parágrafo LXXVIII, inc. 3. Además, están aquellos eventos en los que los ordenamientos reconocen que el DIDH tiene un estatus inferior al constitucional pero superior al legal: Constitución de Costa Rica. ARTÍCULO 7; Constitución del Salvador ARTICULO 144; Constitución de Honduras. ARTÍCULO 16; Constitución de Paraguay. Artículo 137. Finalmente, están aquellos ordenamientos cuyas constituciones omiten toda referencia al rango normativo de los tratados internacionales pero cuya jurisprudencia les ha reconocido bien sea un estatus constitucional o supra-legal: Así, Chile, Nicaragua, Panamá, Perú y Uruguay. En todo caso la jurisprudencia constitucional de estos países ha subsanado este vacío normativo señalando que las normas internacionales de derechos humanos tienen o bien jerarquía constitucional o bien jerarquía supra legal o que ellas sirven para interpretar o completar las garantías constitucionales Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago. González Sáez c/ INP, (2006), Corte Suprema de Chile. Wilfredo Antilef Sanhueza con Juez Titular Primer Juzgado del Trabajo San Miguel (2005), Corte Suprema. Hugo Iturrieta Núñez con Juez Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago (2005) Perú [STC Exp. N.º 10063-2006-PA/TC, S, f. j. 22]

⁶ Constitución de la República de Argentina, Artículo 33; Constitución de la república de Bolivia, Artículo 13; Constitución de la república de Bolivia, Artículo 13; Constitución de la República Federativa de Brasil, Art. 5, parágrafo LXXVIII, inc. 2; Constitución de la República de Chile Art. 5; Constitución de la República de Chile Art. 5; Constitución de la República de Colombia ARTICULO 94; Constitución de la República de Costa Rica ARTÍCULO 74; Constitución de la República del Ecuador, Artículo 11. 3; Constitución de la República del Salvador, ARTICULO 52; Constitución de

Ius Commune interamericano

forme⁷ y cumplimiento⁸). Todas estas normas dan lugar a las herramientas jurisprudenciales que facilitan el diálogo, entre ellas las más importantes, la interpretación conforme y el control de convencionalidad.

Estas normas deben comprenderse como un todo, un conjunto normativo que permite el diálogo entre los jueces de ambos niveles de protección. Así pues, los jueces nacionales se sirven del derecho internacional de los derechos humanos como norma constitucional o supralegal si su ordenamiento se los permite,⁹ pero en caso de que no existan normas constitucionales al respecto, los funcionarios judiciales pueden alegar que dicha ins-

la República de Guatemala, Artículo 44; Constitución de la República de Honduras, ARTÍCULO 63; Constitución de los Estados Unidos mexicanos, Artículo 10; Constitución de la República de Nicaragua, Art. 46; Constitución de la República de Panamá, ARTÍCULO 17; Constitución de la República del Paraguay Artículo 45; Constitución de la República del Perú, Artículo 3; Constitución de la República del Uruguay, Artículo 72; Constitución de la República bolivariana de Venezuela, Artículo 22

⁷ Constitución de la República de Colombia, Artículo 93; Constitución de la República del Perú, Cuarta disposición final y transitoria; Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 1.2 Constitucional; Constitución de la República Dominicana, Artículo 74.4); Constitución de la República del Ecuador Art. 172; Constitución de la República de Costa Rica, ARTÍCULO 48; Constitución de los Estados Unidos Mexicanos Artículo 103

⁸ Así por ejemplo, El artículo 93 de la constitución ecuatoriana, el artículo 15 de la constitución hondureña. En el caso colombiano, peruano y mexicano las normas útiles al cumplimiento de sentencias internacionales en materia de derechos humanos son de rango legal. Así la ley 288 de 1996 en Colombia, La ley federal de responsabilidad patrimonial del Estado, DOF 31/12/2004 y la ley sobre celebración de tratados, DOF 2/01/1992 en México y el Código Procesal Constitucional de 2004 (art. 115), así como la ley 27.775, publicada el 7 de julio de 2002 en Perú. En Costa Rica, la norma sobre este asunto está prevista en el Acuerdo de sede entre Costa Rica y la Corte IDH, 10 de septiembre de 1981.

⁹ Corte Constitucional de Perú. Caso Arturo Castillo Chirinos, Exp. N.º 2730-2006-PA/TC, Julio 21 2006. párr. 14. En la misma línea, el uso del derecho internacional por los jueces nacionales es hecho gracias a las cláusulas complementarias. Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Expdt. 1665, Marzo 13 2003; Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, Sala Constitucional, Sentencia No. 59, Mayo 7 2004 y Sentencia No. 103 Noviembre 8 2008; Corte Suprema de Justicia de Panamá, Expdt. 794-07, Agosto 21 2008.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

trumentalización se justifica, en las cláusulas de remisión, en las normas sobre interpretación conforme o en el cumplimiento de un compromiso internacional de garantía o adaptación¹⁰ y/o en la interpretación *pro personae* que están obligados a perseguir.¹¹ En consecuencia, bien sea por mandato constitucional o en virtud de una obligación internacional,¹² el juez local se encuentra compelido a proyectar su trabajo bajo la luz de las normas regionales; no se trata de una mera cuestión de deferencia sino del estricto cumplimiento de un deber jurídico. Ahora bien, el diálogo implica reciprocidad. En el escenario regional el juez interamericano, tiene en cuenta las normas y la jurisprudencia nacional si ello es necesario para asegurar la interpretación favorable requerida en el artículo 29 CADH, para determinar la existencia y alcance de una violación, para evaluar la efectividad de los recursos nacionales y así decidir si puede o no actuar como mecanismo subsidiario de protección o para evaluar el cumplimiento de sus órdenes.¹³

De este marco normativo se desprende, además, las herramientas jurisprudenciales que sirven para desarrollar el diálogo: la inter-

¹⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 251. Mayo 28 1997

¹¹ Corte Suprema de Justicia de Panamá, Expdt. 794-07, Agosto 21 2008. Corte Constituttional de Bolivia. Expediente No. 2006-13381-27-RAC, apartado III.3. Corte Constitucional de Perú. Expediente No. 2730-2006-PA/TC Julio 21 2006

¹² Es importante señalar que los jueces han entendido que la justificación de este diálogo es la suma de todas o algunas normas nacionales e internacionales. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-370, Mayo 18 2006

¹³ “De la lectura de la jurisprudencia interamericana se puede apreciar que el uso de la jurisprudencia nacional por parte del juez regional es cada día más común y se da en atención a cuatro supuestos diferentes. En primer lugar, el juez interamericano considera el trabajo del juez nacional cuando éste ha dado lugar a las violaciones que hacen responsable a los Estados; en segundo lugar, la CorteIDH se refiere a la jurisprudencia nacional para resaltar su aporte a la hora de esclarecer o enfrentar una violación; en tercer lugar, el trabajo del juez nacional es importante en el escenario interamericano cuando sirve como refuerzo de las ideas del juez regional; finalmente, la jurisprudencia nacional sirve como herramienta para la puntualización y ampliación del contenido de los derechos protegidos por el ordenamiento interamericano. Sobre este asunto y la lista de casos que dan cuenta de esto ver”. Acosta Alvarado. Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel, el caso interamericano. Universidad externado de Colombia. 2014.

Ius Commune interamericano

pretación conforme y el control de convencionalidad. En el campo de los derechos humanos la figura de la interpretación conforme hace alusión al ejercicio hermenéutico exigido a todos los operadores jurídicos con base en el cuál las normas de derechos humanos deben interpretarse a la luz de las obligaciones internacionales. Por su parte, y pese a lo ambigua que ha sido la jurisprudencia,¹⁴ podemos definir el control de convencionalidad radicado en cabeza de los jueces nacionales como la tarea de supervisión y adecuación que todos los miembros de la judicatura deben ejercer con ocasión de los mandatos previstos en los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH y en virtud del cual ha de asegurarse la compatibilidad de las normas nacionales con los mandatos interamericanos. Como resultado del ejercicio de este control el funcionario validará, condicionará o invalidará la norma nacional en cuestión.¹⁵

Estas herramientas judiciales permiten la interacción de los jueces. Así, los funcionarios judiciales nacionales se encuentran obligados, siempre, a procurar la interpretación más favorable a los derechos humanos (interpretación conforme, bien sea en virtud de una cláusula constitucional que así lo disponga o de los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH) tomando en cuenta el contenido de las normas interamericanas establecido de acuerdo con la jurisprudencia del juez regional. En caso de no lograr esa interpretación y, según sus propias competencias, deberán bien abstenerse de usar la norma bien expulsarla del ordenamiento jurídico (control de constitucionalidad/convencionalidad). Se trata, en todo caso, de ejercicios de armonización que, con efectos diferentes, procuran la protección efectiva de los derechos humanos. En aquellos escenarios en los que las normas interamericanas han adquirido un rango constitucional o supralegal, el bloque de convencionalidad se subsume en el bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, el ejercicio de todo control de constitucionalidad,

¹⁴ Castilla, Karlos. “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/13/art/art2.pdf>

¹⁵ García Ramírez, Sergio. “El control judicial interno de convencionalidad”. *Revista del Instituto de Ciencias jurídicas de Puebla*. Año V, No. 28, julio-diciembre de 2011. p. 128

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

resulta ser, a su vez, un ejercicio de control de convencionalidad (o viceversa).¹⁶ En los eventos en que dicha incorporación no se ha dado, los mandatos interamericanos que obligan a la ejecución del control de convencionalidad determinan el ejercicio y los perfiles de dicho control. En caso tal de que los jueces nacionales fallen en su labor, le corresponderá al juez regional asumir la tarea de control teniendo en cuenta el trabajo adelantado por su homólogo nacional.

Así pues, bien sea por mandato nacional o internacional el funcionario judicial está llamado a efectuar un ejercicio de armonización o como lo denomina Espósito “una interpretación constitucional del derecho internacional”¹⁷ ya sea que este termine o no en la expulsión de una norma del ordenamiento jurídico. La eficacia y los alcances de dicho proceso de armonización están determinados por las normas de jerarquía e interpretación, así como por el marco sobre la estructura y las competencias de la judicatura nacional; y su éxito determina, a la vez, la garantía de un recurso efectivo y, por lo tanto, del derecho de acceso a la justicia, lo que en última instancia, condiciona la activación del mecanismo regional. Si el asunto llega al escenario regional, de acuerdo con la Convención y según la etapa del proceso, el juez interamericano deberá tener en cuenta el trabajo del juez nacional para decidir si activa su competencia, para determinar la existencia de la violación o para supervisar el cumplimiento de sus órdenes. En todo caso, en el marco de estos ejercicios de adaptación hermenéutica cuyo objetivo principal es asegurar el efecto útil (art. 29 CADH) de las normas —constitucionales e internacionales— de protección, los jueces interamericanos, como parte de la cadena de salvaguarda, también deben hacer un ejercicio de ponderación que garantice la interpretación más favorable, aun cuando ello signifique servirse de las interpretaciones de los jueces nacionales.¹⁸

¹⁶ CIDH (Supervisión de cumplimiento) 20 de Marzo 2013 *Gelman v. Uruguay*, Resolución de Supervisión de Cumplimiento de sentencia, 20 de Marzo de 2013, para. 88

¹⁷ “. Espósito, Carlos. “La interpretación constitucional de las normas internacionales”. *La Constitución en 2020. 48 ideas para una sociedad igualitaria*. Roberto Gargarella, Coord. Siglo XXI Editores. 2011. p 134

¹⁸ Piénsese por ejemplo, en el uso de la jurisprudencia nacional por parte del juez interamericano para ampliar los alcances de los artículos 21 y 22 de la

Ius Commune interamericano

4. LOS RESULTADOS DEL DIÁLOGO: LA RED JUDICIAL INTERAMERICANA Y EL *IUS COMMUNE* INTERAMERICANO

Desde nuestro punto de vista, el diálogo que acabamos de describir ha dado lugar a la construcción de una red judicial, cuyo eje central es la Corte IDH (quien asume el perfil de un tribunal constitucional), gracias a la cual se puede hablar de la existencia de un *Ius Commune* interamericano.

Entendemos por red aquel conjunto de herramientas, instituciones o personas relacionadas u organizadas, formal o informalmente, para la consecución de un determinado fin u objetivo común.¹⁹ En este orden de ideas, la red judicial²⁰ está conformada por los funcionarios investidos con la función de administrar justicia, bien sea a nivel regional o nacional, y cuya competencia

Convención con miras a proteger la propiedad colectiva de las comunidades indígenas o a la población desplazada por la violencia, respectivamente. Al respecto ver lo ejemplos referidos en este mismo Capítulo secciones 2.A.a o 2.C.a

¹⁹ “Networks are a well-established part of the social sciences vernacular. Tanja Börzel has offered the following general definition: ‘a set of relatively stable relationships which are of non-hierarchical and interdependent nature linking a variety of actors, who share common interests with regard to a policy and who exchange resources to pursue these shared interests, acknowledging that cooperation is the best way to achieve common goals’. For social scientists, networks are employed as an analytical tool to describe why and how cooperation or interaction between various actors takes place”. *Op. Cit.* Claes, Mónica. Are you networked yet? p 101 En derecho internacional la idea de red llega de la mano de Slaughter quien promueve la idea de que “the goverment networks are the key feature of Word order”. En este contexto, según la autora existen tres tipos de redes según su función (*enforcement, information, harmonization*) y su articulación pretende lograr la cooperación, la convergencia y el cumplimiento del derecho internacional. Slaughter, Anne.Marie. A new world order. Princeton University Press, 2004. Lo q Slaughter llama comunidad global de cortes y Martínez sistema judicial nosotros lo llamamos red. Todas estas ‘figuras’ buscan explicar el mismo fenómeno.

²⁰ Sirviéndose de su concepto de red, Slaughter acompañada por Helfer, han estudiado el trabajo de los jueces y han propuesto la idea de una comunidad global de jueces y de una comunidad legal global. *Op. Cit.* Helfer, Laurence R.; Slaughter, Anne-Marie “Toward a theory of effective supranational adjudication”

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

principal es la protección de los derechos humanos; estos son la Corte IDH y los jueces constitucionales a nivel nacional. Los miembros de esta red se relacionan a través del ejercicio del diálogo formal e informal. El primero, del cual nos hemos ocupado en este trabajo, encuentra fundamento en las normas constitucionales y regionales que obligan al juez a adelantar un ejercicio de armonización. El segundo se adelanta en escenarios no jurídicos y existe como consecuencia del reconocimiento que los propios jueces, la academia y la sociedad civil en general, hacen de la importancia y necesidad de compartir y usar cierto tipo de información para cumplir la tarea de protección.

Esta red de protección puede ser caracterizada como una red multinivel²¹ y constitucional.²² Esto es como una red articulada en

²¹ Esto es, una red articulada entre varios niveles cuya coordinación no se da en términos jerárquicos o de unificación sino de cooperación. Esta idea la extraemos de los promotores del constitucionalismo multinivel, entre quienes se cuentan, Walker, Neil. *Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate*. 'Europe in Question' Discussion Paper Series. LSE; LEQS Paper No. 08/2009; Pernice, Ingolf. *Multilevel Constitutionalism and the treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?* En *Common Market Law Review*, No. 36. 1999; Pernice, Ingolf y Kanitz, Ralf. *Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism in Europe*. WHI - Paper 7/04 Humboldt University. En el escenario latinoamericano Víctor Bazán hace alusión a la existencia del diálogo interjudicial, así como a la idea de protección multinivel erigida sobre la premisa de que existe un objetivo convergente y gracias al uso de la hermenéutica *pro persona*. A.A.V.V. *Justicia constitucional y derechos fundamentales el control de convencionalidad*. Nash, Claudio y Bazan, Victor. (eds.) (Santiago, CDH-FKAS, 2012). p 18 y 19

²² La idea de una red constitucional ha sido promovida, entre otros, por Anne Peters. Una red constitucional permite el ejercicio de funciones constitucionales y la consecución de objetivos constitucionales más allá del Estado gracias a la articulación de diferentes actores en varios niveles. Peters, al hablar del constitucionalismo internacional se refiere a la necesidad de visualizar "una red constitucional global tejida ligeramente: hay elementos fragmentarios de derecho constitucional en varios niveles de la gobernanza, en parte, en relación con sectores específicos. Tendríamos que visualizar estos elementos como si estuvieran situados tanto vertical como horizontalmente. Lo elementos constitucionales situados en los diversos niveles y sectores podrían complementarse y sostenerse el uno al otro. Esto es una red constitucional." Al referirse a la forma de interactuar dentro de la red, esta autora también hace alusión a una idea multinivel antes que a

Ius Commune interamericano

varios niveles entre los cuáles no hay una relación de jerarquía,²³ a través de la cual se ejercen funciones constitucionales y cuyo objetivo principal es la armonización de los ordenamientos jurídicos para asegurar la protección efectiva de los individuos.

La idea de red que planteamos se asemeja a la imagen de una telaraña: en ella hay interacciones verticales —entre el juez regional y el juez constitucional— y relaciones horizontales —entre los jueces constitucionales de diversos países—. En este trabajo nos hemos ocupado tan sólo del eje vertical de la red y de su construcción a través del diálogo formal al que da lugar la lectura conjunta de las normas interamericanas y constitucionales. En esta arácnida imagen de la red, el primero de los niveles de protección está en los jueces nacionales.²⁴ No obstante, la piedra angular de la telaraña es la Corte IDH, la cual funge como faro de la función judicial de protección en Latinoamérica. Justamente este papel articulador del tribunal regional nos hace pensar en la posibilidad de concebir a la Corte IDH como una Corte Constitucional regional y a preguntarnos por la diferencia entre una idea multinivel y la tradicional imagen jerarquizada de un sistema judicial.²⁵

la tradicional visión jerárquica: “La edificación de una red constitucional transnacional, en la cual las normas aplicables no pueden ser alineadas en una jerarquía abstracta, tienen al menos una importante consecuencia jurídica: la solución de eventuales conflictos entre el derecho constitucional nacional e internacional requiere un balance de los intereses de los casos concretos.” Peters, Anne. “Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras constitucionales”. *La constitucionalización del derecho internacional*. Anne Peters, Mariano Aznar, Ignacio Gutiérrez Eds. Tirant lo Blanch, Monografías, 688. 2010, p 117.

²³ Sobre este asunto ver op. Cit. Acosta Alvarado. Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel.

²⁴ Burke White, habla de una comunidad de cortes en la que las cortes nacionales constituyen “primera línea” de trabajo. Burke-White, William W. “A community of courts: Toward a system of international criminal law enforcement”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 24, N°1, 2002-2003.

²⁵ Idea similar es desarrollada por Stone respecto del sistema europeo, un escenario al que tilde de ‘comunidad de cortes’ coordinada a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo. Stone sweets, Alec. “A cosmopolitan legal order: Constitutional pluralism and rights adjudication in Europe”. *Global Constitutionalism* 2012, 1:1, 53– 90 Así, desde nuestro punto de vis-

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Ahora bien, uno de los resultados más importantes de la existencia del diálogo y, por lo tanto de la configuración de la Red, es la articulación de un *Ius Commune*. En nuestra opinión, el *Ius Commune* da cuenta de la existencia de un marco mínimo de protección conformado por el catálogo de derechos y obligaciones básicas que resulta de la convergencia de los listados constitucionales y los instrumentos regionales tras el ejercicio de interpretación que adelantan los jueces.²⁶

ta, y siguiendo al análisis que Queralt Jiménez hace del caso europeo, la Corte IDH opera como un ente armonizador cuyo éxito depende, en gran medida, de la recepción que hagan los jueces nacionales de su jurisprudencia: “[...] en términos de compatibilidad no de identidad, criterio que se adecua al proceso de armonización en materia de derechos y libertades fundamentales que protagoniza el TEDH en el ámbito europeo. Así es, la existencia de un estándar mínimo europeo + la asunción del pluralismo sobre el que se asienta el CEDH supone aceptar que el sistema europeo de garantía implica un proceso de armonización en materia de derechos y libertades, y no de uniformización, tal y como parece defender, además, mayoritariamente la doctrina europea. El TEDH desempeña una función armonizadora de los sistemas de garantía existentes en Europa, incluido el propio sistema de protección de derechos y libertades fundamentales del ordenamiento comunitario [...] en este proceso de armonización es un elemento esencial el uso que las jurisdicciones internas hacen del canon europeo y muy especialmente de las sentencias del Tribunal Europeo como herramienta hermenéutica”. Queralt Jiménez, Argelia. El Tribunal de Estrasburgo y los Tribunales Constitucionales. [en línea], Disponible en: http://www.upf.edu/constitucional/actualitat/PDFs/Queralt_Jimenezx_Argelia.pdf [06 de agosto de 2013].

²⁶ En el escenario europeo se ha desarrollado un concepto similar, El derecho constitucional común europeo que engloba el conjunto de principios comunes de los Estados miembros, que surgen de las constituciones, de las costumbres y del propio derecho europeo. Perez Luño, Antonio. “El Derecho Constitucional Común Europeo: apostillas en torno a la Concepción de Peter Haberle”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* Núm. 88. Abril-Junio 1995. El *Ius Commune* es prueba de lo que dice Cottier Multilayered governance thus relies upon a common and shared body of underlying constitutional values and legal principles, which penetrate all layers of governance alike. Today, these foundations exist in positive international law and are formally shared by the constitutions of a large number of states (...) The prospects of multi-layered governance therefore depend upon the level of shared procedural avenues established at and among different layers of governance. *Op. Cit.* Cottier, Thomas. “Multilayered governance pluralism, and moral conflict p. 657 y 662 Esta idea resulta acorde por la expresada por

Ius Commune interamericano

En este sentido —y acorde con las notas esenciales de los derechos humanos—, el *Ius Commune* se caracteriza por su naturaleza dinámica y progresiva ya que responde tanto a la inquietud de los jueces por adaptar el derecho a la realidad a la que ha de aplicarse, como a la necesidad de lograr su ampliación y profundización con el paso del tiempo. Se trata pues del resultado de un ponderado ejercicio de equilibrio. En este sentido, toda vez que el *Ius Commune* responde a la realidad regional y, por lo tanto, evoluciona sólo en la medida en que lo hagan tanto los derechos nacionales como el derecho interamericano en el marco de esa mecánica de interacción que hemos descrito hasta el momento,²⁷ su configuración siempre será respetuosa de la soberanía estatal y el pluralismo.²⁸

A la luz de estas ideas, podemos decir que el *Ius Commune* cumple fundamentalmente cinco funciones:

1. En primer lugar, permite establecer los estándares mínimos de protección.
2. Asimismo, ayuda a elevar los parámetros de salvaguarda.
3. En tercer lugar, el *Ius Commune* facilita la comunicación entre los diversos escenarios de tutela.

Tznakopolous quien afirma que el diálogo da lugar a un núcleo común de derechos a proteger en todos los niveles. Tzanakopoulos, Antonios. *Judicial Dialogue in Multi-level Governance: The Impact of the Solange Argument. The practice of international and national courts and the (de-)fragmentation of international law.* Ole Kristian Fauchald y André Nollkaemper (eds) Hart Publishing, 2012. p. 190.

²⁷ En esa dinámica ocurre lo que señala Waters: el juez internacional crea una regla que el juez nacional aplica haciéndola parte de una práctica reiterada gracias a la cual se crea una norma consuetudinaria de derecho internacional público. Waters, Melissa A. “The future of transnational judicial dialogue”, *The American Society of International Law Proceedings*, N° 104, 2010.

²⁸ Siguiendo las ideas de Pérez Luño en torno a la propuesta de Häberle, podemos decir entonces que el *Ius Commune* interamericano es una “realidad operativa” y en construcción soportada en la experiencia judicial de la región, que se erige como mecanismo de mediación entre los diversos intereses en juego —locales vs. regionales— evitando con ello la imposición de uno de los actores. Además, su existencia, como veremos más adelante, facilita la articulación de lo regional en escenarios de mayor alcance. Pérez Luño, Antonio. “El Derecho Constitucional Común Europeo: apostillas en torno a la Concepción de Peter Häberle”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* Núm. 88. Abril-Junio 1995. p 173.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

4. Además, permite alcanzar una coherencia que aunque facilita la igualdad es respetuosa de la diversidad.
5. Finalmente, tal como en el caso del ‘patrimonio constitucional común’ propuesto por Zagreblesky²⁹ el *Ius Commune* interamericano sirve como parámetro de validez de las normas, tanto constitucionales, como internacionales y en ese sentido se erige como un derrotero para el legislador y, en general, como parámetro de conducta para el ejercicio del poder *ad intra* pero también *ad extra* del Estado.

Así pues, tal como lo apuntan nuestros colegas del proyecto ICCAL liderados por el Profesor von Bogdandy, en Latinoamérica podemos hablar de un derecho común, un derrotero que puede guiarnos en la profundización y el fortalecimiento del Estado social de derecho y, con ello, en la consecución de la protección efectiva de los individuos. A la luz de esta idea, desde nuestro punto de vista, los efectos del diálogo, la existencia del *Ius Commune*, tiene tres efectos particulares: a) el diálogo es causa y consecuencia de la reformulación de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, b) con él se impulsan las reformas constitucionales y legales que permiten ampliar o reforzar el catálogo de derechos, y los ajustes procesales e institucionales que coadyuvan en el cometido de protección, c) potencia la efectividad de la tutela ofrecida a los individuos tanto en sentido estricto (para casos específicos y respecto del cumplimiento de las sentencias, nacionales e internacionales) como en sentido amplio, esto es, generando la cultura y herramientas necesarias evitar las violaciones, esto es, para lograr la protección sin tener que acudir a los estrados judiciales, tal como debe ser.³⁰

²⁹ Zagrebelsky, Gustavo. “El juez constitucional en el siglo XXI”. *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2725>

³⁰ Sobre todos estos asuntos, ver *op. cit.*, Acosta Alvarado. Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel.

El control de convencionalidad y la consolidación del *Ius Commune* interamericano*

Juana María Ibáñez Rivas**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Evolución del contenido y alcances del control de convencionalidad. 3. Finalidades del control de convencionalidad. 4. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Desde el año 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante: Corte Interamericana o Corte) ha acuñado el

* El presente documento es parte de una publicación de la autora sobre el control de convencionalidad en proceso de edición: Ibáñez Rivas, Juana María, *El control de convencionalidad. Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia*, México, UNAM-IIIJ, CNDH, 2017. Asimismo, ver, Ibáñez Rivas, Juana María, *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*, San José, IIDH, 2015, <http://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/3164/manual-auto-formativo-control-convencionalidad-web.pdf>, Ibáñez Rivas, Juana María, “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, núm. 8, 2012, pp. 103-113, <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/20555>

** Abogada peruana (2005, Pontificia Universidad Católica del Perú); Candidata a doctora en Derecho Internacional y Europeo por la Universidad París 1, Panthéon-Sorbonne, Francia; Máster en Derechos Humanos (2014,

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

término “control de convencionalidad” para referirse a la obligación de todo Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante: Convención Americana o Convención) consistente en aplicar dicho tratado, y la jurisprudencia de la Corte sobre el mismo, en su derecho interno.¹ Al tratarse de “una obligación de las autoridades estatales”, ha quedado establecido que su ejercicio sólo compete subsidiaria o complementariamente a la Corte Interamericana, cuando un caso ha sido sometido a su jurisdicción.²

Ciertamente, la Corte Interamericana ha señalado que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico respectivo. Sin embargo, ha precisado que cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus poderes, órganos y autoridades, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas y prácticas contrarias a su objeto y fin que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales concernidas. Por tanto, toda autoridad pública está en la obligación de ejercer *ex officio* un control de

Universidad París X Nanterre La Défense, Francia); Diplomada del Postítulo en Derechos Humanos y Procesos de Democratización (2007, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y *The International Center for Transitional Justice*), y miembro de la *Société française pour le droit international*. Consultora en temas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario e investigadora del *Groupe d'études en droit international et latino-américain de La Sorbonne* (GEDILAS-IREDIÉS). Previamente se desempeñó como abogada en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008-2011), y como responsable de programa en la Delegación Regional del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) para Bolivia, Ecuador y Perú (2004-2008).

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), *Caso Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, considerando 65.

² *Ibidem*, considerando 87.

El control de convencionalidad y la consolidación del *ius commune*...

convencionalidad entre las normas y prácticas internas y la Convención Americana y la interpretación que de la misma ha hecho la Corte —intérprete última de la Convención—, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes³. El control de convencionalidad se revela entonces como una “consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente”⁴.

La relevancia del control de convencionalidad ha tenido como correlato un significativo esfuerzo de la Corte Interamericana por precisar su contenido y alcances hasta posicionarlo en el centro de las obligaciones que vinculan a los Estados Parte de la Convención Americana en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante: Sistema Interamericano). Esta situación contrasta con la del Sistema Europeo de Derechos Humanos (en adelante: Sistema Europeo)⁵ en el que el control de convencionalidad se implementa en función a las características propias de cada ordenamiento jurídico nacional y en el que, adicionalmente, se aplica el denominado “margen nacional de apreciación”.⁶ De esta manera, conforme ha sido resaltado por

³ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, párr. 124, y *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 17 de noviembre de 2015, Serie C No. 306, nota al pie 125.

⁴ Carbonell, Miguel, *Introducción general al control de convencionalidad*, México, UNAM-III, p. 69, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>

⁵ Burgorgue-Larsen, Laurence, “Les standards, normes imposées ou consenties ?”, en Fatin-Rouge Stefanini, Marthe (dir.), *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux ?*, Les Cahiers de l’Institut Louis Favoreu, Aix-Marseille, PUAM, 2013, p. 28. Al respecto, Laurence Burgorgue-Larsen ha afirmado que “[u]ne telle démonstration des contours de l’office du juge national à l’égard du droit conventionnel américain n’a pas son équivalent, comme tel, dans le champ du système de la Convention européenne. À aucun moment, la Cour de Strasbourg n’a élaboré de façon aussi structurée une théorie de ce genre qui a pour conséquence d’encadrer de façon explicite et décomplexée les compétences des juridictions nationales”.

⁶ Sobre “el margen nacional de apreciación”, Laurence Burgorgue-Larsen ha señalado que “*c’est une théorie qui repose sur deux fondements : la philosophie*

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Laurence Burgorgue-Larsen, la Corte Interamericana ha creado una suerte de “teoría” sobre el control de convencionalidad sin equivalente en el Sistema Europeo caracterizado por la implementación flexible de aquél.⁷

Los esfuerzos de precisión emprendidos por la Corte Interamericana contrastan, sin embargo, con una serie de dificultades relacionadas a la metodología y aplicación del control de convencionalidad, que ponen en evidencia la complejidad de su implementación en un contexto regional con sistemas constitucionales distintos, con variados ordenamientos institucionales, con diferentes competencias entre las autoridades públicas, con distintos niveles de apertura al derecho internacional...

Por todo lo expuesto, el presente artículo se organiza en dos capítulos. El primer capítulo describe la evolución del contenido y alcances del control de convencionalidad a través del tiempo, mientras que el segundo capítulo presenta los efectos de su aplicación en el Sistema Interamericano. Ambos apartados aspiran a poner en evidencia los retos de la implementación del control de convencionalidad en los Estados de la región y su importancia para la consolidación del *Ius Commune* interamericano.

2. EVOLUCIÓN DEL CONTENIDO Y ALCANCES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido objeto de un proceso de evolución que, progresivamente, ha ido precisando su contenido y alcances, con miras a asegurar y facilitar su aplicación por los Estados Parte de la Convención Americana. La jurisprudencia de la Corte Interamericana da cuenta de más de treinta casos contenciosos en los

de la subsidiarité d'un côté et la souveraineté étatique de l'autre qui induisent d'accorder une place au pluralisme juridique afin de respecter les spécificités juridiques des États". Burgorgue-Larsen, Laurence, “Les standards...”, cit., p. 27. Asimismo, ver, García Roca, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, Civitas-Thomson, 2010.

⁷ *Idem*.

El control de convencionalidad y la consolidación del *ius commune*...

que ésta se ha pronunciado sobre diversos aspectos del control de convencionalidad en sentencias que involucran la responsabilidad internacional de casi la totalidad de los Estados Parte de la Convención que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte.⁸

Compartimos con Laurence Burgogues-Larsen la posibilidad de explicar dicha evolución en tres grandes etapas,⁹ una previa de gestación del término, otra de aparición propiamente dicha del concepto control de convencionalidad, y una última de una serie de precisiones en la jurisprudencia en cuanto al contenido y alcances del mismo.

A. *Las primeras aproximaciones al control de convencionalidad en los votos del juez Sergio García Ramírez*

Algunos de los criterios que definen al control de convencionalidad fueron mencionados con anterioridad al establecimiento del término como tal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, concretamente en los votos razonados del juez Sergio García Ramírez a tres sentencias. En el 2003, en la sentencia del caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, el juez García Ramírez señaló que:

27. Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no pue-

⁸ El juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot hizo notar esta relación en su voto razonado a la resolución de supervisión de cumplimiento en el caso *Gelman vs. Uruguay*, al señalar que, al 20 de marzo de 2013, la Corte se había referido al control de convencionalidad en más de veinte casos contenciosos que involucraban la responsabilidad internacional de trece Estados Parte de la Convención que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 96. Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, *op. cit.*

⁹ Burgogues-Larsen, Laurence, “Chronicle of a fashionable theory in Latin America. Decoding the doctrinal discourse on conventionality control”, en Haeck, Yves *et al.* (eds.), *35 Years of Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*, Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 645-676.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

de quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional¹⁰.

Un año después, en la sentencia del caso *Tibi vs. Ecuador*, el juez García Ramírez se refirió nuevamente al control de convencionalidad en su razonamiento sobre las funciones de la Corte Interamericana:

3. En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados —disposiciones de alcance general— a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público —y, eventualmente, de otros agentes sociales— al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.¹¹

Un par de años más tarde, el juez García Ramírez evocará nuevamente el término en su voto a la sentencia del caso *López Álvarez vs. Honduras*:

¹⁰ Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 27. Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101.

¹¹ Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 3. Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114.

El control de convencionalidad y la consolidación del *ius commune*...

30. Al analizar la complejidad de[un caso], la Corte que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención —es decir, el órgano que practica el “control de convencionalidad”— debe explorar las circunstancias *de jure* y *de facto* del caso. Es posible que el análisis jurídico sea relativamente sencillo, una vez establecidos los hechos acerca de los cuales se ha producido el litigio, pero éstos pueden ser extraordinariamente complejos y hallarse sujetos a pruebas difíciles, necesariamente prolongadas o de complicada, costosa, azarosa o tardía recaudación. También puede suceder lo contrario: relativa claridad y sencillez de los hechos, en contraste con problemas severos en la apreciación jurídica o en la calificación de aquéllos: pareceres encontrados, jurisprudencia cambiante, legislación incierta, razones atendibles en sentidos diferentes o discrepantes.¹²

Por tanto, en dichos votos, el juez García Ramírez realizó una serie de aproximaciones a las implicancias del control de convencionalidad, aplicado tanto por la autoridad jurisdiccional nacional como por la Corte Interamericana.

B. Aparición expresa del término control de convencionalidad

En el año 2006, al resolver el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, la Corte Interamericana citó por primera vez en su jurisprudencia, de manera expresa, el término control de convencionalidad. En dicho caso, la Corte declaró que el Poder Judicial chileno aplicó una norma que tuvo como efecto el cese de las investigaciones y el archivo del expediente de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano, dejando en la impunidad a los responsables. La Corte Interamericana consideró el supuesto en el cual “el [Poder] Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana”, frente a lo cual “el [Poder] Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a [aquella]”.¹³

¹² Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 30. Corte IDH, *Caso López Álvarez vs. Honduras*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.

¹³ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, *op. cit.*, párr. 123.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Así, la Corte declaró que si bien “es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, [...] obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico”, recordó que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean merma[d]os por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. Para ello, la Corte Interamericana indicó 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 Americana¹⁴.

Aunado a ello, la Corte estableció que “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”.¹⁵

C. Precisión de los alcances del control de convencionalidad

En esta etapa cabe destacar dos tendencias, una en la cual la Corte Interamericana reitera los estándares establecidos sobre el control de convencionalidad, y otra en la que aprovecha el marco fáctico del caso y los debates jurídicos del mismo para realizar precisiones respecto a dicha herramienta.

Así, la definición formulada por la Corte Interamericana en el año 2006 en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* fue el punto de partida de posteriores precisiones que, hasta la fecha, han conseguido que el control de convencionalidad evolucione y se enriquezca. Tales precisiones se han referido, *inter alia*, a las características del control de convencionalidad, a las autoridades obligadas a aplicarlo, al marco de referencia respecto del cual se aplica y a sus manifestaciones.

1. Precisión sobre las características del control de convencionalidad. También en el 2006, en el caso *Trabajadores Cesados*

¹⁴ *Ibidem*, párr. 124.

¹⁵ *Idem*.

El control de convencionalidad y la consolidación del *ius commune*...

del Congreso (*Aguado Alfaro y otros*) vs. Perú¹⁶, la Corte enfatizó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer ya no “un cierto” control —conforme se indicó en *Almonacid Arellano y otros*—, sino, directamente, un control de convencionalidad. En este ejercicio de precisión del concepto, la Corte Interamericana se refirió a algunas exigencias específicas del mismo:

- Es de aplicación *ex officio* por parte de los órganos del Poder Judicial, “evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. En ese sentido, “[e]sta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”,¹⁷ y

- Es complementario al “control de constitucionalidad”, de manera que se debe aplicar además del citado control al que están obligados los órganos del Poder Judicial por su propia legislación interna.¹⁸

La jurisprudencia descrita hasta ese momento fue reiterada en el 2006 en la sentencia del caso *La Cantuta vs. Perú*,¹⁹ al año siguiente, en el 2007, en la sentencia del caso *Boyce y otros Vs. Barbados*,²⁰ y en el 2008, en la sentencia del caso *Heliodoro Portu-*

¹⁶ Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C No. 158.

¹⁷ *Ibidem*, párr. 128.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162, párr. 173.

²⁰ Corte IDH, *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C No. 169, párrs. 78-79. En el caso *Boyce y otros*, la Corte destacó que los jueces debían ejercer un control de convencionalidad sobre todas las normas del sistema jurídico nacional para garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por la Convención, lo que incluye normas de rango constitucional. Esta aproximación permitió distinguir conceptualmente entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, pues como quedó establecido en la sentencia del caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, los jueces deben no sólo controlar la constitucionalidad de

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

gal vs. Panamá²¹. En el 2009, la Corte también reiteró su jurisprudencia sobre la materia en la sentencia del caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. México*.²²

2. Precisión sobre los órganos encargados de aplicar el control de convencionalidad.- En el 2010, los alcances del control de convencionalidad fueron reiterados en ocho sentencias: *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*;²³ *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*²⁴; *Fernández Ortega y Otros vs. México*²⁵; *Rosendo Cantú y Otra vs. México*²⁶; *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*²⁷; *Vélez Loor vs. Panamá*²⁸; *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*²⁹, y *Cabrera García y Montiel Flores vs.*

las leyes nacionales, sino también su convencionalidad. Al respecto ver, Serrano, Silvia, *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2013, p. 28.

- ²¹ Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C No. 186, párr. 180.
- ²² Corte IDH, *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. México*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C No. 209, párr. 339 y nota al pie 321.
- ²³ Corte IDH, *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, Sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C No. 213, párr. 208 y nota al pie 307.
- ²⁴ Corte IDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 311.
- ²⁵ Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215, párrs. 236-237.
- ²⁶ Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México*, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216, párrs. 219-220.
- ²⁷ Corte IDH, *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2010, Serie C No. 217, párr. 202.
- ²⁸ Corte IDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C No. 218, párr. 287.
- ²⁹ Corte IDH, *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, op. cit., párrs. 49 y 106.

El control de convencionalidad y la consolidación del *ius commune*...

México.³⁰ No obstante, en esta última, la Corte Interamericana realizó una precisión clave en lo que concierne a los órganos del Estado obligados a aplicar dicho control.

Dado que en algunos Estados los tribunales constitucionales, por ejemplo, constituyen órganos autónomos independientes del Poder Judicial, la Corte precisó que no sólo los jueces, sino que los diferentes “órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” están en la obligación de ejercer *ex officio* el control de convencionalidad.³¹ A mayor abundamiento, en dicha oportunidad, la Corte citó jurisprudencia de tribunales de la más alta jerarquía en la región que se han referido y han aplicado el control de convencionalidad, sobre la base de las interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana, tales como la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, el Tribunal Constitucional de Bolivia, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, el Tribunal Constitucional del Perú, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina y la Corte Constitucional de Colombia.³²

En el 2011, los estándares sobre el control de convencionalidad fueron citados en cuatro sentencias en los casos *Gelman vs. Uruguay*³³; *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*³⁴; *López Mendoza vs. Venezuela*³⁵, y *Fontevicchia y D`Amico vs. Argentina*³⁶. Entre éstas, es preciso destacar lo declarado por la Corte Interamericana en el caso *Gelman*, no sólo en cuanto a las autoridades obligadas a

³⁰ Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C No. 220, párrs. 21 y 225-233.

³¹ *Ibidem*, párr. 225.

³² *Ibidem*, párrs. 226-232.

³³ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Fondo y reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párrs. 193 y 239.

³⁴ Corte IDH, *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 1 de julio de 2011, Serie C No. 227, párrs. 164-165 y 172.

³⁵ Corte IDH, *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Serie C No. 233, párrs. 226-228.

³⁶ Corte IDH, *Caso Fontevicchia y D`Amico vs. Argentina*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de noviembre de 2011, Serie C No. 238, párrs. 93-94 y 113.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

ejercer el control de convencionalidad, sino al contexto en que éste debe ser aplicado. Dicho caso involucraba la vigencia y aplicación en el Uruguay de la Ley No. 15.848 o Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado de 1986, aprobada en un régimen democrático y respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones, que impedía la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos cometidas por funcionarios militares y policiales en el marco de la dictadura militar y la Operación Cóndor. En su sentencia, la Corte señaló que la “manifiesta incompatibilidad” de dicha Ley con la Convención Americana determina que aquélla carezca de efectos jurídicos, de manera que “no pued[e] seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del [...] caso y la identificación y el castigo de los responsables, ni pued[e] tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay”.³⁷

Al respecto, la Corte recordó que “[c]uando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin”.³⁸ La idea según la cual “todos” los órganos de un Estado están obligados a cumplir el tratado respecto del cual éste consintió se vio especialmente reflejada en los párrafos siguientes de la sentencia, cuando la Corte señaló que “[e]l hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional”. De acuerdo con la Corte, “[1] a participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, utilizando procedimientos [constitucionales] de ejercicio directo de la democracia”, como el recurso de referéndum en 1989³⁹

³⁷ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Fondo y reparaciones, *op. cit.*, párr. 232.

³⁸ *Ibidem*, párr. 193.

³⁹ *Ibidem*, párr. 147. El 16 de abril de 1989 un grupo de ciudadanos y familiares de detenidos-desaparecidos, que conformaron la “Comisión Nacional

El control de convencionalidad y la consolidación del *ius commune*...

y el plebiscito de 2009,⁴⁰ “se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél”. En ese sentido, para la Corte, “[I]a sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.⁴¹

Es así que la Corte, tomando como referencia las propias decisiones previas de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay sobre la aplicación de la Ley de Caducidad,⁴² definió un nuevo aporte en cuanto a las implicancias del control de convencionalidad, al señalar que “la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales”, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del derecho internacional de los derechos humanos, la protección de estos constituye un límite infranqueable a la regla de las mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de éstas. En ese sentido, la Corte declaró que en “las instancias democráticas” también debe primar un control de convencionalidad, cuya aplicación caracterizó como “función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”.⁴³ En consecuencia, la Corte no sólo

pro Referéndum contra la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado” interpuso un recurso de referéndum contra dicha Ley, el cual no fue aprobado por la ciudadanía, pues solo el 42.4% de los votantes se pronunció a favor de hacer lugar al recurso.

⁴⁰ *Ibidem*, párr. 149. El 25 de octubre de 2009 se sometió a consideración de la ciudadanía, mediante el mecanismo de “iniciativa popular”, un proyecto de reforma constitucional por el cual se introduciría en la Constitución una disposición especial que declarararía nula la Ley, propuesta que sólo alcanzó el 47.7% de los votos emitidos, por lo que no fue aprobada.

⁴¹ *Ibidem*, párrs. 239-240.

⁴² *Ibidem*, párrs. 148 y 150. El 19 de octubre de 2009 la Suprema Corte de Justicia dictó la sentencia No. 365 en la causa Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela, en la que declaró la inconstitucionalidad de los artículos 1, 3 y 4 de la Ley de Caducidad y resolvió que eran inaplicables al caso concreto. Posteriormente, el 29 de octubre de 2010 dictó otro fallo en la causa “Organización de los Derechos Humanos”, en el cual reiteró la jurisprudencia establecida en el caso Sabalsagaray.

⁴³ *Ibidem*, párr. 240. Es importante mencionar que meses después de la emisión de la sentencia en este caso, mediante Ley No. 18.831 de 27 de octubre

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

estableció que debe prevalecer un control de convencionalidad de la propia decisión de las mayorías en contextos democráticos, sino que enfatizó la idea según la cual dicho control supera la actuación del Poder Judicial, comprometiendo de manera expresa y categórica a “cualquier autoridad pública”, sobre todo al Poder Legislativo.⁴⁴

Con mayores y menores matices, la jurisprudencia descrita fue reiterada en el 2012 en seis sentencias en los casos *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*;⁴⁵ *Furlan y Familiares vs. Argentina*;⁴⁶ *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*;⁴⁷ *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*;⁴⁸ *Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*,⁴⁹ y *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*.⁵⁰ En el

de 2011, el Senado y la Cámara de Representantes del Uruguay, reunidos en Asamblea General, “restablec[ieron] el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985, comprendidos en [...] la Ley [de Caducidad]”, “[d]ecl[arando] que, [dichos] delitos [...], son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte”. Ley N° 18.831. “Pretensión Punitiva del Estado. Restablecimiento para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de estado hasta el 1 de marzo de 1985”. *Diario Oficial del Uruguay*, 1 de noviembre de 2011.

⁴⁴ Sobre el particular, ver, Ibañez Rivas, Juana María, “Control de convencionalidad...”, *cit.*, pp. 103-113.

⁴⁵ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239, párrs. 282-284.

⁴⁶ Corte IDH, *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C No. 246, párrs. 303-305.

⁴⁷ Corte IDH, *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Serie C No. 250, párr. 262.

⁴⁸ Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C No. 252, párr. 318.

⁴⁹ Corte IDH, *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*, Fondo reparaciones y costas, Sentencia de 20 noviembre de 2012, Serie C No. 253, párr. 330.

⁵⁰ Corte IDH, *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, *op. cit.*, párrs. 142-144.

El control de convencionalidad y la consolidación del *ius commune*...

2013, en tres sentencias⁵¹ en los casos *Mendoza y otros vs. Argentina*;⁵² *García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México*;⁵³ y *J. Vs. Perú*.⁵⁴

En la misma línea, en el 2014, la Corte incluyó su jurisprudencia sobre el control de convencionalidad en cuatro sentencias en los casos *Liakat Ali Alibuk vs. Surinam*;⁵⁵ *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*;⁵⁶ *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*,⁵⁷ y *Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*.⁵⁸ Específicamente, en la sentencia del caso *Liakat Ali Alibuk vs. Surinam*, ante la alegada violación del derecho a la protección judicial (artículo 25 de la Convención) con motivo de la ausencia de un Tribunal Constitucional en dicho Estado, la Corte Interamericana precisó que si bien reconocía la importancia de dicho

⁵¹ Ese mismo año, en los casos *Gutiérrez y Familia vs. Argentina* y *Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú*, la Corte Interamericana hizo mención al control de convencionalidad en el texto de las respectivas sentencias, sin mayor desarrollo sobre su contenido y/o alcances. Corte IDH, *Caso Gutiérrez y Familia vs. Argentina*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2013, Serie C No. 271, párr. 168, y *Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2013, Serie C No. 274, párr. 274.

⁵² Corte IDH, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, Sentencia de 14 de mayo de 2013, Serie C No. 260, párr. 221.

⁵³ Corte IDH, *Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2013, Serie C No. 273, nota al pie 76.

⁵⁴ Corte IDH, *Caso J. vs. Perú*, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2013, Serie C No. 275, párr. 407.

⁵⁵ Corte IDH, *Caso Liakat Ali Alibuk vs. Surinam*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 30 de enero de 2014, Serie C No. 276, párrs. 124 y 151.

⁵⁶ Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 29 de mayo de 2014, Serie C No. 279, párrs. 436, 461 y 464.

⁵⁷ Corte IDH, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 28 de agosto de 2014, Serie C No. 282, párrs. 311 y 471.

⁵⁸ Corte IDH, *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 14 de octubre de 2014, Serie C No. 285, párr. 213.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

órgano como protector de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la Convención Americana “no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad”⁵⁹. En este sentido, la Corte recordó que la obligación de ejercer un control de convencionalidad le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.

En el 2015 la jurisprudencia sobre el control de convencionalidad fue reiterada en cuatro sentencias en los casos *López Lone y otros vs. Honduras*;⁶⁰ *Ruano Torres y otros vs. El Salvador*;⁶¹ *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*,⁶² y *García Ibarra y otros vs. Ecuador*.⁶³ En el 2016, hasta el momento, dicha jurisprudencia ha sido incluida en la sentencia del caso *Tenorio Roca y otros vs. Perú*.⁶⁴

3. Precisión sobre el marco normativo referente para la aplicación del control de convencionalidad. En la sentencia del caso *Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala* de 2012, referido a la desaparición forzada de 26 personas registradas en un documento de inteligencia militar guatemalteco conocido como el “Diario Militar”, la Corte precisó que, cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la

⁵⁹ Corte IDH, *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, *op. cit.*, párr. 124.

⁶⁰ Corte IDH, *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 5 de octubre de 2015, Serie C No. 302, párr. 307.

⁶¹ Corte IDH, *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 5 de octubre de 2015, Serie C No. 303, párr. 229.

⁶² Corte IDH, *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 8 de octubre de 2015, Serie C No. 304, párrs. 211, 255 y 346.

⁶³ Corte IDH, *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 103 y nota al pie 125.

⁶⁴ Corte IDH, *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 22 de junio de 2016, Serie C No. 314, párr. 231.

El control de convencionalidad y la consolidación del *ius commune*...

Convención Belém do Pará, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el Poder Judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. La Corte precisó asimismo que, entre los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, el ministerio público debe tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana.⁶⁵

De esta manera, la Corte vino a confirmar lo que años antes había sido señalado por el juez Sergio García Ramírez, quien expresamente indicó que el control de convencionalidad “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”, citando a modo de ejemplo, el Protocolo de San Salvador, el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer y la Convención sobre Desaparición Forzada. Conforme lo señaló García Ramírez “[d]e lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos”.⁶⁶

Por otro lado, en la Opinión Consultiva OC-21/14 sobre los *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, la Corte Interamericana precisó que los diversos órganos del Estado deben realizar el control de convencionalidad sobre la base de lo que señale la Corte Interamericana “en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, ‘la protección de los derechos

⁶⁵ Corte IDH, *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 330.

⁶⁶ Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 2. Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, *op. cit.*

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

fundamentales de los seres humanos”.⁶⁷ De acuerdo con la Corte, “a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (en adelante: OEA), incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.I) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos” y, así evitar eventuales vulneraciones de los mismos.⁶⁸ En este orden de ideas, las opiniones consultivas emitidas por la Corte “cumplen, en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo”.⁶⁹

4. Precisión sobre las manifestaciones del control de convencionalidad. En la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de 2013 en el caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte Interamericana precisó que es posible observar dos manifestaciones distintas de la obligación estatal de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si una sentencia emitida por la Corte ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte material o no. Lo anterior debido a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación en función a si el Estado ha participado o no en el proceso internacional:⁷⁰

- Primera manifestación (efecto *inter partes*), cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto

⁶⁷ Corte IDH, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Serie A No. 21, párr. 31.

⁶⁸ *Idem*.

⁶⁹ Corte IDH, Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador), Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, Serie A No. 22, párr. 26.

⁷⁰ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, *op. cit.*, considerando 67.

El control de convencionalidad y la consolidación del *ius commune*...

de un Estado que ha sido parte material en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de la Corte, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia.⁷¹ Al estar en presencia de una “cosa juzgada internacional”, el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia,⁷² tanto en lo que concierne a su parte resolutive o dispositiva como a su parte considerativa.⁷³

- Segunda manifestación (efecto *erga omnes*), en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte material en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.⁷⁴ De esta manera, se produce una eficacia *erga omnes* hacia todos los Estados Parte de la Convención que no fueron parte material en el proceso ante la Corte.⁷⁵ Precisamente por ello se justifica la lógica de que las sentencias de la Corte Interamericana no sólo sean notificadas “a las partes en el caso”, sino que también sean transmitidas a los Estados Parte de la Convención.⁷⁶

⁷¹ *Ibidem*, considerando 68.

⁷² *Ibidem*, considerandos 68 y 102.

⁷³ *Ibidem*, considerando 102.

⁷⁴ *Ibidem*, considerando 69.

⁷⁵ Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párrs. 33 y 91. Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, *op. cit.*

⁷⁶ *Ibidem*, párr. 33.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Por tanto, a lo largo de estos años, el control de convencionalidad ha quedado definido como una institución que se utiliza para aplicar el derecho internacional, en este caso el derecho internacional de los derechos humanos, y específicamente la Convención Americana, demás tratados del *corpus juris* interamericano y la jurisprudencia sobre los mismos emitida por la Corte, en el derecho interno de los Estados concernidos.⁷⁷

3. FINALIDADES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Como es posible advertir de la evolución jurisprudencial del control de convencionalidad, la aplicación del mismo supone una serie de desafíos para toda autoridad pública. Efectivamente, toda autoridad pública, en ejercicio de sus competencias y de las normas procesales vigentes en el derecho interno, debe ejercer un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado interamericano respectivo y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.⁷⁸ Sin embargo, las exigencias y responsabilidades inherentes al ejercicio de dicho control de convencionalidad resultan directamente proporcionales a los importantes efectos que se persiguen con su aplicación para la protección y promoción de los derechos humanos a nivel estatal y regional.

A. *Prevención de violaciones de derechos humanos y del incumplimiento de las correspondientes obligaciones estatales*

El control de convencionalidad reposa sobre una lógica preventiva en materia de respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana. De lo que se trata es de que las personas puedan alcanzar “la más alta justicia posible en su propio país” en la medida que los respectivos operado-

⁷⁷ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, *op. cit.*, considerando 65.

⁷⁸ *Ibidem*, considerando 69.

El control de convencionalidad y la consolidación del *ius commune*...

res de justicia apliquen, desde el primer momento, los estándares interamericanos de derechos humanos en el análisis de casos sometidos a su competencia.⁷⁹

La seria aplicación del control de convencionalidad por parte de la autoridad pública mantiene la vigencia del carácter complementario y/o subsidiario del Sistema Interamericano, evitando una situación de sobrecarga o de incapacidad de respuesta desde los órganos del mismo.⁸⁰ Al respecto, en su voto a la sentencia en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, el juez Sergio García Ramírez ha señalado que no cabría esperar que la Corte Interamericana “se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional —lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos—, es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares”. De acuerdo con el juez, “[1] a única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el ‘criterio de interpretación y aplicación’, éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida [...] merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales”.⁸¹

Precisamente, el control de convencionalidad exige que la autoridad pública conozca los “criterios de interpretación y aplicación” de la Convención Americana y demás tratados del *corpus juris* interamericano, de manera que los casos sometidos a su consideración sean resueltos internamente y no tengan que ser llevados ante el Sistema Interamericano comprometiendo, eventualmente, la responsabilidad estatal.

⁷⁹ Salmón Gárate, Elizabeth, “El ‘control de convencionalidad’ y su impacto en el diálogo entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Novakovic, Marko (ed.), *Basic concepts of Public International Law. Monism & Dualism*, Belgrado, Universidad de Belgrado, 2013, p. 525.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 8. Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, *op. cit.*

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Siguiendo a Jimena Quesada, “la coexistencia coordinada de un sólido filtro de control de constitucionalidad y de un depurado filtro de control de convencionalidad, puede y debe contribuir a paliar o, cuando menos, aminorar, las disfunciones susceptibles de aflorar en el sistema de fuentes del Derecho y, por tanto, los problemas de articulación en el seno del ordenamiento jurídico, con objeto de que no se resientan principios esenciales del Estado social y democrático de Derecho como, entre otros, la seguridad jurídica o la igualdad”.⁸²

B. Fortalecimiento del diálogo judicial entre las cortes nacionales y la Corte Interamericana

Si bien toda autoridad pública está obligada a aplicar el control de convencionalidad, es innegable que los funcionarios vinculados a la administración de justicia tienen un rol protagónico, dada la “dimensión especial” de su papel como garantes de los derechos protegidos en los tratados internacionales de derechos humanos.⁸³

Así, en el marco de la aplicación del control de convencionalidad destaca el diálogo entre las cortes nacionales, por un lado, y la Corte Interamericana, por el otro. Cumpliendo el compromiso de aplicar los tratados de derechos humanos respecto de los cuales el Estado concernido es parte, el juez nacional mira hacia el Sistema Interamericano con la finalidad de verificar la conformidad de las normas y prácticas internas con la Convención Americana y la interpretación que de la misma realiza la Corte Interamericana. Así, diferentes cortes nacionales y “tribunales de la más alta jerarquía en varios Estados de la región” aplican el control de convencionalidad teniendo en cuenta el *corpus juris* interamericano y las interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana.⁸⁴ Estos tribunales nacionales “han entendido

⁸² Jimena Quesada, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2013, p. 158.

⁸³ Dulitzky, Ariel, “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: Un estudio comparado”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto/CELS, 1997, p. 54.

⁸⁴ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, *op. cit.*, considerando 74.

El control de convencionalidad y la consolidación del *ius commune*...

que la jurisprudencia internacional es fuente de derecho, si bien con distintos alcances, y han utilizado los *obiter dicta* y/o las *ratio decidendi* de dicha jurisprudencia para fundamentar o guiar sus decisiones e interpretaciones”.⁸⁵ A modo de ejemplo:

- La Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina se ha remitido a la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos frente a un recurso que involucraba las leyes de amnistía dictadas en dicho Estado para evitar juicios contra militares responsables de violaciones de derechos humanos durante la dictadura (Ley de Punto Final de 1986 y Ley de Obediencia Debida de 1987). La Suprema Corte de Justicia, citando la sentencia en el caso *Barrios Altos vs. Perú*,⁸⁶ recordó que el deber de investigar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos implica la prohibición de dictar cualquier legislación que tenga por efecto conceder impunidad a los responsables de dichas graves violaciones.⁸⁷

- El Tribunal Constitucional del Perú ha aplicado la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos de los pueblos indígenas frente a una demanda de inconstitucionalidad contra un decreto legislativo que promovía la inversión privada en proyectos de irrigación con un eventual impacto en territorios pertenecientes a dichos pueblos. El Tribunal Constitucional, citando la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*,⁸⁸ fundamentó el deber estatal de “respetar la importancia especial que para los pueblos [indígenas] reviste su relación con las tierras o territorios”. En ese sentido, destacó que “la protección de la propiedad comunal permite preservar el legado cultural de los pueblos indígenas y, de este modo, transmitirlo a las generaciones futuras”. Asimismo, citando la sentencia de la Corte en el caso *Comu-*

⁸⁵ *Ibidem*, considerando 86.

⁸⁶ Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Fondo, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75, párrs. 41, 43-44.

⁸⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina, *Simon, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc.*, Causa No. 17.768, sentencia de 14 de junio de 2005.

⁸⁸ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 86.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

*nidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*⁸⁹ resaltó que “la posesión tradicional resulta equivalente al título de pleno dominio otorgado por el Estado, por lo que los indígenas tienen el derecho a exigir el reconocimiento oficial de su propiedad y su registro”.⁹⁰

- La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador ha aplicado, *inter alia*, la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre el derecho a buscar y a recibir información frente a un proceso de hábeas corpus por la desaparición forzada de seis personas en el marco del conflicto armado interno en dicho Estado. La Sala de lo Constitucional, citando la sentencia de la Corte en el caso *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*,⁹¹ recordó que para garantizar el derecho a la información, los poderes públicos deben actuar de buena fe y realizar diligentemente las acciones necesarias para asegurar la efectividad de dicho derecho, “especialmente cuando se trata de conocer la verdad de lo ocurrido en casos de violaciones graves de derechos humanos como las desapariciones forzadas y la ejecución extrajudicial”. De acuerdo con la jurisprudencia interamericana citada por la Sala de lo Constitucional, “el Estado no puede ampararse en la falta de prueba de la existencia de los documentos solicitados sino que, por el contrario, debe fundamentar la negativa a proveerlos, demostrando que ha adoptado todas las medidas a su alcance para comprobar que, efectivamente, la información solicitada no existía”.⁹²

Como contrapartida, la jurisprudencia de la Corte Interamericana muestra casos en que ésta retoma “decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar” el análisis de una eventual violación de la Convención Americana.⁹³ En otros casos

⁸⁹ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párr. 128.

⁹⁰ Tribunal Constitucional del Perú, *6,226 ciudadanos contra el Poder Ejecutivo*, Exp. N° 00024-2009-PI, sentencia de 26 de julio de 2011, párrs. 19-20.

⁹¹ Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, *op. cit.*, párr. 211.

⁹² Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, *proceso de habeas corpus contra el Ministro de la Defensa Nacional y el Jefe del Estado Mayor Conjunto de la Fuerza Armada*, 323-2012ac, sentencia de 10 de julio de 2015, párr. VIII-4.

⁹³ En el caso de la *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, al desarrollar el derecho a no ser forzosamente desplazado, bajo los artículos 4, 5 y 22 de la Conven-

El control de convencionalidad y la consolidación del *ius commune*...

la Corte Interamericana ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen a[un] caso;⁹⁴ ya han resuelto la violación alegada;⁹⁵ han dispuesto reparaciones razonables,⁹⁶ o han ejercido un adecuado control de convencionalidad”.⁹⁷

ción, la Corte se basó extensamente en la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T/025-04. Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No.134, párrs. 174 y ss.

⁹⁴ En el caso *La Cantuta vs. Perú* se discutió si las leyes de auto-amnistía, declaradas incompatibles con la Convención en un caso anterior (*Barrios Altos*), continuaban surtiendo efectos a nivel interno. Luego de observar que los actos de varios órganos estatales y decisiones del Tribunal Constitucional peruano eran conformes con lo dispuesto anteriormente, la Corte estimó que el Estado no había continuado incumpliendo el artículo 2 de la Convención. Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, *op. cit.*, párrs. 165 a 189.

⁹⁵ En el caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, la Comisión solicitó a la Corte que declare al Estado responsable por la violación del derecho a la protección de la honra y dignidad de los familiares, en cuanto declaraciones realizadas por altos funcionarios del Estado en su contra constituyeron “actos de estigmatización” que les afectaron, a ellos “y a la memoria del Senador”. La alegada violación del artículo 11 se basaba también en un hecho específico en perjuicio del hijo del Senador: un mensaje publicitario emitido como parte de la publicidad electoral de la campaña de reelección del entonces candidato a Presidente de la República. La Corte observó que la propia Corte Constitucional de Colombia había dictado sentencia en la que reconoció que la difusión de ciertos mensajes a través de medios masivos de comunicación menoscabó el buen nombre y la honra del señor Iván Cepeda Castro, en cuanto hijo de una de las víctimas de la violencia política del país, y que los mencionados derechos también se habían violado a sus familiares. La Corte declaró que “había analizado la referida sentencia de la Corte Constitucional, en el sentido que declaró la [referida] violación [...] por el mencionado mensaje publicitario, y que además dispuso reparaciones pertinentes a nivel interno”. Corte IDH, *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, *op. cit.*, párrs. 203-210.

⁹⁶ En el mismo caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, en lo relativo a las reparaciones y lo actuado en la vía contencioso-administrativa interna. Corte IDH, *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, *op. cit.*, párrs. 211 y ss. Ver, asimismo, *Caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, *op. cit.*, párr. 336.

⁹⁷ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, *op. cit.*, considerando 71.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Así, “como consecuencia de la eficacia jurídica de la Convención Americana en todos los Estados Parte en la misma, se ha generado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí”,⁹⁸ mediante el ejercicio del control de convencionalidad por las autoridades nacionales y, eventualmente, a través del control de convencionalidad aplicado en sede internacional.⁹⁹

Siguiendo al juez Sergio García Ramírez, el control de convencionalidad realizado con seriedad, competencia y acierto, “favorece y fertiliza el diálogo jurisprudencial (o bien, jurisdiccional) interno e internacional”, contribuyendo “a erigir, detallar, enriquecer e impulsar la cultura jurídica común, conforme al proyecto favorecedor del ser humano y conductor del poder público”.¹⁰⁰ En esa medida, continúa el juez García Ramírez, “[n]o es conveniente ni realista pretender que todo el orden jurídico sea producto de una sola fuente internacional, con operación puramente endogámica, ciega y sorda a las incitaciones que surgen de las fuentes nacionales de reflexión y decisión”.¹⁰¹ En la medida que el diálogo entre las jurisdicciones nacionales y el Sistema Interamericano ha devenido bidireccional, la racionalidad y los beneficios del mismo contribuyen a su fortalecimiento y al correspondiente respeto y la garantía de los derechos humanos en la región.

C. Consolidación del *Ius Commune* interamericano

Vinculado al punto precedente, Néstor Sagüés ha señalado que el control de convencionalidad también es un instrumento

⁹⁸ Corte IDH, *Caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, *op. cit.*, párr. 143, y *Caso Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, *op. cit.*, considerando 71.

⁹⁹ Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 98. Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, *op. cit.*

¹⁰⁰ García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año V, núm. 28, julio-diciembre de 2011, p. 129.

¹⁰¹ *Idem*.

El control de convencionalidad y la consolidación del *ius commune*...

práctico, inmediato e interesante “para construir un *Ius Commune* interamericano”, en materia de derechos humanos fundamentales.¹⁰² Ciertamente, a partir del diálogo entre las jurisdicciones internas y la Corte Interamericana, se está produciendo un nuevo entendimiento del Sistema Interamericano al concebirse ahora como un “sistema integrado” de protección de derechos, debido a que involucra no sólo a los dos órganos de protección a que se refiere la Convención Americana —Comisión Interamericana y Corte Interamericana—, sino también, con particular intensidad y de manera concomitante a todas las autoridades nacionales de los Estados parte, que deben participar activamente en la garantía efectiva de los derechos humanos, sea en su dimensión nacional o internacional.¹⁰³ Siguiendo a Mariela Morales, se trata de un proceso de ajuste a la Convención Americana que da origen a lo que ella ha denominado “interamericanización”, fenómeno “caracterizado precisamente por la expansión de los estándares de la Cort[e] en los respectivos órdenes domésticos”.¹⁰⁴

Sin embargo, la idea de un *Ius Commune* no debe ser equiparada a la búsqueda de una uniformización u homogeneización entre los Estados parte que desconozca sus diferencias y particularidades. La Convención Americana, el *corpus juris* interamericano y la interpretación que de los mismos realiza la Corte Interamericana apuntan al establecimiento de un mínimo de protección de los derechos humanos y, en esa línea, un “*Ius Constitutionale Commune* proveniente del sistema interamericano forma parte del piso o base sobre la cual todos los estados pueden continuar la edificación” para la protección de los derechos humanos.¹⁰⁵

¹⁰² Sagüés, Néstor, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Revista Estudios Constitucionales*, vol. 8, núm. 1, 2010, pp. 273 y 275.

¹⁰³ Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 99. Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, *op. cit.*

¹⁰⁴ Morales Antoniazzi, Mariela, *Protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del Ius Constitutionale Commune*, Serie Estudios Jurídicos, Núm. 710, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 141-142.

¹⁰⁵ Morales Antoniazzi, Mariela, “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*

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Por tanto, “[d]eben superarse actitudes que evoquen una suerte de aislacionismo o narcisismo judicial no permeable a la migración de ideas y valores [...] positivos”. Si bien “los derechos fundamentales presentan una vertiente como factor de articulación variable entre órdenes jurídicos, [...] la diversidad no debe oponerse a cualquier manifestación de unidad.”¹⁰⁶

4. CONCLUSIÓN

El control de convencionalidad entraña la aplicación por parte del Estado “del orden supranacional, nacionalmente aceptado y colectivamente formulado, en lo que toca a definiciones de derechos y libertades, asignación de responsabilidades y consecuencias jurídicas de los hechos ilícitos contraventores de aquel orden”.¹⁰⁷

Desde el año 2006 en que el término control de convencionalidad fue incluido de manera expresa en la jurisprudencia interamericana, la Corte ha precisado su contenido y alcances creando una suerte de teoría que busca tener efectos directos en la protección y promoción de los derechos humanos en los Estados de la región, así como afianzar el carácter subsidiario y complementario de la jurisdicción internacional. Si bien los estándares que conforman dicha teoría son significativos en términos cuantitativos y cualitativos, quedan aún muchos desafíos pendientes en cuanto a la aplicación del control de convencionalidad por autoridades públicas que, en definitiva, deben confrontar las complejidades de la metodología e implementación de tal control con las particularidades institucionales, orgánicas y/o normativas de sus Estados.

Frente a ello, es clave “acentuar la conciencia constitucional de asunción de los compromisos internacionales, para que los tratados y acuerdos no permanezcan como un mero índice político de integración del Estado [...] en la escena internacional”. En ese sentido, toda autoridad pública debe tener en claro que

constitutionale commune en América Latina. *Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 299.

¹⁰⁶ Jimena Quesada, Luis, *op. cit.*, pp. 103-104.

¹⁰⁷ García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, p. 128.

El control de convencionalidad y la consolidación del *ius commune*...

“[I]os tratados no están sólo para ratificarlos, para computarlos como una fuente más del ordenamiento jurídico [...], sino para aprehenderlos como instrumentos vivos que con efecto útil contribuyen a la realización” del respeto y garantía de los derechos humanos.¹⁰⁸ Una sólida y consistente apertura constitucional a los sistemas de fuentes de derecho internacional podrá así contrarrestar el peso de los factores sociológicos y políticos¹⁰⁹ que, en mayor o menor medida, también determinan la actuación de los poderes, órganos y autoridades nacionales en el proceso de aplicación del control de convencionalidad.

Asimismo, la formación jurídica de las autoridades públicas en materia de control de convencionalidad tendrá un rol protagónico en la implementación de dicho control. En esa medida, instituciones, órganos y organizaciones, públicos y privados, deberán comprometerse con la capacitación en los estándares interamericanos en general, y sobre el control de convencionalidad en particular. Con la debida formación a todo nivel, no sólo serán las autoridades públicas las que apliquen de oficio los conocimientos pertinentes en materia de derechos humanos, sino que cualquier persona, representante procesal o parte en un proceso estará en condiciones de exigir la aplicación de los respectivos estándares en beneficio del Sistema Interamericano como un todo.

Adicionalmente, es necesario reconocer que el grado de legitimidad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana frente a los Estados juega un papel importante para la efectividad del control de convencionalidad.¹¹⁰ Ciertamente, la aplicación de los estándares interamericanos dependerá en gran medida de la coherencia y motivación en la que se sustenten las sentencias, opiniones y resoluciones emitidas por la Corte Interamericana. Por tanto, si bien los protagonistas de la aplicación del control de convencionalidad son los Estados y las autoridades públicas que los representan, debe tomarse consciencia de la responsabilidad compartida con la Corte Interamericana para superar las dificultades de implementación de dicho control.

¹⁰⁸ Jimena Quesada, Luis, *op. cit.*, p. 150.

¹⁰⁹ Burgorgue-Larsen, Laurence, “Les standards...”, *cit.*, p. 22.

¹¹⁰ *Idem*.

III. La interamericanización a la luz del *Ius Constitutionale Commune*

Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos en América Latina*

Mariela Morales Antoniazzi**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La interamericanización en su contexto. 3. La interamericanización de los órdenes nacionales. 4. El control de convencionalidad y la interamericanización en la construcción del *Ius Constitutionale Commune*.

1. INTRODUCCIÓN

La reconfiguración de la relación entre el derecho internacional y nacional ha jugado un papel importante en la conformación de un “constitucionalismo transformador” en América Latina. Este ensayo introduce el nuevo concepto de la “interamericanización”¹ a

* El texto forma parte de una investigación más amplia enviada para su publicación por parte del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en la obra derivada de la “X Mesa Redonda sobre Justicia Constitucional en las Entidades Federativas”, realizada en noviembre de 2015 en Mérida, Yucatán.

** Referentin para América Latina en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Alemania. Email: morales@mpil.de.

¹ Cf. Morales Antoniazzi, Mariela, “La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las Constituciones suramericanas”, en *Estudios Avanzados de Direitos Humanos*, Sao Paulo, Elsevier, Campus jurídico, 2013, pp. 178-227.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

fin de explicar dicha transformación en los ordenamientos jurídicos nacionales, que implica la adopción gradual de los estándares interamericanos por parte de los Estados que han reconocido la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para aplicarlos a su derecho público nacional. Abarca una reconstrucción de la normatividad nacional e interamericana, del discurso jurídico-público y la reflexión sobre el impacto del caso mexicano referido a las candidaturas independientes. El principal argumento es que el proceso de interamericanización es un mecanismo relevante para avanzar en el *Ius Constitutionale Commune* en América Latina en derechos humanos. Subrayo que la interamericanización ha contribuido a encontrar respuestas a los desafíos estructurales que enfrenta la región.

Gracias a la metamorfosis de los órdenes constitucionales con sus cláusulas de apertura y la incorporación de los tratados de derechos humanos con rango constitucional, como por ejemplo el artículo 1º de la Constitución mexicana, se comprueba una permeabilidad policéntrica y a múltiples velocidades del fenómeno de internacionalización, que evidencia un pluralismo dialógico entre el derecho internacional, supranacional y doméstico. La interamericanización es también un proceso de penetración de estándares a nivel doméstico, que se manifiesta no solo en reformas constitucionales y legislativas, sino también en la adopción de políticas públicas. Un elemento clave, en el marco de la protección multinivel, es precisamente la interacción expresada en el diálogo judicial y el control de convencionalidad. El paradigma del constitucionalismo transformador muestra tendencias hacia la consolidación de un acervo común de estándares que salvaguardan los derechos, la democracia y el Estado de derecho.

2. LA INTERAMERICANIZACIÓN EN SU CONTEXTO

Una cuestión preliminar consiste en contextualizar este trabajo en torno al proyecto de sistematización del *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos que se viene gestando paulatinamente desde el Instituto Max Planck de derecho público comparado y derecho internacional público, en coo-

Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune*

peración con instituciones y expertos ibero-latinoamericanos.² La apertura y la globalización hacen surgir la pregunta de cómo entender las estructuras fundamentales del derecho público. El concepto del derecho común latinoamericano representa una estrategia para dar respuesta a tal interrogante.³ Se trata de una noción parecida al concepto del derecho común europeo y similares son también las estrategias que sustentan otros conceptos como derecho de la humanidad,⁴

² Arango, Rodolfo, “*Ius Constitutionale Commune*”, en *El Espectador*, núm. 4, 2009; Bogdandy, Armin von; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, IJ-UNAM, 2010, t. II; Corte IDH (voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, 26 de noviembre de 2010, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*; Bogdandy, Armin von; Fix-Fierro, Héctor, Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (eds.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, IJ-UNAM, 2011; Góngora-Mera, Manuel Eduardo, *Inter-American judicial constitutionalism: on the constitutional rank of human rights treaties in Latin America through national and inter-American adjudication*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2011; Piovesan, Flávia, “Proteção dos direitos sociais: desafios do *Ius Commune* sul-americano”, *Revista do Tribunal Superior do Trabalho* 77/4, 2011; Piovesan, Flávia, “Direitos humanos e diálogo entre jurisdições”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, núm. 19, 2012; Bogdandy, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea”, en González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, IJ-UNAM, 2013), pp. 39-66; Cf. Corte IDH (voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot) 20 de marzo de 2013, caso *Gelman vs. Uruguay*; Corte IDH (voto disidente del juez E. Ferrer Mac-Gregor Poisot, 28 de agosto de 2013, caso *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*; Corte IDH (voto disidente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, 22 de junio de 2015, *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*).

³ Bogdandy, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, 34 *Revista Derecho del Estado*, 2015. Disponible en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest>

⁴ Jenks, Clarence Wilfred, *The Common Law of Mankind*, Londres, Frederick A Praeger, 1958; Tomuschat, Christian, “International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, núm. 281, 1999, p. 88.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

derecho cosmopolita,⁵ derecho global,⁶ derecho mundial,⁷ transconstitucionalismo,⁸ derecho transnacional.⁹

La comprensión del Estado abierto trae consigo examinar la construcción convergente y progresiva del constitucionalismo garantista de los derechos humanos y de la integración bajo una concepción multinivel.¹⁰ A raíz del proceso de democratización, la permeabilidad fue la opción consciente y deliberada de los constituyentes nacionales en las cartas fundamentales de los últimos años del siglo xx y la primera década del siglo xxi en doble vía: una, para incorporar al derecho constitucional los atributos y garantías de los derechos asegurados por el derecho internacional convencional de los derechos humanos como estándar mínimo de los ordenamientos jurídicos nacionales y, otra, para regular la participación en la integración económica.

El proceso de apertura del Estado en América Latina se distingue por tres cambios de paradigmas: el surgimiento del plu-

⁵ Benhabib, Seyla, “The Philosophical Foundations of Cosmopolitan Norms”, en Benhabib, Seyla, y Post, Robert (ed.), *Another Cosmopolitanism. Berkeley Tanner Lectures 2004*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 13; Brunkhorst, Hauke, *Solidarität: Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft*, Frankfurt, Suhrkampverlag, 2002; Como concepto filosófico: Kant, Immanuel, “Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf”, en Vorländer, Karl (ed.), *Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik*, Leipzig, Felix Mainer Verlag, 1964, p. 115.

⁶ Domingo, Rafael, *The New Global Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010; S. Cassese, “The Globalization of Law”, *New York University Journal of International Law and Politics*, núm. 37, 2005, p. 973.

⁷ Delmas-Marty, Mireille, *Trois défis pour un droit mondial*, París, Seuil, 1998; Emmerich-Fritsche, Angelika, *Vom Völkerrecht zum Weltrecht*, Berlín, Duncker und Humblot, 2007; Fabio, U. di, “Verfassungsstaat und Weltrecht”, *Rechtstheorie*, núm. 39, 2008, p. 399.

⁸ Neves, Marcelo, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009, pp. 115 y ss.

⁹ Jessup, Philip, *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956; Zumbansen, Peer, “Transnational Law”, en Smits, J. M. (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham, Edward Elgar Pub, 2006, p. 738.

¹⁰ Acosta Alvarado, Paola Andrea, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015; *Red judicial Interamericana y constitucionalización multinivel*, consulta 15 jul 2016, disponible en http://www.academia.edu/4008891/Redjudicial_Interamericanayconstitucionalizaci%C3%B3nmultinivel

Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune*

ralismo normativo,¹¹ la internacionalización entendida como humanización¹² y la apertura en el marco de la erosión del concepto de soberanía.¹³ El primero tiene implicaciones directas en la transformación del concepto clásico de soberanía,¹⁴ la superación de la concepción de un Estado cerrado¹⁵ y su consiguiente pérdida del carácter omnicompreensivo en el ámbito del derecho constitucional. Es un proceso vinculado a la globalización,¹⁶ signado por la concurrencia de la democratización, junto a la internacionalización, constitucionalización y judicialización,¹⁷ así

¹¹ Bustos, Rafael, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012, pp. 13 y ss.

¹² García Ramírez, Sergio, *La tutela de los derechos humanos en la jurisdicción interamericana. Aportaciones, recepción y diálogo*, México, Porrúa, 2014. Distintos aportes sobre el impacto de los tribunales en derechos humanos se encuentran en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (eds.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: In memoriam Jorge Carpizo generador incansable de diálogos*, México, Tirant Lo Blanch, 2013. Ejemplos en el ámbito interamericano, X. Medellín, “The normative impact of the Inter-American Court of Human Rights on Latin-American national prosecution for mass atrocities”, en *Israel Law Review*, vol. 3, núm. 43, 2013, p. 405; Haeck, Y.; Ruiz-Chiriboga, O. y Burbano Herrera, C., *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and practice, present and future. Drawing on the case law of the Court*, Cambridge, Intersentia, 2015.

¹³ Bogdandy, Armin von y Serna de la Garza, José María (eds.), *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*, México, IJ-UNAM, 2014.

¹⁴ Cf. Vásquez, Adolfo, “Soberanía, supranacionalidad e integración: la cuestión en los países del Mercosur”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, Fundación Konrad Adenauer, 2001, p. 234; Häberle, Peter y Kotzur, Markus (ed.), *De la soberanía al derecho constitucional común: Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, México, IJ-UNAM, 2003.

¹⁵ Calliess, Christian, “60 Jahre Grundgesetz —Ein Jubiläum im Lichte der Europäisierung”, en *Anwaltsblatt*, núm. 7, 2009, p. 478.

¹⁶ Pisarello, Gerado, “Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo, *Estado constitucional y globalización*, México, IJ-UNAM, 2001, pp. 352 y ss.; Carbonell, Miguel, “Globalización y derecho: siete tesis”, en Díaz Müller, Luis Teodoro (coord.), *Globalización y derechos humanos*, México, IJ-UNAM, 2003, pp. 1-16.

¹⁷ Toro Huerta, Mauricio Iván del, “La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

como la creciente interacción entre el derecho internacional, el supranacional y el constitucional.¹⁸

La Constitución no es la norma suprema única, sino que comparten espacio, en la cúspide de la pirámide normativa, otras disposiciones. Algunos autores, entre ellos Flávia Piovesan, acuden a la figura del trapecio para explicar este fenómeno de achataamiento de la pirámide;¹⁹ otros como Armin von Bogdandy hacen mención de la necesidad de reconfigurar la relación entre el derecho internacional y el derecho interno desde el acoplamiento.²⁰ César Landa apunta hacia la tesis de la coordinación entre sistemas y parte de la premisa de la ausencia de una relación de jerarquía entre las normas constitucionales y las normas de fuente externa, ya que dicha relación se rige más bien por principios de complementariedad, interconexión, convergencia.²¹

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,²² su primacía

consecuencias en la práctica judicial”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 112, 2005, pp. 325-363.

¹⁸ Sobre la relación de retroalimentación e intercambio continuos entre los derechos nacionales y el derecho internacional, Cf. Fix-Fierro, Héctor y López Ayllón, Sergio, “El impacto de la globalización en la reforma del Estado y el derecho en América Latina”, en *El papel del derecho internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional*, México, IJ-UNAM, 1997, p. 328; Cançado Trindade, Antônio, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XX*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 315.

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

²⁰ Bogdandy, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, IJ-UNAM, 2011, pp. 285 y ss.

²¹ Landa, César, *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, Lima, Palestra Editores, 2007, p. 114.

²² Fix-Zamudio, Héctor, “La creciente internacionalización de las constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos”, UNAM, Biblioteca Jurídica Virtual, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/20.pdf> Burgorgue-Larsen, Laurence, “Les standards: normes imposées ou consenties?”, en Fatin-Rouge Stefanini (ed), *Existe-t-il une exception française en matière de droits*

Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune*

sobre el derecho interno, incluso sobre el derecho constitucional mediante las cláusulas de “prevalencia”,²³ así como por la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales a la luz de ese derecho internacional de los derechos humanos.²⁴ El Estado y la soberanía no desaparecen, sino que se han transformado en conceptos ajustados a los nuevos tiempos²⁵ y la constelación contemporánea se vincula con las nuevas formas de articulación del espacio político.²⁶

Estos fenómenos encuentran fundamento constitucional en las cláusulas de apertura. No obstante, las fórmulas de recepción constitucional son heterogéneas.²⁷ En la doctrina 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.²⁸ Hasta ahora, un sec-

fondamentaux?, Presses Universitaires d’Aix Marseille, Cahiers de l’Institut Louis Favoreu, 2013, pp. 15-30.

²³ Cf. Góngora-Mera, Manuel Eduardo, *Inter-American judicial constitutionalism: on the constitutional rank of human rights treaties in Latin America through national and inter-American adjudication*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2011, p. 91.

²⁴ Carpio Marcos, Edgar, “Interpretación conforme con la Constitución y las sentencias interpretativas (con especial referencia a la experiencia alemana)”, en Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, Interpretación constitucional y jurisdicción electoral*, México, IJ-UNAM, 2008), t. VI, pp. 155-174.

²⁵ Desde hace más de un década la doctrina alemana se refiere a una situación “flotante” de la soberanía, Cf. Fabio, Udo di, *Das Recht offener Staaten*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, p. 94.

²⁶ Bayón, Juan Carlos, “Ciudadanía, soberanía y democracia en el proceso de integración europea”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2007, disponible en <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/article/view/43590/45114>

²⁷ Rango constitucional a los tratados, cláusulas de interpretación conforme, cláusulas de los derechos inherentes a la persona humana, por mencionar algunos.

²⁸ Entre tantos, Uprimny, Rodrigo, “El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, en O’Donnell, D; Uprimny, I. M. y Villa A. (comps.), *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, Bogotá, Oficina Alto Co-

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

tor de la doctrina se ha apoyado en la noción häberliana de “Estado constitucional cooperativo” para explicar que el Estado ya no está centrado en torno a sí mismo, sino estrechamente vinculado con otros Estados constitucionales miembros de una comunidad, en la que adquieren gran relevancia los derechos humanos y fundamentales.²⁹ Hay otras nociones provenientes del neoconstitucionalismo,³⁰ o se le vincula con el nuevo constitucionalismo latinoamericano.³¹

Particularmente el concepto de Estado abierto o de permeabilidad constitucional es útil para significar que el Estado, por mandato constitucional, está vinculado a la comunidad internacional y ello genera transformaciones de su institucionalidad, competencias y en las relaciones internacionales.³² La apertura no solo se refiere a la dimensión del derecho internacional. De hecho, la apertura puede tener importantes funciones constitucionales.³³ Está “basada en la existencia de una continuidad axio-

misionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos y de Justicia, 2001.

²⁹ Entre otros, Cf. Häberle, Peter y Fix-Fierro, Héctor, *El Estado constitucional*, México, IJ-UNAM, 2003, pp. 75-77; Ferreira Mendes, G. y Rufino do Vale, A., “O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, *Observatório da Jurisdição Constitucional*, núm. 2, 2008/2009, p. 2.

³⁰ Una reconstrucción del discurso, en Casal, Jesús María, *La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Fundación Konrad Adenauer, 2015.

³¹ Viciano Pastor, Roberto, y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Gaceta Constitucional*, vol. 48, núm. 2010, 2011; Salazar Ugarte, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)”, en González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego (eds), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, IJ-UNAM, 2013.

³² Sobre el concepto de estatalidad abierta en América Latina tomado de la noción germana de Klaus Vogel (*offene Staatlichkeit*), Cf. Morales Antoniazzi, Mariela, *Protección supranacional de la democracia en Suramérica: Un estudio sobre el acervo del Ius Constitutionale Commune*, México, IJ-UNAM, 2015. Vogel, Klaus, *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1964, p. 42.

³³ Peters, Anne, “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures”, *Leiden Journal of*

Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune*

lógica entre los principios y valores que rigen la vida de una determinada política dentro de sus propios límites y los que deben caracterizar a la comunidad internacional”.³⁴

El cambio de paradigma respecto a la soberanía es incuestionable.³⁵ Kathryn Sikkink advertía que en la década de los noventa las Américas enfrentaban un proceso gradual de transformación y reconceptualización de la soberanía, pasando de la tradicional defensa de la no intervención a encabezar la lucha por la defensa de la democracia y los derechos, en la que eran protagonistas la academia, activistas y operadores políticos.³⁶ No es realista la idea de un Estado “que encarna un poder pleno y exclusivamente soberano sobre un territorio claramente delimitado” y se resalta la conveniencia de abandonar las aproximaciones monodisciplinarias para “vehicular” el cambio de paradigma científico de estudio del Estado.³⁷ La soberanía de los Estados ya no consiste en su poder para controlar lo que pasa al interior de sus fronteras,³⁸ pues debe proteger y respetar los derechos humanos como límites de la soberanía. La idea de soberanía se ha transformado, impulsando un nuevo paradigma para orientar la cultura jurídi-

International Law, núm. 19, 2006, p. 579; Carrozza, P. “Constitutionalism’s Post-modern Opening”, en Loughlin, Martin y Walker, Neil (eds.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, OUP, 2007, pp. 169 y ss.

³⁴ Martinico, Giuseppe, “When Courts respectfully disagree. How National Courts Disobey the ECHR”, *Inter-American & European Human Rights Journal*, núm. 9, 2016, pp. 247 y ss.

³⁵ En relación a México por ejemplo, véase J. M Serna de la Garza (ed.), *Gobernanza global y cambio estructural del sistema jurídico mexicano*, México, IJ-UNAM, 2016.

³⁶ Sikkink, K., “Reconceptualizing sovereignty en the Americas: historical precursors and current practices”, en *Houston Journal of International Law*, núm. 19, 1997, pp. 705 y ss.

³⁷ Florez Ruiz, J. F., “De Maquiavelo al Estado postmoderno. Paradigmas políticos de aproximación al fenómeno estatal”, en *Revista Derecho del Estado*, núm. 29, 2012, pp. 138 y ss.

³⁸ Sobre la evolución, Cf. Kotzur, M., “La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno”, en Häberle, P. y Kotzur, M. (eds.), *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave un diálogo europeo-latinoamericano*, México, UNAM, 2003, pp. 85 y ss.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

ca en América Latina, ya no centrada en el *State approach*, sino en el *human rights approach*.³⁹ Independientemente de las críticas que puedan formularse al enfoque centrado en los derechos humanos,⁴⁰ la clave es mantener su sentido original como marco ético internacional, que emergió para resolver y prevenir los estragos de la Segunda Guerra Mundial.⁴¹

3. LA INTERAMERICANIZACIÓN DE LOS ÓRDENES NACIONALES

El proceso de interamericanización se caracteriza por tres elementos clave: sus fundamentos constitucionales, sus bases convencionales, así como por los mecanismos para garantizar la interamericanización, incluido el discurso académico-público.

3.1 Fundamentos constitucionales de la interamericanización

En cuanto a la base constitucional propongo categorizar la evolución en tres diferentes “olas” de procesos de reformas constitucionales que han marcado una apertura hacia la interamericanización. Las constituciones de la primera ola, entre 1988 y 1998, regulan enunciados relativos a la prevalencia de los derechos humanos (Constitución de Brasil de 1988), y otorgan ran-

³⁹ Piovesan, Flávia, “*Ius Commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: Rasgos, potencialidades y desafíos”, en Bogdandy, A. von; Ferrer, M.G. y Morales Antoniazzi, M. (coords.), *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina. Una aproximación conceptual*, México, 2013.

⁴⁰ Respecto a la ambigüedad entre la limitación y la garantía simultánea de la soberanía, Cf. Montoya Londoño, M. “Ética y derechos humanos. La importancia del concepto «validez moral» de Jürgen Habermas para la justificación racional de los derechos humanos”, *Magistro*, vol. 4, núm. 7, 2010, pp. 127-142.

⁴¹ Ferrer, M., “La población y el desarrollo desde un enfoque de derechos humanos: intersecciones, perspectivas y orientaciones para una agenda regional”, en *Población y desarrollo*, Santiago de Chile, CEPAL, 2005, pp. 18 y ss.

Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune*

go constitucional a los tratados de derechos humanos. Incluyen igualmente cláusulas de interpretación conforme al derecho internacional de los derechos humanos (por ejemplo Colombia 1991,⁴² Perú 1993,⁴³ Argentina 1994⁴⁴). Estas reformas constitucionales también fueron acompañadas por decisiones importantes de los tribunales nacionales, todo en consonancia con el auge de la doctrina del bloque de constitucionalidad.⁴⁵

La noción de Estado abierto o estatalidad abierta permite comprender que la interamericanización es un proceso que cuenta con fundamento constitucional no solo por las disposiciones *in concreto* de la “cláusula de primacía” y/o de la “cláusula de interpretación conforme”. Efectivamente, los órdenes constitucionales establecen, como la Ley Fundamental de Colombia por ejemplo, que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna artículo 53.4; 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

⁴² El art. 93.1 dispone que “los tratados y convenciones internacionales ratificados por el Congreso prevalecen en el orden interno” y, también establece que todos los derechos fundamentales constitucionales deben ser interpretados a la luz de los tratados internacionales ratificados por Colombia, según el art. 93.2. Esta norma ha dado lugar a la distinción entre bloque de constitucionalidad *strictu* y *lato sensu*. Pero otras normas son también definitorias del alcance de la regulación del Estado abierto en Colombia.

⁴³ La 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”.

⁴⁴ El art. 75 Nr. 22 de la Constitución de Argentina de 1994 enumera una serie de tratados a los que asigna rango constitucional y deja “abierta” la posibilidad de extender este rango a otros instrumentos siguiendo un procedimiento específico.

⁴⁵ Por ejemplo la decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, de 9 de Mayo de 1995, núm. 2312-95, acción inconstitucional, especialmente parte VII, sentencia C-225-95 MP: Alejandro Martínez Caballero. Posición reiterada en sentencia C-578-95 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, sentencia C-358-97.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.⁴⁶ El artículo 44 también es calificado como cláusula de apertura o de reenvío por cuanto estipula que los niños gozarán también de los derechos consagrados en los tratados internacionales ratificados por Colombia.⁴⁷ Otro caso ilustrativo de la dimensión de la apertura lo ofrece la Constitución de Paraguay de 1992. Luego de su larga dictadura militar, es un texto imbricado en el propósito de establecer un régimen democrático y fortalecer los derechos humanos, lo que se refleja en un conjunto de disposiciones de singular impacto. Así, la dignidad humana se reconoce en el Preámbulo para asegurar los derechos y sirve de fundamento a la democracia representativa, participativa y pluralista que adopta como sistema de gobierno (art. 1). Asimismo cualifica los tratados de derechos humanos al no poder ser denunciados, sino por los procedimientos que rigen para la enmienda constitucional (art. 142) y la protección internacional de los derechos humanos es uno de los principios que orienta las relaciones internacionales (art. 143). En este orden de ideas, este texto constitucional asigna al respeto de los derechos humanos y de los principios democráticos un papel preponderante como fines del derecho a la educación (art. 73). En el caso argentino se interpreta que, 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.⁴⁸

Una segunda ola de nuevas constituciones tienen implicaciones en la expansión de las cláusulas (Venezuela 1999,⁴⁹ Ecuador

⁴⁶ 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. Cf., Botero, C., *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2006, pp. 18 y ss.

⁴⁷ Reina García, Ó. M., “Las cláusulas de apertura o reenvío hacia las fuentes externas previstas en la Constitución colombiana, como criterio para delimitar el contenido del bloque de constitucionalidad”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 29, 2012, pp. 192 y ss.

⁴⁸ Sentencia de la CSJN Argentina de fecha 26.12.1996 en el caso *Monges, Analía M vs. Universidad de Buenos Aires*, considerandos 20-22. Gordillo, A., “Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia”, *La Ley*, 1997-F, p. 1318.

⁴⁹ Art. 23: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional

Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune*

2008,⁵⁰ Bolivia 2009⁵¹). Estas constituciones tomaron nota del progreso de la primera oleada y extendieron algunas fórmulas, como el rango constitucional de todos los “instrumentos” internacionales de derechos humanos, y no se limitó a los tratados. En la doctrina se ha argumentado que la Constitución ecuatoriana, que adopta como modelo un “Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, introdujo como innovación utilizar en distintas normas el término “instrumentos” en lugar de aludir a convenios y tratados a fin de incluir tanto el *hard law* como el *soft law*.⁵² Una manifestación de la amplitud de la apertura se concretiza también en la regulación expresa de que los derechos fundamentales constitucionales sean interpretados a la luz del *corpus juris* en la materia, lo que hace presumir válidamente que “el grado de adhesión al estándar establecido en el nivel internacional será importante”.⁵³ También el relieve que las constituciones de esta segunda oleada reconocen a la multiculturalidad es un rasgo característicos de la apertura. Incluso se argumenta en la doctrina

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”.

- ⁵⁰ En el art. 11.3 estipula: “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”. Por otra parte, contempla una variedad de fórmulas en los arts. 417 y 424.
- ⁵¹ El art. 13.IV., regula que “los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”. También el art. 256.I. y II se refieren a la apertura en derechos humanos.
- ⁵² Caicedo Tapia, D. A., “El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos humanos más allá de la Constitución”, en Escobar García (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, 2010, pp. 504 y 521.
- ⁵³ Burgorgue-Larsen, L., “Los estándares: ¿normas impuestas o consentidas?”, en Bogdandy, von; Ugartemendia; Saiz Arnaiz; Morales y Antoniazzi, Mariela (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, Oñati, 2012, pp. 375-411.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

que hay un paradigma constitucional de protección a la diversidad, todo ello en relación directa con los estándares de la Corte IDH sobre los derechos de los pueblos indígenas.⁵⁴

Recientemente se inició una tercera ola de cambios constitucionales, por ejemplo, en México (2011),⁵⁵ que incluye el otorgamiento del rango constitucional a los tratados de derechos humanos. La reforma ha significado un gran avance, aunque queden todavía regulaciones críticas.⁵⁶ Pero una premisa es cierta: ha sido un proceso de reforma apalancado por una relación dinámica entre la Corte Suprema de Justicia de México y la Corte IDH. Es importante destacar a los efectos del examen de la interamericanización que la justicia en México tiene soporte en la jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH y muy particularmente

⁵⁴ Yrigoyen Fajardo, Raquel, “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en Rodríguez Garavito, César (ed), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011, pp. 139 y ss.; Russo, Anna Margherita, “El «derecho transconstitucional de la diversidad». La «especialidad indígena» en el desarrollo interamericano del derecho de propiedad”, *Inter-American & European Human Rights Journal*, núm. 9, 2016, pp. 94 y ss.

⁵⁵ Art. 1º: En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

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

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

⁵⁶ Por ejemplo en relación al art. 29 de la Constitución mexicana. Véase Salazar Ugarte, P., “Del estado de excepción a la suspensión constitucionalizada. Reflexiones sobre la reforma al artículo 29 de la Constitución mexicana”, en Carbonell Sánchez, M. y Salazar Ugarte, P. (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, UNAM, México, 2011, pp. 257-291.

Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune*

a partir del caso *Rosendo Radilla vs. el Estado Mexicano*, mediante el pronunciamiento del Pleno de la Suprema Corte en el sentido de que todos los jueces deben ejercer el control de convencionalidad.⁵⁷

Un refuerzo de la apertura se constata en la estipulación de la prohibición de “toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas” (art. 1.5); así como en destacar que la “Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas” (art. 2); igualmente mediante la prohibición de suscribir “convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte (art. 15)”.⁵⁸

El proceso de interamericanización trae consigo una ampliación de la protección que se deriva de la incorporación de la fuente normativa de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales, creando con ello un bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos.⁵⁹ Facilita la interpretación bajo la premisa del principio *pro persona*⁶⁰ al igual que tener como eje la reparación de los daños causados a las víctimas. En mi criterio, el caso mexicano muestra una tendencia que permite

⁵⁷ Cf. Corte IDH, caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia de 23 de noviembre de 2009, p. 339.

⁵⁸ No se analiza el debate acerca del alcance del art. 133 de la Constitución mexicana.

⁵⁹ Más detalles en, Ferrer Mac Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El Nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, M. y Salazar, P. (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IJ-UNAM, 2011, p. 365.

⁶⁰ Cf. Cruz Parceró, J. A., “El control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Hacia un método de trabajo”, en Carbonell, Miguel; Fix-Fierro, Héctor; González Pérez, Luis R. y Valadés, Diego, *Estado Constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo, Derechos Humanos*, t. V, vol. 1, México, IJ-UNAM, 2015, p. 464.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

la inclusión en los sistemas, que dialoga con otros regímenes jurídicos⁶¹ y que se rige por el paradigma del pluralismo y no por la jerarquía normativa. No es un proceso lineal, sino más bien con sus oscilaciones.

Al margen de las diferentes olas, en América Latina se observa que hay una cláusula más generalizada y que denota la convergencia y simetría en el espectro normativo constitucional que es la cláusula de los derechos innominados. La convergencia material en esta apertura se manifiesta en incorporar, en términos similares, que la declaración o enunciación de los derechos contenida en la Constitución, no debe ser entendida como la negación de otros no enumerados en el texto constitucional, que sean inherentes a la “persona humana” o “a la dignidad humana”.⁶²

Como afirma Eduardo Ferrer Mac -Gregor, un elemento común al recibir el influjo del derecho internacional mediante las diversas cláusulas constitucionales es que las normas convencionales adquieren carácter constitucional.⁶³ La ubicación de los tratados de derechos humanos en la supremacía constitucional produce efectos a nivel nacional. Dicho rango les otorga rigidez en la medida en que una reforma constitucional solo podrá modificar un tratado en materia de derechos humanos cuando implique una mayor protección y garantía de tales derechos, estando vedado desmejorar su situación jurídica, como opina Humberto Nogueira.⁶⁴

⁶¹ Rivera León, M. A., “Conversando sobre derechos: ¿Una nueva actitud dialógica de la Suprema Corte?”, en Bogdandy, A. von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coords.), *Construcción de un Ius Constitutionale Commune en América Latina: Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Puebla, BUAP-UNAM, Corte IDH-MPI, 2016, pp. 485-501.

⁶² Constituciones de Argentina (art. 33), Bolivia (art. 13.II) Brasil (art. 5, § 2º), Colombia (art. 94), Ecuador (art. 11.7), Paraguay (art. 45), Perú (art. 3), Uruguay (art. 72) y Venezuela (art. 22).

⁶³ Ferrer MacGregor, Eduardo, “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*”, núm. 131, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, 2011, p. 931.

⁶⁴ Noriega Alcalá, H., “Los tratados Internacionales en el ordenamiento jurídico interno”, en *Revista Ius et Praxis*, año 2, núm. 2, Talca, 1997, p. 27.

Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune*

La consecuencia jurídica del rango constitucional y, por tanto, que dichos tratados integren el conocido bloque de la constitucionalidad, es que permean a todo el derecho interno y a todos los poderes públicos, los cuales deben sujetarse a ellos en igual medida que a la propia Constitución. Se aduce que una de las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos es su incorporación *in totum*, es decir, implica todas sus normas y todo su contenido, incluidos los órganos de protección internacional previstos en dichos tratados. Por esta razón se rechaza que pueda exigirse un *exequátur de constitucionalidad*.⁶⁵

La incorporación de este acervo hace surgir obligaciones para los Estados. En tal sentido, la Constitución de Chile, por ejemplo, en su artículo 6 obliga a todos los órganos del Estado a adecuar su comportamiento a las normas constitucionales, dentro de las cuales se encuentra no solo el catálogo de derechos constitucionales, sino también las normas internacionales en materia de derechos humanos a partir de la cláusula que permite atribuir rango constitucional a los tratados de derechos humanos (art. 5.2) en concordancia con el artículo 1.1 y 1.4. Afirma Claudio Nash que este es el fundamento de la obligatoriedad de las normas internacionales.⁶⁶

Respecto a las cláusulas de interpretación, Néstor Sagüés afirma que en tales hipótesis, “hay una «transferencia de responsabilidades interpretativas» de sumo interés: el constituyente nacional se somete al documento y al órgano jurisdiccional inter o supranacional, según como se lo quiera ver” y encuentra que la “legitimidad de dispositivos de aquella índole se explica, principalmente, por la necesidad de construir un *Ius Constitutionale Commune* en materia de derechos humanos y de derecho comu-

⁶⁵ Carlos Ayala Corao mantiene una postura crítica frente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela que desconoce las sentencias del órgano interamericano, lo cual representa no solo una violación de la CADH, sino también de la Constitución venezolana de 1999. Ayala Corao, C., “La doctrina de la «inejecución» de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)”, en Bogdandy, von; Ferrer MacGregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.) *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, t. II, México, 2010, p. 106.

⁶⁶ Nash Rojas, C., *Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*, Santiago de Chile, 2012, p. 33.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

nitario. El intérprete inter o supra nacional, además, puede gozar —aunque no siempre— de una cierta presunción de mayor calidad y objetividad que el intérprete nacional, de vez en cuando más comprometido con intereses sectoriales domésticos”.⁶⁷ Caballero Ochoa, partiendo del supuesto del Estado constitucional como receptor de la norma internacional, opina que la adopción de la cláusula *pro persona*, que sirve a título de referencia reguladora de la conformidad del derecho interno con los tratados sobre derechos humanos, debe utilizarse “como el criterio interpretativo para discernir la aplicación de uno u otro espacio normativo, máxime en el caso de antinomias y siguiendo criterios de proporcionalidad”.⁶⁸

En líneas generales, como lo reseña José María Serna, los 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, se están perfilando con las posturas internacionalistas —favorables— y los nacionalistas —resistentes a tal recepción—.⁶⁹ Como indica Jorge Carpizo, el reconocimiento de la supremacía del derecho internacional, en especial del convencional, respecto al derecho interno se dibuja como una tendencia del constitucionalismo latinoamericano contemporáneo.⁷⁰ La tendencia hacia la configuración progresiva del *Ius Constitutionale Commune*, que abarca el proceso de interamericanización, queda confirmada en las disposiciones constitucionales, no sin oscilaciones y en la actualidad con una excepción que confirma la regla, como es el caso de Venezuela.⁷¹

⁶⁷ Sagüés, Néstor Pedro, “El poder constituyente como intérprete de la Constitución”, en *Pensamiento Constitucional*, año XVI, núm. 16, Lima, 2012, pp. 191 y ss.

⁶⁸ Caballero Ochoa, J. L., *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, México, 2009, p. 62.

⁶⁹ Serna, J. M., *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 2012, pp. 243 y ss.

⁷⁰ Carpizo, Jorge, “Derecho Constitucional latinoamericano y comparado”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 114, México, 2005, p. 980.

⁷¹ Véase por ejemplo la solicitud de aplicación de la Carta Democrática Interamericana formulada por el Secretario General de la OEA 2016. Disponible en <http://www.oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf>

3.2 Bases convencionales de la interamericanización

Por otra parte, a nivel convencional, se observa una tendencia hacia la consolidación progresiva de un constitucionalismo regional orientado a la salvaguardia de los derechos humanos sobre la base de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) como “Constitución” latinoamericana⁷² y otros instrumentos interamericanos, así como la jurisprudencia de la Corte IDH que ha configurado el *corpus iuris* interamericano. Puede afirmarse que los veinte Estados que han reconocido la jurisdicción de la Corte IDH están obligados por un *ius commune* o un orden jurídico común.

En este sentido, el proceso de interamericanización también cuenta con bases convencionales. La CADH, como *totum*, obliga a los Estados. Sin embargo, algunas disposiciones son clave y desempeñan un papel esencial en la integración del derecho nacional e internacional y en la promoción de la interamericanización del derecho a nivel de los Estados. Los artículos 1.1⁷³ y 2⁷⁴ de la CADH prevén las obligaciones generales de los Estados parte. Exige a los Estados: 1. que se abstengan de violar los derechos y libertades contenidos en ella —deber de respetar—, lo que implica el deber de prevenir, investigar y sancionar cualquier violación de los de-

⁷² Roberto Caldas caracteriza la CADH como una constitución supranacional. Véase, la opinión separada del juez *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas en el caso de *Gomes Lund y otros* (*‘guerrilha do araguaia’*) vs. *Brasil* del 24 de noviembre de 2010, párr. 6.

⁷³ Art. 1.1 CADH: Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁷⁴ Art. 2 CADH: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

rechos previstos en la CADH y reparar su violación; 2. garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos —deber de garantía— reconocidos en la Convención, que exige a los Estados “que se comporten de manera que garanticen efectivamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”; y 3. adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para dar efecto a esos derechos o libertades en el derecho interno. Estas normas son generadoras de la interamericanización del derecho doméstico, dado que obligan a los Estados a adecuar su ordenamiento a la norma “supranacional” del derecho de los derechos humanos.

Además, los artículos 29.b y 29.c de la CADH contienen reglas para la interpretación del derecho que contribuyen a perfilar la interamericanización. Ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de: b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano. La doctrina ha sostenido que el artículo 29.b, entendida como cláusula de apertura, facilita la labor de la Corte IDH en su diálogo con la jurisprudencia internacional —universal, penal, regional, nacional y comparativa— y también permite la incorporación de *hard* y *soft law*. De esta manera, la Corte IDH participa de un enfoque “cosmopolita”, al igual que su homóloga la Corte Europea de Derechos Humanos.⁷⁵

Asimismo, el artículo 44 de la CADH incorpora el llamado “Amparo Interamericano”,⁷⁶ en tanto cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de

⁷⁵ Véase al respecto Laurence Burgogues-Larsen, “Interpreting the European Convention: What can the African Human Rights System learn from the case of the European Court of Human Rights on the Interpretation of the European Convention?”, en *Inter-American & European Human Rights Journal*, núm. 5, 2012, pp. 90-123.

⁷⁶ Ayala Corao, C. M., *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Caracas-San José, 1998.

Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune*

violación de la CADH por un Estado parte. Estas decisiones son, además, vinculantes para el Estado en cuestión. La Corte IDH ha entendido estas revisiones interamericanas como parte de los recursos disponibles para el examen judicial de cualquier decisión interna que pueda violar los derechos humanos. Por lo tanto, desde una perspectiva procesal, los mecanismos judiciales a los que se refiere la CADH son un instrumento para la interamericanización del derecho público interno, ya que obligan al Estado a una decisión final —cosa juzgada— de la Corte IDH en aplicación de la CADH.

Con la ratificación de la CADH los Estados se han abierto a la aplicación directa del derecho interamericano, obligándose a adaptar su legislación e instituciones nacionales a estas normas supranacionales. La CADH es, pues, una piedra angular para la interamericanización de la legislación interna de los Estados. Y, más específicamente, como la Corte IDH lo ha desarrollado en su jurisprudencia, los Estados están vinculados por el *corpus juris* interamericano.

Hay una tendencia hacia la consolidación dinámica de un constitucionalismo regional destinado a salvaguardar los derechos humanos fundamentales en base, por una parte, a la Convención Americana —la CADH como “Constitución” latinoamericana—⁷⁷ y demás instrumentos del ordenamiento interamericano,⁷⁸ con la Corte Interamericana como órgano guardián,⁷⁹ y, por otra

⁷⁷ Juliano, M. A., “El control de convencionalidad”, en *Derecho a réplica: espacio crítico sobre sistema penal, estado y sociedad*, 18 ago 2009, disponible en <http://derecho-a-replica.blogspot.mx/2009/08/el-control-de-convencionalidad.html>

⁷⁸ La noción “*corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” como aporte de la Corte IDH; Corte IDH, 1 *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, opinión consultiva, OC-16/99, de octubre de 1999, párr. 115; Cf. O’Donnell, D., *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Santiago de Chile, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007, p. 57.

⁷⁹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La Corte Interamericana como Tribunal Constitucional”, en *Conferencia en el Simposio del Instituto Max Planck de Derecho Internacional Público y Derecho Comparado, La Justicia Constitucional: Prolegómeno de un Ius Constitutionale Commune en America Latina*, 18 y 19 de noviembre de 2009.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

parte, las propias constituciones con su apertura estructural.⁸⁰ Bajo diversas denominaciones, sea constitucionalismo regional (Flávia Piovesan),⁸¹ constitucionalismo interamericano (Jorge Contese)⁸² o *acquis conventionnel* (Humberto Nogueira),⁸³ por mencionar algunos, la doctrina alude al acervo interamericano contenido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la CADH y en la jurisprudencia de la Corte IDH.

Es un acervo propiamente interamericano o patrimonio común en materia de derechos humanos. Una aproximación al concepto del *corpus iuris* indica que el Sistema Interamericano es un sistema jurídico-político construido a partir de voluntades soberanas, con sustento en valores y principios compartidos, normas comunes y dos órganos de control de la protección de los derechos humanos. Los valores y principios compartidos constan, explícita o implícitamente, en el tratado de derechos humanos por excelencia del SIDH, a saber, la Convención Americana. Las normas comunes comprenden el denominado *corpus juris* interamericano de derechos humanos, es decir, el conjunto de tratados y demás fuentes del derecho en los que reposa la protección de los derechos humanos en la región.⁸⁴ El *corpus juris* del SIDH

⁸⁰ Brewer Carías, A. R., “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno Estudio de derecho constitucional comparado latinoamericano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 6, 2006, pp. 29 y ss.

⁸¹ Piovesan, F., “Protección de los derechos sociales en el ámbito global y regional interamericano”, en Saiz Arnaiz, A.; Morales Antoniazzi, M. y Ugarte-mendia, J. I. (coords.), *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración en América Latina: un análisis desde la Unión Europea*, Bilbao, IVAP-Universidad del País Vasco, 2011, p. 562.

⁸² Contesse Singh, J., “Constitucionalismo interamericano: algunas notas sobre las dinámicas de creación e internalización de los derechos humanos”, en Garavito, C. R. (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011, pp. 251 y ss.

⁸³ Cf. Nogueira Alcalá, H., “El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno”, *Estudios Constitucionales*, 9/2, 2011, pp. 17-76, y 29.

⁸⁴ Ibáñez, J. M., *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2015, p. 33, disponible en <http://iidh.ed.cr/>

Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune*

comprende los protocolos y convenciones,⁸⁵ que muestran los consensos de los Estados, al menos normativos, en combatir la discriminación y promover la libertad y la igualdad.

Tal como argumenta Sergio García Ramírez, las ratificaciones de los instrumentos por parte de todos los Estados permiten un doble objetivo, porque por una parte se busca alcanzar una regionalidad plena en el sentido de la vigencia de los instrumentos en todos los países y, por otra parte, se continúa el tránsito hacia el acogimiento de otros temas aún no regulados en el sistema.⁸⁶ En esa medida se avanza en la interamericanización de los órdenes nacionales de los Estados parte. No obstante, el impacto mayor proviene de los mecanismos empleados por los órganos del SIDH y, en particular, por la Corte IDH.

Ejemplos concretos ilustran la interamericanización: en Chile se ha ordenado la reforma de las normas constitucionales (art. 19) a efectos de asegurar el cumplimiento del derecho a la liber-

IIDH/media/3164/manual-auto-formativo-control-convencionalidad-web.pdf

⁸⁵ *Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights* (“Protocol of San Salvador”), 17 de noviembre de 1999, A-52, entrada en vigencia 16 de noviembre de 1999; el *Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (Pacto de San José)*, 6 de agosto de 1990, A-53; *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)*, 9 de junio de 1994, A-61; *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*, 7 de junio de 1999, A- 65, entrada en vigencia 14 de septiembre de 2001; *Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia*, 5 de junio de 2013, A-68; *Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia*, 5 de junio de 2013, A-69; *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*, 15 de junio de 2015, A- 70. Es muy importante la reciente *Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2016*.

⁸⁶ García Ramírez, S., “Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en García Ramírez, S.; Hernández, C. (coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana México*, IJ-UNAM, 2009, p. 28.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

tad de expresión, mediante la supresión de la censura previa; al Estado colombiano se le ha ordenado reiterativamente que reabra investigaciones cerradas en contra de miembros del Ejército por paramilitarismo, así como se dictaminó que Perú modificara las normas que permitían el juzgamiento de civiles por militares, a través de la “justicia sin rostro”, por ser contrarias a la CADH; la Corte ha fijado estándares de investigación y enjuiciamiento, con fórmulas muy específicas en materia de ejecución extrajudicial que han tenido una amplia repercusión en países como México, Honduras y Guatemala, por mencionar solo algunos casos paradigmáticos.⁸⁷

3.2.1. Interamericanización del discurso jurídico-público

La interamericanización envuelve el uso de los estándares jurisprudenciales en el debate público,⁸⁸ en la actividad jurisdiccional⁸⁹ y extrajudicial —defensorías del pueblo por ejemplo—,⁹⁰

⁸⁷ Entre tantos, Cf. Burgogue-Larsen, L. (coord.), *Derechos humanos en contexto en América Latina. El impacto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en los Estados partes*, México, Tirant Lo Blanc, 2016. Enfoques críticos en: Anzola, S.; Sánchez, B. E. y Urueña, R., “Después del fallo: el cumplimiento de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Una propuesta de metodología”, *Justicia Global*, núm. 11, Bogotá, Universidad de los Andes. Disponible en https://www.uf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhpp_pdf/DHPP_Manual_v3.447-519.pdf

⁸⁸ Por ejemplo en el caso del proceso de paz en Colombia, véase por ejemplo Carlos Bernal Pulido, ‘Transitional Justice within the framework of a permanent constitution: The case study of the legal framework for peace in Colombia’ (2014) 3, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 1136–1163.

⁸⁹ Se pueden mencionar tres decisiones emblemáticas: Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional (9 Mayo 1995), No 2312-95, Acción de Inconstitucionalidad, especialmente parte VII; Tribunal Constitucional de Perú (21 jul 2006), núm. 2730- 2006-PA/TC, Fundamentos para 12; Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala Constitucional (10 jul 2015), núm. 323-2012ac.

⁹⁰ CNDH, México, Recomendación núm. 3VG/2015 relacionada con el caso de ejecuciones extrajudiciales en Tanhuato, Michoacán. disponible en <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/ViolacionesGraves/RecVG_004.pdf>

Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune*

pero también encierra el litigio estratégico⁹¹ y el discurso académico.⁹² Particularmente en relación a la interamericanización del discurso vale la pena resaltar las afirmaciones que Leonardo García Jaramillo toma de la propuesta de Jack Balkin y Sanford Levinson⁹³ para introducir la utilidad de los “cánones jurídicos que han empezado a construirse en la región a partir de normas, teorías, dogmática y ciencia jurídica que se reciben creativamente desde cánones trasnacionales”. Dichos cánones se destinan a: primero, “cuáles casos y materiales jurídicos importantes deberían enseñarse y difundirse en las facultades de Derecho —*canon pedagógico*—”, luego sobre qué casos claves y materiales deben hacerse del conocimiento público respecto a cuestiones centrales del desarrollo constitucional —*canon de cultura general*— y, por último, cuáles casos claves y materiales deberían ser del conocimiento de los académicos sobre las teorías del derecho constitucional —*canon teórico-académico*—. ⁹⁴

⁹¹ Herencia Carrasco, Salvador, “Public Interest Litigation in the Inter-American Court of Human Rights: The Protection of Indigenous Peoples and the Gap between Legal Victories and Social Change”, en *Revue Québécoise de Droit International*, edición especial, 2015, pp. 199-220; Baluarte, David C., “Strategizing for Compliance: The Evolution of a Compliance Phase of Inter-American Court Litigation and the Strategic Imperative for Victims”, *Representatives*, American University International Law Review, núm. 27, 2012, pp. 263-319.

⁹² Sobre el *Ius Constitutionale Commune*, véanse recientes publicaciones, a saber, Caldas, R. en Saiz Arnaiz, A. (dir.), *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 62; Torres Zúñiga, N., “Control de normas constitucionales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *La América de los Derechos*, Madrid, CEPC, 2016; Ibañez Rivas, Juana María, “La República del Perú”, en Burgorgue-Larsen, Laurence (coord.), *Derechos Humanos en contexto en América Latina. El impacto del sistema interamericano de derechos humanos en los Estados partes*, Colombia, Ecuador, Haití, México, Nicaragua, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela, vol. 1, México, Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 621-749.

⁹³ Balkin, J. y Levinson, S., “The Canons of Constitutional Law”, en: *Harvard Law Review*, núm. 111, 1998, p. 963.

⁹⁴ García Jaramillo, L., “De la «constitucionalización» a la «convencionalización» del ordenamiento jurídico. La contribución del *Ius Constitutionale Commune*”, 2016, en *Revista Derecho del Estado*, núm. 36, pp. 163 y ss.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

En el ámbito del canon de la teorización se encuentran diversos aportes desde la academia para definir los impactos de lo que defino como interamericanización. Por ejemplo la noción de ‘Constitución convencionalizada’ (Néstor Sagués),⁹⁵ ‘convencionalización del Derecho’ (Eloy Espinosa-Saldaña Barrera)⁹⁶ o ‘constitutionalization’ of Inter-American Law (Ludovic Hennebel).⁹⁷ Precisamente bajo este enfoque del constitucionalismo transformador en América Latina, Armin von Bogdandy califica al discurso jurídico-público en torno a los derechos humanos como un elemento común.⁹⁸ Igualmente, no cabe duda a nivel regional, que casos emblemáticos como la desaparición de los 43 estudiantes en Iguala, México, así como el proceso de paz en Colombia, han estado impregnados del debate sobre el cumplimiento de los estándares, analizados en la discusión teórico-jurídica, con un eco en la esfera pública de manera creciente y progresiva.

4. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LA INTERAMERICANIZACIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN DEL IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE

Bajo la denominación “diálogos”, la doctrina contemporánea está abordando las nuevas formas de interacción entre jueces nacionales y regionales, especialmente en Europa y América Latina.⁹⁹

⁹⁵ Sagués, Néstor Pedro, Diccionario de Derecho procesal constitucional, Eduardo Ferrer coordinador.

⁹⁶ Espinosa-Saldaña Barrera, E., *Notas sobre la aplicación del principio de legalidad en el escenario internacional y su incidencia en la labor de las diversas administraciones públicas*, disponible en <http://derechoydebate.com/admin/uploads/ESPINOSA-SALDANA-ELOY.pdf>

⁹⁷ Hennebel, L., “The Inter-American Court of Human Rights: The Ambassador of Universalism”, en *Quebec J. Int’l L.*, edición especial, núm. 71, 2011, *et seq.*

⁹⁸ Bogdandy, Armin von; Ferrer Mac Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela; Piovesan, Flavia y Soley, Ximena, “Ius Constitutionale Commune en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism”, en *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL), Research Paper*, núm. 2016-21, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2859583

⁹⁹ Cf. Laurence Burgorgue-Larsen: “De la internacionalización del diálogo entre los jueces”, en Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flávia; Morales Anto-

Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune*

Hay evidencia de dinámicas transnacionales y tendencias jurisprudenciales en situaciones de pluralismo constitucional, específicamente en el sistema interamericano, que dan lugar al fenómeno de un diálogo coevolutivo y policéntricos, con el propósito de explorar cómo ha sido resuelto un problema jurídico común en el marco del sistema regional de derechos humanos y no solo por reconocerle autoridad a este tribunal.¹⁰⁰ Desde la década de los noventa, los tribunales constitucionales y altas cortes han venido incorporando en sus decisiones algunos estándares normativos desarrollados por la Corte Interamericana;¹⁰¹ a su vez la Corte Interamericana —sin estar obligada por ninguna normativa interamericana— ha mostrado una creciente deferencia judicial al considerar en sus fallos algunos estándares normativos desarrollados por cortes nacionales se a su jurisprudencia. Igualmente se constata el fenómeno de citar jurisprudencia constitucional de cortes de otros países de la región. Se produce una genuina interacción entre las cortes, derivada en cierta medida de su pertenencia a una comunidad jurídica de derechos que se ha involucrado en la configuración de un sistema de control difuso de convencionalidad.¹⁰² Si a los jueces nacionales les corresponde verificar la compatibilidad entre las normas jurídicas susceptibles de aplicarse en un caso concreto y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incluyendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana, se produce la progresiva interamericanización de los órdenes nacionales. Se toman en cuenta normas comunes y se expanden criterios jurisprudenciales y estándares sobre temas sustantivos de derechos humanos y sobre las obligaciones de los Estados, en

niazzi, Mariela (coord.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, São Paulo-Río de Janeiro, Elsevier, 2013, pp. 231-264.

¹⁰⁰ Manuel Góngora-Mera.

¹⁰¹ Piovesan, Flávia, “Derechos humanos y diálogo entre jurisdicciones en el contexto latinoamericano”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coord.), *La tutela jurisdiccional de los derechos: Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2012, pp. 349-373. El caso venezolano es la excepción que confirma la regla. Véase Morales Antoniazzi.

¹⁰² Cf. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad: Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2012.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

particular, sobre las obligaciones positivas y el deber de adecuación previsto en la CADH.¹⁰³

En esta sección me concentro en el mecanismo del control de convencionalidad desde su relevancia en la configuración del *ius commune*. Específicamente, este proceso de ajuste a la CADH amplía el fenómeno de la interamericanización al facilitar la expansión de los estándares de la Corte IDH en los respectivos órdenes domésticos. Comprende el alcance de los derechos fijados por el órgano jurisdiccional, estableciendo estándares normativos así como las restricciones permitidas en una sociedad democrática, precisando las obligaciones positivas de los Estados, utilizando los estándares internacionales y comparados. 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.¹⁰⁴

Con el mecanismo del control de convencionalidad, según Laurence Burgorgue-Larsen, se ha evolucionado en tres grandes etapas, primeramente en la gestación del término, luego con la aparición propiamente dicha del concepto de control de convencionalidad en la jurisprudencia y la más reciente destinada a fijar y precisar sus alcances. Es un control que debe ser ejercido *ex officio* por todas las autoridades y no solo del poder judicial”.¹⁰⁵ De su ejercicio emerge, como destaca Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “un nuevo entendimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos al concebirse ahora como un “sistema integrado”, que involucra las instancias interamericanas —Comisión y Corte IDH— y autoridades nacionales de los

¹⁰³ Cf. Saavedra Alessandri P. y Pacheco, G., *Las sesiones itinerantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar por América*, Biblioteca Jurídica Virtual, UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2740/8.pdf>

¹⁰⁴ Burgorgue-Larsen, L., “Chronicle of a fashionable theory in Latin America. Decoding the doctrinal discourse on conventionality control”, en Haecck, Yves, Ruiz-Chiriboga, Oswaldo y Burbano-Herrera, Clara (eds.), *35 Years of Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*, Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 645-676.

¹⁰⁵ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, núm. 221, párrs. 193 y 239.

Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune*

Estados parte del Pacto de San José, lo que “está forjando progresivamente un auténtico *Ius Constitutionale Commune Americanum* como un núcleo sustancial e indisoluble para preservar y garantizar la dignidad humana de los habitantes de la región”.¹⁰⁶

Los jueces de la Corte IDH, a través de sus votos razonados, han jugado un papel relevante en la configuración del control de convencionalidad, tanto en la fase de génesis del mecanismo como en la fase de la expansión. Sergio García Ramírez sostuvo que “existe un «control de convencionalidad» depositado en tribunales internacionales —o supranacionales—, creados por convenciones de aquella naturaleza, que encomienda a tales órganos de la nueva justicia regional de los derechos humanos interpretar y aplicar los tratados de esta materia y pronunciarse sobre hechos supuestamente violatorios de las obligaciones estipuladas en esos convenios, que generan responsabilidad internacional para el Estado que ratificó la convención o adhirió a ella”.¹⁰⁷

Antonio Cançado Trindade, reiterativamente, expuso que “los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no solo el derecho constitucional sino también el derecho internacional de los derechos humanos; deben ejercer *ex officio* el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana”.¹⁰⁸

Eduardo Ferrer Mac -Gregor, siendo juez *ad hoc*, propuso la caracterización del “control difuso de convencionalidad” a la luz de su desarrollo jurisprudencial, enunciando sus rasgos esenciales, a saber: el carácter “difuso”, debido a que todos los jueces

¹⁰⁶ Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo, “Voto razonado a la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013”, supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Gelman vs. Uruguay*.

¹⁰⁷ Voto razonado del juez Sergio García Ramírez en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 5.

¹⁰⁸ Voto razonado del juez Antonio Cançado Trindade en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 2.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

nacionales “deben” ejercerlo; su mayor o menor intensidad depende de la competencia para inaplicar o declarar la invalidez de una norma general en la medida que se trate de un sistema de justicia constitucional concentrado o difuso; el ejercicio es “de oficio”, sea invocado o no por las partes; el alcance o parámetro del control lo define el “Bloque de Convencionalidad”, incluyente de la jurisprudencia interpretativa de la Corte IDH es la interpretación del “*corpus juris* interamericano” con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad y, por último, sus efectos son retroactivos cuando sea necesario para lograr la plena efectividad del derecho o libertad.¹⁰⁹

También Roberto de Figueiredo Caldas, cuando fue juez *ad hoc*, manifestó que la Convención Americana, adoptada libremente por los Estados del continente americano, equivale a una “Constitución supranacional” en lo atinente a los derechos humanos y todos los poderes públicos en las distintas esferas —federales, estatales o municipales— están obligados a respetarla y adecuarse a ella.¹¹⁰

Si bien se advierten antecedentes,¹¹¹ la partida de nacimiento del control de convencionalidad es la sentencia en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*,¹¹² que se reconoce como *leading case*: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las

¹⁰⁹ Ferrer MacGregor, Eduardo, “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 131, México, 2011, pp. 928 y ss.

¹¹⁰ Voto razonado del juez *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas en el *Caso Gomes Lund y otros (“guerrilha do araguaia”) vs. Brasil*, de 24 de noviembre de 2010, párr. 6.

¹¹¹ Véase los votos concurrentes del juez Sergio García Ramírez en las sentencias de los casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, *Tibi vs. Ecuador* y *López Álvarez vs. Honduras*, en el periodo entre 2003 y 2006.

¹¹² Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154, párrs. 123-125. Sergio García Ramírez ya se había pronunciado sobre la conveniencia del control de convencionalidad. Cf. Voto del juez Sergio García Ramírez en el *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, resuelto el 25 de noviembre de 2003, párr. 27.

Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune*

disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el poder judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.¹¹³

Ha transcurrido una década y se observa el auge del análisis sobre esta doctrina pretoriana, que convoca posturas a favor¹¹⁴ y en contra.¹¹⁵ En todo caso, el interés académico y jurisdiccional representa un cambio de paradigma en el proceso de interamericanización. El control de convencionalidad ha sido expansivo.¹¹⁶ Una primera expansión del control de convencionalidad se dio en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. En efecto, en este fallo se invoca el criterio del

¹¹³ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, párr. 124.

¹¹⁴ Juan Carlos Hitters, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, en *Estudios constitucionales*, vol. 7, núm. 2, 2009, pp. 109-128; Rivas Ibáñez, Juana María, “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 8, 2012, pp. 103-113.

¹¹⁵ Ruiz-Chiriboga, Oswaldo, “Conventionality Control: Examples of (Un) Successful Experiences in Latin America”, en *The Inter-Am. & Eur. Hum. Rts. J.*, vol. 3, 2010, p. 200; Dulitzky, Ariel E., “Inter-American Constitutional Court-The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”, en *Texas International Law Journal*, núm. 50, 2015, pp. 45-48. Bogdandy, Armin von y Venzke, Ingo, *In whose name: A public law theory of international adjudication*, Oxford, OUP, 2014.

¹¹⁶ Sobre su valor hermenéutico, véase Bazán, V., “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, num. 18, 2º semestre, 2011, Valencia, 2012, pp. 63-104, 93.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

caso *Almonacid Arellano* sobre el “control de convencionalidad” y lo “precisa” en dos aspectos: (i) procede “de oficio” sin necesidad de que las partes lo soliciten; y (ii) debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.

Una segunda expansión implica la consolidación y diversificación de la doctrina del control de convencionalidad en diversos casos contenciosos,¹¹⁷ de los que se desprende que la Corte Interamericana deslinda el control de convencionalidad que ella ejerce como Tribunal constitucional en sentido estricto y el control de convencionalidad que corresponde a los jueces —llamado difuso, descentralizado— en su condición de jueces “interamericanos” como guardianes de la Convención.¹¹⁸ En cuanto al poder judicial, se trata de un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y, se 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”.¹¹⁹

En una tercera expansión,¹²⁰ como también ilustran los avances más recientes,¹²¹ la Corte IDH aclara que la Convención Ame-

¹¹⁷ *La Cantuta vs. Perú* (2006); *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* (2010); *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010); *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia* (2010); *Vélez Loor vs. Panamá* (2010); *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (2010), y *Gelman vs. Uruguay* (2011).

¹¹⁸ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (coords.), *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, México, 2010.

¹¹⁹ Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Serie C, núm. 219, párr. 176.

¹²⁰ En el año 2012 la Corte IDH se refirió al control de convencionalidad en los casos *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, *Furlan y familiares vs. Argentina*, *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, *Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala y Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. En el 2013 se pronunció en tres casos: *Mendoza y otros vs. Argentina*, *García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México* y *J. vs. Perú*.

¹²¹ En el 2014, la Corte IDH incluyó su jurisprudencia sobre el control de convencionalidad en cuatro sentencias en los casos *Liakat Ali Alibuk vs. Su-*

Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune*

ricana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad, pero destaca también que la obligación de ejercerlo le compete a todos los órganos del Estado. En opinión consultiva,¹²² la Corte IDH “estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad,¹²³ también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, «la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos»”.¹²⁴ A su vez, a partir de la norma convencional interpretada,¹²⁵ a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados miembros de la OEA, incluyendo a los que no son parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la

rinam, Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana y Rochac Hernández y otros vs. El Salvador. En el 2015 se mantiene la inclusión del control de convencionalidad en: *Caso López Lone y otros vs. Honduras.* Excepción Preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C, núm. 302; *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras.* Excepciones Preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C, núm. 304; *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras.* Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C, núm. 305; *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C, núm. 306.

¹²² Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, opinión consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A, núm. 21.

¹²³ Cf. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párr. 124, y *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, párr. 124.

¹²⁴ *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, opinión consultiva OC-2/82, 24 de septiembre de 1982. Serie A, núm. 2, párr. 29, y *Caso Boyce y otros vs. Barbados.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 169, párr. 15.

¹²⁵ Cf. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013, considerandos 65 a 90.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

OEA (art. 3.1) y la Carta Democrática Interamericana (arts. 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos”.¹²⁶

En palabras de Néstor Sagüés, el “control de convencionalidad” cumple un doble papel, pues invalida la aplicación de las normas nacionales —incluso las constitucionales— opuestas al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la propia Corte IDH, a la vez que obliga a interpretar todo el derecho nacional conforme al Pacto y a la jurisprudencia, excluyendo las interpretaciones que se opongan a éstos.¹²⁷ El parámetro del “control difuso de convencionalidad” por parte de los jueces nacionales —con independencia de si ejercen o no control de constitucionalidad—, es el Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte IDH que la interpreta.¹²⁸

Como lo ha ilustrado Sergio García Ramírez, el parámetro del control de convencionalidad es muy amplio, ya que la finalidad es que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado. Comprende todo el *corpus iuris*, lo que implica tener a la vista no solo la aplicabilidad y aplicación del Pacto de San José sino también otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que sea parte el Estado en cada caso concreto.¹²⁹

Conforme lo apunta Humberto Nogueira, todo juez de un Estado parte, sea ordinario o constitucional, está llamado a desa-

¹²⁶ Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, opinión consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014. Serie A, núm. 21, párr. 31.

¹²⁷ Sagüés, Néstor Pedro, “Dificultades operativas del ‘Control de Convencionalidad’ en el sistema interamericano”, *La Ley*, Buenos Aires, 2009, p. 1.

¹²⁸ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párr. 227.

¹²⁹ Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, respecto de la sentencia del caso citado, de 24 de noviembre de 2006, párr. 3.

Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune*

rollar 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 2 de la misma CADH, aplicando como estándar mínimo los atributos de los derechos y garantías contenidos en la CADH y el *corpus iuris* interamericano, lo que constituye un control diferente y distinto del control de constitucionalidad”, pues obedecen a distintos parámetros de control, el primero es “el *corpus iuris* interamericano, cuyo texto central y básico es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mientras que el control de constitucionalidad tiene como parámetro básico la Constitución Política de la República”.¹³⁰

El reconocimiento expreso de la justicia nacional hacia el control de convencionalidad en los términos expuestos por la propia Corte IDH permite dar un paso más en la construcción del *Ius Constitutionale Commune*. Este proceso, que se ancla en la interamericanización, cuenta con herramientas de divulgación. A título ilustrativo puedo mencionar el Concurso al Premio “Justicia y Convencionalidad”, que organiza el Instituto Interamericano de Derechos Humanos conjuntamente con el programa “Derecho Internacional Regional y Acceso a la Justicia en América Latina (DIRAJus)”, de la Cooperación Alemana (GIZ), ya en su segunda edición, que contó con setenta y dos (72) sentencias postuladas, logró una votación pública y luego el dictamen del jurado, para favorecer este control difuso por parte de los tribunales nacionales.¹³¹ Otro impulso importante para avanzar en el control de convencionalidad se constata con la publicación de los cuadernillos de la Corte IDH, en concreto, el concerniente a dicho control,¹³² al igual que los protocolos elaborados a nivel de los Estados para quienes imparten justicia, recogiendo estándares interamericana-

¹³⁰ H. Nogueira Alcalá, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en periodo 2006-2011”, *Estudios constitucionales*, vol. 10, núm. 2, 2012, p. 64.

¹³¹ Disponible en <http://www.iidh.ed.cr>

¹³² Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/control-convencionalidad8.pdf>

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

nos.¹³³ Instituciones veedoras del Sistema Interamericano, como el Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, también están poniendo énfasis en la divulgación de los estándares a la luz del control de convencionalidad.¹³⁴ Existen diversas iniciativas, como por ejemplo en la justicia electoral con la llamada “Declaración de Oaxaca sobre control de convencionalidad”.¹³⁵

Puede concluirse que en América Latina se ha llevado a cabo una reconfiguración de los sistemas jurídicos nacionales, especialmente en lo que respecta a la interacción con los ordenamientos jurídicos supranacional e internacional en las últimas tres décadas. Como he argumentado, se trata de un nuevo entendimiento que tiene como base la apertura del derecho constitucional y que, en el ámbito específico de los derechos humanos, registra un impacto de los estándares interamericanos sobre el derecho público doméstico —y sus instituciones—, que defino como el proceso de “interamericanización”. Este concepto tiene la ventaja de analizar el constitucionalismo transformador bajo el enfoque holístico emergente del *Ius Constitutionale Commune*.

La interamericanización de los órdenes nacionales genera intensos debates enlazados con la concepción multinivel de protección de derechos y el carácter complementario del Sistema

¹³³ Véase en este sentido el Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas, publicada la segunda edición en 2014, disponible en http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/nueva_version_ProtocoloIndigenasDig.pdf Asimismo las llamadas crónicas, sesiones celebradas el 21, 23, 27 de abril y 11 de mayo de 2015. Obligaciones del Poder Judicial de la Federación para el cumplimiento de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos de Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú, disponible en <https://www.scjn.gob.mx/Cronicas/Sinopsis%20Pleno/TP-110515-APD-1396.pdf>

¹³⁴ Ibáñez Rivas, Juana María, *Cuaderno sobre el Control de Convencionalidad, Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia*, México, IJ-UNAM-CNDH, 2017, en prensa.

¹³⁵ Disponible en: <http://portales.te.gob.mx/publicaciones/content/declaracion-de-oaxaca-sentencias-relevantes-en-materia-de-control-de-convencionalidad>.

Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune*

Interamericano. Ello se conecta con las discusiones teóricas en temas como la legitimidad y el alcance de las decisiones de la Corte Interamericana para impactar en reformas constitucionales, legislativas y de políticas públicas.¹³⁶ También se inserte en la discusión acerca del papel de los jueces internacionales en este siglo XXI, ya no asociado con una teoría de la unifuncionalidad sino más bien de la multifuncionalidad en tanto no solo resuelven conflictos, sino también estabilizan expectativas normativas y controlan el ejercicio del poder, consolidando la democracia.¹³⁷

Retrospectivamente, desde 1948, el Preámbulo de la DADH se perfiló por afirmar que la estipulación de los derechos esenciales del hombre allí contenida está *unida* a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados. Del mismo tenor es el pronunciamiento del Preámbulo de la CADH al reconocer “que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. Han sido los propios Estados que han expresado su voluntad de configurar al sistema de modo coadyuvante, como herramienta eficaz para garantizar la efectiva protección de los derechos, por cuanto existe la expectativa de que la incorporación del derecho internacional aumenta los niveles de efectividad del derecho interno.¹³⁸

¹³⁶ Gargarella, Roberto, “La democracia frente a los crímenes masivos: una reflexión a la luz del caso *Gelman*”, en *Latin American Journal of International Law*, núm. 2, 2015; Urueña, R., “Interaction as a Site of Post-National Rule-Making —A case study of the Inter-American System of Human Rights”, en Fahey, Elaine (ed.), *The Actors of Postnational Rule-Making —Contemporary Challenges to European and International Law*, 2016; Huneeus, A., *Rejecting the Inter-American Court: Judicialization, National Courts, and Regional Human Rights*, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1911383.

¹³⁷ Bogdandy, A. von y Venzke, I., *¿En nombre de quién? Una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.

¹³⁸ Vereshchetin, V. S., “New Constitutions and the Old Problem of the Relationship between International Law and National Law”, en *European Journal of International Law*, vol. 1, 1996, pp. 2 y ss.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

El sistema interamericano le ofrece a las víctimas la posibilidad de acudir a él cuando sus derechos han sido vulnerados y el propio Estado no ha brindado la protección ni garantías a nivel nacional. En el marco de este entendimiento, se argumenta que los órganos de protección, en particular la Corte IDH, intervienen “porque un Estado no cumple, y por lo tanto no debe considerarse una intromisión sino un complemento o corrección de aquellos sistemas legales domésticos que, de cumplir, no harían factible ni necesaria la intervención”.¹³⁹ Dicha intervención, hasta de modo masivo en las estructuras fundamentales del derecho interno, no está libre de tensiones.¹⁴⁰

Prospectivamente se encuentran aristas del debate entre la subsidiariedad y la complementariedad. Hay autores que incluso sugieren destacar la dimensión positiva de la subsidiariedad, si esta fuera la opción bajo la cual se deben abordar el Sistema Interamericano. Yota Negishi se pronuncia a favor de un modelo híbrido que combina el control de convencionalidad centralizado y el difuso, en atención al papel del principio de subsidiariedad en la asignación de competencias entre los tribunales regionales de derechos humanos y los Estados parte. El principio de subsidiariedad regula la asignación de la autoridad pública en los sistemas de gobernanza multinivel y muestra una preferencia por las funciones en el nivel más bajo de la gobernabilidad. Igualmente, la subsidiariedad reasigna inversamente autoridad al nivel más alto si, y en la medida que, el nivel más alto está en mejores condiciones para cumplir con la tarea en cuestión. De ese modo, la subsidiariedad incluye tanto el aspecto “negativo” de limitar la competencia de entidades superiores en favor de los inferiores en función de mayor deferencia, mientras que el aspecto “positivo” permite que la autoridad superior para interferir en la autoridad inferior y en ese sentido hay una mayor interferencia. La faceta positiva debe ser reforzada para el buen entendimiento

¹³⁹ 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, p. 252.

¹⁴⁰ Cf. Herdegen, M., “La internacionalización del orden constitucional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Uruguay, 2010, p. 75.

Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune*

de la figura del control de convencionalidad desarrollado por la Corte IDH.¹⁴¹

También hay voces que defienden la complementariedad, en las que me suscribo plenamente. Apunta Flávia Piovesan que “los sistemas global y regional no son dicotómicos, sino complementarios. Inspirados por los valores y principios de la Declaración Universal, componen el universo instrumental de protección de los derechos humanos, en el plano internacional. Bajo esta óptica, los diversos sistemas de protección de derechos humanos interactúan en beneficio de los individuos protegidos. Al adoptar el valor de la primacía de la persona humana, estos sistemas se complementan, sumándose al sistema nacional de protección, a fin de proporcionar la mayor efectividad posible en la tutela y promoción de los derechos fundamentales. Esta es incluso la lógica y premisas propias del derecho de los derechos humanos”.¹⁴²

Héctor Fix-Zamudio considera que el control complementario externo se ha revelado como un instrumento idóneo y deseable para impulsar la garantía eficaz de los derechos humanos.¹⁴³ Se afirma que el control complementario permite la fijación de estándares comunes para que los jueces nacionales los utilicen como parámetros de interpretación, originando una mayor cobertura de la vigencia de los derechos mediante el diálogo interjudicial.¹⁴⁴

¹⁴¹ Negishi, Y., “The Subsidiarity Principle’s Role in Allocating Competences between Human Rights Courts and States Parties: The Hybrid Model of Centralized and Diffused Conventionality Control of Domestic Law”, en Bogdandy, A. von; Piovesan, F. y Morales Antoniazzi, M. (eds.), *Direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: Ius Constitutionale Commune na América latina*, Brasil, 2015, en prensa.

¹⁴² Piovesan, F., “Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional”, en de Mesquita Benevides, Bercovici y de Melo (coords.), *Direitos Humanos, Democracia e República*, São Paulo, 2009, pp. 460 y ss.

¹⁴³ Fix-Zamudio, Héctor, “Relaciones entre los tribunales constitucionales latinoamericanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Corzo Sosa (ed.), *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional*, México, 2009, pp. 599-695, y p. 670.

¹⁴⁴ Toro Huerta, M. I. del, “El diálogo interjudicial entre las jurisdicciones constitucionales y los tribunales internacionales de derechos humanos. Especial referencia al sistema interamericano”, en Corzo Sosa (ed.), *I Con-*

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

En este sentido se interpreta que las decisiones de la Corte IDH 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.”¹⁴⁵ Incluso advierte Sergio García Ramírez 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.¹⁴⁶ Este luce el camino apropiado para avanzar en la interamericanización y en la consolidación del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina en derechos humanos.

greso Internacional sobre Justicia Constitucional, México, 2009, pp. 531-575, y p. 537.

¹⁴⁵ Discurso del presidente de la Corte IDH, juez Diego García-Sayán, ante la XLI Asamblea General de Estados Americanos, San Salvador, El Salvador, 7 de junio de 2011.

¹⁴⁶ Informe del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Asamblea General de la OEA, Sergio García Ramírez, Panamá, 6 jun 2007, p. 3, disponible en http://www.CorteIDH.or.cr/docs/discursos/garcia_06_06_07.pdf

Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Pablo Saavedra Alessandri**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El deber de respeto y garantía de los derechos humanos a la luz de la convención americana. 3. Dimensiones de la reparación integral en la jurisprudencia de la corte interamericana. 4. El impacto estructural de las sentencias de la corte interamericana de derechos humanos. 5. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Quien mira a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo e indistintamente “Corte” o “Corte Interamericana”) cuantitativamente, observará que es la Corte internacional con menos recursos económicos del mundo y que, además, el 53%

* Este trabajo se publicó en el libro *Construcción de un Ius Constitutionale Commune en América Latina: Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Armin von Bogdandy, María Morales Antoniazzi, Eduardo Ferrer Mac Gregor, BUAP, UNAM, Corte IDH, MPI, Puebla, 2016.

** Quiero dar las gracias al abogado Edward Pérez por su ayuda en la elaboración de este artículo, sin la cual me habría sido imposible terminarlo. De igual manera, quiero agradecer los comentarios siempre acertados de la abogada Gabriela Pacheco, quien tiene a su cargo en la Secretaría de la Corte la Unidad de Supervisión de Cumplimiento de Sentencias.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

de su presupuesto es financiado por cooperación internacional o aportes voluntarios;¹ que el número de demandas que recibe por año no supera por lo general las dos decenas,² y lo mismo ocurre en relación al número de sentencias que emite,³ y que sus jueces sólo pueden reunirse colegiadamente alrededor de catorce semanas por año (6 de las cuales son financiadas por la cooperación internacional).⁴ En contraste, quien mira la trascendencia e impacto del trabajo de la Corte podrá observar que ésta, a pesar de las cifras indicadas, con el pasar del tiempo se ha transformado en una de las instituciones más efectivas e influyentes en la promoción y protección de los derechos humanos en América, así como en la consolidación del Estado de Derecho. En este sentido, las decisiones de la Corte han ido construyendo un patrimonio jurídico propio y juegan hoy en día un rol fundamental en el rumbo y debate jurídico de nuestra América.

En sus treinta y cinco años de historia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado una rica jurisprudencia en una variada gama de temas, que se extienden desde desapariciones forzadas, detenciones ilegales y arbitrarias, ejecuciones extrajudiciales, tortura, pena de muerte, hasta, más recientemente, asuntos sobre violencia de género, justicia penal, debido proceso, libertad de expresión, migraciones, derechos de los pueblos indígenas, el derecho a la nacionalidad, la

¹ Por concepto de ingresos ordinarios, la Corte recibió US\$2.661.000,00 provenientes del Fondo Regular de la OEA durante el año 2014. Por otra parte, por concepto de ingresos extraordinarios, la Corte recibió \$2.885.811,85 provenientes de aportes voluntarios de Estados o proyectos de cooperación.

² La Comisión Interamericana sometió 16 casos en el año 2010, 23 casos en el año 2011, 12 casos en el año 2012, 11 casos en el año 2013 y 19 casos en el año 2014.

³ La Corte Interamericana emitió 9 decisiones en el 2010, 14 sentencias en el año 2011, 19 sentencias en el año 2012, 13 sentencias en el año 2013, y 13 sentencias en el año 2014, excluyendo de estas cifras las decisiones correspondientes a las solicitudes de interpretación.

⁴ En el año 2014, se celebraron 5 períodos ordinarios y 2 extraordinarios de sesiones. En el año 2013 se celebraron 5 períodos ordinarios y 3 períodos extraordinarios de sesiones. En el año 2012, se celebraron 4 períodos ordinarios de sesiones, y 2 extraordinarios, al igual que en los años 2011 y 2010.

Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural ...

independencia del poder judicial, discriminación por orientación sexual, entre muchos otros. Las variadas temáticas sobre las cuales se ha referido la Corte en este caminar han permitido ir nutriendo el ordenamiento jurídico interamericano, otorgándole una interpretación al texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo sucesivo “la Convención Americana”) y de los demás tratados que forman parte del *corpus iuris* interamericano.

Quizás una de las contribuciones más importantes al derecho internacional de los derechos humanos por parte de la Corte ha sido el desarrollo del concepto e idea de la reparación integral. Una vez que se establece la responsabilidad internacional del Estado, a éste le surge la obligación de reparar. La jurisprudencia de la Corte ha llenado de contenido propio esta obligación de reparar. Una de las dimensiones que puede tener la obligación de reparar son las garantías de no repetición,⁵ las cuales tienen un gran impacto en el andamiaje institucional de los Estados, toda vez que a través de éstas se ha procedido a la adopción de políticas públicas, modificaciones de naturaleza legislativa, cambio de prácticas estatales, entre otras.

A la luz de ello, en el presente texto se hará un breve repaso sobre algunos de los casos exitosos en los que las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han generado un impacto estructural sobre los Estados. Previamente, haremos una muy breve reseña de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos a la luz de la Convención Americana. De igual modo, haré algunas alusiones a las diferentes dimensiones que puede abarcar la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte, con especial énfasis en las garantías de no repetición.

⁵ En la doctrina hay discusión sobre si las garantías de no repetición son una forma de reparación o tienen una autonomía propia y diferente a la reparación propiamente dicha. En el presente artículo no me haré cargo de esa discusión y las analizaré como las trata la Corte Interamericana, es decir, como una forma de reparación. Vid. LONDOÑO LÁZARO, M. (2014), *Las Garantías de No Repetición en la Jurisprudencia Interamericana*, México D.F.: Tirant Lo Blanch.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

2. EL DEBER DE RESPETO Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

Los tratados de derechos humanos persiguen el establecimiento de un orden público común, y sus destinatarios son los individuos. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que “los tratados concernientes a esta materia están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano”.⁶ De este modo, los Estados al ratificar un tratado se “someten a un orden legal dentro del cual, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”.⁷

A la luz de lo establecido en las disposiciones generales de la Convención Americana, las obligaciones que derivan de ésta no se cumplen únicamente con no violar los derechos y libertades proclamados en ella (deber de respeto), sino que comprenden también una obligación de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (deber de garantía). Ambas obligaciones se encuentran consagradas en el artículo 1.1 de la Convención Americana.⁸

En lo que respecta al deber de garantía de los derechos humanos, la Corte Interamericana ha señalado que:

⁶ Corte IDH, “Otros Tratados” Objeto de la función Consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, núm. 1, párrafo 24.

⁷ Corte IDH, *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (artículos 74 y 75). Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, núm. 2, párrafo 47.

⁸ El artículo 1.1 de la Convención dispone que “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural ...

Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.⁹

Ahora bien, esta obligación de garantía exige que el goce de los derechos no sea sólo de manera retórica o formal, sino que debe ser efectivo. En este sentido, la Corte ha indicado que “la obligación de garantizar no se agota con la existencia de un orden normativo a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.¹⁰

La Convención Americana, adicionalmente a la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos consagrada en su artículo 1.1, les impone a los Estados una obligación adicional y complementaria en su artículo 2,¹¹ que es la de adoptar las medidas legislativas, o de cualquier otra índole, necesarias para hacer efectivos los derechos humanos.¹² El propósito de esta norma

⁹ Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez*. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párrafo 166.

¹⁰ *Ibidem*, párr. 167. Al respecto, ver también FERRER MAC-GREGOR, E. *et al.* (2014), “Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos”, en Steiner, C. *et al.* (2014), *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.

¹¹ El artículo 2 de la Convención prevé que “[s]i el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

¹² Al respecto, *vid.* MEDINA QUIROGA, C. (2003), *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia*, Santiago: Universidad de Chile; y FERRER MAC-GREGOR, E. *et al.* (2014), “Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

es el de superar obstáculos de diversa naturaleza para asegurar la aplicación de todo el catálogo de derechos consagrado en la Convención Americana y así garantizar su adecuada protección en cualquier circunstancia. La Corte ha señalado que el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías.¹³ Así, la Corte, en el caso “*La Última Tentación de Cristo*”, indicó que:

En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2º de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.¹⁴

Estas dos disposiciones generales de la Convención Americana, como son, por un lado, la obligación de respetar y garantizar los derechos, y por el otro lado, la obligación de adoptar medidas, han jugado un papel fundamental en el desarrollo de la reparación integral, toda vez que han permitido darle un impulso, diná-

derecho interno”, en Steiner, C. *et al.* (2014), *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.

¹³ Cfr. Corte IDH. Caso *Durand y Ugarte*. Sentencia del 16 de agosto de 2000. Serie C, núm. 68, párrafo 137.

¹⁴ Corte IDH. Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*). Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73, párrafo 87.

Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural ...

mica y contenido propio según las circunstancias de cada caso y, en especial, cuando se trata de garantías de no repetición.

3. DIMENSIONES DE LA REPARACIÓN INTEGRAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

Previo al análisis del impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana debe mencionarse, aunque sea someramente, cómo ésta ha abordado el tema de la reparación a las violaciones de los derechos humanos contenidos en la Convención Americana.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que, desde los inicios de la adjudicación ante tribunales internacionales, se ha considerado como principio general del derecho internacional que el incumplimiento de una obligación internacional trae consigo la correlativa obligación de reparar el daño de forma adecuada.¹⁵ En efecto, en el caso de *Chorzow Factory*, la Corte Permanente de Justicia Internacional dispuso que la reparación debe, en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que, seguramente, habría existido en el supuesto de que el acto no se hubiese cometido.¹⁶ Este principio fue reiterado, e incluso cristalizado, en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, al establecer que “[e]l Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito”.¹⁷ En el mismo orden de ideas, este principio de reparación ha sido reconocido tanto por la Corte Internacional de Justicia, como por tribunales de inversión extranjera y otras instancias jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales del derecho internacional.¹⁸

¹⁵ Corte Permanente de Justicia Internacional. Caso *Factory at Chorzow*. Jurisdicción, 26 de julio de 1927, p. 21.

¹⁶ Corte Permanente de Justicia Internacional. Caso *Factory at Chorzow*. Fondo, 13 de septiembre de 1928, p. 47.

¹⁷ ONU, Asamblea General, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, A/Res/56/83, 28 de enero de 2002, art. 31.

¹⁸ CRAWFORD, J. (2013), *State Responsibility, The General Part*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 481.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Como indiqué previamente, una de las contribuciones más importantes del desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana ha sido el concepto de *reparación integral* por violaciones de derechos humanos. La Convención Americana dispone en su artículo 63.1 que “la Corte dispondrá 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”.

De la redacción de dicho artículo podemos observar que la Convención, al darle competencia a la Corte para ordenar a los Estados parámetros destinados a reparar “las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de derechos”, sumado a las disposiciones generales antes indicadas (deber de respeto y garantía, y obligación de adoptar medidas), abrió un camino para que el Tribunal dicte medidas que busquen, por un lado, atender las necesidades de las víctimas tanto en una dimensión individual como en una colectiva y, por el otro, atender el problema estructural que originó la violación, lo cual permite que en algunas oportunidades los efectos de la reparación tengan un carácter *erga omnes*, como sucede cuando adquieren una dimensión de garantía de no repetición.

Desde sus primeras sentencias la Corte Interamericana ha sido pionera en promover y asegurar una reparación integral a las víctimas de violaciones de derechos humanos, lo cual ha favorecido la adopción de medidas de naturaleza pecuniaria y no pecuniarias, para atender no sólo los daños ocurridos a las víctimas sino también las falencias estructurales que sirvieron como causas de dichas violaciones a los derechos humanos. Para efectos de comprender la gran amplitud de medidas ordenadas por la Corte IDH como reparaciones de carácter integral, una posible agrupación de las mismas sería la siguiente:¹⁹

1. **Restitución:** implica el restablecimiento hasta donde sea posible de la situación de protección a los derechos hu-

¹⁹ Adicionalmente, *vid.* GARCÍA RAMÍREZ, S. *et. al.* (2014), *Reparaciones por Violación de Derechos Humanos*, México D.F.: Editorial Porrúa.

Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural ...

manos que existía antes de que ocurriera la violación. En casos de graves violaciones a derechos humanos no es posible restituir plenamente la situación previa a la violación; por ello no debe entenderse en un sentido amplio. La restitución como forma de reparación contempla medidas tales como: el restablecimiento de la libertad de personas detenidas ilegalmente; la devolución de bienes confiscados ilegalmente; el regreso al lugar de residencia del cual la víctima fue desplazada; el reintegro al empleo; la anulación de antecedentes judiciales, administrativos, penales o policiales y la cancelación de los registros correspondientes, y la devolución, demarcación y titulación del territorio tradicional de las comunidades indígenas para proteger su propiedad comunal.

2. **Rehabilitación:** se refiere a aquellas medidas destinadas a brindar la atención médica y psicológica necesarias para atender las necesidades de salud física y psíquica de las víctimas, lo cual debe proporcionar el Estado responsable, de forma gratuita e inmediata, incluyendo la provisión de medicamentos.
3. **Satisfacción:** se encuentran dirigidas a reparar el daño inmaterial (los sufrimientos y las aflicciones causados por la violación, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y cualquier alteración, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas). Comprende actos u obras de alcance o repercusión pública, como la transmisión de un mensaje de reprobación oficial de las violaciones de los derechos humanos de que se trata, que pretenden el reconocimiento de lo sucedido, la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos. Las medidas de satisfacción se pueden dividir a su vez en cinco grupos, según su naturaleza y afinidad, a saber:
 - i) acto público de reconocimiento;²⁰

²⁰ A través de este tipo de medida la Corte ordena al Estado responsable que realice un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en relación con los hechos del caso y las violaciones declaradas, el cual debe contar con la presencia de altas autoridades del Estado.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

- ii) publicación o difusión de la Sentencia de la Corte IDH;²¹
- iii) medidas de conmemoración de las víctimas o de los hechos;²²
- iv) determinar el paradero de la víctima o identificar y entregar sus restos mortales,²³ y

²¹ A través de este tipo de medida la Corte ordena al Estado responsable que publique en el Diario Oficial y en otro diario de amplia circulación nacional determinadas partes de la Sentencia o un resumen de ésta que prepara la propia Corte IDH. Adicionalmente, en algunos casos, la Corte ordena que la Sentencia se publique íntegramente en un sitio web oficial. Asimismo, en casos en los cuales las víctimas pertenecen a comunidades indígenas que tienen una lengua propia, la Corte también ha ordenado al Estado que traduzca las partes pertinentes de la Sentencia a esa determinada lengua(s) y las publique en un diario de amplia circulación en la zona donde residen las víctimas o sus familiares. En esos casos de víctimas pertenecientes a comunidades indígenas la Corte generalmente ordena de manera adicional que el Estado dé publicidad a la Sentencia a través de la transmisión del resumen de la Sentencia en una emisora radial de amplia cobertura en la zona donde residen las víctimas o sus familiares, tomando en cuenta que en ocasiones la principal forma de comunicación es la oral. Para ello, el Estado debe realizar la correspondiente interpretación a la lengua propia de esa comunidad.

²² La Corte IDH ordena a los Estados la ejecución de ciertas medidas que tienen el propósito de preservar públicamente la memoria y dignidad de las víctimas. Muchas de estas medidas a la vez permiten despertar la conciencia pública sobre los hechos violatorios sucedidos para evitar su repetición. Entre las medidas de conmemoración se encuentran:

- levantar un monumento o fijar una placa en el lugar donde ocurrieron los hechos o en otro lugar público socialmente significativo para las víctimas o sus familiares. El monumento o la placa deben ser apropiados para recordar los hechos y dignificar a las víctimas y, según lo pertinente, incluir los nombres de las víctimas;
- nombrar una calle, plaza, centro educativo u otro lugar –según el caso– en memoria de las víctimas con un nombre alusivo a éstas o a lo sucedido, y
- establecer una materia, curso o beca con el nombre de la víctima.

²³ En casos en los cuales, por la naturaleza de la violación –por lo general desaparición forzada o ejecución extrajudicial–, los familiares de la víctima desconocen su paradero, la Corte IDH ordena al Estado que realice una búsqueda efectiva del paradero de la víctima en aras de cumplir con su obligación y de satisfacer el derecho de los familiares de conocer tal paradero, lo cual les permite a éstos aliviar la angustia y sufrimiento causados

Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural ...

- v) otras medidas que tienen el carácter de satisfacción pero que no se encuentran contenidas en las categorías anteriores, tales como proporcionar a las víctimas becas de estudios o darles participación en un programa de alfabetización a través de instituciones estatales, brindarles asistencia vocacional o capacitación y actualización profesional mediante el otorgamiento de becas, abstenerse de ejecutar a las víctimas condenadas a pena de muerte, medidas socioeconómicas de reparación colectiva en casos donde se ocasionó un daño a los miembros de comunidades indígenas, entre otras.
4. **Obligación de investigar y sancionar:** se trata de la obligación que tienen los Estados de garantizar los derechos a la vida, a la integridad y a la libertad personales a través de la investigación efectiva de los hechos que afectaron tales derechos y, en su caso, sancionar a los responsables. Implica que el Estado deba remover todos los obstáculos, *de facto y de jure*, que impidan la debida investigación de los hechos, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita dicha investigación y los procedimientos respectivos, a fin de evitar la repetición de hechos violatorios. El cumplimiento de esta obligación, a su vez, contribuye a la reparación de las víctimas y sus familiares.
5. **Indemnizaciones:** compensatorias por daños materiales e inmateriales y reintegro de costas y gastos.
6. **Garantías de no repetición:** son medidas tendientes a que no vuelvan a ocurrir violaciones a los derechos humanos

por la incertidumbre de no saber la suerte de su ser querido. En caso de que al realizar tal búsqueda el Estado encontrare los restos mortales de la víctima, deberá comprobar su filiación y entregarlos a sus familiares, cubriendo los gastos de traslado y los gastos fúnebres. El cumplimiento de esta obligación de determinar el paradero de la víctima la debe ejecutar el Estado como parte de su deber de investigar penalmente los hechos violatorios. Pero además los Estados deben adoptar todas aquellas otras medidas legislativas, administrativas o de cualquier otro carácter necesarias para dar cumplimiento a esta obligación. Es por ello que, en determinados casos, la Corte también ha ordenado a los Estados la adopción de otras medidas de tipo administrativo para cumplir con este fin, tales como: poner en funcionamiento una comisión nacional de búsqueda; crear una página web de búsqueda; y crear un sistema de información genética.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

como las sucedidas en el caso. Estas medidas tienen un alcance o repercusión pública, y en muchas ocasiones resuelven problemas estructurales, viéndose beneficiadas no sólo las víctimas del caso sino también otros miembros y grupos de la sociedad. Las garantías de no repetición se pueden dividir, a su vez, en tres grupos, según su naturaleza y finalidad, a saber:

- i) *Capacitación a funcionarios públicos y educación a la sociedad en derechos humanos.* Debido a que la gran mayoría de violaciones a derechos humanos son producidas por la actuación u omisión de funcionarios estatales (fuerzas armadas, policía, operadores de justicia, personal penitenciario, profesionales de la salud, etc.), resulta de vital importancia ordenar a los Estados que fortalezcan sus capacidades institucionales brindando capacitación especializada y permanente a sus funcionarios en materia de normas y principios de protección de derechos humanos. Estas capacitaciones buscan brindar a los funcionarios públicos nuevos conocimientos, desarrollar sus capacidades y prepararlos para desempeñar sus funciones en apego a los derechos humanos que están obligados a proteger y garantizar. El tipo de capacitación que la Corte ordena depende de la violación declarada en la Sentencia, de manera que el objeto de la capacitación puede ser, en general, la normativa internacional en materia de protección a los derechos, o puede tratarse de capacitaciones más específicas, tales como la protección de los derechos de los pacientes, protección especial a niños y jóvenes, estándares internacionales sobre detención de personas, y derechos y garantías judiciales, entre otras.
- ii) *Adopción de medidas de derecho interno.* Se trata de medidas dirigidas a cambiar alguna situación estructural que tiene lugar en el Estado responsable. Corresponde al Estado cambiar esa situación ya sea mediante reformas de la normativa jurídica interna o mediante la adopción de otras medidas de carácter administrativo o judicial dirigidas a modificar un acto, acción u omi-

Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural ...

sión interna que está causando la falta de cumplimiento del Estado de su obligación de proteger y garantizar los derechos humanos, no sólo en el caso concreto sino también a una generalidad de personas. Estas medidas están orientadas a evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir, asegurando que en el futuro el Estado cumpla con sus deberes de prevención y garantía de los derechos humanos y que adopte las medidas necesarias para hacer efectivo el ejercicio de tales derechos. En este ámbito la Corte ha ordenado a los Estados adecuar su legislación interna en materias tales como:

- legislación penal que tipifica conductas terroristas;
- censura previa (libertad de expresión);
- protección de la niñez;
- delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas;
- tipificación del delito de desaparición forzada de personas;
- facultades policiales de detención de personas sin orden judicial;
- derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior;
- crear un procedimiento expedito que permita obtener la declaración de ausencia y presunción de muerte por desaparición forzada;
- acceso a un recurso efectivo ante un tribunal competente para la protección de violaciones de sus derechos humanos;
- modificar la regulación del código penal del delito de asesinato en lo relativo a la peligrosidad del agente;
- establecer un procedimiento que garantice que toda persona condenada a muerte tenga derecho a solicitar indulto o conmutación de la pena;
- establecer un recurso judicial sencillo que permita controlar las decisiones del máximo órgano electoral que afecten derechos humanos;
- reformar la ley electoral;
- regular el procedimiento y los requisitos conducentes a adquirir la nacionalidad;

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

- modificar las normas internas que regulan el delito de desacato de manera incompatible con los estándares internacionales en materia de libertad de pensamiento y de expresión;
- adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar;
- reformar la legislación penal a efectos de compatibilizarla con los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas;
- crear un mecanismo eficaz de reclamación de tierras ancestrales de los miembros de los pueblos indígenas, y
- garantizar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado.

Como hemos podido observar, la reparación integral va más allá de la reparación clásica del daño (material e inmaterial) a través de una indemnización económica, ya que mira el daño producido y el impacto que éste produce y proyecta, tanto en una dimensión individual como colectiva, haciendo que la reparación se oriente no sólo desde una óptica económica del ser humano, sino también mirando a éste desde una perspectiva más amplia e inmersa en un mundo de interacción social. También la reparación integral cumple, cuando corresponde, una función de prevención en cuanto busca extirpar el hecho generador del daño o crear los mecanismos necesarios para que éste no vuelva a originarse.

4. EL IMPACTO ESTRUCTURAL DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

De este modo, la Corte Interamericana al conocer de un caso puede, cuando los hechos generadores de la violación así lo ameritan, ordenar al Estado que repare la violación a través de reformas de carácter legislativo, adopción de políticas públicas o cambio de prácticas en los casos donde la norma jurídica o ausencia de la misma, la política pública implementada o práctica existente, fueron las que sirvieron de cimiento para que se generara la violación. Esto último es lo que denomino falencia estructural.

Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural ...

La reparación que conlleva un cambio normativo, la adopción de políticas públicas o un cambio de práctica, busca que la falencia estructural que permitió o sirvió para que se generara la violación sea transformada o desarticulada de manera tal que evite que hechos de la misma naturaleza vuelvan a ocurrir y, de ese modo, pueda garantizarse efectivamente el goce de los derechos y libertades protegidos en la Convención.

En el presente apartado haré un breve repaso sobre algunos casos exitosos en los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos le ordenó a un Estado como reparación ya sea un cambio normativo, de política pública o de práctica, y las respuestas del Estado al respecto. Es así como podremos observar brevemente en qué consistía la falencia estructural, lo señalado por la Corte al respecto, la reparación ordenada, la forma como el Estado la implementó con el fin de cumplir lo ordenado y el cambio e impacto que esto implicó.

4.1. La modificación constitucional derivada del caso “La Última Tentación de Cristo” en Chile

El caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile* se refería a la censura cinematográfica de la película “La Última Tentación de Cristo” como consecuencia de una decisión judicial amparada en la Constitución Política de Chile de 1980.²⁴

La Constitución Política de Chile, en su artículo 19 número 12, reconocía el derecho a la libertad de expresión y, a su vez, consagraba un sistema de censura cinematográfica.²⁵ Conforme a la legislación chilena, el órgano encargado de determinar

²⁴ Corte IDH. Caso “*La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, No. 73.

²⁵ En efecto, la referida disposición preveía que “La ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y fijará las normas generales que regirán la expresión pública de otras actividades artísticas”. *Vid. Texto de la Constitución Política de la República de Chile*, 24 de octubre de 1980, artículo 19 número 12, disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=17039&idVersion=1980-10-24>

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

la procedencia de la censura cinematográfica era el Consejo de Calificación Cinematográfica. En 1996 dicho Consejo revisó una decisión que previamente había adoptado en 1988, donde se había prohibido la exhibición de la película aludida, y autorizó su exhibición para mayores de 18 años. Un grupo de ciudadanos, en nombre propio, de la Iglesia Católica y Jesucristo, interpusieron un recurso de protección ante los tribunales internos (Corte de Apelaciones) para que se prohibiera la exhibición de la película, toda vez que se sintieron agraviados al haberse permitido la exhibición de la misma. El recurso fue acogido, en noviembre de 1996; la Corte de Apelaciones de Santiago dejó sin efectos dicha resolución del órgano administrativo, decisión que fue luego confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile.²⁶

Es pertinente tener en cuenta alguno de los argumentos de la Corte de Apelaciones que avalaron la censura. Así, en su razonamiento, afirmó que [1]a Constitución busca proteger al hombre, a sus instituciones y a sus creencias pues estos son los elementos más centrales de la convivencia y la pertenencia de los seres humanos en un mundo pluralista [...] Nadie duda que la grandeza de una nación se puede medir por el cuidado que ella otorga a los valores que le permitieron ser y crecer. Si estos se descuidan [o] se dejan manosear, como se manosea y deforma la imagen de Cristo, la nación peligra pues los valores en que se sustenta se ignoran. Cuidar la necesidad de información o de expresión tiene una estrechísima relación con la veracidad de los hechos y por eso deja de ser información o expresión la deformación histórica de un hecho o de una persona. Por esto es que los sentenciadores creen que el derecho de emitir opinión es el derecho a calificar una realidad pero nunca el deformarla haciéndola pasar por otra.²⁷

²⁶ Chile era parte de la Convención Americana desde 1990.

²⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, *Decisión al recurso de protección interpuesto por los señores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irrarázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán y Joel González Castillo, en nombre de Jesucristo, la Iglesia Católica y por sí mismos*, sentencia de 20 de enero de 1997, citada en: Corte IDH. Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, párr. 78.

Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural ...

En el año 2001, la Corte Interamericana dictó sentencia en dicho caso, declarando la responsabilidad internacional del Estado de Chile por haber incumplido con la obligación establecida en el artículo 2 de la Convención Americana y violado el artículo 13 (derecho a la libertad de expresión) de la misma Convención, al haber mantenido y aplicado la censura cinematográfica prevista en el ordenamiento jurídico chileno, y dispuso que “el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película ‘La Última Tentación de Cristo’”.²⁸ La Corte, además, señaló que:

las normas de derecho interno chileno que regulan la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica todavía no han sido adaptadas a lo dispuesto por la Convención Americana en el sentido de que no puede haber censura previa [...] En consecuencia, Chile debe adoptar las medidas apropiadas para reformar [...] su ordenamiento jurídico interno de manera acorde al respeto y el goce del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.²⁹

El 10 de junio de 2001, el Congreso Nacional chileno aprobó el proyecto de reforma constitucional destinado a consagrar el derecho a la libre creación artística y la eliminación de la censura cinematográfica, sustituyéndola por un sistema de calificación cinematográfica que sería regulado por ley.³⁰ En el mismo orden de ideas, se adoptó la Ley 19.846 sobre Calificación de la Producción Cinematográfica, la cual estableció un sistema para la calificación de la producción cinematográfica de acuerdo

²⁸ Corte IDH. Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. *Chile*, resolutivo 4.

²⁹ Corte IDH. Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. *Chile*, párr. 98.

³⁰ En efecto, el texto constitucional previó desde ese momento que “[l]a ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica”, y eliminó toda referencia a su censura. *Reforma Constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación y que consagra el derecho a la libre creación artística*, 25 de agosto de 2001, artículo 19 número 12, disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=188827&idVersion=2001-08-25>.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

a la edad.³¹ Incluso previó que las películas que hubieran sido previamente rechazadas “dejarán de estarlo y para su exhibición o comercialización deberán someterse a la calificación del Consejo”³². Más aún, es relevante tener en cuenta que, en el debate parlamentario ante la Cámara de Diputados y el Senado chilenos, se refirió a la necesidad del cumplimiento de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.³³

En cuanto a la película “La Última Tentación de Cristo”, se observa que fue recalificada por el recién creado Consejo de Calificación y quedó comprendida dentro de la categoría correspondiente a mayores de 18 años, y fue exhibida al público desde el año 2003.³⁴ Con base en todos los elementos anteriores, la Corte Interamericana declaró en el 2003 que el Estado de Chile había dado pleno cumplimiento a la referida sentencia.³⁵ De igual modo, otras películas que habían sido censuradas pudieron ser exhibidas.

Se puede identificar que en el presente caso la falencia estructural que generó la violación de derechos humanos y, consecuentemente, la responsabilidad internacional de Chile, se encontraba prevista en su Constitución Política y en la ley, la cual tenía una norma manifiestamente incompatible con la Convención Americana, como era la censura cinematográfica. Si bien los tribunales chilenos tuvieron la posibilidad de enmendar esta

³¹ *Ley sobre Calificación de la Producción Cinematográfica*, 4 de enero de 2003, disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=206396>

³² *Ley sobre Calificación de la Producción Cinematográfica*, disposición transitoria 1.

³³ Al respecto, durante el debate y aprobación de dicha ley se hizo en numerosas ocasiones referencia a la necesidad de dar cumplimiento a la sentencia del caso. *Vid.* Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley No. 19.846 sobre calificación de la producción cinematográfica*, pp. 117, 120, 379, 384 y 396, disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=206396>.

³⁴ Corte IDH. Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. Chile. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de Noviembre de 2003, visto 20.

³⁵ Corte IDH. Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. Chile. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, resolutive 1.

Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural ...

situación de manifiesta incompatibilidad entre el ordenamiento jurídico nacional e internacional, no lo hicieron, sino más bien lo avalaron, lo que llevó a una consolidación del incumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de Chile. La Corte Interamericana identificó dicha falencia normativa y ordenó su adaptación a las normas del derecho internacional de los derechos humanos en su sentencia del caso de *La Última Tentación de Cristo*, y le ordenó, como parte de sus reparaciones, la reforma de su Constitución y leyes secundarias. En efecto, Chile procedió a eliminar la censura cinematográfica constitucionalmente contemplada, y cambió su régimen por el de calificación cinematográfica, permitiendo garantizar efectivamente el derecho a la libertad de expresión, y corrigiendo la falencia estructural que aquejaba a la sociedad en su conjunto.

Este caso quizás se ha transformado en uno de los casos más emblemáticos en cuanto a garantías de no repetición, ya que la Corte le ordenó a Chile reformar nada más y nada menos que su Constitución Política, lo que en otros tiempos podría haber parecido una intromisión indebida en asuntos propios de la soberanía estatal, como lo es una enmienda constitucional. Sin embargo, la sentencia de la Corte fue bien recibida y sirvió como una nueva herramienta para impulsar el cambio que deseaban las fuerzas democráticas sobre el particular y que por diversos motivos no había prosperado.

4.2. La creación de un procedimiento administrativo para garantizar el acceso a la información pública y educación de funcionarios públicos en Chile a raíz del caso Claude Reyes

El caso de *Claude Reyes vs. Chile* se refirió a la negativa parcial del Comité de Inversión Extranjera de brindar la información requerida por tres ciudadanos sobre la empresa forestal Trillium y el Proyecto Río Cóndor, el cual era un proyecto de deforestación que se llevaría a cabo en el Sur de Chile y que, según los requisitos de la información, “p[odía] ser perjudicial para el medio

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

ambiente e impedir el desarrollo sostenible de Chile”³⁶. Contra dicha negativa del órgano administrativo de entregar la información requerida, los afectados ejercieron un recurso de protección impugnando dicho acto y argumentando, entre otros, que se afectaba el control social sobre los órganos del Estado al no permitirse el acceso a información en asuntos de interés público. El recurso fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Chile.

Debe señalarse que el Comité de Inversión Extranjera referido mantuvo como práctica “no entregar información relativa a los estados financieros y a los nombres de los socios de una compañía inversora, y consideraba que era de ‘carácter reservado la información referida a terceros’”.³⁷ En el mismo orden de ideas, mediante resolución exenta No. 113 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción se estableció que “tendrán el carácter [de] secretos o reservados los actos, documentos y antecedentes en atención a que su conocimiento o difusión podría afectar el interés público”.³⁸

La Corte Interamericana dictó sentencia en el año 2006 y determinó que Chile había violado el derecho al acceso a la información toda vez que la información que no fue entregada por el Estado era de interés público, ya que por el impacto ambiental que podía tener generó gran discusión pública, y que el Estado debía encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en su gestión, lo que permitiría el control democrático de sus gestiones, de forma tal que los ciudadanos puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Asimismo, la Corte señaló que el derecho de acceso a la información debe guiarse por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda la información bajo el poder del Estado es accesible. De igual modo, indicó que el Estado puede poner restricciones al acceso a determinada información siempre y cuando cumpla con los requisitos

³⁶ Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, No. 151, párr.3.

³⁷ Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, párr. 57.21.

³⁸ Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, *Resolución Exenta No. 113*, 24 de marzo de 2003, art. 1, citada en Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, párr. 57.22.

Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural ...

de necesidad en una sociedad democrática, de modo que se encuentren orientadas a satisfacer un interés público imperativo; de proporcionalidad, en la medida que se restrinja lo menos posible el ejercicio del derecho protegido; y debe ser razonable en cuanto sea un medio conducente a alcanzar el objetivo que se busca en relación a la injerencia en el goce del otro derecho.³⁹

Además, la Corte determinó que Chile violó las garantías judiciales y el derecho a la protección judicial, en tanto que el Comité de Inversiones Extranjeras no adoptó una decisión escrita debidamente fundamentada que justificara la negación parcial de suministro de la información solicitada por las víctimas,⁴⁰ y en tanto que el recurso de protección ejercido no resultó un recurso judicial efectivo para atender a la denegatoria de información.⁴¹

En atención a lo anterior, la Corte le ordenó a Chile:

adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos protegidos en la Convención [...] ello implica que la normativa que regule restricciones al acceso a la información bajo el control del Estado debe cumplir con los parámetros convencionales y sólo pueden realizarse restricciones por las razones permitidas por la Convención [...] lo cual es también aplicable a las decisiones que adopten los órganos internos en dicha materia.⁴²

Por las razones antedichas, la Corte ordenó, entre sus medidas de reparación, que “Chile debe adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección al derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, dentro de las cuales debe garantizar la efectividad de un procedimiento administrativo adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información, que fije plazos para resolver y entregar la información”.⁴³ En el mismo orden de ideas, ordenó la “capacitación a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender las

³⁹ Cfr. Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, *supra* nota 3, párrs. 91 a 93

⁴⁰ Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, párr. 122.

⁴¹ Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, párrs. 137 a 139.

⁴² Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, párr. 101.

⁴³ Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, párr. 163.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

solicitudes de acceso a información bajo control del Estado sobre la normativa que rige este derecho, que incorpore los parámetros convencionales”, ya que las pruebas aportadas en el expediente “coinciden en afirmar que los funcionarios públicos no responden efectivamente a solicitudes de información”.⁴⁴ La Corte observó que no era suficiente la transformación institucional si ésta no estaba acompañada de un cambio cultural, y para esto último era necesaria la capacitación de los funcionarios públicos.

En agosto de 2008, se promulgó y publicó la Ley No. 20.285 sobre “Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado”, tomando en consideración la sentencia de la Corte Interamericana al caso *Claude Reyes*,⁴⁵ donde se “regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información”,⁴⁶ y prevé que “los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado”.⁴⁷ Asimismo, la referida ley creó y estableció las facultades del Consejo para la Transparencia, institución que tiene por objeto “promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información”.⁴⁸ Teniendo esto en cuenta, la Corte concluyó que el Estado “cumplió con la obligación de

⁴⁴ Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, párrs. 164 y 165.

⁴⁵ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley No. 20.285 sobre acceso a la información pública*, pp. 166, 175, 275, 277, 343, 344, 350, 351, 353 y 384, disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363>.

⁴⁶ *Ley sobre Acceso a la Información Pública*, 20 de agosto de 2008, art. 1, disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363>.

⁴⁷ *Ley sobre Acceso a la Información Pública*, art. 5.

⁴⁸ *Ley sobre Acceso a la Información Pública*, art. 32.

Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural ...

adoptar [...] las medidas necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado”.⁴⁹

En cuanto a la medida de capacitación a funcionarios públicos con relación al acceso a la información, la Corte consideró acreditado que “la capacitación en materia de acceso a la información pública se ha venido desarrollando en forma regular desde el dictado de la Sentencia [y que] existe una planificación de actividades, incluyendo la correspondiente asignación presupuestaria aprobada, para continuar con dichas tareas en el futuro”, por lo cual consideró que Chile dio cumplimiento a su obligación de capacitación dispuesta en la sentencia⁵⁰. En efecto, la Corte observó acciones de capacitación llevadas a cabo por la Agencia para la Probidad y la Transparencia creada en Chile en 2008, diversos seminarios brindados a los funcionarios públicos, la incorporación en el presupuesto nacional del año 2008 de recursos para iniciar un Plan Quinquenal de Capacitación en Probidad y Transparencia, y la elaboración de un Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado, entre otras.⁵¹

Como se ha podido observar en el presente caso, la falencia estructural se encontraba, por un lado, en la falta de un mecanismo que regulara efectivamente el acceso a la información pública en manos del Estado y de un recurso efectivo que resolviera las solicitudes de información y, por el otro lado, en que había una cultura o práctica del servicio público de reserva de la información que le era requerida. Al igual que el caso previamente analizado, los tribunales de justicia tuvieron la posibilidad de enmendar la situación y no lo hicieron, sino más bien la ampararon consolidando de este modo el incumplimiento de Chile a sus obligaciones internacionales. Como consecuencia de esto, la garantía de no repetición de la Corte se orientó a la creación de un mecanismo o procedimiento claro que canalizara y resolvie-

⁴⁹ Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2008, párr. 14.

⁵⁰ Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, párrs. 20 y 21.

⁵¹ Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, párr. 15.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

ra las solicitudes de información. Esto necesariamente debía ir acompañado de un cambio cultural en los funcionarios públicos a través de programas de capacitación.

Es interesante destacar que el Estado fue más allá de lo ordenado por la Corte de crear solamente un procedimiento que regulara el acceso a la información, sino que además creó un órgano de protección y promoción del derecho al acceso a la información, como fue el Consejo de la Transparencia. Estas medidas han tenido un gran impacto en el fortalecimiento de la vida democrática de Chile y en la corrección de las mencionadas falencias estructurales, ya que han permitido que se articule un sistema que permite un mayor control social de la gestión pública a través del empoderamiento efectivo de los ciudadanos de su derecho al acceso a la información y, por otro lado, que la transparencia y publicidad de la gestión pública primen sobre la reserva de la misma.

4.3. La expulsión del ordenamiento jurídico de las leyes de autoamnistía en Perú a raíz de la sentencia al caso Barrios Altos

El caso *Barrios Altos vs. Perú* se refiere a la ejecución extrajudicial de 15 personas y a la violación de la integridad personal de otras 4 por parte de 6 miembros del Ejército peruano que actuaban en el “escuadrón de eliminación” llamado “Grupo Colina”, durante el gobierno del expresidente Alberto Fujimori. En particular, en el presente artículo se hará referencia especial a la aplicación de las leyes de autoamnistía vigentes a esa fecha en Perú como obstáculos al acceso a la justicia de las víctimas de los hechos y su incompatibilidad con la Convención Americana.⁵²

En este sentido, se debe señalar que el 15 de junio de 1995 entró en vigor la Ley No. 26.479 que exoneraba de responsabilidad a los militares, policías, y también a civiles, que hubieran cometido, entre 1980 y 1995, violaciones a derechos humanos o participado en esas violaciones, la cual concedió una amnistía

⁵² Corte IDH. Caso *Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 2.

Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural ...

“a todos los integrantes de las fuerzas de seguridad y civiles que fueran objeto de denuncias, investigaciones, procedimientos o condenas, o que estuvieran cumpliendo sentencias en prisión, por violaciones a derechos humanos”. Visto que una jueza decidió desaplicar dicha ley de amnistía a los procesos penales en su juzgado, entre ellos el correspondiente a *Barrios Altos*, porque violaba garantías constitucionales y obligaciones internacionales del Perú, el Congreso decidió emitir la Ley No. 26.492 en 1995, con el fin de interferir en las actuaciones judiciales del caso bajo estudio, e incluso amplió el alcance de la amnistía, declarando que no era revisable en sede judicial su contenido, y que la amnistía se aplicaba incluso en los casos en los que no hubieran sido denunciadas las violaciones a derechos humanos incurridas. Ante estos hechos, el tribunal de alzada que conoció de la decisión mediante la cual se desaplicó la primera ley de amnistía revocó dicha decisión, y ordenó el archivo de la investigación correspondiente al caso *Barrios Altos*.⁵³ En este sentido, la Sala de la Corte Superior decidió el archivo definitivo del proceso en el caso *Barrios Altos*, resolviendo que la Ley de Amnistía no era antagónica con la Constitución ni con los tratados internacionales de derechos humanos; que los jueces no podían decidir no aplicar leyes adoptadas por el Congreso porque ello iría contra el principio de separación de poderes; y ordenó que la jueza fuera investigada por el órgano judicial de control interno por haber interpretado las normas incorrectamente.⁵⁴ Perú era parte de la Convención desde 1978.

En el año 2001, la Corte Interamericana emitió sentencia de fondo en el caso bajo estudio, declarando, entre otros, la responsabilidad internacional del Perú por violación del derecho a la vida, del derecho a la integridad personal, de las garantías judiciales y de la protección judicial previstas en la Convención Americana en perjuicio de las víctimas del caso. En este sentido, la Corte señaló que:

[L]as leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el pre-

⁵³ Corte IDH. Caso *Barrios Altos vs. Perú*. Fondo, párr. 2.

⁵⁴ *Cfr.* Caso *Barrios Altos vs. Perú*. Fondo, *supra* nota 16, párr. 2.n.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

sente caso fueran oídas por un juez [...] impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos [...] y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso.

[...] Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente⁵⁵.

Teniendo en cuenta lo anterior, se declaró que las leyes de amnistía No. 26.479 y 26.492 “son incompatibles con la Convención [...] y en consecuencia, carecen de efectos jurídicos”.⁵⁶ La Corte, posteriormente, en la decisión correspondiente a la interpretación de la sentencia de fondo de la Corte, dispuso que “[1]a promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye *per se* una violación [y por lo tanto, dadas las violaciones perpetradas por las leyes de amnistía referidas] lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso *Barrios Altos* tiene efectos generales”,⁵⁷ es decir, lo señalado por la Corte tenía efectos *erga omnes*.

La Corte consideró cumplido lo correspondiente al efecto general de ineficacia de las leyes de amnistía en el año 2005⁵⁸. En efecto, las sentencias correspondientes al caso de *Barrios Altos* tuvieron un impacto directo en los distintos operadores de justicia peruanos. En dicho año, el fiscal de la Nación emitió una resolución mediante la cual dispuso solicitar a la Sala o Juzgado correspondiente “la ejecución de las sentencias supranaciona-

⁵⁵ Corte IDH. Caso *Barrios Altos vs. Perú*. Fondo, párrs. 42 y 43.

⁵⁶ Corte IDH. Caso *Barrios Altos vs. Perú*. Fondo, resolutivo 4.

⁵⁷ Corte IDH. Caso *Barrios Altos vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C, No. 83, párr. 18.

⁵⁸ Corte IDH. Caso *Barrios Altos vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 2005, resolutivo 1.

Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural ...

les”, y poner dicha resolución en conocimiento del presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, fiscales supremos, Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar y Fiscales Superiores Decanos a nivel nacional.⁵⁹

Esto llevó al reinicio de investigaciones, de procesos penales, e incluso de condenas contra los perpetradores de las violaciones a derechos humanos cometidas durante el conflicto peruano entre 1980 y 2000. Se debe destacar la condena a 25 años de prisión al expresidente Alberto Fujimori, “en su condición de autor mediato de los delitos de homicidio calificado bajo la circunstancia agravante de ‘alevosía en agravio de las víctimas mortales’ y ‘lesiones graves en agravio de cuatro víctimas’ del presente caso”.⁶⁰

En el mismo orden de ideas, en el caso *La Cantuta vs. Perú*, conocido por la Corte Interamericana poco después del caso *Barrios Altos* y en donde se siguió la misma línea jurisprudencial, la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar declaró “NULA en todos sus extremos, la Ejecutoria Suprema de dieciséis de junio de mil novecientos noventa y cinco, que resolvió aplicar el beneficio de Amnistía [...] y que los presentes autos vuelvan al estado procesal anterior a la aplicación del beneficio de amnistía, al haber quedado sin efectos jurídicos la aplicación de beneficio de amnistía”, donde se constató que la incompatibilidad de dichas leyes con la Convención “se ha visto concretada en general en el Perú” desde la emisión de la sentencia al caso *Barrios Altos*⁶¹. El presidente Alberto Fujimori también fue sentenciado a pena privativa de libertad como consecuencia de los hechos de *La Cantuta*. En el caso de *Tarazona vs. Perú*, la Corte también constató que en el año 2003 se “desarchivó” una causa penal con base en la aplicación de la sentencia de la Corte al caso de *Barrios Altos*.⁶²

⁵⁹ Corte IDH. Caso *Barrios Altos vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 2005, considerando 15.

⁶⁰ Corte IDH. Caso *Barrios Altos vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de diciembre de 2009, considerando 10.

⁶¹ Corte IDH. Caso *La Cantuta vs. Perú*, párr. 187.

⁶² Corte IDH. Caso *Tarazona Arrieta y Otros vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C, No. 286, párr. 64.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Se observa, pues, que la falencia estructural en este caso consistía en que el Estado, a través de la emisión de las leyes de autoamnistía, renunciaba expresamente al ejercicio de su potestad punitiva en casos de violaciones de derechos humanos, lo que traía aparejada la imposibilidad de las víctimas de acceder a la justicia, generando, en consecuencia, su total indefensión. De este modo, el propio Estado deliberadamente se transformó en el creador y propiciador de la impunidad de violaciones a los derechos humanos. Como consecuencia de ello, la Corte señaló enfáticamente que las leyes de autoamnistía no podían tener efecto alguno y que no podían seguir siendo un obstáculo para las investigaciones. De este modo, la sentencia de la Corte desarticuló la impunidad estructural, y todo lo que conlleva consigo, y dio paso a una nueva realidad que permitió que se reabrieran o iniciaran cientos de investigaciones, las víctimas tuvieran acceso a la justicia, los responsables de violaciones de derechos humanos pudieran ser efectivamente juzgados y se conociera la verdad de lo ocurrido.

Esta sentencia de la Corte es quizás una de las más emblemáticas en cuanto al combate a la impunidad y la perpetuidad de la misma en el tiempo, y sobre los deberes y límites que tienen los Estados respecto a la investigación de casos de graves violaciones de derechos humanos. Es interesante traer a colación como esta sentencia de la Corte en el caso *Barrios Alto* fue utilizada posteriormente por la Corte Suprema de Argentina para dejar sin efecto las denominadas leyes de amnistía de ese país. La Corte Suprema Argentina, conociendo un recurso de hecho en el caso *Simón, Julio Héctor y otros*, dejó sin efecto las denominadas leyes de obediencia debida y de punto final a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Ésta, en su razonamiento, indicó que el legislador, en el momento de aprobar las leyes de obediencia debida y de punto final, buscó amnistiar los graves hechos delictivos ocurridos durante el régimen militar, como una manera de preservar la paz social, frente al conflicto de intereses que enfrentaba la sociedad Argentina. Es así que indicó que, en ese entonces, “la armonía socio-política era valorada por el legislador como un

Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural ...

bien jurídico sustancialmente más valioso que la continuidad de la persecución penal de los beneficiarios de la ley”.⁶³

Asimismo, la Corte Suprema de Argentina indicó:

... que desde entonces hasta el presente, el derecho argentino ha sufrido modificaciones fundamentales que imponen la revisión de lo resuelto en esa ocasión. Así, la progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos... ya no autoriza al Estado a tomar ponderaciones de esas características, cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica en el olvido de hechos de esa naturaleza....El Estado argentino ha asumido frente al derecho internacional y en especial, frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes, de jerarquía constitucional, que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potestades de derecho interno de condonar u omitir la persecución de hechos que conlleven crímenes de lesa humanidad.

Continuó diciendo que “tal como ha sido reconocido por esta Corte en diferentes oportunidades, la jurisprudencia de la Corte Interamericana..., constituye una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” y, en consecuencia, “las... dudas con respecto al alcance concreto del deber del Estado argentino con relación a las leyes de punto final y obediencia debida han quedado establecidas a partir de la decisión de la Corte Interamericana en el Caso Barrios Altos...”, ya que “la traslación de (sus) conclusiones al caso argentino resulta imperativa...”.⁶⁴ La sentencia en comentario, además, señaló que:

desde ese punto de vista, a fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la supresión de las leyes de punto final y de obediencia debida resulta imposter-gable y ha de producirse de tal forma que no pueda derivarse de

⁶³ Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, 14 de junio de 2005, Recurso de hecho en la causa Simón, Julio Héctor y Otros/Privación Ilegítima de Libertad. Causa, núm. 17.778.

⁶⁴ *Idem*.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

aquéllas obstáculo normativo alguno para la persecución de hechos como los que constituyen la presente causa.

He querido a traer a colación este caso resuelto por la Corte Suprema Argentina en relación a las leyes de amnistía de ese país, respecto al cual la Corte Interamericana no ha conocido caso alguno sobre esa materia, para mostrar cómo el contenido y alcance de su jurisprudencia tienen un impacto directo en jurisdicciones diferentes de las cuales sobre las que se pronunció a través de lo que se ha denominado Diálogo Jurisprudencial.⁶⁵ En este caso, la jurisprudencia interamericana fue uno de los principales insumos o herramientas que tuvo en cuenta la Corte Suprema de Justicia de Argentina para poner límites al ejercicio de la potestad soberana del Estado en cuanto a la investigación de graves violaciones de derechos humanos y, de ese modo, levantar el manto de impunidad en que se encontraban muchas violaciones de los mismos.

4.4. La creación de un procedimiento administrativo para la delimitación de tierras indígenas en Nicaragua a raíz del caso *Awas Tingni*

El caso de la comunidad indígena *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* consistió en la concesión que otorgó el Estado nicaragüense a la compañía Sol del Caribe (SOLCARSA) con el objeto de realizar, en las tierras de la comunidad indígena Awas Tingni, trabajos de construcción de carreteras y explotación de madera, sin su consentimiento. Esta situación tenía como origen la inexistencia de procedimiento o mecanismo efectivo para delimitar, demarcar y titular la tierra in-

⁶⁵ Al respecto, ver AYALA CORAO, C. (2012), *Del Diálogo Jurisprudencial al Control de Convencionalidad*, pp. 68 a 102; y DULITZKY, A. (1997), “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado”, en Abregu, M. et. al. (1997), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, pp. 66 a 73.

Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural ...

dígena.⁶⁶ En efecto, desde 1990 no se habían titulado tierras a comunidades indígenas en Nicaragua.⁶⁷

En su sentencia de agosto de 2001, la Corte Interamericana determinó que “el Estado no dispone de un procedimiento específico para la titulación de la tierra comunal indígena”,⁶⁸ por lo cual declaró internacionalmente responsable a Nicaragua por la violación del derecho a la protección judicial.⁶⁹ Aunado a lo anterior, la Corte indicó que dicha falta de delimitación, demarcación y titulación del territorio de la comunidad constituye una violación al derecho de propiedad comunal de la misma, “en cuanto no saben con certeza hasta dónde se extiende geográficamente su derecho de propiedad comunal y, consecuentemente, desconocen hasta dónde pueden usar y gozar libremente de los respectivos bienes”.⁷⁰ Fue esta la primera vez que la Corte Interamericana abordó el tema de la propiedad comunal indígena y la importancia de la misma para sus integrantes.

Teniendo esto en cuenta, la Corte ordenó que “el Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas”.⁷¹

Poco después de un año desde la notificación de la sentencia de la Corte Interamericana al Estado de Nicaragua, el 13 de

⁶⁶ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, No. 79, párr. 127.

⁶⁷ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, párr. 126.

⁶⁸ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, párr. 124.

⁶⁹ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, párr. 138.

⁷⁰ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, párr. 153.

⁷¹ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, párr. 164.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

diciembre de 2002, se inició la discusión parlamentaria para la regulación de la propiedad comunal de los pueblos indígenas de la costa atlántica de Nicaragua, haciendo referencia, entre otras comunidades, a la de Mayagna Awas Tingni. Dicha discusión pretendió “regular el Régimen de Propiedad Comunal, el mismo que ha caracterizado a las Comunidades Indígenas de la Costa Atlántica desde tiempos inmemorables”.⁷² A raíz de ello, el 23 de enero de 2003 se publicó la Ley No. 445 sobre el “Régimen de Propiedad Comunal de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los Ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz”, que dispone entre sus objetivos:

1. Garantizar a los pueblos indígenas y comunidades étnicas el pleno reconocimiento de los derechos de propiedad comunal, uso, administración, manejo de las tierras tradicionales y sus recursos naturales, mediante la demarcación y titulación de las mismas.

[...]

3. Determinar los procedimientos legales necesarios para dicho reconocimiento, tomando en cuenta la plena participación de los pueblos indígenas y comunidades étnicas, a través de sus autoridades tradicionales.

[...]

5. Establecer las normas y procedimientos para el proceso de demarcación y titulación sobre el derecho de propiedad comunal objeto de esta Ley.

6. Definir el orden institucional que regirá el proceso de titulación de las tierras comunales de cada uno de los diferentes pueblos indígenas y comunidades étnicas objeto de esta Ley.⁷³

⁷² Asamblea Nacional de Nicaragua, *Debates Parlamentarios, Ley Orgánica que Regula el Régimen de Propiedad Comunal de las Comunidades Indígenas de la Costa Atlántica y Bosawas*, 13 de diciembre de 2002, disponible en: <http://www.asamblea.gob.ni/trabajo-legislativo/diario-de-debates/>.

⁷³ *Ley de Régimen de Propiedad Comunal de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los Ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz*, publicado en la Gaceta No. 16 del 23 de enero de 2003, artículo 2, disponible en: <http://www.iadb.org/Research/legislacionindigena/leyn/docs/Nica-Nica-Ley-445-03-Propiedad-Comunal-PPIL.doc>.

Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural ...

Además, en el texto de dicha ley se crea la Comisión Nacional de Demarcación y Titulación, entre cuyas funciones se encuentra dictaminar, resolver y dirigir el proceso de demarcación y titulación,⁷⁴ y se prevé el procedimiento “de demarcación y titulación” de las tierras comunales.⁷⁵ Con base en ello, la Corte consideró cumplido el punto resolutorio de la sentencia referida a la creación de un mecanismo para la delimitación, demarcación y titulación de las tierras comunales.⁷⁶ Mecanismo al cual pudo acogerse la comunidad *Mayagna Awas Tingni*.⁷⁷

En este sentido, con la ley No. 445 se corrigió la falencia estructural referida por la Corte en su sentencia, correspondiente a la falta de mecanismos para la demarcación, delimitación y titulación de las tierras comunales de las comunidades indígenas en Nicaragua. En efecto, a raíz de dicha ley, según los datos oficiales, más de 300 comunidades indígenas se han acogido a la misma para solicitar la titulación de sus tierras,⁷⁸ de las cuales más de 200 ya tienen tituladas sus tierras o a esperas sólo de saneamiento, la cual es la última etapa del procedimiento previsto en dicha ley.⁷⁹

⁷⁴ *Ley de Régimen de Propiedad Comunal de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los Ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz*, artículos 41 y 43.

⁷⁵ *Ley de Régimen de Propiedad Comunal de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los Ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz*, artículos 45 a 65.

⁷⁶ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 07 mayo de 2008, párr. 15.

⁷⁷ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 07 mayo de 2008, párr. 15.

⁷⁸ Consejo Regional Autónomo Costa Caribe Norte, Comisión Nacional de Demarcación y Titulación, *Territorios en Proceso de Titulación*, disponible en: <http://www.craan.gob.ni/index.php/cona/84-cona/112-proceso>.

⁷⁹ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de abril de 2009, párr. 14.

4.5. Los avances en la tipificación penal de los delitos de calumnia e injuria en Argentina a raíz del cumplimiento de la sentencia del caso Kimel

La Corte Interamericana conoció del caso *Kimel vs. Argentina*, en donde se discutió la imposición de una condena penal a un periodista por el delito de injurias, en primer lugar, y luego, en segunda instancia, por el delito de calumnia, debido a la publicación de un libro en el cual critica la actuación de un juez que tuvo bajo su conocimiento el caso conocido como la matanza de San Patricio o la de los sacerdotes palotinos. En efecto, en el derecho penal argentino, el delito de injurias estaba tipificado como “[e]l que deshonrar o desacreditare a otro, será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil o prisión de un mes a un año”; mientras que el delito de calumnia estaba tipificado de tal forma que “[1]a calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública, será reprimida con prisión de uno a tres años”.⁸⁰

En este caso, el Estado reconoció su responsabilidad internacional en cuanto “la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana”, por lo cual la Corte determinó que “la tipificación penal correspondiente contraviene los artículos 9 y 13.1 de la Convención”, referidos al derecho al principio de legalidad y a la libertad de expresión.⁸¹ La Corte Interamericana estableció que el señor Kimel realizó una reconstrucción de la investigación judicial de la masacre y, a partir de ella, emitió un juicio de valor crítico sobre el desempeño del Poder Judicial durante la última dictadura militar en Argentina y del juez que conoció la causa sobre la muerte de los sacerdotes palotinos, lo que no podía ser objeto de persecución penal, pues trataba de cuestiones de interés público.

⁸⁰ Corte IDH. Caso *Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C, No. 177, párrs. 64 y 65.

⁸¹ Corte IDH. Caso *Kimel vs. Argentina*, párrs. 66 y 67.

Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural ...

Teniendo eso en cuenta, la Corte ordenó al Estado “que adecue en un plazo razonable su derecho interno a la Convención, de tal forma que las imprecisiones reconocidas por el Estado [...] se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio de la libertad de expresión”.⁸²

Poco más de un año después de la notificación de la sentencia de la Corte, el 26 de noviembre de 2009, se promulgó la Ley 26.551, mediante la cual se modificó la tipificación penal de los delitos de calumnia e injuria. Así, el delito de injuria quedó tipificado como:

El que intencionalmente deshonrar o desacreditar a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos (\$ 1.500.-) a pesos veinte mil (\$ 20.000.-). En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público.⁸³

Por su parte, la calumnia quedó tipificada de la siguiente forma:

La calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida con multa de pesos tres mil (\$ 3.000.-) a pesos treinta mil (\$ 30.000.-). En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas.⁸⁴

Se observa de las nuevas tipificaciones de los delitos de calumnia e injuria (1) que fueron excluidas de dicha sanción las expresiones que se refieran a asuntos de interés público, y (2) que asigna como penas sanciones de naturaleza económica. Te-

⁸² Corte IDH. Caso *Kimel vs. Argentina*, párr. 128.

⁸³ Ley 26.551, *Modificación al Código Penal de Argentina*, 26 de noviembre de 2009, artículo 2, disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160774/norma.htm>.

⁸⁴ Ley 26.551, *Modificación al Código Penal de Argentina*, 26 de noviembre de 2009, artículo 1.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

niendo esto en cuenta, la Corte advirtió que dicha modificación legislativa “efectivamente modifica la tipificación y sanción de los delitos de calumnia e injuria de forma que no incluyan ‘expresiones que no sean asertivas’, y asigna como penas, por la comisión de dichos delitos, multas económicas”.⁸⁵

Entonces, el Estado de Argentina acogió la decisión de la Corte Interamericana para proceder a la modificación de las normas que penalizaban el debate sobre cuestiones de interés público con la injuria y la calumnia. Así, la orden de la Corte Interamericana coadyuvó a la reparación de la falencia estructural en Argentina, que consistía en la tipificación inconvencional de los delitos de calumnia e injuria al hacer extensivos estos tipos penales cuando se trataban cuestiones de interés público, con los efectos lesivos que esto tenía para el debate democrático y de control social sobre los actos de los funcionarios públicos.

4.6. La tendencia abolicionista de la pena de muerte en Guatemala, a raíz de la sentencia al caso Raxcacó Reyes

El caso de *Raxcacó Reyes vs. Guatemala* trata del secuestro de un menor de edad por casi 24 horas, el cual, producto de un operativo policial, fue liberado y sus secuestradores capturados. Los tribunales internos le impusieron al autor directo del secuestro la pena de muerte.

En la fecha en que Guatemala depositó el instrumento de ratificación de la Convención Americana, el 25 de mayo de 1978, se encontraba vigente el decreto legislativo No. 17/73, Código Penal, cuyo artículo 201 consagraba la pena de muerte como sanción para el delito de plagio o secuestro cuando, con motivo o en ocasión del mismo, falleciera la persona secuestrada. La misma conducta típica sin resultado de muerte era sancionada con pena privativa de la libertad de ocho a quince años.⁸⁶

⁸⁵ Corte IDH. Caso *Kimel vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de mayo de 2010, párr. 33.

⁸⁶ Corte IDH. Caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, párr. 43.

Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural ...

Con posterioridad a la ratificación de la Convención Americana, el delito de plagio o secuestro fue objeto de tres reformas legales. La segunda reforma se introdujo mediante decreto legislativo No. 14/95 y sancionaba a todo culpable del delito de secuestro con pena de muerte, no importando si el secuestrado había fallecido o no. Además, se indicó en la reforma que había aplicación automática de la pena y que quedaban excluidas todas las causales de atenuación de la misma.

El señor Raxcacó, afectado con la imposición de la pena de muerte en primera instancia, usó todos los medios de impugnación del ordenamiento jurídico, argumentando, entre otros, que la sanción era contraria a la Convención Americana, toda vez que ampliaba el catálogo de delitos sancionados con pena de muerte que se encontraba vigente al momento de la ratificación de la Convención Americana.

El tribunal de apelación, ante el recurso de apelación ejercido por el señor Raxcacó, señaló que era “notorio que el delito de Plagio o Secuestro ya tenía contemplada dicha pena, cuando falleciera la víctima [para la fecha de ratificación de la Convención]”.⁸⁷ En términos similares se pronunció la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, que dispuso que, desde la ratificación de la Convención, “no se ha modificado el tipo penal en su estructura, ya que continúa individualizando las mismas conductas que prohibía con anterioridad a ellas”.⁸⁸ En el mismo sentido se pronunció la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.⁸⁹

La Corte Interamericana dictó sentencia en septiembre de 2005 e indicó que (1) la modificación de la legislación para aumentar el catálogo de delitos a los cuales les era aplicable la pena de muerte era contrario a la Convención Americana;⁹⁰ (2) la imposición de la pena de muerte por cualquier tipo de plagio no atendía a la categoría de “delitos más graves”, a la cual deben necesariamente pertenecer los delitos a los cuales se les imponga

⁸⁷ Corte IDH. Caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, párr. 43.

⁸⁸ Corte IDH. Caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, párr. 43.

⁸⁹ Corte IDH. Caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, párr. 43.

⁹⁰ Corte IDH. Caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, No. 133, párr. 66.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

dicha pena;⁹¹ y (3) la prohibición de imponer la pena de muerte obligatoria, pues “trataba a los acusados ‘no como seres humanos individuales y únicos, sino como miembros indiferenciados y sin rostro de una masa que será sometida a la aplicación ciega de la pena de muerte’”.⁹² La Corte, además, reafirmó en este caso la condena a Guatemala por la inexistencia de un recurso efectivo de indulto o gracia.⁹³

En este sentido la Corte indicó que:

aún cuando no se ha ejecutado al señor Raxcacó Reyes, se ha incumplido el artículo 2 de la Convención. La sola existencia del artículo 201 del Código Penal guatemalteco, que sanciona con pena de muerte obligatoria cualquier forma de plagio o secuestro y amplía el número de delitos sancionados con dicha pena, es *per se* violatoria de esa disposición convencional.⁹⁴ Este criterio es conforme con la Opinión Consultiva OC-14/94 de la Corte, de acuerdo con la cual “en el caso de las leyes de aplicación inmediata, [...] la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición”.⁹⁵

Por dichas razones, la Corte le ordenó a Guatemala:

[L]a modificación [...] del artículo 201 del Código Penal [guatemalteco] de manera que se estructuren tipos penales diversos y específicos para determinar las diferentes formas de plagio o secuestro, en función de sus características, la gravedad de los hechos y las circunstancias del delito, con la correspondiente previsión de punibilidades diferentes, proporcionales a aquéllas, así como la atribución

⁹¹ Corte IDH. Caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, párr. 71.

⁹² Corte IDH. Caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, párr. 80.

⁹³ Corte IDH. Caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, párr. 85.

⁹⁴ *Cfr.* Caso *Lori Berenson Mejía*. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C, No. 119, párr. 221; Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, supra* nota 40, párrs. 114 y 116; Caso *Cantoral Benavides*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C, No. 69, párr. 176; y Caso *Suárez Rosero*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C, No. 35, párr. 98.

⁹⁵ *Cfr.* Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, supra* nota 40, párr. 116, y *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención* (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A, No. 14, párr. 43.

Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural ...

al juzgador de la potestad de individualizar las penas en forma consecuente con los datos del hecho y el autor, dentro de los extremos máximo y mínimo que deberá consagrar cada conminación penal. Esta modificación, en ningún caso, ampliará el catálogo de delitos sancionados con la pena capital con anterioridad a la ratificación de la Convención Americana. Mientras esto ocurra, el Estado deberá abstenerse de aplicar la pena de muerte y ejecutar a los condenados por el delito de plagio o secuestro exclusivamente.⁹⁶

Mientras no se realicen las modificaciones señaladas en el punto resolutivo anterior, el Estado deberá abstenerse de aplicar la pena de muerte y ejecutar a los condenados por el delito de plagio o secuestro, en los términos del párrafo 132 de la [...] Sentencia.

Es pertinente señalar que la Corte Interamericana no ha emitido resolución mediante la cual declare que el Estado ha cumplido alguna de las medidas de reparación referidas.⁹⁷ No obstante, el impacto de dicha sentencia ha sido visible dentro de la jurisdicción guatemalteca. En efecto, desde el año 2006 el Estado de Guatemala no ha dictado condenas que tengan contemplada la pena de muerte, e incluso ha revocado las últimas sentencias de condena, conmutando las penas de muerte por penas de prisión máximas. En efecto, se ha afirmado que:

En marzo del presente año, la última condena a muerte fue revocada por la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia. Esto marca un hito en la lucha contra la pena de muerte y es consecuencia de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁹⁸

⁹⁶ Corte IDH. Caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, párr. 132.

⁹⁷ *Vid.* Corte IDH. Caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 2006; Corte IDH. Caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 marzo de 2008; Corte IDH. Caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 marzo de 2008; Corte IDH. Caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 09 mayo de 2008; y Corte IDH. Caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 09 mayo de 2008.

⁹⁸ RODRÍGUEZ BARILLAS, A. (2012), "Pena de Muerte en Guatemala: La Lucha por su Abolición", en Estada Duarte, G. (2012), *El Corredor de la*

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

De esta forma, el impacto de la sentencia de la Corte Interamericana debe ser valorado no a la luz del cumplimiento de la sentencia correspondiente, sino a la luz del efecto irradiador que tuvo la sentencia en otros casos similares. Fueron los abogados de estas otras personas, especialmente defensores públicos, quienes, utilizando la sentencia en comento y lo ordenado por la Corte Interamericana, recurrieron a los tribunales internos para que se revocaran las sentencias donde se condenaba a pena de muerte y se impusieran penas privativas de libertad. Este planteamiento tuvo plena acogida en los tribunales guatemaltecos, y en todos los casos donde se había aplicado la pena de muerte se impuso pena privativa de libertad.

4.7. Supresión de la jurisdicción militar en México para el juzgamiento de civiles

Un último tema a desarrollar es el correspondiente a la *jurisdicción militar* en México, al cual la Corte hizo referencia en los casos *Radilla Pacheco*, *Fernández Ortega y Otros*, *Rosendo Cantú y Otros*, y *Cabrera García y Montiel Flores*.

En el caso *Radilla Pacheco*, la Corte Interamericana debió conocer de la “presunta desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, que habría tenido lugar desde el 25 de agosto de 1974, a manos de efectivos del Ejército en el Estado de Guerrero, México”.⁹⁹ En particular, el asunto relevante a los efectos del presente artículo se refiere a la competencia de la jurisdicción militar para conocer de aquellos delitos que califican como viola-

Muerte Vacío: Argumentos para la Defensa de la Vida y la Abolición de la Pena de Muerte, *El Observador Judicial*, No. 89, Año 12, p. 22. Ver también BARRIENTOS PELLECCER, C. (2012), “Conmutación de la Pena de Muerte en Guatemala”, en Estada Duarte, G. (2012), *El Corredor de la Muerte Vacío: Argumentos para la Defensa de la Vida y la Abolición de la Pena de Muerte*, *El Observador Judicial*, p. 20; disponibles en: <http://biblioteca.oj.gob.gt/digitales/43312.pdf>.

⁹⁹ Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C, No. 209, párr. 2.

Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural ...

ciones de derechos humanos en perjuicio de civiles, perpetrados por funcionarios militares.¹⁰⁰

Dicha competencia se encontraba prevista, entre otros, en el artículo 57 del Código de Justicia Militar mexicano, el cual preveía que “[s]on delitos contra la disciplina militar: [...] II. los del orden común o federal, cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que seguida se expresan: a) [q]ue fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo [...]”.¹⁰¹ En efecto, según fue señalado en un peritaje durante la audiencia pública ante la Corte, “[se sale del] ámbito estricto [y] cerrado [...] de la disciplina militar [...]”, además de que “[n]o solamente es más amplio respecto del sujeto activo, sino que es más amplio porque no considera al sujeto pasivo [...]”.¹⁰²

En este caso, con base en la reiterada jurisprudencia de la Corte en casos relacionados con Perú, Chile, Colombia y Guatemala, la Corte afirmó que:

reiteradamente ha establecido que la jurisdicción penal militar en los Estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, por lo cual, en caso de que un Estado la conserve, su utilización debe ser mínima, según sea estrictamente necesario, y debe encontrarse inspirada en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno. En un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. Por ello, el Tribunal ha señalado anteriormente que en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.¹⁰³

Aunado a ello, la Corte invocó su jurisprudencia previa para afirmar que, “tomando en cuenta la naturaleza del crimen y el

¹⁰⁰ Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco vs. México*, párr.271.

¹⁰¹ Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco vs. México*, párr. 271.

¹⁰² Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco vs. México*, párr. 276.

¹⁰³ Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco vs. México*, párr. 272.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria”, añadiendo finalmente que cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia¹⁰⁴. Con base en lo anterior, la Corte concluye que “si los actos delictivos cometidos por una persona que ostente la calidad de militar en activo no afectan los bienes jurídicos de la esfera castrense, dicha persona debe ser siempre juzgada por tribunales ordinarios. En este sentido, frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar”.¹⁰⁵

A la luz de dichos estándares, la Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado, ya que la detención y desaparición de la víctima Radilla Pacheco “no guardan relación con la disciplina castrense”, añadiendo que “en un Estado de derecho, la comisión de actos tales como la desaparición forzada de personas en contra de civiles por parte de elementos de la fuerza militar nunca puede ser considerada como un medio legítimo y aceptable para el cumplimiento de la misión castrense. Es claro que tales conductas son abiertamente contrarias a los deberes de respeto y protección de los derechos humanos y, por lo tanto, están excluidas de la competencia de la jurisdicción militar”.¹⁰⁶ Frente a lo anterior, visto que el artículo 57 referido del Código de Justicia Militar “opera como una regla y no como una excepción, característica indispensable de la jurisdicción militar para ser conforme a los estándares establecidos por esta Corte”,¹⁰⁷ el tribunal declaró su incompatibilidad con la Convención Ame-

¹⁰⁴ Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco vs. México*, párr. 273.

¹⁰⁵ Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco vs. México*, párr. 274.

¹⁰⁶ Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco vs. México*, párr. 277.

¹⁰⁷ Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco vs. México*, párr. 287.

Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural ...

ricana,¹⁰⁸ y ordenó “que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal”¹⁰⁹ y que “debe adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar [el artículo 57 del Código de Justicia Militar] con los estándares internacionales de la materia y de la Convención”.¹¹⁰

La *ratio* antes descrita fue reiterada en los casos *Fernández Ortega y Otros* y *Rosendo Cantú y Otros*, donde se declaró la responsabilidad internacional del Estado por la intervención de la jurisdicción militar en la investigación sobre los hechos de violencia sexual perpetrados por personal militar en contra de las señoras Fernández Ortega y Rosendo Cantú. En dicha sentencia, ratificó la incompatibilidad del artículo 57 del Código de Justicia Militar con la Convención Americana,¹¹¹ y además señaló que “cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin”.¹¹² Como consecuencia de ello, la Corte, en adición a la modificación legislativa correspondiente, determinó que “corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el fuero penal ordinario”.¹¹³

El último de los casos a estudiar es el correspondiente a *Cabrera García y Montiel Flores*, de cuyos hechos se desprende que

¹⁰⁸ Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco vs. México*, párr. 289.

¹⁰⁹ Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco vs. México*, párr. 340.

¹¹⁰ Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco vs. México*, párr. 342.

¹¹¹ Corte IDH. Caso *Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, No. 215, párrs. 177 y 179; y Corte IDH. Caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, No. 216, párrs. 161 y 163.

¹¹² Corte IDH. Caso *Fernández Ortega y otros. vs. México*, párr. 236.

¹¹³ Corte IDH. Caso *Fernández Ortega y otros. vs. México*, párr. 237.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

funcionarios militares en ejercicio cometieron actos de tortura en perjuicio de las víctimas, por lo cual la investigación penal fue encabezada por fiscales militares.¹¹⁴ En dicha sentencia, concluyen que la jurisdicción militar no es competente para investigar, juzgar y sancionar a autores de cualquier tipo de violación de derechos humanos, recalcando que dicha conclusión se aplica “no solo a casos de tortura, desaparición forzada y violación sexual, sino a todas las violaciones de derechos humanos”.¹¹⁵ Reiterando la jurisprudencia de los casos antes citados, la Corte ordenó la modificación legislativa del artículo 57 del Código de Justicia Militar, al igual que el desarrollo de una práctica judicial dirigida al cumplimiento de los estándares desarrollados a la luz de la Convención Americana.

Con base en la jurisprudencia de la Corte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación inició la incorporación de dichos criterios en su jurisprudencia constitucional. El 30 de agosto de 2012, la Suprema Corte dictó sentencia al amparo en revisión 134/2012, donde se desaplicó el artículo 57 del Código de Justicia Militar en contra del recurrente, pues “la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para juzgar y sancionar a la autora de violaciones de derechos humanos de los civiles víctimas de tales ilícitos”, en aplicación del control de convencionalidad.¹¹⁶ En el mismo orden de ideas, la Suprema Corte se refirió a las limitaciones a la jurisdicción militar en varias otras oportunidades,¹¹⁷ consolidando de esta forma los estándares desarrollados por la Corte Interamericana en su jurisprudencia.

¹¹⁴ Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, No. 220, párr. 194.

¹¹⁵ Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párr. 198.

¹¹⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 134/2012, decisión de 30 de agosto de 2012, disponible en: <http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/P12001340.pdf>.

¹¹⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 63/2012, decisión de 3 de septiembre de 2012, disponible en: http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/AmparoRevision_63_2012.pdf; y Amparo en Revisión 252/2012, decisión de 11 de septiembre de 2012, disponible en: http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/AmparoRevision_252_2012.pdf

Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural ...

Finalmente, y a raíz de las decisiones de la Corte Interamericana, se observa que el 13 de junio de 2014 se modificó el artículo 57 del Código de Justicia Militar, identificando como delitos sobre los cuales tiene competencia dicha jurisdicción:

II. Los del orden común o federal, siempre y cuando no tenga la condición de civil el sujeto pasivo que resiente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva o la persona titular del bien jurídico tutelado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en ley penal como delito, en los siguientes supuestos:
a) Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo [...].¹¹⁸

Se observa de esta forma cómo, a raíz de las sentencias de la Corte Interamericana, el Estado mexicano, en primer lugar mediante sus tribunales, y sucesivamente mediante sus órganos parlamentarios, procedió a adaptar los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su ordenamiento jurídico interno, de tal forma que la jurisdicción penal militar se encuentra ahora limitada a aquellos delitos cometidos por funcionarios militares en ejercicio de su función militar, en los términos desarrollados por la misma Corte.

5. CONCLUSIÓN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha jugado y está jugando un protagonismo importante en la evolución del derecho interamericano de derechos humanos. Este rol protagónico se ha visto reflejado tanto en sus aportes jurisprudenciales al dotar de contenido y alcance a los derechos convencionales, como en las transformaciones institucionales o de prácticas emprendidas a través de las reparaciones integrales ordenadas, en especial en su dimensión de garantías de no repetición.

Es interesante observar cómo las garantías de no repetición ordenadas por la Corte Interamericana como tribunal internacional no han encontrado una respuesta antagónica amparada en

¹¹⁸ Código de Justicia Militar del 13 de junio de 2014, artículo 57, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/4_130614.pdf.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

que se trataba de una intromisión en la soberanía estatal, sino, por el contrario, se han convertido en una herramienta efectiva para ayudar al Estado a desarticular una fuente generadora de violaciones de derechos humanos (casos de la censura cinematográfica, caso de las leyes de amnistías, delitos de injuria y calumnia como mecanismo para sancionar el debate sobre cuestiones de interés público, jurisdicción militar para juzgar a civiles) o llenar vacíos o déficits institucionales a través de la creación de una institucionalidad (casos de acceso a la información y propiedad indígena).

Además, de la mano, la evolución de la necesidad de corregir dichas falencias estructurales perjudiciales a los derechos humanos ha favorecido que los tribunales nacionales de los Estados voluntariamente, sin necesidad de someterse a la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, se acojan a los estándares desarrollados por la Corte, como ocurrió en el caso de las leyes de amnistía de ese país. Es así como se evidencia un impacto estructural indirecto, en el sentido que la jurisprudencia de la Corte Interamericana favoreciera que un tribunal nacional corrigiera falencias estructurales dentro de su jurisdicción. Esto ha ayudado, por un lado, a una mejor protección de los derechos humanos, y, por el otro, a la consolidación o profundización del Estado de derecho.

El impacto de las decisiones interamericanas: notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al “empoderamiento institucional”*

Óscar Parra Vera**

SUMARIO: 1. *Visiones instrumentales y constructivistas sobre los efectos de las decisiones interamericanas.* 2. *El potencial de los enfoques constructivistas: el ejemplo del “empoderamiento institucional estratégico”.* 3. *Alcances y límites del “empoderamiento institucional”: investigaciones pendientes.*

En este breve artículo desarrollo una exploración preliminar sobre una parte de la producción académica en relación con los tipos de efectos y el impacto de las decisiones de la Comisión y la Corte Interamericanas (en adelante “CIDH” y “Corte IDH”). Dichos efectos se han alcanzado a través de la acción o inacción

* Este trabajo se incluye en el libro *Ius Constitutionale Commune en América Latina rasgos, potencialidades y desafíos*, de Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho internacional Público-Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2010.

** Abogado coordinador en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan necesariamente el parecer de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni de su Secretaría. Correo electrónico: oscarparra@cortheidh.or.cr

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

de actores locales tanto institucionales como de la sociedad civil. Asimismo, dicha bibliografía ha visibilizado la importancia de entender el carácter polivalente, no monolítico, del Estado en orden a contar con una visión más integral sobre los diferentes alcances que puede tener el Sistema Interamericano en distintas instituciones de un mismo Estado. En esta exploración preliminar, en primer lugar, establezco diferencias entre visiones “instrumentales” y enfoques “constructivistas” sobre los efectos de las decisiones interamericanas. En segundo lugar, y con el objetivo de ejemplificar el potencial de los enfoques constructivistas, esbozo una posible línea de investigación sobre un efecto indirecto de las decisiones interamericanas en la consolidación de formas de “empoderamiento” institucional de agencias estatales que enfrentan dificultades para impulsar políticas de derechos humanos, particularmente por resistencias dentro del mismo estado. Se trata de instituciones estatales que utilizan las decisiones interamericanas para empoderamiento institucional en clave progresista, generalmente en un marco de pugna con otras instituciones estatales o dentro de una misma rama del poder público. El análisis de algunos éxitos y fracasos en estas formas de “empoderamiento institucional” es una variable que podría tener relevancia para entender, por ejemplo, por qué los efectos del Sistema Interamericano en algunos países son más directos y materiales mientras que en otros son más indirectos y simbólicos.

1. VISIONES INSTRUMENTALES Y CONSTRUCTIVISTAS SOBRE LOS EFECTOS DE LAS DECISIONES INTERAMERICANAS

Tal como lo ha señalado von Bogdandy, la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido un decisivo protagonismo para la concreción y evolución de un “derecho común latinoamericano”, así como para visibilizar sus potencialidades y retos.¹ La Corte IDH tiene un rol en este proceso no sólo por la

¹ Von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*: Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea”, en González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego (coords.), *El Constitucionalismo contem-*

El impacto de las decisiones interamericanas...

inserción de su jurisprudencia en la consolidación de un constitucionalismo global² sino por los efectos que sus decisiones tienen en escenarios institucionales y en procesos socio-políticos.

A este tipo de efectos y a la implementación y cumplimiento de las decisiones interamericanas se han referido diversas publicaciones en las últimas décadas.³ El presente texto se incorpora en un segmento de esta literatura: los estudios sociojurídicos sobre la legitimidad y el impacto de las decisiones interamericanas. A diferencia de las indagaciones focalizadas en la recepción jurisprudencial de las sentencias internacionales y sus efectos jurídicos / dogmáticos en el derecho interno,⁴ esta línea de trabajo se apoya en herramientas analíticas propias de la sociología del

poráneo. *Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

- ² Sobre los debates en torno al constitucionalismo global y los procesos de gobernanza global, ver Dunoff, Jeffrey L y Trachtman, Joel P., “Understanding the demand for International Constitutionalization” en Dunoff, Jeffrey Ly Trachtman, Joel P (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, New York, Cambridge University Press, 2009, pp.3-35. Ver asimismo, Góngora Mera, Manuel Eduardo, *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, San José, IIDH, 2011.
- ³ Una muestra de literatura reciente la constituyen estas dos obras: Ministerio Público Fiscal de Buenos Aires, *Diálogos: el impacto del Sistema Interamericano en el ordenamiento interno de los Estados*, Buenos Aires, Eudeba, 2013 y Corzo Sosa, Edgar, Carmona Tinoco, Jorge Ulises y Saavedra Alessandri, Pablo, *El Impacto de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch, UNAM, 2013.
- ⁴ Un valioso ejemplo de este enfoque lo constituye Silva García, Fernando, *Derechos Humanos: Efectos de las Sentencias Internacionales*, Porrúa, 2007 y varios de los textos reunidos en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: In memoriam Jorge Carpizo generador incansable de diálogos*, México, Tirant Lo Blanch, 2013. Ver asimismo, Medellín, Ximena, “The normative impact of the Inter-American Court of Human Rights on Latin-American national prosecution for mass atrocities”, *Israel Law Review*, Israel, 2013, No. 43, Vol. 3, pp. 405-430 y Contesse, Jorge, “¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, disponible en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

derecho y la ciencia política para evaluar los efectos de dichas decisiones en realidades sociales e institucionales y en los actores que se desenvuelven en el *campo jurídico*⁵ del Sistema Interamericano.⁶

⁵ Aludo a la noción de campo jurídico en la teoría de Pierre Bourdieu. Ver Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther, *La Fuerza del Derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre / Uniandes / Pensar, 2000. Para Bourdieu el “campo jurídico” es uno de los “campos sociales”. En los campos sociales existen “actores”, “privilegios” y diversos tipos de “capital”. En el campo jurídico los actores se disputan privilegios sobre la definición y alcance del derecho. Los diversos actores luchan a partir del capital “social”, “económico”, “intelectual” que poseen, entre otros tipos de capital que les permita posicionarse en el campo.

⁶ Estos enfoques se enmarcan en el análisis de los tribunales internacionales y el derecho internacional desde la sociología del derecho y la ciencia política. Dos referentes clásicos en esta materia son: Helfer, Laurence R. y Slaughter, Anne-Marie, “Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication”, *Yale Law Journal*, New Haven, No. 2, Vol. 107, , November 1997, y Sikkink, Kathryn; Risse, Thomas y Ropp, Stephen (eds.), *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999 (cuya actualización y reevaluación ha surgido recientemente: Risse, Thomas; Ropp, Stephen y Sikkink, Kathryn (eds.), *The Persistent Power of Human Rights. From Commitment to Compliance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013). Entre otros trabajos relevantes recientes resalto Piovesan, Flávia, “*Ius constitutionale commune latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano : rasgos, potencialidades y desafíos*”, en Von Bogdany, Armin, Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina*, México, Porrúa, 2013; Shaffer, Gregory C. (ed.), *Transnational Legal Ordering and State Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013 y los textos reunidos por Romano Cesare, Alter Karen y Shany Yuval (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford University Press, 2013. Ver en particular, el mapa teórico que estos autores desarrollan en el capítulo introductorio: “Mapping International Courts and Tribunals, the Issues and Players”, pp. 3-26, así como el capítulo de Huneeus, Alexandra, “Compliance with Judgments and Decisions”, el cual se concentra en precisar un estado del arte sobre estudios en torno al sentido, alcance y medición del cumplimiento de decisiones internacionales. Un marco teórico reciente para evaluar la legitimidad de los tribunales internacionales puede verse en Von Bogdandy, Armin y Venzke, Ingo, “¿En nombre de quién? Un estudio sobre la autoridad pública de los tribunales internacionales y su justificación democrática”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos*.

El impacto de las decisiones interamericanas...

En este enfoque resultan de particular relevancia algunos marcos teóricos generales de la sociología del derecho respecto a la relación entre cortes y cambio social. Al respecto, autores como César Rodríguez Garavito, reconstruyendo diversos elementos del debate estadounidense en esta materia, propone diferenciar cuatro tipos de efectos de las sentencias. En primer lugar, los efectos directos que impactan en quienes litigan los casos, sus beneficiarios o sus destinatarios. En segundo lugar se encuentran los efectos indirectos que se derivan de un fallo sin estar expresamente consagrados en las órdenes emitidas y que pueden afectar tanto a los actores que participan en el fallo como a aquellos que no lo hicieron. En tercer lugar, los efectos instrumentales, que se relacionan con los cambios materiales en la conducta de los actores, mientras que, en cuarto lugar, los efectos simbólicos se concentran en el impacto de las sentencias en transformaciones culturales e ideológicas respecto a los asuntos discutidos en el caso.⁷

Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales, op. cit., nota 6 y Follesdal, Andreas, "The legitimacy deficits of the human rights judiciary: Elements and implications of a normative theory", *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 4, 2013, pp. 339-360. Asimismo, ver Christoffersen, Jonas y Rask Madsen, Mikael (eds.), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford University Press, 2012.

- ⁷ Rodríguez Garavito resalta que dichos efectos pueden interrelacionarse entre sí, de tal forma que sea posible aludir a efectos instrumentales directos e indirectos o efectos simbólicos directos e indirectos. Ver Rodríguez Garavito, César, "Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America", *Texas Law Review*, Vol 89 (7), 2011. Ver asimismo, Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2010. En este libro se alude a seis efectos de la sentencia "estructural" emitida por la Corte Constitucional en esta materia: efecto desbloqueador, efecto deliberativo, efecto creador, efecto de políticas públicas, efecto coordinador y efecto social. El influyente trabajo de César Rodríguez sobre el activismo judicial estructural en derechos sociales es útil para un análisis del Sistema Interamericano teniendo en cuenta algunas similitudes entre el litigio estructural y las reparaciones que se ordenan en las decisiones interamericanas. Sobre estas similitudes, ver Abramovich, Victor, "Remedios de alcance colectivo y obstáculos en la ejecución de decisiones en el Sistema Interamericano", 2010, http://www.escri-net.org/usr_doc/Abramovich_-_Remedios_en_SIDH_%28borrador%29.pdf. y "Autonomía y subsidiaridad.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Además de estos elementos, al identificar los impactos de cierto tipo de intervenciones judiciales, se ha señalado que la implementación e impacto del litigio depende de muy diversas variables, tales como: i) el tipo de población beneficiaria, ii) los actores involucrados en el sistema institucional objeto del litigio, iii) el tipo de normas que reconocen los derechos en juego, iv) el tipo de proceso de implementación ordenado por la Corte, v) si se adoptan cronogramas precisos para el cumplimiento, vi) si el Tribunal o autoridades locales internas son más o menos activas en la supervisión, vii) el tipo de aliados —en otras ramas del poder público o en movimientos sociales— que tiene la Corte IDH para impulsar el diálogo y el cumplimiento, y viii) el contexto social.⁸

En otros autores es posible encontrar variables relacionadas con el impacto sociojurídico del derecho internacional en el derecho interno, que complementan o pueden entenderse como insertas en los criterios anteriormente expuestos. Por ejemplo, Shaffer resalta el rol que pueden jugar actores “intermediarios” (como las élites gubernamentales o de la sociedad civil) entre el derecho internacional y el derecho interno. Asimismo, el cambio estatal derivado del derecho internacional, los cambios en los límites entre el Estado, el mercado y otras formas de orden social, los cambios en la arquitectura y distribución de autoridad entre instituciones del Estado, y, en general, los cambios en marcos normativos y en mecanismos de rendición de cuentas asociados a ellos. Además, Gingsburg y Shaffer resaltan el rol que puede tener la afinidad de las decisiones transnacionales con los intereses de élites domesticas y otros actores en el contexto de luchas políticas dentro del Estado.⁹

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales”, en Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011.

⁸ Adapto estos criterios a partir del análisis específico efectuado en relación con el impacto del litigio en salud. Ver al respecto, Yamin, Alicia Ely, “Power, Suffering, and Courts: Reflections on Promoting Health Rights through Judicialization”, en Yamin, Alicia Ely y Gloppen, Siri (eds.), *Litigating Health Rights*, Harvard University Press, 2011.

⁹ SHAFFER, Gregory, “Transnational Legal Process and State Change: Opportunities and Constraints”, *Legal Studies Research Paper Series*, Research

El impacto de las decisiones interamericanas...

Teniendo en cuenta estos elementos, en la aproximación preliminar que desarrollo en este artículo, me interesa resaltar el aporte que puede tener el diferenciar entre perspectivas instrumentales y perspectivas constructivistas sobre el impacto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Desde una perspectiva instrumental, algunos estudios o ciertos segmentos de los mismos evalúan la relación causa-efecto entre las decisiones interamericanas y las medidas específicas cumplidas por los Estados. Se imputan a la intervención del Sistema Interamericano los resultados de ciertas políticas, tales como algunas sanciones por vía penal o la legislación, reglamentos y demás medidas orientadas a cumplir órdenes de la Comisión y la Corte. Algunos ejemplos se relacionan con la derogación del delito de desacato en Argentina,¹⁰ una reforma constitucional en Chile relacionada con un caso sobre censura,¹¹ el impulso de órganos sobre acceso a la información en Chile,¹² derogación de los delitos de calumnias e injurias en Argentina¹³ o la no aplicación de leyes de autoamnistía en Perú y Chile.¹⁴ Además, en este tipo de enfoques adquiere relevancia determinar los alcances de los

Paper No. 10-28, University of Minnesota Law School, 2010 y GINGSBURG, Tom y SHAFFER, Gregory, "How Does International Law Work? What Empirical Research Shows", *Legal Studies Research Paper Series*, Research Paper No. 09-54, University of Minnesota Law School, 2010.

- ¹⁰ CIDH, Informe N° 22/94, Caso 11.012, Argentina, Solución Amistosa, 20 de septiembre de 1994.
- ¹¹ Corte IDH, *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de febrero de 2001, serie C, núm. 73.
- ¹² Corte I.D.H., *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.
- ¹³ Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de mayo de 2008, serie C, núm. 177 y Resolución de 5 de febrero de 2013 en relación con este caso.
- ¹⁴ Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Fondo, Sentencia de 14 de marzo de 2001, serie C, núm. 75; *caso La Cantuta vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, núm. 162 y *caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

procedimientos de supervisión de cumplimiento,¹⁵ una valoración cuantitativa de las etapas procesales ante los órganos del Sistema,¹⁶ si el cumplimiento de decisiones ha sido alto, intermedio, bajo o nulo,¹⁷ así como una valoración cuantitativa de efectos, como el número de sanciones determinado por un caso específico.¹⁸

¹⁵ Schneider, Jan, “Implementation of Judgments: Should Supervision be Unlinked from the General Assembly of the Organization of American States?”, *Inter-American and European Human Rights Journal* Vol. 5, núm. 1-2, 2013.

¹⁶ The University of Texas School of Law-Human Rights Clinic, *Maximizando la Justicia, Minimizando la Demora. Acelerando los Procedimientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Diciembre 2011.

¹⁷ Basch, Fernando, Leonardo Filippini, Ana Laya, Mariano Nino, Felicitas Rossi y Schreiber, Bárbara, “La efectividad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Un enfoque cuantitativo sobre su funcionamiento y sobre el cumplimiento de sus decisiones”, en *Sur. International Journal on Human Rights*, no. 12, 2011; González-Salzberg, Damián A., “La implementación de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina: un análisis de los vaivenes jurisprudenciales de la Corte Suprema de la Nación”, en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2010. Ver asimismo, Baluarte, David C. y De Vos, Christian, “From Judgment to Justice: Implementing International and Regional Human Rights Decisions”, Open Society Foundations, 2010. Para una revisión del proceso de supervisión de cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH y algunas propuestas para impulsar modelos estratégicos de implementación, ver Baluarte, David C., “Strategizing for Compliance: The Evolution of a Compliance Phase of Inter-American Court Litigation and the Strategic Imperative for Victim’s Representatives”, *American University International Law Review*, Vol. 27, Issue 2, 2012, pp. 263-321.

¹⁸ Los trabajos de Huneeus involucran tanto perspectivas cuantitativas como cualitativas. Para efectos de lo que quiero ejemplificar con impactos cuantitativos, Huneeus evalúa “prosecutorial outcomes” de la Corte IDH y precisa que las decisiones de este tribunal -al momento de la finalización de su investigación- han generado “39 convictions since reparation ruling”. En ese sentido, en términos cuantitativos, la Corte IDH ha logrado más resultados en términos de condenas penales que lo alcanzado por la Corte Penal Internacional, a pesar de la diferencia abismal entre el presupuesto de ambos órganos. Ver Huneeus, Alexandra, “International Criminal Law by Other Means: The Quasi-Criminal Jurisdiction of the Human Rights Courts”, *American Journal of International Law*, Vol. 107, núm. 1, January 2013, pp. 1-44.

El impacto de las decisiones interamericanas...

Por otra parte, desde una visión constructivista, otros trabajos resaltan efectos que no se reflejan necesariamente en cambios sociales deseados sino en la redefinición de las disputas entre grupos sociales, en particular, el empoderamiento de ciertos grupos de víctimas o agencias estatales (efectos indirectos)¹⁹ o en el cambio de ideas, percepciones e imaginarios sociales respecto al tema objeto de litigio (efectos simbólicos).²⁰ Se destaca al respecto el efecto desbloqueador que logra el Sistema Interamericano para enfrentar aparatos estatales y burocracias que bloquean la democracia y el cumplimiento de los derechos.²¹ Asimismo, el

¹⁹ Cavallaro, James L. y Brewer, Stephanie Erin, “*Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: the Case of the Inter-American Court*”, “*Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: the Case of the Inter-American Court*”. *American Journal of International Law*, 4, (102), 2008, pp. 768-827.. Asimismo, Beristain reseña el testimonio de Carlos Marecos, líder Sawhoyamaya, quien señaló que “*uno de los motivos, digamos, de que llegase el caso a la Corte es que vimos que aún nos quedaban fuerzas para luchar*”. En este libro se explica la forma como el litigio del caso *Sawhoyamaya*, con independencia de sus resultados materiales, fortaleció lazos entre los líderes más jóvenes –que conocían más del español- y los líderes más ancianos. Asimismo, el litigio permitió reconstruir lazos comunitarios –usos y costumbres- a pesar de la extrema vulnerabilidad. El efecto indirecto se relaciona con este fortalecimiento interno de la comunidad gracias al litigio. Ver asimismo Dulitzky, Ariel E., “*The Inter-American Human Rights System Fifty Years Later: Time For Changes*”, Special Edition, *Revue québécoise de droit international*, núm.127, 2011.

²⁰ Sobre el concepto de “efecto simbólico”, ver Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, *op. cit.*, nota 9, p. 25 y García Villegas, Mauricio, *La Eficacia Simbólica del Derecho. Exámen de Situaciones Colombianas*, Bogotá, Uniandes, 1993. Ver asimismo el conjunto de testimonios de víctimas, agentes del Estado y funcionarios de la Comisión y la Corte Interamericana en casos ante el Sistema Interamericano recopilados en Beristain, Carlos Martín, *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009. Muchos de los entrevistados precisaron los efectos del litigio en nuevas percepciones sobre ciertos problemas o un conjunto de imaginarios e ideas que cada actor proyectada en torno a lo que implicaban los casos.

²¹ Tiscornia, Sofia, *Activismo de los derechos humanos y burocracias estatales. El caso Walter Bulacio*, Buenos Aires, Del Puerto, 2008. Un análisis de cómo se insertaron diversas decisiones interamericanas en procesos políticos impulsados en Perú respecto a lucha contra la impunidad puede verse en

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

efecto deliberativo de las decisiones interamericanas para impulsar mayor deliberación, participación social y rendición de cuentas respecto a los alcances y la implementación de ciertas políticas públicas.²²

Algunos de estos estudios evidencian que, al analizar los efectos de estas decisiones en las instituciones estatales, es necesario superar una visión del Estado como un actor unitario. En efecto, una visión tradicional del Estado le entiende como una forma monolítica, que algunas posturas asumen como diseñada para la dominación. Enfoques como el de Michael Mann rompen con esta concepción al reconocer que, si bien el Estado sigue siendo un espacio de unificación social, esta unificación es polimorfa,²³ es decir, que el Estado centraliza de forma distinta numerosas redes de poder político. En este marco el poder no es solo ejercido en forma vertical, sino que algunas resistencias desde abajo o antisistémicas se proyectan en dicha unificación. Un enfoque de

Sandoval, Clara, “The Challenge of Impunity in Peru: The Significance of the Inter-American Court of Human Rights”, *Essex Human Rights Review*, 1 (5), 2008, pp. 97-118.

²² En este punto cabe resaltar el proceso de implementación de la sentencia emitida por la Corte Interamericana en el caso González y otras (“Campo Algodonero”) respecto al asesinato de mujeres en Ciudad Juárez, teniendo en cuenta las órdenes emitidas por el Tribunal, que exigían acciones tanto en los niveles local como federal así como en el ámbito judicial y legislativo. En términos de rendición de cuentas, cabe resaltar que la “Comisión Especial para conocer y dar seguimiento a los casos de femicidio registrados en México (CEF) de la LXI Legislatura de la Cámara de Diputados”, conformada por algunas diputadas de dicho país, impulsó un seguimiento de las acciones emprendidas por diversas agencias estatales para la implementación de la sentencia. Ver <http://www.proceso.com.mx/?p=290240> y el informe emitido por dicha Comisión en 2010. Ver asimismo Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de mayo de 2013.

²³ Mann explica que “(e)n química se llama polimorfa aquella sustancia que cristaliza de dos o más formas distintas, que generalmente pertenecen a diferentes sistemas. El término se adapta a las formas en que cristaliza el Estado, como centro –diferente en cada caso- de numerosas redes de poder”. Mann, Michael, “Una teoría del estado moderno”, en Ídem., *Las fuentes del poder social II: El desarrollo de las clases y los Estados nacionales 1760-1914*, Madrid, Alianza Editorial, 1997, pp. 110.

El impacto de las decisiones interamericanas...

esta naturaleza permite reivindicar, por ejemplo, el papel de funcionarios o agencias estatales que, a pesar de encontrarse dentro del sistema, su actitud pretende ser crítica y transformadora.

Considero que las visiones constructivistas tienen un especial valor metodológico para visibilizar el enorme conjunto de impactos indirectos / no previstos que pueden alcanzar las decisiones interamericanas. A pesar de situaciones que, desde un punto de vista instrumental podrían estar asociadas a fuertes fallas en el cumplimiento de algunas decisiones —por ejemplo, la impunidad respecto a una grave violación de derechos humanos declarada por la Corte—, las visiones constructivistas se concentran en visibilizar la riqueza y complejidad de los procesos institucionales y sociales que acompañan tanto el litigio como la implementación de los fallos. Al apreciar en esta forma el impacto de la actuación de la Comisión y la Corte es posible abrir el escenario de análisis más allá de las partes en un caso e involucrar al conjunto de actores que, dentro del campo jurídico interamericano, están luchando por posicionar sus intereses y capitales en torno a las políticas públicas de derechos humanos.

Para explicar en forma un poco más concreta el potencial que le otorgo a las visiones constructivistas, a continuación me referiré en forma muy preliminar a un ejemplo de efecto indirecto de ciertas decisiones interamericanas, relacionado con lo que denomino experiencias de “empoderamiento institucional”. Cierta tipo de uso del Sistema Interamericano por parte de actores estatales se relaciona con formas de “empoderamiento institucional”, particularmente en aquellos casos donde la invocación del derecho interamericano tiene un rol importante para enfrentar una correlación de fuerzas adversa para que una determinada agencia estatal pueda cumplir un mejor papel en la defensa institucional de Derechos humanos.²⁴

²⁴ Un aspecto para investigaciones posteriores lo constituye el determinar si este tipo de “empoderamiento institucional” puede explicarse en marcos teóricos como el propuesto por Ermanno Vitale respecto al concepto de “resistencia constitucional”. Vitale, Ermanno, *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*, Madrid, Trotta, 2012. Si bien Vitale no trabaja su enfoque desde la “resistencia” desde las instituciones, su visión del “contrapoder” desde el Estado es una perspectiva relevante sobre la compleji-

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Este tipo de uso viene siendo documentado en la valoración general de la intervención del Sistema Interamericano para fortalecer las democracias de la región. Así por ejemplo, tal como lo señala Bernardes, cuando las estructuras nacionales no permiten que ciertos temas lleguen a la esfera pública, o si llegan, que se conviertan en políticas públicas oficiales —sea porque atienden a grupos sociales invisibilizados o porque desafían a grandes intereses económicos— en esos momentos las esferas públicas transnacionales pueden ser determinantes. Bernardes analiza algunos ejemplos que permiten afirmar que algunos temas que no encuentran lugar en la agenda política nacional se pueden plantear en estos espacios transnacionales, y más tarde, en una nueva configuración de poder, se los puede volver a incluir en la política doméstica.²⁵

El enfoque es constructivista —y no instrumentalista— en el sentido de que no se parte de la efectividad de la situación de “empoderamiento institucional” —si la respectiva agencia es-

dad del funcionamiento del poder político en la actualidad. Por su parte, Arango señala que “la resistencia constitucional, a diferencia de la civil que involucra un desafío a la legalidad, consiste en hacer uso de los mecanismos que la misma Constitución otorga a los ciudadanos para garantizar la precedencia de sus derechos fundamentales sobre otros bienes públicos, intereses generales u objetivos sociales. Arango afirma que las sentencias que protegieron a los deudores de vivienda y ordenaron la expedición de una nueva legislación para el financiamiento de la vivienda a largo plazo; la sentencia que declaró la inconstitucional de una reforma legal al régimen tributario por desconocer el derecho al mínimo vital de la población más pobre; la sentencia de tutela que protegió a la población desplazada o la que aseguró el derecho al mínimo vital de los recicladores “son una buena muestra de cómo se ejerce la resistencia constitucional por vía de la jurisdicción sin con ello subvertir el orden jurídico ni desconocer el principio de separación del poder público y el principio democrático”. Ver, Arango, Rodolfo, “Los derechos sociales en Iberoamérica: estado de la cuestión y perspectivas hacia futuro”, *Cuadernos Electrónicos*, No. 5, Federación Iberoamericana del Ombudsman, 2009, http://www.portalfio.org/inicio/archivos/cuadernos_electronicos/numero_5/1_%20Los%20derechos%20sociales%20en%20Iberoam%C3%A9rica.pdf

²⁵ Bernardes, Marcia, “Sistema Interamericano de Derechos Humanos como Esfera Pública Transnacional: Aspectos Jurídicos y Políticos de Implementación de las Decisiones Internacionales”, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 15, 2011, pp. 137-159.

El impacto de las decisiones interamericanas...

tatal logró el objetivo propuesto—. De hecho, algunos casos se caracterizan por su efecto moderado para transformar realmente una política pública específica. La idea de “empoderamiento institucional” busca resaltar la redefinición de la estrategia de un actor estatal a partir del impulso de la intervención del Sistema Interamericano y la implementación de sus decisiones.²⁶ Interesa analizar cómo ello constituye un efecto indirecto importante de las decisiones o de la intervención interamericana en tanto escenario de actores locales en controversia.

2. EL POTENCIAL DE LOS ENFOQUES CONSTRUCTIVISTAS: EL EJEMPLO DEL “EMPODERAMIENTO INSTITUCIONAL ESTRATÉGICO”²⁷

Durante las primeras décadas de funcionamiento del Sistema Interamericano, muchos de los Estados que le conforman fueron acusados de actuar, en alguna medida, como “enemigos” del mismo. En efecto, durante cierta época se pensaba que no se lograría el número de ratificaciones de la Convención Americana que le permitiera a la Corte IDH iniciar su funcionamiento. Luego de 1979, cuando la Corte comienza sus labores, el temor era que no llegara ningún caso contencioso ante dicho tribunal o

²⁶ En este tipo de enfoque resulta de especial valor el análisis de los órganos institucionales que tienen relación con la implementación de las decisiones interamericanas. Para un análisis de argumentos a favor y en contra de concentrar en una determinada agencia estatal la responsabilidad de cumplir con las decisiones internacionales, y la necesidad de fortalecer la implementación de las decisiones interamericanas a partir de la intervención de diversos actores estatales —no sólo del poder ejecutivo— ver Abregú, Martín y Espinoza, Olga, “La eficacia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la aplicación de sus decisiones por los Estados Parte”, en Abramovich, Víctor; Bovino, Alberto y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Del Puerto, 2007, pp. 191-214.

²⁷ En algunos apartados de esta sección retomo parcialmente una aproximación a ciertos debates sobre la jurisprudencia de la Corte, ver Parra Vera, Óscar, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, Año 13, núm. 1, 2012, pp. 5-51.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

que, en el evento de que la Comisión remitiera un determinado caso, el Estado respectivo se negara a comparecer ante el tribunal, desconociera su jurisdicción o se negara a cumplir con sus órdenes.

Si bien sigue existiendo una relación tensa entre los Estados y los órganos de protección, la situación ha cambiado notablemente en las últimas décadas. Autores como Abramovich han visibilizado la utilización del Sistema Interamericano por parte de algunos Estados o por organismos públicos con competencia en derechos humanos “para iluminar ciertas cuestiones e impulsar agendas nacionales o regionales”. Abramovich destaca que en algunos casos “cuando los Gobiernos tienen políticas claras en esta materia, un caso en el SIDH suele ser considerado como una oportunidad de incidencia política, por las áreas interesadas del mismo Gobierno, para superar resistencias en el propio Estado o en otros sectores sociales”.²⁸

A continuación analizo algunos posibles casos de “empoderamiento institucional”, donde algunos funcionarios e instituciones han involucrado las decisiones interamericanas en escenarios de confrontación con otros poderes públicos. Tal como lo mencioné previamente, se trata de una valoración del Estado como terreno en disputa entre instituciones, a veces entre distintas ramas del poder público o en ocasiones al interior de un poder público específico. Esta aproximación es muy preliminar dado que no se hace una calificación detallada sobre el contexto

²⁸ Abramovich, Víctor, “Remedios de alcance colectivo y obstáculos en la ejecución de decisiones en el Sistema Interamericano”, 2010, http://www.es-cr-net.org/usr_doc/Abramovich_-_Remedios_en_SIDH_%28borrador%29.pdf. Abramovich menciona como ejemplos i) algunos procesos de solución amistosa ante la Comisión Interamericana que motivaron cambios en la legislación y en políticas nacionales, ii) las solicitudes de Opiniones Consultivas por parte del Estado mexicano respecto a la asistencia consular en procesos que implican la aplicación de la pena de muerte y respecto a derechos de los migrantes en situación irregular, iii) la solicitud de Opinión Consultiva sobre la práctica estatal de nombrar jueces *ad hoc* en litigios ante la Corte, la cual fue presentada conjuntamente con algunas organizaciones sociales, y iv) el número de funcionarios públicos, jueces, defensores, fiscales, operadores judiciales que han acudido ante la Comisión y la Corte buscando protección cautelar de urgencia.

El impacto de las decisiones interamericanas...

político específico de cada litigio. Sin perjuicio de lo anterior, se hace mención a cierta información que permite valorar los alcances de la actuación conjunta internacional / local para enfrentar una coyuntura adversa y salvaguardar objetivos relacionados con la defensa de derechos humanos. Son ejemplos de lo que autores como Huneeus denominan “compliance partnerships”,²⁹ donde la interacción entre lo interamericano y lo local tiene como objetivo consolidar una agenda común para impulsar una mejor implementación tanto de políticas de derechos humanos como de decisiones interamericanas. Interesantes ejemplos de este tipo de interacciones dinámicas puede verse en las sentencias emitidas por la Corte Constitucional de Colombia en la que se consideró procedente la acción de tutela para exigir el cumplimiento de ordenes emitidas por la Corte Interamericana.³⁰

Cabe resaltar que el análisis de algunos ejemplos de esta interacción estratégica entre instituciones se inserta en literatura

²⁹ Huneeus, Alexandra, “Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights”, *Cornell International Law Journal*, 2011, 44:3. Sobre este tipo de alianzas que deberían surgir entre altas cortes y la Corte IDH, ver Dulitzky, Ariel, “Quién controla a quién? O el control de Convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. O de la subsidiariedad a la supremacía convencional”, *Inédito*.

³⁰ Ver la tutela emitida en relación con el caso *19 Comerciantes*, respecto a erigir un monumento en memoria de las víctimas y, mediante una ceremonia pública, colocar una placa con los nombres de éstas. Ver, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-653 de 2012. Asimismo, en la sentencia T-367 de 2010, la Corte Constitucional de Colombia declaró procedente la tutela interpuesta por obstáculos relacionados con la implementación del caso *Masacres de Ituango Vs. Colombia*. El Alto Tribunal colombiano ordenó a la Agencia Presidencial para la Acción Social “informar a través de radio, prensa y televisión, con cubrimiento nacional y local, incluida la radio comunitaria, por lo menos una vez al mes en todos los medios y durante el término de seis meses, en horarios y espacios de alta audiencia, a la población afectada por las Masacres de Ituango de las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para las personas individualizadas en dicho fallo y del procedimiento a seguir para acceder a ellas”. De otra parte se conminó al Ministerio de Relaciones Exteriores a “ejercer una función de coordinación efectiva en la que se ilustre de manera adecuada y oportuna a las diferentes entidades del Estado responsables de la atención de la población desplazada por la violencia, de la necesidad de cumplir con los fallos judiciales de los organismos internacionales (...)”.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

reciente que valora, desde una perspectiva sociojurídica o desde propuestas de reajuste institucional impulsadas desde las mismas cortes,³¹ la relación entre la Corte Interamericana y las Altas Cortes locales en orden a explicar los factores que generan alianzas y/o situaciones de confrontación.³²

2.1. Medidas cautelares para magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Colombia

Un ejemplo interesante en esta materia puede verse en la solicitud de medidas cautelares por parte de miembros de un poder público en el marco de la persecución de otro poder público o en el contexto de choques interinstitucionales. En este punto cabe reseñar la emisión de medidas cautelares por parte de la Comisión Interamericana para proteger algunos magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Colombia que alegaban, entre diversas amenazas, la persecución por parte del Gobierno de ese

³¹ European Court of Human Rights, *Dialogue between judges 2012. How can we ensure greater involvement of national courts in the Convention system?*, Strasbourg, ECHR / Council of Europe, 2012; Spielman, Dean, “Keynote speech”, Conference: *Judgments of the European Court of Human Rights. Effects and Implementation*, 20 September 2013, y Arden, Mary (Rt Hon Lady Justice), “Peaceful or Problematic? The Relationship between National Supreme Courts and Supranational Courts in Europe”, *Yearbook of European Law*, 2010. Estos documentos discuten las propuestas recientes para fortalecer la comunicación el diálogo entre las altas cortes y el Tribunal Europeo, incluyendo los debates sobre la posibilidad de que Altas Cortes soliciten opiniones consultivas en ciertas circunstancias.

³² Huneeus, Alexandra, “Courts Resisting Courts”, *Op. Cit.*; Uprimny, Rodrigo y Saffon, María Paula, “El desafío judicial de la implementación interna y de la sostenibilidad jurídica y política del sistema interamericano de Derechos Humanos”, Res pública argentina. Buenos Aires n° 1 (ene./abr. 2008) p. 31-45; Shany, Yuval, “Categorizing vertical and horizontal jurisdictional interactions”, en Ídem., *Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts*, New York, Oxford University Press, 2007, pp. 27-77 (donde se analizan, entre otros los casos sobre Notificación Consultar que involucran a la Corte Internacional de Justicia y la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos). Ver asimismo, Shai Dothan, “Judicial Tactics in the European Court of Human Rights” (Public Law & Legal Theory Working Papers, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 12, No. 1, 2011.

El impacto de las decisiones interamericanas...

entonces. Como antecedente para entender este ejemplo, cabe anotar que a partir de 2006 se inició en Colombia una estrategia sistemática dirigida a la investigación de los delitos cometidos por el paramilitarismo y, en particular, de las alianzas de dichos grupos ilegales con empresarios, políticos y miembros de las fuerzas armadas. Estas investigaciones generaron un proceso muy difundido públicamente y denominado “parapolítica”, en torno al cual se han detenido y sancionado penalmente a más de cuarenta congresistas de Colombia.³³ Gran parte de los congresistas eran miembros de la coalición de apoyo al gobierno de ese momento. Por tal razón, las decisiones sobre “parapolítica” generaron un fuerte conflicto entre el poder ejecutivo y el poder judicial.

En el marco de este choque, algunos magistrados de la Corte Suprema de Justicia hicieron uso del Sistema Interamericano para reclamar protección y garantías en el ejercicio de su labor, teniendo en cuenta que el presidente había efectuado diversas acusaciones de corrupción y parcialidad contra la Corte. Uno de los aspectos que generó mayor choque entre el gobierno y el poder judicial se relacionaba con los presuntos seguimientos e interceptaciones ilegales contra miembros de la oposición y magistrados y la acusación penal que el presidente adelantó contra uno de los magistrados por el delito de injuria. Algunos de los beneficiarios de las medidas habían sido objeto de hostigamientos. Las presuntas víctimas denunciaron que en las interceptaciones ilegales e intervenciones de las comunicaciones de las presuntas víctimas, habrían participado, incluso, miembros de la escolta de protección asignada por el propio Estado, quienes también habrían filtrado información sobre sus movimientos a los organismos de inteligencia.³⁴

³³ Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia y ICTJ, *Procesos contra Aforados Constitucionales - Parapolítica. Compilación de autos y sentencias. Diciembre de 2007 a septiembre de 2010*, Bogotá, ICTJ / ASDI, 2010.

³⁴ Una descripción detallada de estos hechos puede verse en Grupo Interdisciplinario por los Derechos Humanos, *Justicia: Tras la Mordaza. Apuntes y Casos sobre los ataques a la Independencia del Poder Judicial en Colombia*, Medellín, 2009.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

En este contexto la Comisión Interamericana emitió medidas cautelares en favor de cuatro magistrados de la Corte Suprema y un magistrado auxiliar de dicho órgano. Algunos de los beneficiarios tenían relación directa con las investigaciones de dicho tribunal respecto a la “parapolítica”.³⁵ La Comisión consideró que dichos funcionarios se encontraban seriamente amenazados tras los seguimientos e interceptaciones ilegales. Las medidas involucraron la solicitud al Estado respecto a la protección de dichos magistrados y sus familiares, así como la investigación de los hechos originadores del riesgo.³⁶

A pesar de que el Sistema Interamericano ha otorgado protección cautelar y tutelar a diversos funcionarios públicos y líderes políticos, la solicitud de protección por parte de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia constituye un hecho de importancia en el contexto de los conflictos interinstitucionales que se presentan en Colombia como consecuencia de algunos esfuerzos por implementar adecuadamente las obligaciones en derechos humanos. De allí la importancia que algunos magistrados de la Corte Suprema otorgaron a una denuncia internacional interamericana. En el momento en el que el choque con el Poder Ejecutivo ofrecía mayor complejidad, el Sistema Interamericano ofreció una oportunidad para visibilizar, a nivel nacional e internacional, la magnitud de la intimidación que sufrían los magistrados. Sin perjuicio de que es necesario indagar empíricamente con mayor detalle sobre los efectos de estas medidas cautelares emitidas por la Comisión, es posible señalar algunos impactos indirectos y simbólicos relacionados con la visibilización de la gravedad del problema por el carácter intimidatorio de este tipo de amenazas. En efecto, los hostigamientos contra la

³⁵ La omisión emitió medidas cautelares en favor de los magistrados Cesar Julio Valencia, Yesid Ramírez, Sigifredo Espinosa, la magistrada María del Rosario González y el magistrado auxiliar Iván Velásquez. <http://www.rcnradio.com/node/53909> y <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-231745-corte-interamericana-ordena-proteccion-magistrado-espinosa>. Ver asimismo, “Gobierno no ha cumplido con medidas de protección, dicen magistrados”, 28 de Octubre del 2010; “Medidas cautelares a favor de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia”.

³⁶ Medidas Cautelares MC 119/09, MC 157/09, MC 243/210. Disponibles en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>

El impacto de las decisiones interamericanas...

cúpula del poder judicial podían involucrar un mensaje inhibitorio / intimidatorio respecto a los esfuerzos de funcionarios judiciales por impulsar con debida diligencia estos procesos de especial complejidad. El apoyo internacional constituía un importante soporte para poder continuar en forma diligente con el impulso de procesos penales como el de la “parapolítica” y podía contribuir a cambiar la percepción sobre la gravedad del problema o el “enquadre” que algunos medios de comunicación venían haciendo de este tipo de conflicto interinstitucional.³⁷

Una línea de investigación a futuro puede comparar este ejemplo colombiano con la protección de la Comisión Interamericana a favor de jueces en otros países que enfrentan este tipo de intimidaciones, como se evidencia en las medidas cautelares adoptadas para proteger a los jueces que intervinieron en el juicio y condena del exdictador guatemalteco Efraín Ríos Montt.³⁸

³⁷ Sobre el concepto de encuadre como herramienta cualitativa en el análisis de medios, ver Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, *Cortes y Cambio Social...* Op. Cit., p. 106 y ss. En el ejemplo analizado, cabe resaltar que algunos medios señalaron que era “histórico” que quien fuera cobijado por la protección cautelar por parte de la Comisión Interamericana fuera un magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Ver <http://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/cidh-concede-medidas-cautelares-a-magistrado-de-la-corte-suprema-de-justicia/20090518/nota/813578.aspx>

³⁸ El 28 de junio de 2013 la CIDH otorgó medidas de protección a favor de las juezas Yassmin Barrios Aguilar, Patricia Bustamante García y del juez Pablo Xitumul de Paz, debido a numerosos actos de hostigamiento y amenazas que han recibido por su participación en el juzgamiento de los ex generales Efraín Ríos Montt y Mauricio Rodríguez Sánchez. Ver CEJIL, “Comisión Interamericana de Derechos Humanos requiere al Estado de Guatemala que proteja a Jueces que juzgaron a Ríos Montt”, 2 de julio de 2013, disponible en <http://cejil.org/comunicados/comision-interamericana-de-derechos-humanos-requiere-al-estado-de-guatemala-protger-a-j> En el comunicado de cierre del **147 Período de Sesiones, el 5 de abril de 2013, la CIDH resaltó** “la importancia de que el Estado de Guatemala ofrezca garantías de seguridad para que las y los operadores de justicia puedan continuar con sus labores en condiciones de independencia e imparcialidad a fin de que el Estado continúe avanzando en el esclarecimiento de la verdad y sanción a los responsables de las graves violaciones cometidas durante el conflicto armado”.

2.2. Tensiones entre la Sala Criminal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala y la Corte de Constitucionalidad de dicho país. La intervención de la Corte Interamericana

Decisiones de la Comisión y la Corte han documentado terribles atrocidades cometidas durante el conflicto armado que padeció Guatemala hasta los acuerdos de paz firmados en 1996. En una primera época el Estado mantuvo una actitud confrontativa con la Comisión Interamericana, en orden a impedir al máximo tanto *visitas in loco* como informes sobre casos y la situación general del país. En algunos gobiernos se ha tenido algún nivel de apertura ante los órganos interamericanos, reconociendo la responsabilidad del Estado en algunas graves violaciones y ofreciendo algunas medidas de reparación que actualmente se relacionan con un “Programa Nacional de Resarcimiento” por las atrocidades del pasado.

El Estado creó en los años noventa una “Comisión Presidencial coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos – COPREDEH”. Copredeh ha impulsado soluciones amistosas en muchos de los casos más sensibles ante los órganos interamericanos. Sin embargo, tal como lo analizaron en su momento Mersky y Roth-Arriaza,³⁹ las acciones de Copredeh “a menudo no concordaban con el de otros integrantes del gabinete”. Además, se trataba de una “comisión presidencial” cuya “estructura resulta[ba] débil en relación con otras instituciones” como el Ministerio de Relaciones Exteriores que, al momento en que estas autoras desarrollaron su análisis, estaba “muy dispuesto a defender al Estado a cualquier precio y a negar cualquier tipo de responsabilidad”. Mersky y Roth-Arriaza resaltaban que “quienes se oponían dentro de[l gobierno Portillo 2000-2004] a cualquier tipo de responsabilidad por las violaciones cometidas en el pasado, finalmente crearon un “gabinete de seguridad y derechos

³⁹ MERSKY, Marcie y ROTH-ARRIAZA, Naomi, “Guatemala”, en Due Process of Law Foundation, *Victimas sin mordaza, el impacto del Sistema Interamericano en la justicia transicional en Latinoamérica: los casos de Argentina, Guatemala, El Salvador y Perú*, México D.F., DPLF / Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2007, pp. 17-51.

El impacto de las decisiones interamericanas...

humanos” bajo la dirección del vicepresidente, como un centro de poder alternativo a la Copredeh”. Según dichas autoras, esta “pugna interna explica[ba] algunas incoherencias en las posturas públicas del gobierno y, en cierta medida, evidencia[ba] la fragilidad incluso de algunos de los importantes avances logrados”.⁴⁰

A continuación analizo cómo la intervención interamericana adquirió en su momento un rol importante en las estrategias que tuvieron Copredeh y la Sala Criminal de la Corte Suprema, órganos que estaban tratando de impulsar la lucha contra la impunidad en este escenario de pugnas internas entre agencias estatales.⁴¹

Como antecedente para entender este ejemplo, cabe anotar que la Corte ha señalado que Guatemala enfrenta un patrón estructural de impunidad que ha dificultado el cumplimiento del deber de investigar.⁴² Por ello, en la implementación de algunas de sus decisiones, la Corte ha realizado un análisis más detallado del marco institucional en el que se insertan sus órdenes, tratando de precisar con más claridad el tipo de acción estatal idóneo para impulsar las investigaciones.

⁴⁰ Un ejemplo expuesto por Mersky y Roth, *op. cit.*, pp. 30-31, se relaciona con un video sobre la Masacre de Las Dos Erres, transmitido por televisión en el marco de una solución amistosa impulsada por las víctimas y por Copredeh. Luego de la transmisión del video, en el que las víctimas acusaban al Ejército como responsable de la masacre, presuntamente se solicitó la renuncia de los directivos de Copredeh y el Congreso de Guatemala, “bajo el control de los partidarios” de uno de los acusados por dicha masacre, “repudió el video y pidió la disolución de la Copredeh”.

⁴¹ En su momento, Mersky y Roth-Arriaza analizaban esta estrategia como una continuación de esfuerzos anteriores de Copredeh dirigidos a “utilizar el Sistema Interamericano de justicia para ejercer presión sobre el sistema jurídico”, razón por la cual, “a partir del gobierno de Portillo [se] logró que representantes del Ministerio Público y de la Corte Suprema participaran en reuniones con la CIDH celebradas en Washington, y los invit[ó] a presentar información directa sobre sus iniciativas cuando los comisionados visitaron Guatemala” (Mersky y Roth-Arriaza 2007: 43). La gestión actual de Copredeh es diferente y constituye un aspecto que no se analizará en este artículo.

⁴² Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, Resolución de supervisión de cumplimiento, 27 de enero de 2009.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Así por ejemplo, al evaluar el cumplimiento de una sentencia proferida cinco años atrás respecto a la desaparición forzada del niño Marco Antonio Molina Theissen, la Corte emitió órdenes dirigidas a una investigación con debida diligencia según los estándares de la jurisprudencia y avanzó en precisar el tipo de compromiso institucional necesario para el impulso de las investigaciones⁴³. En particular, el Tribunal estableció órdenes directas a diversas instituciones de Guatemala, de tal forma que acompañaran la producción de información por parte del gobierno. En efecto, la Corte ordenó la designación de funcionarios de enlace en el poder judicial y en inteligencia militar, para que dichos funcionarios informaran detalladamente la forma como se enfrentan los obstáculos para superar los problemas en las investigaciones. Se ordenó al Estado que:

designe un funcionario de la Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia (CNSAFJ), quien, junto con la Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos (COPREDEH), deberá presentar un informe que establezca: i) el presupuesto que tiene el Estado para impulsar los casos de violaciones de derechos humanos durante el conflicto armado; ii) si dicho presupuesto es suficiente para cubrir las necesidades investigativas, en especial las del presente caso, y iii) de ser insuficiente dicho presupuesto, las medidas necesarias para incrementarlo;

designe un funcionario de la CNSAFJ, quien establecerá un cronograma y una metodología de trabajo con las Altas Cortes dirigido a impulsar los casos de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos;

designe un funcionario de enlace en la inteligencia militar del Ejército, a quien el Ministerio Público y el juzgado que estén a cargo de las investigaciones internas del presente caso, así como la CNSAFJ, la COPREDEH y las víctimas de este caso o sus representantes, puedan dirigirse en búsqueda de información para descubrir a los responsables o hallar los restos del joven Molina Theissen. Este funcionario presentará, [...], conjuntamente con la COPREDEH, un informe sobre la metodología y el cronograma dirigido a impulsar

⁴³ Corte IDH, Caso Molina Theissen Vs. Guatemala, Resolución de supervisión de cumplimiento, 16 de noviembre de 2009.

El impacto de las decisiones interamericanas...

la colaboración del estamento militar en el impulso de las investigaciones.

Una de las órdenes más relevantes emitidas por la Corte fue la de solicitar información sobre “el número de acciones disciplinarias, administrativas o penales emprendidas” contra funcionarios que se niegan a colaborar en el cumplimiento de dichas órdenes. Asimismo, la Corte precisó claramente que la labor de los órganos estatales mencionados “no se puede limitar al envío de oficios transcribiendo estas órdenes, sino que estos funcionarios, que deberán contar con todo el apoyo del Estado, deberán crear las condiciones para que la información remitida” sea “precisa, completa, confiable y aprovechable o útil, es decir, brinde parámetros cualitativos y cuantitativos para hacer seguimiento al cumplimiento de estas órdenes”. Como se observa, las decisiones de la Corte precisan un margen de acción para que Copredek pueda interlocutar con otras agencias de las cuáles depende la implementación de las órdenes del Tribunal. Autoras como Huneeus (2011), cuyo trabajo es pionero en focalizar el análisis de cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana desagregándolo según el órgano estatal al que va dirigida la orden emitida por la Corte, resaltan la importancia de estas estrategias basadas en la identificación con mayor detalle de los actores locales para interlocutar, en orden a construir una mejor alianza entre la Corte Interamericana y los jueces y fiscales internos dirigida al cumplimiento de los fallos internacionales.

Otro ejemplo relevante se relaciona con la implementación de las sentencias de fondo y reparaciones emitidas el 25 de noviembre de 2000 y el 22 de febrero de 2002 respecto a la desaparición forzada de Efraín Bámaca Velásquez. En dichos fallos se ordenó la investigación de lo ocurrido. Casi una década después de estas órdenes, las investigaciones no habían avanzado.

En consecuencia, en 2009,⁴⁴ el Tribunal adoptó órdenes con mayor detalle sobre los ajustes institucionales pertinentes para impulsar la obligación de investigar. La Corte solicitó información sobre “el número y las características de los actos proce-

⁴⁴ Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Resolución de supervisión de cumplimiento, 27 de enero de 2009.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

sales que se estén impulsando para investigar los patrones sistemáticos y la responsabilidad de las cadenas de mando militar respectivas”. La Corte añadió que dichos actos debían partir de la precisión de códigos y unidades institucionales así como de la respectiva línea de mando. Asimismo, el Tribunal ordenó y solicitó información detallada en torno al presupuesto asignado para impulsar la investigación así como el programa de protección de jueces, operadores judiciales y testigos, precisando que corresponde al Estado identificar de oficio el riesgo que se cierne sobre cualquier interesado o partícipe en la investigación, así como manejar en forma diligente cualquier inquietud al respecto alegada por las partes en el proceso.

Este enfoque de la Corte tuvo impacto en el impulso del caso. En un primer momento, el 11 de diciembre de 2009, la Sala Criminal de la Corte Suprema de Justicia declaró que era necesario anular un sobreseimiento emitido en dicho caso e “iniciar un nuevo procesamiento” de los responsables. Sin embargo, como consecuencia de la orden de reabrir la investigación, un militar retirado presentó un recurso de amparo ante la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, alegando que al existir un sobreseimiento a su favor el proceso no se podía reabrir y no podía ser sometido a una nueva persecución penal. La Corte de Constitucionalidad aceptó dicho recurso señalando que la Corte Interamericana no había declarado la fraudulencia de lo actuado en el proceso y que se podían vulnerar derechos del acusado. Se ordenó entonces la revisión de la decisión de reabrir la investigación. Si los magistrados no lo hacían, podían ser sancionados, razón por la cual anularon la decisión de reapertura de investigación.

Copredek (la mencionada Comisión Presidencial para el tema de derechos humanos) solicitó a la Corte un pronunciamiento específico sobre esta controversia entre la Sala Criminal y la Corte de Constitucionalidad. De hecho, la Sala Criminal también solicitó la intervención de la Corte, aunque posteriormente anuló el acto en el que solicitó dicha intervención. Al resolver lo pertinente, la Corte Interamericana recordó que ya había señalado, diez años atrás, que el fiscal del caso “recibió presiones, atentados y amenazas” y que respecto de los recursos internos se ejercieron “acciones directas de agentes del Estado de alto nivel

El impacto de las decisiones interamericanas...

tendientes a impedir que tuvieran resultados positivos”. Además, la Corte Interamericana dio dos pasos importantes para fortalecer la legitimidad de sus órdenes en este caso.

En primer lugar, la Corte consideró que no sólo su jurisprudencia constante, sino también diversas prácticas en la región, relacionadas con la implementación judicial de sus órdenes, permiten inferir que no son necesarias órdenes específicas y desagregadas para que las autoridades internas implementen efectivamente investigaciones judiciales y adopten las medidas necesarias para superar los obstáculos que generan impunidad. Para ello, la Corte resaltó prácticas del derecho internacional en el derecho interno en Perú (relacionadas con los alcances de la anulación de las leyes de amnistía), Bolivia y Colombia sobre la improcedencia de oponer la garantía de prescripción para impedir investigaciones ordenadas por la Corte Interamericana respecto a graves violaciones de derechos humanos.

En segundo lugar, el Tribunal hizo un juicio de ponderación respecto a las garantías penales que se invocan para impedir la vigencia plena de la orden de investigar emitida por la Corte, frente a los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos como el relacionado con el caso *Bámaca*. El Tribunal consideró que la impunidad en la que pueden quedar estas conductas por la falta de investigación, genera una afectación bastante alta a los derechos de las víctimas. La intensidad de esta afectación no sólo autoriza sino que exige una excepcional limitación a la garantía de *ne bis in idem*, a fin de permitir la reapertura de esas investigaciones cuando la decisión que se alega como cosa juzgada surge como consecuencia del incumplimiento protuberante de los deberes de investigar y sancionar seriamente esas graves violaciones. En estos eventos, la preponderancia de los derechos de las víctimas sobre la seguridad jurídica y el *ne bis in idem* es aún más evidente, dado que las víctimas no sólo fueron lesionadas por un comportamiento atroz sino que, además, deben soportar la indiferencia del Estado, que incumple manifiestamente con su obligación de esclarecer esos actos, sancionar a los responsables y reparar a los afectados.⁴⁵ Por ello, al analizar

⁴⁵ En este punto la Corte Interamericana siguió a la Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-004 de 20 de enero de 2003.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

los recursos judiciales que puedan interponer los imputados por graves violaciones de derechos humanos, el Tribunal resaltó que las autoridades judiciales están obligadas a determinar si la desviación en el uso de una garantía penal puede generar una restricción desproporcionada de los derechos de las víctimas, donde una clara violación del derecho de acceso a la justicia, desdibuja la garantía procesal penal de cosa juzgada.

En este punto la Corte también utilizó como fundamento las decisiones de Altas Cortes de la región en las que se había aceptado restringir algunas garantías penales de los procesados cuando claramente éstas constituían un obstáculo desproporcionado para la debida diligencia en la lucha contra la impunidad. La Corte hizo alusión a casos de Altas Cortes de Perú y Colombia. Se consideró entonces que, tanto de la jurisprudencia de la Corte como de algunas decisiones en el derecho comparado, es posible concluir que en las eventuales tensiones entre el derecho de acceso a la justicia de las víctimas y las garantías judiciales del imputado, existe una prevalencia *prima facie* de los derechos de las víctimas en casos de graves violaciones de derechos humanos y más aún cuando existe un contexto de impunidad.

A partir de todo lo anterior, la Corte concluyó que no fueron aportados elementos que demostraran que las decisiones adoptadas por la Corte de Constitucionalidad y la Corte Suprema de Justicia —respecto al cierre del caso— hayan sido realizadas de conformidad con lo establecido por las Sentencias y Resoluciones de la Corte en el caso *Bámaca*. Se señaló que en este tipo de casos la prevalencia de un sobreseimiento por encima de los derechos de las víctimas genera que el proceso continúe con manifiestas violaciones del acceso a la justicia, proyectando la impunidad en el tiempo y haciendo ilusorio lo ordenado por la Corte.⁴⁶

El respaldo de la Corte Interamericana a la Sala Criminal de la Corte Suprema es un importante precedente para el impulso de los procesos penales relacionados con las atrocidades del pasado. Sin perjuicio de ello, durante el actual gobierno han surgido diversos debates sobre la implementación de los fallos interame-

⁴⁶ Corte IDH, Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Supervisión de cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 18 de noviembre 2010.

El impacto de las decisiones interamericanas...

ricos. En particular, la cancillería ha hecho manifestaciones en las que se rechaza enérgicamente la jurisdicción de la Corte y se rechazan las órdenes emitidas en materia de reparaciones.⁴⁷

A pesar de la complejidad del contexto político-institucional, lo que me interesa resaltar es que una visión cuantitativa / instrumental sobre el porcentaje en que se ha cumplido lo ordenado por la Corte generaría una conclusión limitada, exclusivamente focalizada en la inexistencia de sanciones respecto a los graves hechos ocurridos. Por el contrario, desde una perspectiva cualitativa y constructivista, el surgimiento de mesas de trabajo y otros diseños institucionales locales para impulsar el cumplimiento de los fallos de la Corte, constituye un punto de partida muy relevante en el fortalecimiento estatal destinado a la defensa de la Convención Americana. En este sentido, el caso *Bámaca* es un ejemplo de cómo la Corte Interamericana profundiza en un análisis del conflicto entre instituciones que impulsan el cumplimiento de sus órdenes y órganos que ofrecen obstáculos para ello. De otra parte, para enfrentar este tipo de obstáculos y apoyar políticas institucionales que impulsan la implementación de las reparaciones ordenadas, la Corte fortalece su papel como tribunal interamericano a través de un mayor diálogo con experiencias notables de implementación del derecho internacional en el ámbito local en la región, lo cual ofrece mayor legitimidad a la intervención internacional.

2.3. Tensiones poder legislativo-poder judicial-poder ejecutivo en relación con la implementación del caso Gelman

Otro ejemplo de tensiones entre diversos poderes públicos y donde las decisiones interamericanas generan una redefinición de la correlación de fuerzas respectiva y una redefinición de las

⁴⁷ En enero de 2013 la cancillería publicó un Acuerdo Gubernativo en el que no admite las indemnizaciones ordenadas por la Corte ni su jurisdicción antes de 1987. Ver, Andres, Asier, “Estado busca frenar pagos a víctimas por sentencias de la CIDH”, 3 de enero de 2013, disponible en <http://www.elperiodico.com.gt/es/20130103/pais/222830/>

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

discusiones colectivas en el ámbito público lo constituye la implementación del caso *Gelman vs. Uruguay*, relacionado con desapariciones forzadas y sustracción de menores.⁴⁸ En su sentencia la Corte tuvo que referirse a los alcances de la mencionada “Operación Cóndor”, con especial énfasis en operaciones clandestinas que incluyeron en muchos casos la sustracción, supresión o sustitución de identidad y apropiación ilícita de niños y niñas, para lo cual mujeres embarazadas eran detenidas en el marco de las referidas operaciones y mantenidas vivas. En numerosos casos, como en el de una de las víctimas, los niños y niñas recién nacidos o nacidos en cautiverio eran entregados a familias de militares o policías o de terceros, luego de que sus padres fueran desaparecidos o ejecutados. Para los efectos de este artículo, solo resalto el complejo debate sobre la compatibilidad con la Convención Americana de una “Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado”, aprobada en 1986, y que concedía una amnistía que impedía las investigaciones.

Dicha Ley de Caducidad contó, en dos oportunidades, con el respaldo de la mayoría de la ciudadanía por medio de mecanismos de democracia directa (un referéndum de 1989 y una propuesta de anular la ley sometida a plebiscito en el año 2009). Al respecto, la Corte Interamericana reiteró su jurisprudencia respecto a que son inadmisibles las disposiciones de amnistía que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos. En relación con el apoyo de dicha ley a través de un referendo y un plebiscito, el Tribunal agregó que el hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La Corte Interamericana indicó además que la legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, por lo que la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla

⁴⁸ Corte I.D.H., *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

El impacto de las decisiones interamericanas...

de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del poder judicial.

En similar sentido, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay había declarado inconstitucional dicha ley cinco días antes de la realización de un plebiscito en el que la población tenía que decidir sobre la derogación de la ley. Si bien una mayoría de los votantes optó por la derogación de la ley, no se logró una votación superior al 50%, lo cual era necesario para la reforma constitucional correspondiente. Esta situación generó un choque entre lo decidido en dicho referendo y lo señalado por la Suprema Corte.

La decisión de la Corte Interamericana citó y concordó con la Corte Suprema. A partir de la decisión interamericana surgieron diversos debates en el órgano legislativo entre aquellos congresistas que defendían el estricto cumplimiento de las obligaciones internacionales en derechos humanos y aquellos que consideraban que no se podía desconocer los resultados de los plebiscitos realizados en 1989 y en 2009. Esta controversia es de particular relevancia, teniendo en cuenta el lugar que tiene la figura del plebiscito en la democracia uruguaya. Fue precisamente a través de un plebiscito, en 1980, que la población rechazó la constitución propuesta por los militares en el poder e inició el camino hacia la transición.⁴⁹ Sin embargo, en el referendo realizado en 1989, donde una mayoría apoyó la Ley de Caducidad, se ha alegado un importante nivel de presión por parte de las fuerzas militares que habían abandonado el poder pero que seguían teniendo un poder intimidatorio.⁵⁰

⁴⁹ Errandonea, Jorge, “Justicia Transicional en Uruguay”, en *Revista IIDH*, San José, IIDH, 2008, No. 47.

⁵⁰ Barahona de Brito, A. “Truth, Justice, Memory, and Democratization in the Southern Cone”, en Barahona De Brito, A., González Enríquez, C. y Aguilar, P., *The Politics of Memory. Transitional Justice in Democratizing Societies*, Oxford University Press, 2001. Sobre la intimidación militar al momento de la aprobación de la ley de Caducidad, en 1986, ver lo manifestado por el dirigente del Frente Amplio, Luis Puig, en los debates de la aprobación de la

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Asimismo, entre las múltiples interpretaciones respecto al plebiscito celebrado en 2009 se encuentran voces críticas respecto a que éste involucre una clara manifestación de “soberanía popular” a favor de la Ley de Caducidad, dado que la votación mayoritaria se concentró en la derogación de la misma.⁵¹ Sin perjuicio de ello, Roberto Gargarella⁵² critica que los reiterados pronunciamientos mayoritarios no tuvieron importancia para la Corte Interamericana a la hora de evaluar la validez de la norma. También critica la pretensión de independizar la discusión del sentido, significado y alcance de los derechos, de los procesos de toma de decisiones basados en el uso de la regla mayoritaria. Gar-

ley que en 2011 declaró la imprescriptibilidad de los crímenes. Cfr. López San Miguel, Mercedes, “El Frente Amplio lucha contra la impunidad”. *Página 12*, 27 de octubre de 2011, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elmundo/4-179888-2011-10-27.html> (último acceso 10 de noviembre de 2011). Asimismo, ver la entrevista con Oscar López Goldaracena en 2007, cuando iniciaba la recolección de firmas dirigida a impulsar la nulidad de la ley mediante plebiscito. Cfr. Amorín C. (2007), “Con Óscar López Goldaracena. Iniciativa por la Nulidad de la Ley de Caducidad. Arrancar la cultura de la impunidad de la identidad nacional”. *Rel UITA*, 3 de septiembre de 2007, disponible en http://www.rel-uita.org/internacional/ddhh/con_oscar_lopez.htm (último acceso 29 de abril de 2012).

⁵¹ Sin negar la enorme cantidad de posturas al respecto, resalto la posición de la Congresista Constanza Moreira, adscrita al Frente Amplio, quien ha defendido la reciente ley sobre imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad al responder a las críticas según las cuales el poder legislativo estaría desconociendo lo decidido por la ciudadanía. Moreira señaló que “hay tantas mentiras repetidas con apariencia de verdad. La primera, la más repetida, es la de que “violentamos” la voluntad popular al impulsar esta ley en el Parlamento. Y que desconocemos dos plebiscitos. Error: uno fue un plebiscito y el otro una derogación. En la derogación, la voluntad popular se expresó: 58% de los uruguayos prefirieron mantener la ley. El otro, fue un plebiscito para anularla, veinte años después: 48% dijo que quería anularla. No alcanzó. Nos faltó un 2% para llegar a lo que la Constitución quiere. Pero esa es la voluntad popular: la que no alcanzó. No la otra, la del 52% que se mantuvo en silencio y del que no sabemos si quería mantener la ley, si se abstuvo, o si prefirió simplemente no votar. Eso no lo sabemos, no lo sabremos nunca. Y el silencio no es nunca expresión de voluntad soberana. Porque la voluntad soberana, desde la revolución francesa hasta nuestros días, es activa”.

⁵² Gargarella, Roberto, *Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman*, disponible en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf, 2013.

El impacto de las decisiones interamericanas...

garella agrega que la idea de que existen aspectos que no pueden ser decididos por parte de las mayorías en instancias democráticas se enfrenta a la dificultad de lo que Jeremy Waldron define como *el hecho del desacuerdo*: entre los miembros de una sociedad existen profundos desacuerdos en relación a cuáles son los derechos irrenunciables, incondicionales e inviolables. En este contexto, es inevitable utilizar el recurso de la regla mayoritaria para zanjar ese desacuerdo. Pero si la Corte IDH se niega a avanzar en tal sentido, es porque en su razonamiento podría encontrarse presente la idea de que las decisiones de las mayorías son irrazonables y por consiguiente las cuestiones de derechos deben ser de competencia exclusiva del poder judicial.⁵³

Volviendo a lo ocurrido con posterioridad a la emisión del fallo, a la postre, fue aprobada una ley que restableció la pretensión punitiva del Estado y declaró como crímenes de lesa humanidad los delitos ocurridos durante la dictadura, lo cual garantizaba su imprescriptibilidad. En la exposición de motivos de esta ley, presentada por los congresistas que hacían parte del partido político “Frente Amplio”, se invocaron como razones centrales los tratados de derechos humanos y la sentencia emitida por la Corte Interamericana.⁵⁴ Por otra parte, en el acto de reconocimiento de responsa-

⁵³ Finalmente, el autor critica el que, para la Corte, la única manera en que un Estado puede responder a la comisión de graves violaciones a derechos humanos sea a través del castigo, lo cual no derivaría necesariamente de la letra de la Convención. Agregó que, asumiendo que dentro de una comunidad, ninguna autoridad resulta superior a la voluntad deliberada de sus propios miembros, ésta debiera tener la capacidad para decidir sobre los principios con los que va a organizar sus instituciones fundamentales, en particular, decidir de qué forma quiere premiar o reprochar determinadas conductas.

⁵⁴ La exposición de motivos del proyecto presentado por el Frente Amplio señaló que “tiene como propósito adaptar la legislación nacional a estándares internacionales de protección de los derechos humanos, en particular a los contenidos en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gelman vs Uruguay*; ratificar por vía legal el compromiso del Estado uruguayo con la idea más avanzada de que ciertos crímenes afectan la dignidad humana de tal magnitud e integran la categoría contra la humanidad, y clarificar en forma inequívoca que los términos procesales para ese tipo de conductas no podrán ser computados mientras la pretensión punitiva no estuviese vigente”. El 27 de octubre de 2011 fue promulgada la

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

bilidad internacional celebrado como consecuencia de lo dispuesto en la sentencia interamericana, el presidente de Uruguay, José Mujica, señaló que esta obligación de cumplir con las decisiones de la Corte es un acto libre y soberano y reivindicó el principio de buena fe en el cumplimiento de la Convención Americana tanto frente a otros Estados como frente a los ciudadanos de su país. El presidente Mujica señaló que se trata de dar pasos dirigidos a la reparación del daño en este tipo de graves violaciones.⁵⁵

Como se observa, la decisión de la Corte tuvo un efecto desbloqueador de la discusión en el Senado y un importante efecto deliberativo, teniendo en cuenta que, desde un análisis del discurso, adquieren especial relevancia los argumentos que resaltan las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos y la responsabilidad del Congreso y del ejecutivo respecto a la salvaguarda de los derechos de las víctimas.

Este peso del discurso sobre las “obligaciones internacionales” es de especial relevancia en este caso, si se tiene en cuenta que el referendo de 2009 fue realizado a pesar de que la Comisión Interamericana y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas habían emitido, en 1992, 1993 y 2008 decisiones en las que se establecía la incompatibilidad de la Ley de Caducidad con diversos tratados de derechos humanos.⁵⁶ Surge la duda de si existió suficiente discusión pública sobre lo que implica este desconocimiento del principio de buena fe en el cumplimiento de obligaciones internacionales. Si bien es cierto que los impulsores del referendo invocaban el derecho internacional como uno de los fundamentos para revertir la ley mediante referendo, cabe preguntarse hasta qué punto se puede afectar la imparcialidad

Ley 18.831 titulada “Pretensión Punitiva del Estado: Restablecimiento para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985”.

⁵⁵ Para consultar el acto de reconocimiento de responsabilidad, ver <http://www.youtube.com/watch?v=s9osFrV2cVk&feature=related>

⁵⁶ Ver CIDH, Informe núm. 29/92, Casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375, Uruguay, 2 de octubre de 1992; CIDH, Informe de Fondo No. 32 -Caso Gelman- del 18 de julio de 2008, y Comité de Derechos Humanos, Caso Hugo Rodríguez Vs. Uruguay, Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales sobre Uruguay en 1993 y 1998.

El impacto de las decisiones interamericanas...

en la deliberación colectiva sobre estos temas si se somete a discusión ciudadana una alternativa de acción que ya había sido señalada como inviable desde el derecho internacional aplicable.⁵⁷

Es innegable la inserción de la decisión en el caso *Gelman* y la mayoría de decisiones interamericanas en profundas tensiones entre actores locales. Sin perjuicio de la necesidad de un mayor soporte empírico sobre cómo operó la discusión pública en Uruguay sobre este tema, lo cierto es que en el marco de esa compleja coyuntura, la decisión de la Corte IDH hace visible la existencia de principios y valores constitucionales internos que pudieron haber sido invisibilizados o ignorados y somete a discusión elementos que parecen no haber sido tenidos en cuenta, en forma suficiente, en la deliberación pública —por ejemplo, hasta qué punto han sido silenciados judicialmente o en el debate público los reclamos de acceso a la justicia de las víctimas—. Además, al adoptarse la nueva ley sobre imprescriptibilidad, el Congreso impulsa una deliberación teniendo en cuenta, entre otros elementos, los principios desarrollados por la Corte. La Corte IDH termina entonces coadyuvando la defensa de valores constitucionales efectuada por la Suprema Corte interna e impulsando una importante deliberación a nivel doméstico con enfoque de derechos. La decisión de la Suprema Corte, adoptada cinco días antes del referendo, había ofrecido una importante señal de la voluntad del poder judicial de influir en el debate público que en ese momento se hacía sobre la amnistía. La Corte Interamericana entra a coadyuvar esta actuación institucional en defensa de la Convención Americana.

En este sentido, la decisión interamericana no anula la democracia sino que visibiliza que el argumento basado en el derecho internacional es también democrático, en tanto ha sido una deci-

⁵⁷ Por su parte, autores como Filippini resaltan que “los juicios penales ... podrían materializar, en parte, y de un modo difícil de sustituir a través de otras intervenciones, las exigencias de justicia negadas por leyes que, incluso aprobadas en democracia, fueron de pobre factura republicana, en tanto desconocieron los derechos, intereses y deseos relevantes de un enorme colectivo y, especialmente, los del grupo perseguido”. Cfr. Filippini, Leonardo, “Reconocimiento y justicia penal en el caso *Gelman*”, en *Anuario de Derechos Humanos 2012*, Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2012, p. 192.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

sión soberana asumida por el Estado, a partir de la participación política de diversos actores que deciden comprometerse con una debida diligencia en la investigación de graves violaciones de derechos humanos.⁵⁸ ¿Es este un argumento poco importante en el contexto de la discusión previa y posterior al plebiscito? Será necesaria mayor verificación empírica de cómo operó la discusión local sobre el tema, sin embargo, es difícil evidenciar como persuasivo un acuerdo ciudadano en donde el compromiso con obligaciones internacionales pareciera tener un lugar residual. De otra parte, tampoco es un asunto menor el señalar que los crímenes de sistema, como aquellos ocurridos en la dictadura, estaban relacionados con un notable soporte institucional, es decir, muchas personas que también pudieron haber participado en esta votación podrían haber tenido algún nivel de relación o, en cuando menos, apoyo tácito respecto a las violaciones. ¿En qué afecta ello la imparcialidad de la deliberación y la posibilidad de persuadir sobre la conveniencia de no investigar y no castigar? En suma, el escenario de discusión colectiva con posterioridad a la sentencia ha involucrado el peso democrático del derecho internacional, esto es, impulsando niveles más profundos de debate sobre la forma como la sociedad y el Estado uruguayos deben dialogar con el pasado de graves violaciones. La discusión pública posterior a la sentencia sigue teniendo un rol fundamental para hacer visibles los puntos de vista tan disímiles que pueden surgir en estos temas y el derecho interamericano ha indicado aquellos aspectos no negociables, no como una imposición desde afuera, sino desde la conciencia de los compromisos asumidos autónoma y soberanamente por el Estado.⁵⁹

⁵⁸ En similar sentido, Basch ha señalado que a través de la incorporación al derecho interno de los tratados de derechos humanos, el Estado “no está creando nuevas reglas con inspiración en las de otros lugares; se está incorporando a una comunidad internacional de defensa de ciertos principios. Esto significa ser parte de una práctica común, que difiere de recorrer un camino propio con fuentes de inspiración ajenas”. Basch, Fernando, “La autoridad interpretativa de la Corte Interamericana: en transición hacia una comunidad regional de principios”, en Gargarella, Roberto (coord.), *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Buenos Aires, Siglo veintiuno Editores, 2011, p. 359.

⁵⁹ Rincón Covelli, Tatiana, “El derecho internacional de los derechos humanos: ¿límite o elemento constitutivo de la democracia? –A propósito de

El impacto de las decisiones interamericanas...

Cabe resaltar que en el marco de la implementación de la sentencia, luego de la emisión de la ley sobre pretensión punitiva del Estado (octubre de 2011), una decisión de la Suprema Corte de Justicia, el 22 de febrero de 2013, declaró que los delitos referidos a hechos constitutivos de graves violaciones de derechos humanos cometidos durante la dictadura podían prescribir y que no eran aplicables calificaciones legales como la desaparición forzada o los crímenes de lesa humanidad, por considerar que fueron tipificados con posterioridad a esos hechos y, por ende, tal calificación implicaría su aplicación en forma retroactiva atentando contra el principio de legalidad. Ello generó que la Corte IDH expidiera una resolución en la cual declaró que esta sentencia de la Suprema Corte constituía un obstáculo para el pleno cumplimiento del caso *Gelman* y que era necesario que las autoridades internas reconocieran, en lo pertinente, la aplicabilidad de la imprescriptibilidad de ciertos crímenes de derecho internacional.⁶⁰

Para efectos del presente artículo no procede detenerse en el debate técnico jurídico respecto a las diferencias de criterio entre la Suprema Corte y la Corte IDH. Lo que interesa resaltar es que el Estado alegó ante la Corte que estaba en manos de los jueces internos aplicar la ley interna adoptada para cumplir con el caso *Gelman*, aún cuando ello pudiera implicar apartarse de lo establecido por la Suprema Corte. Lo que hace la Corte IDH es ofrecer herramientas argumentativas vinculantes para impulsar estas iniciativas que impulsa el ejecutivo y que pueden ser acompañadas, sea por jueces de menor rango o por una modificación en el criterio de la Suprema Corte. En otras palabras, la interesante paradoja que vale la pena visibilizar a efectos del presente artículo, es que en un primer momento, cuando se emite el fallo *Gelman* la interacción más estratégica es posible encontrarla en la convergencia entre la decisión que había tomado la Suprema Corte en contra del plebiscito y la sentencia de la Corte IDH. Pero durante la implementación, la interacción más estratégica

la transición uruguaya a la democracia”, *Estudios Sociojurídicos*, 14 (2), 2012.

⁶⁰ Corte IDH. Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

viene a surgir entre el poder ejecutivo, el legislativo y la Corte IDH, en orden a restar efectos jurídicos a la decisión posterior de la Suprema Corte que obstaculizaba la ejecución del fallo.⁶¹

Teniendo en cuenta todo lo anterior, si los efectos del caso *Gelman* se analizaran solo desde una visión instrumental, habría que decir que mucho de lo ordenado respecto a superación de la impunidad no está cumplido. Sin embargo, desde una perspectiva constructivista, es posible ver que tanto en el poder ejecutivo como en el poder legislativo, la sentencia se incorporó en esfuerzos institucionales muy relevantes en escenarios políticos bastante complejos y con rechazos institucionales de importancia. El impacto del caso puede analizarse de diversas formas según la rama del poder público que ha estado involucrada en su implementación.⁶²

2.4. Tensiones entre ámbitos federales y locales y otros escenarios de conflicto e interacción entre poderes públicos

En otros países el uso del Sistema Interamericano por agencias estatales comienza a tener algunos rasgos del activismo estratégico. Un escenario relevante es la interacción del Sistema Interamericano con gobiernos federales para lograr la implementación

⁶¹ Para un análisis más detallado sobre la implementación del fallo, ver Errandonea, Jorge, “Garantías procesales y obligación de investigar, y en su caso juzgar y sancionar a los responsables de crímenes internacionales: el caso de Uruguay”, Aportes DPLF, Número 18, año 6, agosto de 2013, Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington y Michelini, Felipe, “Reflections on Uruguayan Law No. 18831 a Year After Its Enactment”, *Human Rights Brief*, Vol. 20, Issue 3 (2013).

⁶² Sobre estos choques entre poderes públicos ver la teoría que desarrollan Helmke, Gretchen y Staton, Jeffrey K, “El rompecabezas de la política judicial en América Latina: una teoría sobre el litigio, las decisiones judiciales y los conflictos entre poderes” en coordinadores: Helmke, Gretchen y Ríos Figueroa, Julio, *Tribunales Constitucionales en América Latina*, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, pp. 517-562. Estos autores diseñan su propuesta en torno a estos referentes: a) jugadores y acciones, b) preferencias y estructuras de información, y c) equilibrio de los poderes en pugna.

El impacto de las decisiones interamericanas...

de políticas en estados locales o provincias. Al respecto, Abramovich (2010) resalta los casos de crisis carcelaria en Brasil y Argentina, donde el SIDH generó diversas formas de intervención de las autoridades federales en sistemas penitenciarios locales.⁶³ Otro caso al respecto lo constituye una solución amistosa celebrada por el gobierno federal de México para implementar la adopción por estados locales de un protocolo sobre abortos no punibles.⁶⁴ Abramovich resalta la tensión persistente entre el ámbito federal, el cual responde ante el Sistema Interamericano, y el ámbito local, que tiende a desentenderse de la rendición de cuentas en el ámbito internacional.

Las decisiones del Sistema Interamericano pueden también insertarse en disputas entre diversos sectores de un mismo gobierno. Así por ejemplo, en el caso de Brasil ha sido documentada las tensiones dentro del gobierno de Brasil, entre sectores a favor y en contra de impulsar investigaciones sobre graves violaciones de derechos humanos durante el periodo dictatorial.⁶⁵

⁶³ Corte IDH. Asunto de las Penitenciarías de Mendoza respecto de Argentina. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 01 de julio de 2011, **Corte IDH, Asunto de las personas privadas de libertad de la penitenciaría “Dr. Sebastião Martins Silveira” en Araraquara, São Paulo respecto de Brasil, Resolución de la Corte, 25 de noviembre de 2008**. En el Sistema Europeo, ver la sentencia emitida en el caso *Assanidzé*, donde la Gran Sala señaló que “Detenido arbitrariamente en violación de los principios fundadores del Estado de derecho, el demandante está en una situación de impotencia y de frustración. Se encuentra confrontado, por una parte, a la negativa de las autoridades adjasias de respetar la Sentencia de absolución dictada hace ya tres años y, por otra, al fracaso de los intentos del estado central para que las autoridades locales respeten tal decisión”. Por esta razón, la Corte Europea dispuso como reparación la liberación inmediata de la víctima. Ver Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Assanidzé c. Georgia [GC]*, Sentencia de 8 de abril de 2004, analizado por Morte Gómez, Carmen, “La eficacia de las sentencias del TEDH”, en *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. 11, 2011 (La eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos), págs. 225-242.

⁶⁴ CIDH, Informe No. 21/07, Petición 161-02, Solución Amistosa, Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, México, 9 de marzo de 2007.

⁶⁵ Vannuchi, Paulo y Timponi, Cristina, “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Reformar para fortalecer”, en *Foreign Affairs Latinoamérica*, Vol. 13, No. 3, Julio / Septiembre, 2013. Estos autores señalaron que “entre 2007 y 2010, al interior del gobierno *Lula*, se había fortalecido bas-

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

En Colombia ha sido objeto de debate público la tensión entre el Ministerio de Defensa y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado respecto a la postura que debe asumir el Estado en el caso de los desaparecidos en el Palacio de Justicia.⁶⁶

En países como México, donde son relativamente recientes las primeras condenas de la Corte Interamericana contra el Estado, las decisiones interamericanas han sido utilizadas por algunos congresistas para impulsar rendición de cuentas y políticas con enfoque de derechos. Así por ejemplo, la presidenta de la Comisión Especial sobre Femicidios de la Cámara de Diputados del Congreso de México, ha relacionado algunas de sus propuestas para la tipificación y debida investigación del delito de feminicidio con la implementación de la sentencia emitida por la Corte Interamericana respecto al patrón de asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez.⁶⁷ Cabe resaltar que el problema de los

tante el ala decidida a superar todas las barreras opuestas a la investigación del periodo dictatorial. [...]icha fracción buscó ampararse enfáticamente en la autoridad del SIDH para convencer a los segmentos adversarios [...]. Esa ala mantuvo duras controversias con el Ministerio de Defensa, con la Defensoría General e incluso con el Ministerio de Relaciones Exteriores. [...] En 2011, el anuncio repentino de la resolución de la CIDH de que se paralizaran inmediatamente las obras de la hidroeléctrica del río Xingu representó un verdadero tiro en el pecho para esa ala interna comprometida con la agenda de los derechos humanos. Los sectores adversarios corrieron a la prensa argumentando que ese tipo de decisiones irresponsables no podían ser acatadas en ningún caso, porque agredían la soberanía nacional. [...] Se abrió así una gigantesca brecha para que el segmento conservador, debilitado por el anuncio 4 meses antes de la sentencia condenatoria de la Corte Interamericana [...] respecto de la Guerrilla de Araguaia [...] se aprovechara del error de la CIDH para atacar vivamente el acierto de ésta y de la Corte en el episodio referente a la dictadura”.

⁶⁶ Ver las diversas columnas que sobre este tema ha publicado Juanita León en el portal “La Silla Vacía”: “El Gobierno critica ahora la defensa del Palacio de Justicia que antes avaló”, en <http://lasillavacia.com/historia/el-gobierno-critica-ahora-la-defensa-del-palacio-de-justicia-que-antes-avaló-45326>; y “Defensa del Palacio de Justicia: ¿qué verdad pueden esperar las víctimas del gobierno de Santos?”, en <http://lasillavacia.com/historia/defensa-del-palacio-de-justicia-que-verdad-pueden-esperar-las-victimas-del-gobierno-de-sant>

⁶⁷ Corte I.D.H., *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de no-

El impacto de las decisiones interamericanas...

feminicidios viene ocupando un lugar importante en la agenda pública desde que a finales de los noventa diversos órganos internacionales comenzaron a documentar la magnitud de la violencia contra la mujer en Ciudad Juárez. Hoy en día esta problemática se extiende a otros estados, razón por la cual esta congresista utiliza la decisión de la Corte para impulsar acciones tanto a nivel local como federal. Sin perjuicio de la necesidad de mayor indagación empírica sobre los alcances de estas iniciativas, las decisiones interamericanas pueden tener un rol relevante para la redefinición de estrategias que emprenden congresistas y otros actores que desarrollan trabajo en el foro legislativo.⁶⁸

viembre de 2009. Serie C No. 205. La legisladora Teresa Inchaústegui ha hecho propuestas para que no prescriba el delito de omisión de derechos humanos por funcionarios y para que se tipifique como delito el feminicidio. Según dicha legisladora, esta propuesta podría sacar de la “invisibilidad” esos hechos para que existan penalmente y se les pueda nombrar en términos de registro y de formas especiales para su tratamiento. La legisladora también propuso crear un banco de datos de registros genéticos para que cuando se halle algún cuerpo de una niña o mujer muerta, esa información se pueda cotejar con las muestras genéticas de sus familiares y hacer más rápida la búsqueda y la identificación de presuntas víctimas de feminicidio. Además, se propone el desarrollo de protocolos y manuales para conducir investigaciones forenses con perspectiva de género que consideren las circunstancias y características con las que se presentan los hechos violentos contra las mujeres, que haya capacidad para registrar, tomar las muestras, preservarlas, cuidar el lugar y tener las evidencias obtenidas. Estas últimas iniciativas tienen mucha relación con las reparaciones dispuestas por la sentencia de la Corte Interamericana. Ver “Pugna PRD por tipificar como delito feminicidio”, 29 de enero de 2011. Asimismo, en diciembre de 2010 diputadas de la Comisión Especial de Feminicidios, exigieron a los titulares del Ejecutivo Federal, del gobierno de Chihuahua y de Ciudad Juárez, un compromiso sin prórroga, así como “acciones verificables y contundentes”, para el cumplimiento de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) por el caso “Campo Algodonero”. Las congresistas se comprometieron a promover que los gobiernos de las 32 entidades de la República adopten los resolutivos de la condena de la CoIDH. Ver “La voluntad política no es suficiente para cumplir sentencia de CoIDH”.

⁶⁸ Y en otros escenarios de las relaciones inter-estatales, como se observa en el impacto de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana respecto a la violación sexual, por parte de militares, de Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú. La Subsecretaría de Estado adjunta para el Hemisferio Occidental de Estados Unidos indicó en 2010 que la liberación

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Otro ejemplo se relaciona con los defensores públicos, quienes han hecho uso del Sistema Interamericano en relación con casos de pena de muerte o prisión perpetua.⁶⁹ En estos casos, corresponde diagnosticar en qué contexto socio-político se desenvuelven los defensores públicos. ¿Qué resistencias específicas encuentran estos defensores en otros poderes públicos? Frente a estos casos el litigio ha servido para prevenir más vulneraciones de derechos humanos e inhibir cierto tipo de reformas poco sensibles a los beneficiarios de servicios de seguridad y salud.

Finalmente, otro ejemplo para investigar a futuro lo constituyen las audiencias públicas ante la Comisión Interamericana relacionadas con la forma como la Procuraduría General de la Nación de Colombia habría obstaculizado el acatamiento y la implementación de decisiones de la Corte Constitucional en relación con la interrupción voluntaria del embarazo.⁷⁰ Diversas organizaciones

de 26 millones de dólares para el Plan Mérida, los cuales habían sido retenidos retenidos, “estará supeditada —entre otros factores— a la respuesta del gobierno mexicano a los fallos emitidos en los casos de las indígenas Me’phaa (tlapanecas) Valentina Rosendo Cantú e Inés Fernández Ortega”. Dicha Subsecretaría explicaba que, en aquel entonces, se había fijado un plazo de hasta dos años para que el gobierno de Estados Unidos decidiera si entregaba o no dichos fondos como parte de la Iniciativa Mérida. Ver, Silvia Otero, “EU vincula fondos a fallos de la CIDH”, *El Universal*, 7 de octubre de 2010. Disponible en <http://www.eluniversal.com.mx/nacion/181001.html>

⁶⁹ Corte I.D.H., *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126 y Corte IDH. *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260.

⁷⁰ Una de las audiencias públicas ante la Comisión Interamericana se llevó a cabo el 15 de marzo de 2013. Para entender este tipo de bloqueos desarrollados por la Procuraduría en relación con la sentencia de la Corte Constitucional puede tomarse como referencia lo decidido en la sentencia T-627 de 2012. En este fallo el Alto Tribunal ordenó al Procurador General de la Nación rectificar un comunicado de prensa, “de manera personal, pública y con despliegue y relevancia equivalente, en el sentido de explicar que incurrió en una equivocación al referirse a las campañas ordenadas en la sentencia T-388 de 2009 como “*campañas masivas de promoción del aborto como derecho*” ya que, en realidad, éstas buscan promover que las mujeres colombianas conozcan el contenido de sus derechos sexuales y repro-

El impacto de las decisiones interamericanas...

de la sociedad civil que han solicitado la realización de dichas audiencias persiguen una mayor visibilización internacional de este tipo de conflicto interinstitucional donde la implementación de las decisiones de la Corte Constitucional han enfrentado fuertes resistencias por parte no sólo de la procuraduría sino de otros actores institucionales y sociales.

3. ALCANCES Y LÍMITES DEL “EMPODERAMIENTO INSTITUCIONAL”: INVESTIGACIONES PENDIENTES

A pesar de la aproximación preliminar desarrollada en este trabajo, los ejemplos analizados son suficientes para reflejar la necesidad de superar enfoques que ven al Estado como un solo actor unitario y la pertinencia de analizar la interacción estratégica entre la intervención internacional interamericana y agencias estatales locales que enfrentan resistencias internas en otros órganos estatales.⁷¹ En la interacción de diversos Estados con el Sistema

ductivos, dentro de los cuales se encuentra la interrupción voluntaria del embarazo en las hipótesis despenalizadas” a través de una sentencia de la Corte Constitucional emitida en 2006. La Corte Constitucional también ordenó a la Procuraduría modificar la posición oficial de la Procuraduría en el sentido de que, en Colombia, la anticoncepción oral de emergencia (i) no tiene carácter abortivo sino anticonceptivo, (ii) su uso no está restringido a las hipótesis despenalizadas de aborto, (iii) las mujeres que hacen uso de ella fuera de las causales despenalizadas de aborto no incurrir, en ningún caso, en el delito de aborto y (iv) hace parte de los servicios de salud reproductiva que las mujeres colombianas pueden libremente elegir. Asimismo, la Corte ordenó a la Procuraduría rectificar un oficio en el sentido de aceptar que la Superintendencia Nacional de Salud está obligada a remover los obstáculos para el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, ordenó eliminar toda referencia al derecho de las instituciones a objetar conciencia o la posibilidad de su ejercicio colectivo, en lo que toca con la IVE. También ordenó a la Procuraduría que se abstenga de interferir de manera infundada en el proceso de inclusión del misoprostol en el Plan Obligatorio de Salud. Ver asimismo “Procuraduría, ante OEA por presunto hostigamiento en casos de aborto”, disponible en http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12687023.html

⁷¹ Sobre este punto, ver Gingsbur y Shaffer, *op. cit.*

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Interamericano es posible ver ejecutivos divididos, órganos de control que actúan en línea con el Sistema o en rechazo del mismo, legisladores a favor y en contra de ciertas políticas de derechos humanos y altas cortes con conflictos entre sí. En otras palabras, dentro de un mismo Estado existen agencias en competencia por diversas formas de poder político y la forma como ciertas decisiones interamericanas puede contribuir con el surgimiento de nuevos equilibrios y nuevos contrapesos. Es necesaria mayor indagación empírica para determinar cómo, en esa competencia, pueden surgir formas de “empoderamiento institucional” a partir del uso de decisiones interamericanas por agencias estatales para destrabar, desbloquear o recomponer una específica correlación de fuerzas, superar retrasos institucionales, reactivar decisiones internas bloqueadas, reconfigurar escenarios de diálogo ya existentes, entre otros escenarios que podrían asociarse al impulso de una agenda “progresista” o con enfoque de derechos. Este tipo de situaciones, según el contexto de cada caso, puede asociarse a efectos deliberativos, participativos o coordinadores de las decisiones interamericanas.

Formulado en esos términos, el concepto puede ser muy general y se necesita mayor indagación empírica sobre los casos para fortalecer su fuerza explicativa. Es aún necesario precisar con claridad las variables de análisis y hasta qué punto el “empoderamiento institucional” resulta una variable dependiente o independiente. Asimismo, debe indagarse si lo que denomino “empoderamiento institucional” explica lo que otros conceptos no logran explicar,⁷² y corresponde evaluar el impacto del análisis de las modificaciones en las políticas institucionales luego de los cambios en los funcionarios que les conforman.⁷³ En especial, es necesario contrastar el llamado “empoderamiento institucional” con aquellas capacidades que han desarrollado algunos estados de “aprender a jugar estratégicamente con la ambigüedad de las

⁷² Agradezco esta y otras observaciones a Judith Schonsteiner.

⁷³ En lo cual puede jugar un rol el concepto de “veto players” (los actores que tienen en su poder la decisión sobre la posibilidad de modificar una situación) o de actores políticos que declinan una elección ya efectuada. También agradezco esta observación a Judith Schonsteiner.

El impacto de las decisiones interamericanas...

normas internacionales sin necesariamente incurrir en cumplimiento irrestricto o en incumplimiento flagrante”, tal como lo han documentado Nelson Camilo Sánchez y Sandra Borda en un estudio reciente sobre la postura del Colombia respecto a la reforma del Sistema Interamericano.⁷⁴

Es claro que no será posible determinar, “en abstracto”, las potencialidades y límites del “empoderamiento institucional”. En el presente texto, la información sobre los casos es aún insuficiente para determinar hasta qué punto la institución respectiva o la interacción entre lo internacional y lo local logra superar los factores generadores de impunidad o las barreras para la implementación de una política con enfoque de derechos en una específica coyuntura. Estos aspectos dependen del contexto institucional y político en el que se insertan las decisiones interamericanas.

De otra parte, será importante analizar qué tipo de disputas entre instituciones puede generar un mayor incentivo para implementar con más fuerza ciertas decisiones interamericanas. Puede que una estrategia para alcanzar mayor “empoderamiento institucional” sea más difícil en relación con superiores jerárquicos o en conflictos de competencias, —como puede ocurrir en el conflicto entre algunas Altas Cortes de Guatemala—, mientras que pueda tener mayor viabilidad ante un choque entre ramas distintas del poder público —como podría ocurrir en Colombia cuando el poder judicial se enfrenta con el poder ejecutivo. También deberá analizarse el impacto de las decisiones interameri-

⁷⁴ Borda Guzmán, Sandra y Sánchez, Nelson Camilo, “La administración Santos y el proceso de reforma del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: *De la negación y las concesiones tácticas al estatus prescriptivo*”, en *Revista Pensamiento Propio: El Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Actores, reformas y desafíos*, No. 38, CRIES, pp. 151 a 183. En esta revista es posible encontrar otros artículos relevantes sobre la interacción entre los Estados y el Sistema Interamericano. Ver Engstrom, Par, “A Special Relationship Gone Normal? Argentina and the Inter-American Human Rights System, 1979-2013”, pp. 115-149, y Serrano, Sandra y Vázquez, Luis Daniel, “La postura del Ecuador frente al proceso de fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La disputa por los conceptos y sus consecuencias”, pp. 175.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

canas para redefinir votos en órganos colectivos caracterizados por la división entre sectores de magistrados, ministros o congresistas, cuya votación específica resulta decidida por un margen ínfimo. La importancia de la intervención interamericana puede ser de mayor relevancia cuando una agencia estatal trata de enfrentar a funcionarios de rango superior que desconocen la Convención Americana pero a quienes puede resultar difícil eludir por las dificultades y complejidades de actuar contra la ley. Ello aplica también en el caso de conflictos entre el ámbito federal y local, donde la intervención interamericana puede ayudar a legitimar la acción o reacción respectiva.

En línea con lo anterior, cabe resaltar que este tipo de repositionamientos de algunas instituciones puede enfrentar más dificultades en escenarios de excesiva concentración del poder político. En efecto, en escenarios donde todas las autoridades públicas se encuentran sometidas a un estricto control jerárquico, sin mayor autonomía y particularmente desde el gobierno, es más difícil que surjan diferencias de peso entre instituciones que impulsan o implementan cierto tipo de políticas.

En suma, la implementación de las decisiones interamericanas relacionadas con escenarios de “empoderamiento institucional” dependerá de un contexto institucional y político favorable en el que podrían influir: i) el tipo de sanciones o impacto negativo —dificultades para ascensos o nombramientos— a las que se exponga un determinado funcionario, ii) la libertad para disentir de instancias superiores o de cierre, iii) la aceptabilidad de interpretaciones amplias sobre normativa aplicable, iv) el tipo de diseño institucional que permite efectuar un control de convencionalidad —es decir, si se restringe esta posibilidad a todo juez o poder público o solo a una Alta Corte— y iv) el eventual éxito que pueda tener una acción de esta naturaleza. Todos estos aspectos tienen estrecha relación con la fortaleza democrática y del Estado de derecho del país respectivo, particularmente en lo que corresponde a los principios de separación y colaboración entre poderes públicos.⁷⁵ Otro factor determinante es hasta qué

⁷⁵ El peso de esta variable ha sido analizado, entre otros, en Raduletu, Sebastian, “Is the Constitutional Democracy a necessary condition for im-

El impacto de las decisiones interamericanas...

punto la institución o el actor se fortalecen o se debilitan y hasta qué punto el ámbito interamericano es utilizado excesivamente para eludir los canales ordinarios nacionales para el impulso de ciertas iniciativas o para modificar una correlación de fuerzas a través de dichos canales ordinarios.

Por otra parte, corresponde indagar más a detalle la relación de los “empoderamientos institucionales” con la hipótesis de Gauri y Brinks⁷⁶ en su estudio sobre el impacto de la protección judicial del derecho a la salud y el derecho a la educación en algunos países del Sur Global, según la cual los jueces suelen tomar decisiones cuando encuentran socios relevantes entre los actores políticos, las burocracias, o la sociedad civil. La intervención interamericana puede constituir un tipo de aliado para ciertas instituciones locales y entonces contribuir para impulsar nuevos equilibrios que faciliten pesos y contrapesos, empoderando agencias estatales que defienden estrategias cuya base son las obligaciones internacionales en derechos humanos. La Comisión y la Corte pueden actuar como aliados de los gobiernos, los jueces y el poder legislativo, para impulsar el cumplimiento de promesas constitucionales y legales y auxiliar en la ejecución de programas ya establecidos. Al invocar el “amparo”, tanto instrumental como simbólico, por parte del sistema interamericano, así como una protección jurídica específica (como en el caso de medidas cautelares para magistrados o jueces), no se busca eludir el escenario político interno sino que se utiliza el escenario interamericano como un factor más para legitimar un ejercicio de la función pública relacionado con una agenda progresista.

Por otro lado, en el diálogo de la Corte y la Comisión Interamericana con algunas instituciones locales es posible observar algunos elementos para inferir el complemento de razonamientos puramente normativos con constataciones empíricas sobre la mejor forma de impulsar lo ordenado por la Corte.⁷⁷ Ello es

plementing human rights”, en *Revista de Drept Public*, No. 2, 2013, pp. 68-72.

⁷⁶ *Courting Social Justice*, Cambridge University Press, 2008.

⁷⁷ Al respecto, autores como Cavallaro y Brewer, *op. cit.* han resaltado la necesidad de que la Corte Interamericana procure la mayor conciencia posible

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

particularmente visible cuando la Corte ha mencionado el diseño institucional de Guatemala como un referente para modular sus órdenes de supervisión, llegando a disponer, en su momento, que Copredek presente informes en forma conjunta con algunos órganos estatales responsables de la administración de justicia.

En conclusión, el análisis de los “empoderamientos institucionales” complementa los análisis centrados en las estrategias de organizaciones de la sociedad civil en torno al Sistema Interamericano. En general, este enfoque es alternativo a visiones marcadamente instrumentales respecto al cumplimiento e impacto de las decisiones interamericanas. Así por ejemplo, en el caso de Guatemala, a pesar de las dificultades que puedan existir en el avance en el cumplimiento de las órdenes de investigar emitidas por la Corte, existe evidencia que permite situar la intervención interamericana como una importante herramienta para fortalecer el trabajo que durante cierta época desarrollaron Copredek y la Corte Suprema —en los específicos momentos analizados anteriores al gobierno actual y en los específicos escenarios adversos señalados—. De allí que sea necesario no solo hacer énfasis en el resultado de una orden específica de la Comisión o la Corte sino también visibilizar aquellas diferencias de grado entre los niveles de impacto de las decisiones interamericanas durante los procesos de su implementación.

Finalmente, en el marco de los enfoques constructivistas, cabe insistir en que las decisiones interamericanas han tenido un importante rol en el empoderamiento de voces excluidas del debate público y en el fortalecimiento de actores institucionales locales con una agenda progresista en materia de derechos humanos. Las decisiones interamericanas adquieren relevancia para fortalecer el diálogo colectivo local, donde, a través de reformas constitucionales, legislativas o decisiones judiciales internas, se ha involucrado algún grado de deliberación democrática de actores políticos internos dirigidos a dar mayor peso al derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno. En

sobre el contexto fáctico y político en el que se insertan sus decisiones, como una precondition para que ellas alcancen efectividad.

El impacto de las decisiones interamericanas...

esos escenarios, los argumentos basados en el derecho internacional adquieren un peso democrático relevante, que es importante tener en cuenta al valorar la legitimidad de las decisiones interamericanas.⁷⁸

⁷⁸ En este tipo de análisis sigo el derrotero señalado por Abramovich y Filippini, quienes han resaltado que no es posible asimilar los pronunciamientos internacionales como derecho “extranjero” o como “préstamos”, teniendo en cuenta los procesos políticos, actores y discusiones colectivas que llevaron a la inserción constitucional del derecho internacional en el derecho interno y el protagonismo del Estado en la producción de normas internacionales. *Cfr.* Filippini, Leonardo, “El Derecho Internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, No. 8, 2007, pp. 191-202; y Abramovich, Victor, “Transplante y Neopunitivismo. Debates sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en Argentina”, en Tiscornia, Sofia, *op. cit.*, 2008, y Abramovich, Victor, “Autonomía y subsidiaridad. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales”, *op. cit.*

Ius Constitutionale Commune latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: Rasgos, potencialidades y desafíos*

Flávia Piovesan**

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Impacto transformador del Sistema Interamericano en el contexto latinoamericano.* 3. *Empoderamiento del Sistema Interamericano mediante la efectividad del diálogo jurisdiccional y la creciente legitimación social.* 4. *El Sistema Interamericano y la composición de un Ius Constitutionale Commune latinoamericano: riesgos, retos y posibles desafíos.*

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este artículo es analizar el impacto que ha tenido el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la configuración de un *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano, destacando las transformaciones promovidas en el contexto la-

* Este trabajo se incluye en el libro *Ius Constitutionale Commune* en América Latina rasgos, potencialidades y desafíos, de Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho internacional Público-Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2010.

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

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

tinoamericano, con miras a fortalecer el Estado de derecho, la democracia y los derechos humanos en la región.

Teniendo en cuenta el difícil contexto de Latinoamérica, debido a la acentuada desigualdad y la violencia sistémica, se estudiará inicialmente el impacto transformador del Sistema Interamericano en la región, a partir de una tipología de casos emblemáticos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Adicionalmente, se analiza la creciente autonomía del Sistema Interamericano y su fuerza catalizadora en la región, fruto de la eficacia del diálogo jurisdiccional en un sistema multinivel. Es desde esta perspectiva multinivel que emergen dos vertientes de diálogo jurisdiccional: el diálogo con los sistemas nacionales (inclusivo del control de convencionalidad) y el diálogo con la sociedad civil (para empoderar al Sistema Interamericano mediante una creciente legitimación social).

Por último, se pretende evaluar el impacto del Sistema Interamericano en la construcción de un *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en materia de derechos humanos, con énfasis en sus riesgos, potencialidades y desafíos.

2. IMPACTO TRANSFORMADOR DEL SISTEMA INTERAMERICANO EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO

América Latina cuenta con el más alto grado de desigualdad en el mundo. La pobreza en la región disminuyó de 48.3 a 33.2 por ciento entre 1990 y 2008. Sin embargo, cinco de los diez países más desiguales del mundo se encuentran en América Latina, incluyendo el Brasil.¹

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

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

lus Constitutionale Commune latinoamericano en derechos humanos...

de homicidios más altas del mundo se encuentran en Latinoamérica.²

A medida que la región ha ido avanzado en la reducción de la pobreza, y en la formación de una clase media incipiente en este panorama de desigualdades, la seguridad se perfila como el principal problema en América Latina. En 11 de los 18 países encuestados por el *Latinobarómetro*, la seguridad constituye el desafío que los ciudadanos mencionan como más relevante para ser enfrentado por los Estados (por ejemplo, 61% en Venezuela, con un promedio regional de 28 por ciento).

En el *Latinobarómetro 2011* sobre el apoyo a la democracia en América Latina, basada en la pregunta “¿La democracia es preferible a cualquier otra forma de gobierno?”, la respuesta afirmativa encontró en Brasil apenas una aprobación del 45 por ciento, 40 en México y en Guatemala 36.³

La región latinoamericana se ha caracterizado por un elevado grado de exclusión y desigualdad social, a lo cual se suman las democracias en fase de consolidación. La región convive aún con las reminiscencias del legado de los regímenes autoritarios y dictatoriales, con una cultura de violencia y de impunidad, con una baja densidad del Estado de derecho y con una precaria tradición de respeto a los derechos humanos en el ámbito doméstico.

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

En 1978, cuando la Convención Americana sobre Derechos Humanos entró en vigor, muchos de los Estados de Centro y Sudamérica eran gobernados por dictaduras. De los once Estados parte de la Convención en la época, menos de la mitad tenía gobiernos elegidos democráticamente, mientras que hoy casi la totalidad de los estados latinoamericanos en la región tiene go-

² *Idem.*

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

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

biernos elegidos democráticamente.⁴ De manera diferente del sistema regional europeo, que tuvo como fuente inspiradora la tríada indisociable de Estado de derecho, democracia y derechos Humanos, el sistema regional interamericano tiene en su origen la paradoja de haber nacido en un ambiente autoritario, que no permitía ninguna asociación directa e inmediata entre estos tres elementos. Además, en este contexto, los derechos humanos eran tradicionalmente concebidos como una agenda contra el Estado. A diferencia del sistema europeo, que surge como fruto del proceso de integración europea y ha servido como instrumento principal para fortalecer este proceso de integración, en el caso interamericano existía tan sólo un movimiento todavía embrionario de integración regional.

Es en este escenario que el Sistema Interamericano se legitima gradualmente como un mecanismo importante y eficaz para la protección de los derechos humanos, cuando las instituciones nacionales se muestran deficientes u omisas. Con la actuación de la sociedad civil, a partir de estrategias de litigio articuladas y competentes, el Sistema Interamericano tiene la fuerza catalizadora para promover avances en el régimen de derechos humanos, pues ha contribuido a cuestionar los regímenes dictatoriales, ha exigido justicia y el fin de la impunidad en las transiciones democráticas, y ahora demanda el fortalecimiento de las instituciones democráticas con el necesario combate a las violaciones de derechos humanos, así como la protección a los grupos más vulnerables.

Considerando las actuaciones de la Corte Interamericana, es posible crear una tipología de casos sobre la base de las decisiones relativas a cinco diferentes categorías de violación de los derechos humanos.

⁴ Como observa Thomas Buergenthal: “El hecho de que hoy casi la totalidad de los Estados latinoamericanos en la región, con excepción de Cuba, tengan gobiernos elegidos democráticamente ha producido significativos avances en la situación de los derechos humanos en esos Estados. Estos Estados han ratificado la Convención y reconocido la competencia jurisdiccional de la Corte”. “Prefacio” a Pasqualucci, Jo M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. XV.

lus Constitutionale Commune latinoamericano en derechos humanos...

1. Violaciones que reflejan el legado del régimen autoritario dictatorial

Esta categoría comprende la significativa mayoría de las decisiones de la Corte Interamericana, que tiene como objeto prevenir arbitrariedades y controlar el uso excesivo de la fuerza, imponiendo límites al poder punitivo del Estado.

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

Encontramos también resoluciones de la Corte que han condenado a los Estados debido a las precarias y crueles condiciones de detención y de violación a la integridad física, psíquica y moral de las personas detenidas; o con motivo de la práctica de la ejecución sumaria y extrajudicial o la tortura. Estas decisiones han subrayado el deber del Estado de investigar, procesar y castigar a los responsables de las violaciones, así como de efectuar el pago de indemnizaciones.

En el plano consultivo, merecen mencionarse las opiniones sobre la imposibilidad de adopción de la pena de muerte por el Estado de Guatemala,⁶ así como de la imposibilidad de suspensión de la garantía judicial del *habeas corpus*, incluso en situaciones de emergencia, según el artículo 27 de la Convención Americana.⁷

2. Violaciones que reflejan cuestiones de la justicia de transición

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

En el caso *Barrios Altos* (masacre que involucró la ejecución de quince personas por parte de agentes policiales), en virtud de

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

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

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

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

la promulgación y aplicación de leyes de amnistía (una primera ley destinada a conceder amnistía general a los militares, policías y civiles, y otra ley que regulaba la interpretación y alcance de la amnistía), Perú fue condenado a reabrir las investigaciones judiciales sobre los hechos en cuestión, relativos a la “Masacre de Barrios Altos”, de manera que la Corte Interamericana ordenó derogar o dejar sin efecto las mencionadas leyes de amnistía. Perú fue también condenado a reparar integral y adecuadamente los daños materiales y morales sufridos por los familiares de las víctimas.⁸

Esta decisión tuvo un elevado impacto sobre la anulación de las leyes de amnistía y la consolidación del derecho a la verdad, según el cual, los familiares de las víctimas y la sociedad, como un todo, deben ser informados de las violaciones, destacando el deber del Estado de investigar, procesar, castigar y reparar las violaciones a los derechos humanos.

La Corte concluyó que las leyes de “autoamnistía” perpetúan la impunidad, propician una injusticia continuada, impiden a las víctimas y a sus familiares el acceso a la justicia y al derecho a conocer la verdad, así como a recibir la reparación correspondiente, lo que constituiría una evidente violación de la Convención Americana. Las leyes de amnistía configurarían, así, un ilícito internacional y su revocación una forma de reparación no pecuniaria.

En el mismo sentido destaca el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*,⁹ relativo a la validez del decreto-ley 2191/78 —que perdonaba los crímenes cometidos entre 1973 y 1978 durante el gobierno del general Pinochet—, a la luz de las obligaciones resultantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte decidió invalidar el mencionado Decreto-ley de “autoamnistía”, porque implicaba la denegación de justicia a las víctimas, así como por ser contrario a los deberes del Estado de investigar, procesar, castigar y reparar las graves violaciones

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

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

lus Constitutionale Commune latinoamericano en derechos humanos...

de derechos humanos que constituyen crímenes de lesa humanidad. Cabe mencionar también, en este contexto, el caso argentino, en el cual una decisión de la Corte Suprema de Justicia de 2005 anuló las leyes de “punto final” (Ley 23.492/86) y “obediencia debida” (Ley 23.521/87), adoptando como precedente el caso *Barrios Altos*.

En 2010, en el caso *Gomes Lund y otros vs. Brasil*, la Corte Interamericana condenó a Brasil debido a la desaparición de miembros de la guerrilla Araguaia durante las operaciones militares que tuvieron lugar en la década de 1970.¹⁰ La Corte destacó que las disposiciones de la ley de amnistía de 1979 eran manifiestamente incompatibles con la Convención Americana, carecían de efectos jurídicos y no podían seguir siendo un obstáculo para la investigación de violaciones graves a los derechos humanos, o para la identificación y sanción de los responsables. La Corte hizo hincapié en que las leyes de amnistía en relación con violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con el derecho internacional y las obligaciones jurídicas internacionales asumidas por los Estados. Se llegó a la conclusión, una vez más, que las leyes de amnistía violan la obligación internacional del Estado de investigar y sancionar las violaciones graves de los derechos humanos.

En la misma línea, en 2011, en el caso *Gelman vs. Uruguay*,¹¹ la Corte Interamericana decidió que la “Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado” carecía de efectos jurídicos, debido a su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, no pudiendo impedir u obstaculizar la investigación de los hechos, la identificación y eventual sanción de los responsables de violaciones graves a los derechos humanos.

¹⁰ Caso *Gomes Lund y otros vs. Brasil*, sentencia de 24 de noviembre de 2010. El caso fue sometido a la Corte por la Comisión Interamericana, al reconocer que “representaba una oportunidad importante para consolidar la jurisprudencia interamericana sobre las leyes de amnistía en relación con las desapariciones forzadas y la ejecución extrajudicial, y resultante obligación de los Estados de hacer conocer la verdad a la sociedad e investigar, procesar, sancionar graves violaciones de derechos humanos”.

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

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

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

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

En este rubro, destaca el caso del *Tribunal Constitucional vs. Perú* (2001),¹² que involucró la destitución de jueces, y en el que la Corte sostuvo que era necesario asegurar la independencia de todo juez en un Estado de derecho, especialmente en los tribunales constitucionales, lo que exige; a) un adecuado proceso de nombramiento; b) un mandato con plazo cierto; y c) garantías contra presiones externas. Tal sentencia contribuyó decisivamente al fortalecimiento de las instituciones nacionales y a la consolidación del Estado de derecho.

4. Violaciones de los derechos de grupos vulnerables

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

En cuanto a los derechos de los pueblos indígenas, destaca el relevante caso de la *comunidad indígena Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua* (2001),¹³ en el cual la Corte reconoció los derechos de los pueblos indígenas a la propiedad colectiva de la tierra, como una tradición comunitaria y como un derecho fundamental a su cultura, a su vida espiritual, a su integridad y a su supervivencia económica. Se sostuvo que para los pueblos indígenas la relación con la tierra no es solamente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

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

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

lus Constitutionale Commune latinoamericano en derechos humanos...

En el caso de la *comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2005),¹⁴ la Corte determinó que los pueblos indígenas tienen derecho a medidas específicas que garanticen el acceso a los servicios de salud, los cuales deben ser adecuados bajo la perspectiva cultural, incluyendo cuidados preventivos, prácticas curativas y medicinas tradicionales. La Corte añadió que para los pueblos indígenas la salud presenta una dimensión colectiva, ya que la ruptura de su relación simbiótica con la tierra ejerce un efecto perjudicial sobre la salud de estas poblaciones.

En el caso de la *comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010),¹⁵ la Corte Interamericana condenó al gobierno de este país por la violación de los derechos a la vida, la propiedad comunitaria y la protección judicial (artículos 4, 21 y 25 de la Convención Americana, respectivamente), entre otros derechos, en relación con la garantía del derecho a la propiedad ancestral de la aludida comunidad indígena, lo que afectaba su derecho a la identidad cultural. La Corte, al motivar la sentencia, estableció que los conceptos tradicionales de la propiedad privada y la posesión no son aplicables a las comunidades indígenas, pues para ellas existe un significado colectivo de la tierra, y su relación de pertenencia no se centra en el individuo, sino en el grupo y la comunidad. Se añadió que el derecho a la propiedad colectiva estaría llamado a merecer igual protección en virtud del artículo 21 de la Convención concerniente al “derecho a la propiedad privada”. Aseveró la Corte que es deber del Estado garantizar una protección especial para las comunidades indígenas a la luz de sus propias particularidades, sus características económicas y sociales así como su especial condición de vulnerabilidad, teniendo

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

¹⁵ Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010. Nótese que en el sistema africano merece mención un caso emblemático sin precedentes, que en nombre del derecho al desarrollo, garantiza la protección de los pueblos indígenas a sus tierras. En 2010 la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos consideró que la manera en que la comunidad Endorois en Kenia fue privada de sus tierras tradicionales, y la negación del acceso a los recursos naturales, constituían una violación a los derechos humanos, especialmente al derecho al desarrollo.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

como referencia el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de los pueblos indígenas, con el fin de garantizar su derecho a una vida digna, que abarca el acceso a agua potable, alimentos, salud, educación, entre otros.

En cuanto a los derechos de los niños, cabe mencionar el caso *Villagrán Morales vs. Guatemala* (1999),¹⁶ en que este Estado fue condenado por la Corte en virtud de la impunidad relativa a la muerte de cinco menores habitantes de la calle, brutalmente torturados y asesinados por dos policías nacionales. Entre las medidas de reparación ordenadas por la Corte destacan el pago de una indemnización pecuniaria a los familiares de las víctimas; la reforma del ordenamiento jurídico interno, procurando una mayor protección de los derechos de los niños y adolescentes guatemaltecos, y la construcción de una escuela en memoria de las víctimas.

En esta misma constelación de la protección de grupos vulnerables, encontramos también la opinión consultiva sobre la condición jurídica y los derechos humanos de los niños (OC-17, emitida en agosto de 2002, a solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) y sobre la condición jurídica y los derechos de migrantes indocumentados (OC-18, emitida en septiembre de 2003, a solicitud de México).

Debe también mencionarse la opinión emitida a solicitud de México (OC-16, de 1º de octubre de 1999), en la que la Corte consideró que se vulnera el derecho al debido proceso cuando el Estado no notifica al detenido extranjero sobre su derecho a la asistencia consular. En la hipótesis, si el detenido fue condenado a la pena de muerte, esto constituiría la privación arbitraria del derecho a la vida. Nótese que México fundamentó su solicitud de consulta en los distintos casos de presos mexicanos condenados a la pena de muerte en los Estados Unidos.

Con relación a los derechos de las mujeres, las relevantes decisiones del Sistema Interamericano sobre discriminación y violencia contra mujeres han promovido la reforma del Código Civil de Guatemala, la adopción de una ley de violencia doméstica en Chile y en Brasil, entre otros avances. En el caso *González y otras*

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

lus Constitutionale Commune latinoamericano en derechos humanos...

vs. México (“*Campo Algodonero*”), la Corte Interamericana condenó a México por la desaparición y muerte de varias mujeres en Ciudad Juárez, con el argumento de que la omisión del Estado ayudaba a contribuir a la cultura de violencia y discriminación contra las mujeres. En el período 1993-2003, se estima que de 260 a 370 mujeres han sido víctimas de homicidio en Ciudad Juárez. La sentencia de la Corte ha ordenado al gobierno de México investigar, desde la perspectiva de género, las graves violaciones ocurridas, garantizando los derechos y tomando las medidas preventivas necesarias para combatir la discriminación contra las mujeres de ese país.¹⁷

En una sentencia sin precedentes, el 24 de febrero de 2012 la Corte Interamericana reconoció la responsabilidad internacional del Estado de Chile debido al tratamiento discriminatorio y la injerencia indebida en la vida privada y familiar de la víctima Karen Atala, debido a su orientación sexual.¹⁸ El caso fue objeto de un intenso litigio en Chile, que culminó con la sentencia de la Corte Suprema de otorgar la custodia al padre de las tres hijas, con el argumento de que la señora Atala no debía retener la custodia por convivir con una persona del mismo sexo después del divorcio. En decisión unánime, la Corte Interamericana determinó que Chile había violado los artículos 1º, inciso 1, y 14 de la Convención, al vulnerar el principio de igualdad y la prohibición de discriminación.

5. *Violaciones a los derechos sociales*

Finalmente, en esta quinta categoría de casos se ubican las decisiones de la Corte que protegen derechos sociales. Es importante reiterar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece derechos civiles y políticos, contemplando solamente la aplicación progresiva de los derechos sociales (art. 26). El Protocolo de San Salvador, en sus disposiciones sobre derechos económicos, sociales y culturales, prevé que únicamente los derechos a la educación y a la libertad sindical serán amparados por el sistema de peticiones individuales (art. 19, inciso 6).

¹⁷ Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

¹⁸ Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

A la luz de una interpretación dinámica y evolutiva, comprendiendo la Convención Americana como un *living instrument*, en el ya citado caso *Villagrán Morales vs. Guatemala*,¹⁹ la Corte sostuvo que el derecho a la vida no puede ser concebido restrictivamente. Introdujo la visión de que el derecho a la vida comprende no sólo una dimensión negativa –el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente–, sino una dimensión positiva, que demanda a los Estados medidas positivas apropiadas para la protección del derecho a la vida digna, el “derecho a crear y desarrollar un proyecto de vida”. Esta interpretación ha establecido un importante horizonte para la protección de los derechos sociales.

En otras resoluciones, la Corte ha endosado a los Estados el deber jurídico de conferir una aplicación progresiva a los derechos sociales, con fundamento en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, especialmente si se trata de grupos socialmente vulnerables. En el caso *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, la Corte enfatizó el deber de los Estados en lo referente a la aplicación progresiva de los derechos sociales, con el fin de asegurar el derecho a la educación, destacando la especial vulnerabilidad de las niñas. En efecto, el tribunal internacional sostuvo que “con relación al deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual”.²⁰

En la jurisprudencia interamericana existe, además, un conjunto de decisiones que consagran la protección indirecta de los derechos sociales mediante la protección de derechos civiles, lo que confirma la idea de la indivisibilidad y de la interdependencia de los derechos humanos.

En el caso *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*,²¹ relativo a una presunta negligencia médica en un hospital privado —una mujer

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

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

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

lus Constitutionale Commune latinoamericano en derechos humanos...

fue internada en el hospital con cuadro de meningitis bacteriana y fue medicada, falleciendo al día siguiente, probablemente como resultado de la medicación prescrita—, la Corte decidió el caso con fundamento en la protección al derecho a la integridad personal y no en el derecho a la salud. En el mismo sentido, en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*,²² concerniente a daños a la salud resultantes de condiciones de detención, una vez más el derecho a la salud fue protegido bajo el argumento de la protección del derecho a la integridad física.

Otros casos de protección indirecta de los derechos sociales se refieren a la protección al derecho al trabajo, con base en el derecho al debido proceso legal y a la protección judicial. Al respecto destaca el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*,²³ relativo al despido arbitrario de 270 funcionarios públicos que participaron en una manifestación (huelga). La Corte condenó al Estado de Panamá por la violación de la garantía del debido proceso legal y de protección judicial, condenando al pago de indemnización y el reintegro a sus puestos de trabajo. En el caso *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*,²⁴ sobre el despido arbitrario de 257 trabajadores, la Corte condenó también al Estado de Perú por la violación al debido proceso legal y la protección judicial. En ambos casos, la condena de los Estados tuvo como argumento central la violación a la garantía del debido proceso legal y no la violación al derecho del trabajo.

Otro caso emblemático es *Cinco Pensionistas vs. Perú*,²⁵ referente a la modificación del régimen de pensiones en ese país, en el que la Corte condenó al Estado con fundamento en la violación al derecho de propiedad privada y no con base en la violación al derecho a la seguridad social, ante los daños sufridos por los cinco pensionistas.

²² Caso de Myrna Mack Chang vs. Guatemala, sentencia de 25 de Noviembre de 2003.

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

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

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

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Finalmente, en el caso *Acevedo Buendía vs. Perú*,²⁶ la Corte reconoció que los derechos humanos deben ser interpretados desde la perspectiva de la integralidad e interdependencia, la combinación de los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales, y la ausencia de jerarquía entre ellos, siendo todos igualmente exigibles. Asimismo, resaltó la aplicación progresiva de los derechos sociales susceptibles de control y supervisión de los organismos competentes, poniendo de relieve la obligación de los Estados de no regresividad en materia de derechos sociales.

3. EMPODERAMIENTO DEL SISTEMA INTERAMERICANO MEDIANTE LA EFECTIVIDAD DEL DIÁLOGO JURISDICCIONAL Y LA CRECIENTE LEGITIMACIÓN SOCIAL

El Sistema Interamericano es capaz de revelar las peculiaridades y especificidades de las luchas emancipadoras de los derechos y la justicia en la región latinoamericana. El sistema presenta una particular institucionalidad, marcada por el protagonismo de los diferentes actores, en un escenario en el que interactúan los Estados, las víctimas, las organizaciones de la sociedad civil nacional e internacional, así como la Comisión y la Corte Interamericanas en el ámbito de la Organización de Estados Americanos (OEA).

En este contexto, el Sistema Interamericano se empodera gradualmente a través del diálogo jurisprudencial para permitir el fortalecimiento de los derechos humanos en un sistema multinivel. Es desde esta perspectiva que emergen dos vertientes de diálogo jurisdiccional: el diálogo con los sistemas nacionales (para incluir el control de convencionalidad) y el diálogo con la sociedad civil (para empoderar al Sistema Interamericano mediante una creciente legitimación social).

En el marco del diálogo con los sistemas nacionales se consolida el denominado “control de convencionalidad”. Este control es el reflejo de un nuevo paradigma para orientar la cultura jurí-

²⁶ Caso *Acevedo Buendía y otros* (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú, sentencia de 1 de julio de 2009.

lus Constitutionale Commune latinoamericano en derechos humanos...

dica en América Latina hoy: de la hermética pirámide centrada en el *State approach*, se ha pasado a la permeabilidad del trapecio centrado en el *human rights approach*. Es decir, se añaden a los parámetros constitucionales los parámetros convencionales, la composición de un trapecio jurídico abierto al diálogo a los presépticos y la interdisciplinariedad, para replantear el fenómeno jurídico bajo la inspiración de un *human rights approach*.

En el caso latinoamericano, el proceso de democratización en la región, iniciado en la década de 1980, propició la incorporación de importantes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos por parte de los Estados latinoamericanos. Hoy se constata que los países latinoamericanos han suscrito los principales tratados de derechos humanos adoptados por la ONU y la OEA. Por otro lado, las constituciones latinoamericanas presentan cláusulas constitucionales abiertas, con especial énfasis en la jerarquía de los tratados de derechos humanos y su incorporación automática, así como reglas de interpretación basadas en el principio *pro persona*.

En efecto, las constituciones latinoamericanas establecen cláusulas constitucionales abiertas que permiten la integración del orden constitucional y el orden internacional, especialmente en el campo de los derechos humanos, ampliando y expandiendo el bloque de constitucionalidad. Al proceso de constitucionalización del derecho internacional se une el proceso de internacionalización del derecho constitucional. A modo de ejemplo, encontramos la Constitución de Argentina, que desde la reforma constitucional de 1994 establece, en su artículo 75, inciso 22, que, si bien los tratados en general tienen jerarquía infraconstitucional, aunque superior a las leyes, los tratados de protección a los derechos humanos tienen jerarquía constitucional, complementando los derechos y garantías constitucionalmente reconocidos. La Constitución brasileña de 1988, en su artículo 5, parágrafo 2, dispone que los derechos y garantías regulados expresamente en la Constitución no excluyen los derechos derivados de los principios y normas aplicables a los derechos enunciados en los tratados internacionales ratificados por Brasil, permitiendo, de esta manera, la expansión del bloque de constitucionalidad. La Constitución de Perú de 1979 disponía, en el artículo 105, que los preceptos contenidos en los tratados de derechos humanos tenían

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

jerarquía constitucional y no podían ser modificados sino por el procedimiento que rige la reforma de la propia Constitución. Sin embargo, dado que la vigente Constitución de Perú de 1993 sólo establece que los derechos reconocidos en el texto constitucional deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú, el Tribunal Constitucional de Perú, mediante resolución dictada en 2005, otorgó jerarquía constitucional a los tratados internacionales de protección de derechos humanos, y agregó que los derechos humanos establecidos en los tratados constituyen el marco legal y vinculante para el gobierno.

La Constitución de Colombia 1991, reformada en 1997, dispone en su artículo 93 la jerarquía especial de los tratados de derechos humanos, afirmando que éstos prevalecen en el orden interno y que los derechos humanos constitucionalmente consagrados se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el país. Por su parte, la Constitución de Bolivia de 2009 establece que los derechos y deberes reconocidos en la Constitución se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia, que prevalecen sobre la propia Constitución cuando se enuncian derechos más favorables (artículos 13, IV, y 256). En la misma dirección encontramos la Constitución de Ecuador de 2008, que determina que los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconocen derechos más favorables que los previstos en la Constitución privan sobre cualquier otra norma jurídica o acto del Poder Público (artículo 424). El mismo texto constitucional prevé que será aplicado el principio *pro ser humano*, sin restricción de los derechos de aplicabilidad directa y la disposición constitucional abierta (artículo 416). La Constitución de México, con la reforma de junio de 2011, pasó a incorporar la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos y la regla de interpretación fundada en el principio *pro persona*.

Por otro lado, el Sistema Interamericano revela permeabilidad y apertura al diálogo a través de las reglas de interpretación del artículo 29 de la Convención Americana, en especial para garantizar el principio de primacía de la norma más benéfica, más favorable y de mayor protección para la víctima. Cabe señalar

lus Constitutionale Commune latinoamericano en derechos humanos...

que los tratados de derechos humanos establecen parámetros mínimos de protección, proporcionando un piso mínimo, y no un techo máximo de salvaguarda de los derechos. Por tanto, la hermenéutica de los tratados de derechos humanos respalda el principio *pro persona*. Los tratados del sistema global de derechos humanos también regulan el principio *pro persona*, fundado en la prevalencia de la norma más benéfica, como lo demuestra el artículo 23 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el artículo 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 16, párrafo 2, de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y el artículo 4, apartado 4, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Las cláusulas de apertura constitucional y el principio *pro ser humano*, inspirado en los tratados de derechos humanos, componen los dos vértices —nacional e internacional— para promover el diálogo sobre los derechos humanos. En el Sistema Interamericano, este diálogo se caracteriza por el fenómeno del “control de convencionalidad” en su forma difusa y concentrada.

Como enfatiza la Corte Interamericana:

Cuando un Estado ratifica un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a cuidar para que los efectos de los dispositivos de la Convención no se vean mitigados por la aplicación de leyes contrarias a su objetivo, y que desde el inicio carecen de efectos jurídicos. (...) el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de la convencionalidad de las leyes” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solo el tratado, como también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.²⁷

²⁷ Ver Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 septiembre de 2006.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Como sostiene Eduardo Ferrer Mac-Gregor,²⁸ juez interamericano, con el mandato de ejercer el control de convencionalidad en el modo difuso, los tribunales nacionales ejercen el control de convencionalidad en el ámbito interno, a través de la incorporación de las normas, los principios y la jurisprudencia internacional protectora de los derechos humanos en el contexto latinoamericano. De este modo, cuando un Estado ratifica un tratado, todos los órganos del poder del Estado se vinculan a él, comprometiéndose a cumplirlo de buena fe.

La Corte Interamericana ejerce el control de convencionalidad en forma concentrada, teniendo la última palabra en la interpretación de la Convención Americana. Al llevar a cabo el control de convencionalidad, la Corte Interamericana se guía por el principio *pro persona*, dando prevalencia a las sentencias más benéficas, destacando en diversos fallos las decisiones judiciales proferidas por las Cortes constitucionales latinoamericanas, así como mencionando disposiciones de las constituciones latinoamericanas, como se revela en los casos *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (sentencia de 27 de junio de 2012), *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (sentencia de 24 de febrero de 2012) y *Gelman vs. Uruguay* (sentencia de 24 de febrero de 2012).²⁹

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

²⁹ A título ilustrativo, cabe mencionar la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, de 27 de junio de 2012, en la cual la Corte incorporó precedentes judiciales en materia indígena de la Corte Constitucional Colombiana (sentencia C-169/01), en relación con el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, así como al pluralismo jurídico. Se presta mayor atención a las constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Perú y Chile. Otro ejemplo se puede ver en la sentencia del Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, del 24 de febrero del 2012, en la que la Corte Interamericana se refiere a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, sentada en la Acción de Inconstitucionalidad AI 2/2010, relativa a la prohibición de la discriminación por orientación sexual. En el caso Gelman vs. Uruguay, por su parte, la Corte Interamericana resalta los casos de Venezuela, México, Chile, Argentina y Bolivia, reconociendo la naturaleza pluriofensiva y

lus Constitutionale Commune latinoamericano en derechos humanos...

Por último, se suma el profundo diálogo del Sistema Interamericano con la sociedad civil, lo que le confiere legitimidad social gradual y creciente empoderamiento. El sistema se enfrenta a la paradoja de su origen —nació en un entorno marcado por la voluntad y la expectativa de los regímenes autoritarios de que tuviera un bajo impacto—, y comenzó a ganar credibilidad, fiabilidad y alto impacto. La fuerza motriz del Sistema Interamericano ha organizado a la sociedad civil a través de una *transnational network* para llevar a cabo litigios estratégicos exitosos.

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

En la percepción de Kathryn Sikkink:

El trabajo de las ONG consiste en hacer las prácticas represivas de los Estados más visibles y públicas, exigiendo de ellos, que permanecían en silencio, una respuesta. Cuando se enfrentan a las presiones cada vez mayores, los Estados represivos intentan presentar justificaciones (...). Cuando un Estado reconoce la legitimidad de la intervención internacional en el tema de derechos humanos y, en respuesta a la presión internacional, altera su práctica en relación con el asunto, se reconstituye la relación entre el Estado, los ciudadanos y los actores internacionales.³¹

Añade la autora:

Las presiones y las políticas transnacionales en el ámbito de los derechos humanos, incluida la red de organizaciones no gubernamen-

permanente del delito de desaparición forzada, así como la jurisprudencia latinoamericana que declara la invalidez de las leyes de amnistía.

³⁰ Piovesan, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 13ª ed., revisada y actualizada, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 431.

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

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

tales, han ejercido una diferencia significativa al permitir avances en las prácticas de derechos humanos en países de todo el mundo. Sin los regímenes internacionales de protección de los derechos humanos y sus reglas, y sin la acción de las redes transnacionales que operan para hacer cumplir dichas normas, no se hubiesen producido cambios en la esfera de los derechos humanos.³²

El éxito del Sistema Interamericano refleja el compromiso de las ONG (que comprenden los movimientos sociales y las estrategias de los medios de comunicación), la buena respuesta del sistema y la aplicación de sus decisiones por parte del Estado, proporcionando transformaciones y avances de los sistemas internos de protección de derechos humanos, transitando, por fin, a un enfoque del Sistema Interamericano en la pavimentación de un *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en derechos humanos, con énfasis en sus potencialidades y desafíos.

4. EL SISTEMA INTERAMERICANO Y LA COMPOSICIÓN DE UN *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* LATINOAMERICANO: RIESGOS, RETOS Y POSIBLES DESAFÍOS

A partir del análisis del impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en América Latina, desde la perspectiva de un sistema multinivel y de diálogo que involucre las esferas regionales y locales, teniendo como fuerza de impulso el activismo transnacional de la sociedad civil, se abre una vía para el *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en derechos humanos.

A la luz de esta dinámica emergen tres desafíos centrales para el *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en derechos humanos:

1. *Desarrollar una cultura jurídica inspirada en los nuevos paradigmas jurídicos y la creación de un nuevo derecho público: esta-*

³² Sikkink, Kathryn, Thomas Risse, "Conclusions", en Risse, Thomas, Stephen C. Ropp y Kathryn Sikkink, *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 275.

Ius Constitutionale Commune latinoamericano en derechos humanos...

*alidad abierta, diálogo jurisdiccional y prevalencia de la dignidad humana en un sistema multinivel.*³³

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

De ahí la necesidad de fomentar una doctrina y una jurisprudencia emancipadoras en el campo de los derechos humanos, inspiradas en la prevalencia de la dignidad humana³⁴ y la aparición de un nuevo derecho público marcado por la condición de un Estado abierto en un sistema jurídico multinivel. La formación de una nueva cultura jurídica, sobre la base de una nueva racionalidad e ideología, surge como una declaración imprescindible para la afirmación de un *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en derechos humanos.

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

Otro desafío importante para la consolidación de un *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en derechos humanos

³³ Ver Von Bogdandy, Piovesan y Morales Antoniazzi (coords.), *op. cit.*, *supra* nota 29.

³⁴ Para Habermas, el principio de la dignidad humana es la fuente moral de los derechos fundamentales, de los cuales extrae su contenido. Agrega Habermas: “The appeal to human rights feeds off the outrage of the humiliated at the violation of their human dignity (...) The origin of human rights has always been resistance to despotism, oppression and humiliation (...)” (“La invocación de los derechos humanos se alimenta de la indignación de los humillados por la violación de su dignidad humana... El origen de los derechos humanos siempre ha estado en la resistencia al despotismo, la opresión y la humillación...”). Habermas, Jürgen, *The Crisis of the European Union: A Response*, Cambridge, Polity Press, 2012, p. 75.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

se refiere al mejoramiento del Sistema Interamericano, considerando la agenda de reforma al sistema.³⁵

Con respecto a la universalidad del Sistema Interamericano, se ha ampliado el universo de Estados parte en la Convención Americana (que contaba con 25 Estados parte en 2012) y, sobre todo, del Protocolo de San Salvador en materia de derechos económicos, sociales y culturales (que contaba apenas con 14 Estados parte en 2012).

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

Igualmente es necesario garantizar una alta independencia y autonomía de los miembros de la Comisión y de la Corte, que deben actuar a título personal y no a nombre del gobierno. Es indispensable intensificar la participación de la sociedad civil en el seguimiento del proceso de nombramiento de dichos miembros, dándole más publicidad, transparencia y *accountability*.

Del mismo modo es fundamental fortalecer la eficacia del Sistema Interamericano en lo que se refiere a la supervisión de las decisiones de la Corte y la Comisión.³⁶ A diferencia del Sistema Europeo, en el Sistema Interamericano son sus propios órganos quienes realizan el seguimiento de las decisiones que ellos mismos dictan. Esto se debe a que la Convención Americana no

³⁵ En el debate sobre la reforma del sistema americano hay propuestas controversiales de los Estados encaminadas a limitar la competencia de la Comisión Interamericana para otorgar medidas cautelares y la limitación de los relatores especiales, como el Relator Especial sobre la Libertad de Expresión y Acceso a la Información. Un enfoque crítico sobre estas propuestas puede verse en Ventura, Deisy, Flávia Piovesan y Juana Kweitel, "Sistema Interamericano sob forte ataque", *Folha de São Paulo*, 7 de agosto de 2012, p. A3.

³⁶ En el sistema europeo, por ejemplo, el Comité de Ministros (órgano político) tiene la tarea de supervisar la ejecución de las sentencias de la Corte Europea, actuando colectivamente en nombre del Consejo de Europa. Para un análisis comparativo de los sistemas regionales, ver Piovesan, Flávia, *Direitos humanos e justiça internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

lus Constitutionale Commune latinoamericano en derechos humanos...

establece ningún mecanismo específico para supervisar la ejecución de las decisiones de la Comisión o de la Corte, aunque la Asamblea General tiene un amplio mandato en este sentido, de conformidad con el artículo 65 de la Convención Americana.³⁷ En la evaluación de Antônio Augusto Cançado Trindade:

(...) la Corte Interamericana tiene actualmente una preocupación especial por el cumplimiento de sus sentencias. Los Estados, en general, cumplen con las reparaciones que se refieren a daños de carácter pecuniario, pero lo mismo no necesariamente ocurre con las reparaciones de carácter no pecuniario, en particular, las relativas a la investigación efectiva de los hechos que dieron lugar a tales violaciones, y la identificación y el castigo de los responsables, esencial para acabar con la impunidad (y sus consecuencias negativas para el tejido social en su conjunto). (...) En la actualidad, dada la falta de instituciones del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos en esta área en particular, la Corte Interamericana ha ejercido *motu proprio* la supervisión de la ejecución de sus sentencias, dedicando a esta actividad uno o dos días de cada período de sesiones. Sin embargo, la supervisión –como un ejercicio de garantía colectiva– y la fiel ejecución de las sentencias y resoluciones de la Corte es una tarea que recae sobre el conjunto de los Estados–parte en la Convención.³⁸

³⁷ De acuerdo con el artículo 65 de la Convención: “La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada periodo ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”.

³⁸ Antônio Augusto Cançado Trindade propone: “Para asegurar el *monitoreo continuo* del fiel cumplimiento de todas las obligaciones convencionales de protección, y en particular de los fallos de la Corte, se debe, a mi juicio, acrecentar, al final del artículo 65 de la Convención, la siguiente frase: ‘La Asamblea General los remitirá al Consejo Permanente, para estudiar la materia y rendir un informe, para que la Asamblea General delibere al respecto’. De ese modo, se suple una laguna en cuanto a un mecanismo, a operar en *base permanente* (y no solamente una vez por año ante la Asamblea General de la OEA), para supervisar la fiel ejecución, por los Estados Partes demandados, de las sentencias de la Corte. Obsérvese que, en el ámbito de la OEA, ya se formó el consenso en el sentido de que los Estados Partes en la Convención Americana son efectiva y conjuntamente los *garantes* de la integridad de la misma”. Ver Trindade, Antônio Augusto Cançado, “El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000)

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Asimismo, las decisiones internacionales en materia de derechos humanos deben producir eficacia jurídica directa, inmediata y obligatoria en la jurisdicción interna, cumpliendo los Estados su fiel aplicación y cumplimiento, de conformidad con el principio de buena fe, que orienta al orden internacional. Para Antonio Augusto Cançado Trindade, el “futuro del sistema internacional de protección a los derechos humanos está condicionado a los mecanismos nacionales de implementación”.

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

3. *Avanzar en la protección de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho en la región.*

Finalmente, considerando el contexto latinoamericano, marcado por una acentuada desigualdad social y violencia sistémica, es fundamental avanzar en la afirmación de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho en la región.

Para hacer frente a los retos de las sociedades poscoloniales latinoamericanas, en donde los derechos humanos constituían una agenda contra el Estado, el Sistema Interamericano se empodera a sí mismo con su fuerza invasiva para contribuir al fortalecimiento de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho en la región.

El Sistema Interamericano rompe con la paradoja de su origen. Nacido en un contexto regional marcado por los regímenes dicta-

y su proyección hacia el futuro: La emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional”, en Trindade, Antônio Augusto Cançado, Manuel E. Ventura Robles, *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª ed., San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos-ACNUR, 2003, pp. 83 y 84.

³⁹ A modo de ejemplo, el presupuesto de la Corte Europea es de aproximadamente 20 por ciento del presupuesto del Consejo de Europa, con una participación de 41 millones de euros, mientras que el presupuesto combinado de la Comisión y de la Corte Interamericanas representa aproximadamente el 5 por ciento del presupuesto de la OEA, con una participación de tan sólo 4 millones de dólares. Obsérvese también que el 5 por ciento del presupuesto de la OEA cubre tan sólo el 55 por ciento de los gastos de la Comisión y el 46 por ciento de los gastos de la Corte.

Ius Constitutionale Commune latinoamericano en derechos humanos...

toriales —sin duda con la expectativa de un impacto reducido por los Estados autoritarios—, más tarde el sistema se consolida y se fortalece como actor regional democratizador, provocado por las estrategias de litigio competentes de la sociedad civil en una *transnational network* para conferir alta carga de legitimidad social.

Como lo demuestra este artículo, el Sistema Interamericano ha permitido la desestabilización de los regímenes dictatoriales, ha exigido justicia y el fin de la impunidad en las transiciones democráticas, y ahora demanda el fortalecimiento de las instituciones democráticas como un combate necesario contra las violaciones de derechos humanos y la protección de los grupos más vulnerables.

Su impacto transformador en la región —fruto sobre todo del papel vital de la sociedad civil organizada en su lucha por la justicia y por los derechos— ha fomentado la efectividad del diálogo regional-local en un sistema multinivel con apertura y permeabilidad mutua. Por un lado, el Sistema Interamericano se inspira en el principio *pro ser humano*, mediante reglas convencionales interpretativas basadas en principios de la norma más protectora y favorable a la víctima, apoyando los parámetros mínimos de protección humana. Por otro lado, las constituciones latinoamericanas establecen cláusulas constitucionales abiertas para propiciar el diálogo en materia de derechos humanos, en relación con la jerarquía, incorporación e impacto de los tratados de derechos humanos.

En el Sistema Interamericano este diálogo se sigue caracterizando por el fenómeno del “control de convencionalidad” en su forma difusa y concentrada. También se observa la creciente apertura de la Corte Interamericana a incorporar en sus resoluciones referencias a las disposiciones de las constituciones y a la jurisprudencia de los tribunales constitucionales latinoamericanos. El diálogo jurisdiccional se desarrolla en una doble vía: movido por los vértices de las cláusulas constitucionales abiertas y a través del principio *pro ser humano*.

En este contexto, el Sistema Interamericano tiene la potencialidad de ejercer un impacto extraordinario en el desarrollo de un *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano, contribuyendo al fortalecimiento de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho en la región más desigual y violenta del mundo.

Desafíos de la interamericanización del derecho: la contribución del *Ius Constitutionale Commune**

Leonardo García Jaramillo**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La interamericanización como epifenómeno de la globalización del derecho. 3. Realidades fácticas y jurídicas afines que refuerzan el comparativismo. 4. El *Ius Constitutionale Commune* y la interamericanización del derecho. 5. A manera de conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Las comprensiones dominantes de la “globalización” han distinguido fundamentalmente tres campos donde acontece: la economía, la cultura y la política. Si bien entre sus especialistas no hay una definición ampliamente aceptada del concepto, conviene aportar algunas precisiones preliminares que orienten nuestro

* Este trabajo se incluye en la *Revista de Derecho Político*, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), núm. 97, septiembre-diciembre 2016, pp. 335-368.

** M.A. con énfasis en estudios políticos, Universidad EAFIT-Medellín. M.A., Università di Genova, Italia. Profesor, Departamento de Gobierno y Ciencias Políticas, Universidad EAFIT-Medellín. Editor de *Co-herencia. Revista de Humanidades*. Columnista de *Ámbito Jurídico*. Ha publicado artículos y traducciones en revistas especializadas. Autor de *Constitucionalismo deliberativo. Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario* (México: UNAM-IIIJ, 2015).

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

análisis. De manera sucinta podría entenderse como el proceso mediante el cual diversos tipos de innovaciones tecnológicas, económicas, políticas y jurídicas, han reducido radicalmente las barreras tradicionales de intercambios entre países. Las fronteras de los Estados-nación están exhibiendo mayores fracturas por donde permean flujos transnacionales de bienes, servicios, capital, personas, ideas, cultura, tecnología y conocimiento. Estos intercambios se han transformado en su intensidad (entre países desarrollados) y en su naturaleza (entre los países desarrollados y los subdesarrollados, así como entre éstos exclusivamente).

El concepto “globalización” provoca, a lo ancho del espectro político, la sensación de que la acción en gran medida incoordinada por parte de actores que muchas veces no pueden identificarse plenamente, está transformando la vida política, social y económica de formas que aún estamos por comprender y que está más allá de nuestro alcance impedir.¹ Los gobiernos no solo reducen las barreras del intercambio transnacional, sino que su capacidad para imponerlas y protegerlas se aminora.² Se propicia entonces una diversificación y una expansión de la escala donde el poder se ejerce y se jerarquiza.³

Held caracteriza la globalización a partir de: (1) el grado de extensión, es decir, el amplio rango que han alcanzado ciertas actividades a través de fronteras y largas distancias; (2) la intensidad o la magnitud de la interconectividad inherente en estas operaciones; (3) la “velocidad”, que se pregunta cómo estas operaciones han ganado en velocidad, por ejemplo, en las comunicaciones. Denomina al último factor (4) “confusión” entre lo global y lo local, en la medida en que acontecimientos locales tienen

¹ David S. Law, “Globalization and the future of Constitutional Rights”, en: *Northwestern University Law Review*, Vol. 102, No. 3, 2008.

² *Ibidem*.

³ Daniel W. Drezner, “Globalization and Policy Convergence”, en: *International Studies Review*. Vol. 3, No. 1, 2001. David Held – Anthony McGrew (eds.), *The Global Transformations Reader: An Introduction to the Globalization Debate*. Cambridge, Polity, 2003, Introduction. Para una reconstrucción de las distintas dimensiones de la globalización: Manfred B. Steger, *Globalization: A Very Short Introduction*. Oxford University Press, 2003.

Desafíos de la interamericanización del derecho...

cada vez más consecuencias globales.⁴ Desarrollos globales se materializan cada vez más localmente aunque con considerables variaciones, como sucede con las normas y las instituciones jurídicas.⁵

El último factor se refleja sobre todo en el derecho debido a las fronteras cada vez más difusas entre el derecho local y los derechos internacional y de otros países.⁶ Los procesos de globalización sin duda transforman el derecho y, en particular, el derecho constitucional por el conjunto de características afines del nuevo constitucionalismo latinoamericano que promovieron por su aplicación la necesidad de intensificar el diálogo. Tales características del *Ius Commune* latinoamericano se destacan más adelante.

La globalización del derecho, reforzada por la globalización en otros ámbitos, ha ejercido influencia sobre la configuración paulatina de regímenes constitucionales, es decir, del conjunto de instituciones razonablemente estables a través de las cuales se toman las decisiones fundamentales de la nación y los principios que orientan tales decisiones.⁷ La globalización del derecho, que ha creado e intensificado patrones particulares de desarrollo para el derecho constitucional, es un fenómeno incuestionable e irreversible. Es una verdad evidente sobre todo en el derecho constitucional latinoamericano donde, más que en cualquiera otra región del mundo (incluso Europa con su Tribunal de Derechos Humanos), puede hablarse con propiedad de la internacionalización del derecho constitucional. Esto se debe sobre todo a las afi-

⁴ David Held – Anthony G. McGrew, et al., *Global Transformations: Politics, Economics, and Culture*. Stanford, Stanford University Press, 1999.

⁵ En su evaluación acerca de cómo en distintos períodos históricos han operado los procesos de globalización, Held analiza la globalización en: la organización política, lo militar, el comercio, las finanzas, la productividad corporativa, la migración, la cultura y el ambiente. *Ibidem*.

⁶ Una de las principales exposiciones sobre la globalización del derecho es, William Twining, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*. Cambridge University Press, 2009. Para una síntesis de algunos puntos fundamentales, véase su contribución (“The Implications of Globalisation for Law as a Discipline”): Andrew Halpin – Volker Roeben (eds.) *Theorising the Global Legal Order*. Oxford: Hart, 2009.

⁷ Mark Tushnet, *The New Constitutional Order*. Princeton University Press, 2003.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

nidades orgánicas (creación de tribunales constitucionales independientes) y dogmáticas (principios y derechos consagrados de forma similar como disposiciones constitucionales) en los procesos de reforma acometidos en la región, aunadas a los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En la interpretación y concreción de disposiciones constitucionales propias, o del derecho internacional o extranjero, los tribunales han contribuido a crear una doctrina constitucional genérica en la región, que se distancia de la exégesis divulgativa de doctrinas transnacionales.

En la región se ha venido extendiendo y consolidando una especie de derecho constitucional genérico,⁸ es decir, un cuerpo de teoría, metodología y doctrina constitucionales que no pertenece exclusivamente a ninguna jurisdicción. Es afín en normas, principios, instituciones judiciales y teorías que han adquirido particular relevancia en la creación y desarrollo locales del derecho, así como en las agendas locales de investigación. En la construcción de este derecho constitucional genérico se destacan países como México, Costa Rica, Colombia, Perú, Ecuador, Bolivia y Argentina, donde su doctrina, jurisprudencia y derecho legislado han estado particularmente abiertos al influjo creativo de cánones transnacionales.

El ICCAL es el concepto que mayor potencial tiene actualmente en la región para comprender esta interamericanización del discurso jurídico que propicia un constitucionalismo genérico, sobre todo, en el ámbito constitucional. El ICCAL procura analizar y proyectar rumbos de acción hacia un constitucionalismo transformador de las desigualdades sociales y políticas que aquejan a los países de la región. Tiene por tanto aspiraciones descriptivas y prescriptivas. La interamericanización del derecho promueve la creación de un derecho constitucional genérico o común latinoamericano que, a su vez, propicia la confluencia entre el constitucionalismo regionalmente configurado, el derecho internacional público y el discurso sobre los derechos humanos.⁹ El derecho constitucional genérico en América, como

⁸ David Law, "Generic Constitutional Law", en: *89 Minnesota Law Review* 652, 2005.

⁹ Armin von Bogdandy - Héctor Fix-Fierro - Mariela Morales (coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y de-*

Desafíos de la interamericanización del derecho...

un hecho verificable en los patrones regionales de creación y el desarrollo del derecho, encuentran en el ICCAL un concepto útil para comprender este complejo fenómeno.

Las reglas, principios, instituciones judiciales y teorías, a pesar de haber surgido dentro de prácticas jurídicas y contextuales particulares, configuran un canon a medida que viajan y son re-ceptadas creativamente en otros países para responder a nuevos desafíos de cara a la pobreza, la desigualdad, el hiper presidencialismo y los problemas de representación política deficitaria. Los países reciben elementos del canon y, a medida que encuentran nuevas formas de concebirlos, interpretarlos y aplicarlos, contribuyen en el desarrollo de subcánones o cánones latinoamericanos. Experiencias locales relativas a la implementación de normas o doctrinas, hacen parte del diálogo regional para no repetir hechos desafortunados del pasado y para aprender de otras experiencias en la solución de nuestros problemas más acuciantes.

En contextos afines signados, de un lado, por la pobreza, la desigualdad y los déficit en la representación política, y de otro, por la proclamación de constituciones con vocación normativa, un amplio catálogo de derechos, mecanismos judiciales para propender por su garantía y un tribunal independiente encargado de proteger y desarrollar estas provisiones, se comprende porqué la academia jurídica y los tribunales nacionales, así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han llegado a compartir intereses teóricos, métodos y doctrinas que propician el desarrollo de una doctrina constitucional genérica latinoamericana. Esta doctrina se consolida en un proceso que, siguiendo teorizaciones sugestivas, podríamos denominar “interamericanización”.¹⁰ Se trata de un proceso mediante el cual se crean y configuran en América Latina cánones propios a partir de elementos de los cánones transnacionales, pero luego de procesos de reconfiguraciones y resignificaciones.

safíos. México D.F.: UNAM-IIIJ - Instituto Max Planck de Derecho Público, Comparado y Derecho Internacional, 2014.

¹⁰ Mariela Morales Antoniazzi, “El Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*”, en: Armin von Bogdandy – Héctor Fix-Fierro – Mariela Morales (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México D.F.: UNAM-IIIJ – Instituto Max Planck de Derecho Público, Comparado y Derecho Internacional, 2014.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Si bien los países de la región han tenido históricamente, al crear e interpretar derecho, fronteras fracturadas y relativas, desde hace algunas décadas se ha venido modificando la forma como acontecía el diálogo y la interacción entre países, fundamentalmente, exportadores de reglas, principios y ciencia jurídica (el llamado norte global) y países receptores (el llamado sur global). En la actualidad la interacción se ha vuelto también horizontal entre los países del sur global que, a partir de elementos teóricos y judiciales de los cánones creados en el norte global, han construido un diálogo propio. Los procesos de interamericanización del derecho han alterado la conformación y el desarrollo de las redes tradicionales de interdependencia en la creación de normas e instituciones.

2. LA INTERAMERICANIZACIÓN COMO EPIFENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO

La globalización del derecho ha tenido varias consecuencias, algunas de las principales ya destacadas, así como varios epifenómenos —es decir, uno de varios fenómenos que se dan después de otro considerado principal— dentro de los cuales se destaca el proceso de la interamericanización del derecho. Aunque se han dado algunas experiencias de diálogo e intercambios entre académicas y poderes judiciales latinoamericanos con sus pares en la India y Sudáfrica, el proceso de creación de un derecho constitucional común o genérico en el sur global ha acontecido con particular intensidad en el contexto de los países latinoamericanos. Sus afinidades contextuales y jurídicas, así como su natural disposición al diálogo y la apertura en la construcción de sus sistemas jurídicos, han venido conformando progresivamente un cuerpo de doctrina constitucional genérica que constituye la base de la interamericanización del derecho.

La globalización del derecho en América Latina, hasta hace relativamente poco tiempo, dejó de estar determinada por países del primer mundo que eran exportadores de derecho, hacia países del tercer mundo: importadores con escasa o nula autoridad retributiva en esta relación de poder y dependencia. Para comprender las particularidades de este cambio adquiere relevancia el concepto “interamericanización”. La soberanía y las fronteras siguen fracturadas pero ya no solo para dejar entrar flujos sino

Desafíos de la interamericanización del derecho...

también para exteriorizarlos. Estándares normativos se crean y desarrollan a partir del diálogo y la interacción, y no solo ya a partir de la apropiación o copia. En este punto radica la importancia, reiterada por el ICCAL, del comparativismo en el proceso de creación y desarrollo del derecho en la región. Los argumentos y las doctrinas no tienen que acreditar su nacionalidad para acreditarse como útiles o razonables.¹¹

El referente hacia donde miraban los países cuando iban a cambiar sus constituciones era Estados Unidos¹² y, contemporáneamente, España. Los textos constitucionales empezaron, desde hace 25 años, a parecerse más entre ellos que a seguir un único modelo extranjero de texto constitucional. Constituciones se proclamaron con afinidades orgánicas y dogmáticas. Pueden rastrearse patrones de interacción y apropiación formal-orgánica y sustantivo-dogmática entre las constituciones latinoamericanas, tanto las que cambiaron (Colombia, Ecuador, Bolivia y Venezuela) como las que introdujeron reformas (Argentina,¹³ Costa Rica¹⁴

¹¹ Ivan Rand, graduado de Harvard y magistrado de la Corte Suprema de Canadá, al descubrir que otros miembros del Tribunal eran reticentes a utilizar algún enfoque o criterio proveniente del derecho constitucional estadounidense, procedió con éxito a adoptarlos en decisiones que fueron respaldadas por el Tribunal, pero para conseguirlo debió omitir indicar su origen estadounidense. Véase, Edward McWhinney, “Judicial Review in a Federal and Plural Society: The Supreme Court of Canada”, en: John R. Schmidhauser (ed.), *Comparative Judicial Systems. Challenging Frontiers in Conceptual and Empirical Analysis*. Boston: Butterworths - International Political Science Association, 1987, p. 63.

¹² Russell H. Fitzgibbon, “The Process of Constitution Making in Latin America”, en: *Comparative Studies in Society and History*, Vol. 3, No. 1, 1960. Michel Rosenfeld - Andrés Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, 2012, “Introduction”.

¹³ Se modernizó la Constitución introduciendo un catálogo más amplio de derechos, medidas para el ejercicio de la ciudadanía democrática y normas para la defensa de la Constitución misma. Se crearon nuevos órganos de control. Se ha criticado no obstante por reforzar el sistema presidencial y reproducir la democracia delegativa. Véase, Raúl Alfonsín, *Constitución y consenso. A propósito de la reforma Constitucional*. Buenos Aires, Tiempo de ideas, 1996.

¹⁴ Se instituyó la jurisdicción constitucional y creó una sala especializada de la Corte Suprema para tramitar los recursos de amparo y los vetos por razones de inconstitucionalidad (1989), estableció el derecho a un ambiente

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

y México¹⁵). La creación de constituciones y el desarrollo de la doctrina jurídica y la jurisprudencia local, dejaron de depender exclusivamente de los desarrollos de los grandes polos intelectuales del derecho: Estados Unidos, Francia, Italia y Alemania, cuyas normas, instituciones y teorías se importaban y adoptaban con baja intensidad de transformación local. En la actualidad países de la región también han sido referentes para sus pares en estos procesos de cambio constitucional y de creación y desarrollo del derecho.

América Latina dejó de ver con encandiladora reverencia a las potencias productoras de legislación y de ciencia jurídica,¹⁶ y pasó a reconocer la validez de lo que se cosechaba en la zona y no solo de lo que se importaba. Como sucede con la globalización comercial, el consumidor local ha tendido a atribuir mayores niveles de calidad y prestigio a los productos extranjeros: carros, relojes y computadores, así como legislación, instituciones políticas y ciencia jurídica. Para los países del sur global los atributos que ofrece la comparación (apropiación, préstamo, trasplante...) han sido fuente de inspiración y de legitimación.¹⁷ Uno de los desafíos de la interamericanización del derecho es dotar de mayor autoridad y legitimidad a los productos jurídicos que siembra y cosecha.

sano (1994) y determinó que la ciudadanía es irrenunciable (1995). Hubo otras reformas, tales como la de 2003 que adoptó la reelección presidencial que había sido abolida por la reforma constitucional de 1969.

- ¹⁵ Se ha desarrollado el control de constitucionalidad (1994) y sobre derechos humanos, que incluye el bloque de constitucionalidad y el principio de interpretación a favor de los derechos más amplios (2011).
- ¹⁶ Durante los siglos XIX y XX se trató sobre todo, además de algunas instituciones jurídicas estadounidenses, de la ideología jurídica liberal que predominaba en Francia, Italia y Alemania. Kennedy identifica constituciones, tratados y cartas de derechos como los instrumentos jurídicos definitorios y característicos de la época contemporánea y analiza las posibles causas de la difusión global de la institución de la revisión judicial. Véase su influyente trabajo "Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000", en: David M. Trubek – Alvaro Santos (eds.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*. New York, Cambridge University Press, 2006.
- ¹⁷ Michel Rosenfeld – Andrés Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, 2012, "Introduction".

Desafíos de la interamericanización del derecho...

Ante la pérdida de hegemonía de potencias jurídicas como fuentes casi exclusivas de doctrina constitucional y creación de derecho en la región, la interamericanización del derecho se plantea como un fenómeno derivado de la globalización del derecho en el contexto latinoamericano. El derecho constitucional genérico reconocible hoy en América Latina, con los importantes elementos jurídico-dogmáticos que provienen de los países tradicionalmente influyentes en la construcción de cánones jurídicos, está construyendo su legitimidad y autoridad en la dimensión regional donde acontecen hoy intensos flujos e intercambios.

Dentro de las fuentes de este derecho constitucional genérico latinoamericano, hay que destacar el papel desempeñado por académicos, jueces, funcionarios e instituciones como ONG, entre otros sujetos, que durante las dos últimas décadas transformaron el canon jurídico existente (académico, judicial y pedagógico), del positivismo jurídico alemán y del derecho civil decimonónico con clara influencia del racionalismo francés y su exégesis. Este canon se reinterpretó y expandió a medida que se empezaba a dar respuesta a las transformaciones sociales y culturales expresadas en el contenido normativo de nuevas disposiciones constitucionales.

Otra fuente significativa de la interamericanización del derecho, que ha contribuido con la expansión del canon, es la jurisprudencia interpretativa de la Corte Interamericana en ejercicio del control de convencionalidad como mecanismo judicial creado al interior del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para propugnar por la defensa de los principios democráticos y los derechos consagrados en la Convención Americana. Las obligaciones internacionales relativas a la protección de los derechos consagrados en la Convención Americana, condicionan la interpretación de las normas jurídicas y prácticas administrativas.

Las constituciones latinoamericanas no obligan ni exhortan a las cortes a considerar el derecho de otros países o el derecho internacional cuando interpretan sus provisiones, como sí hace la Constitución Sudafricana (§39, 1). No obstante, estamos presenciando en el mundo, y en América Latina en particular, el nacimiento de una doctrina constitucional genérica que se está

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

creando por los procesos de interamericanización. Se está convirtiendo en una especie de “lengua franca” en la que se comunican los países con independencia de su pasado y de su cultura. El uso judicial y doctrinario del derecho extranjero y del derecho internacional, no es un fenómeno aislado sino un subproducto de este proceso de globalización del derecho en América Latina, es decir, de la progresiva interamericanización del derecho. Se ha estimulado por los avances en las facilidades del transporte y la comunicación globales, así como por la intensificación de los lazos políticos, económicos, culturales y jurídicos entre los países.¹⁸

Dentro de las razones que explican el hecho de que profesores, académicos, activistas y jueces de distintos países apliquen cada vez más normas, teorías o instituciones similares del derecho extranjero o del internacional, a circunstancias similares, se encuentran: (1) los tribunales constitucionales experimentan una necesidad teórica afín de justificar instituciones y prácticas—algunas veces activistas, algunas veces contramayoritarias—como el control judicial de constitucionalidad, la declaratoria de estados de cosas inconstitucionales y la práctica de proferir ordenes complejas; (2) Las cortes emplean habilidades comunes se enfrentan a los retos de la creatividad judicial para resolver problemas en casos constitucionales, y (3) enfrentan influencias entrecruzadas que fomentan la adopción de normas y prácticas jurídicas similares.¹⁹

Incluso en uno de los países más reacios a utilizar el argumento comparado, como los Estados Unidos, sus insulares (comparativamente hablando) academia y enseñanza jurídicas, así

¹⁸ Para Alexander Somek, profesor de derecho en la Universidad de Iowa, el instituto de derecho constitucional comparado más importante del mundo, es la Corte Suprema de Israel. Alexander Somek, “The Deadweight of Formulae: What Might Have Been the Second Germanization of American Equal Protection Review”, en: *1 University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 284, 1998.

¹⁹ La figura del estado de cosas inconstitucional, creada en el tribunal colombiano para enfrentar las situaciones de violaciones graves y estructurales de derechos fundamentales sobre las que las medidas de política existentes no permiten vislumbrar un cambio positivo al respecto, ha sido receptada en contextos académicos y judiciales de países como México, Perú y Brasil.

Desafíos de la interamericanización del derecho...

como su poder judicial, están adquiriendo mayor consciencia de la importancia del derecho extranjero.²⁰ “Después de muchos años de petulante confianza en sí misma [*smug self-assurance*] la educación jurídica en Estados Unidos muestra ahora un marcado interés por los sistemas jurídicos y los problemas constitucionales de otros países. Es seguro que este interés recién descubierto es parte de la exportación de la cultura jurídica estadounidense hacia otras tierras, pero también refleja una creciente curiosidad acerca de cómo las cosas podrían ser realizadas de otra manera en Estados Unidos”.²¹

La actual mayoría de magistrados de su Corte Suprema se ha mostrado dispuesta a considerar como fuentes a los materiales jurídicos de otros países y del derecho internacional.²² Las palabras de uno de los magistrados que más se ha expresado a favor, Stephen Breyer, no son más una rareza: «Esta Corte ha considerado por mucho tiempo relevante e instructiva la forma como cortes extranjeras han aplicado estándares parcialmente comparables con nuestros propios estándares constitucionales en circunstancias parcialmente comparables. (...) La disposición a considerar perspectivas judiciales extranjeras en casos comparables, no es sorprendente en una Nación que desde su nacimiento ha otorgado una “consideración respetable a las opiniones de la humanidad”». ²³

²⁰ Robert Post, “The Challenge of Globalization to American Public Law Scholarship”, en: *2 Theoretical Inquiries in Law*. 323, 2001. David Schneiderman, “Comparative Constitutional Law in an Age of Economic Globalization”, en: Vicki C. Jackson – Mark Tushnet (eds.), *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*. Westport, CT.: Praeger, 2002.

²¹ Jack Balkin - Sanford Levinson, “Los cánones en el derecho constitucional” (Trad. de Leonardo García J.), en: Miguel Carbonell – Leonardo García Jaramillo (eds.), *El canon neoconstitucional*. Madrid, Trotta, 2010.

²² En casos complejos y en áreas polémicas como la pena capital y los derechos para parejas homosexuales. Véase, David Law, “Generic Constitutional Law”. Op. cit.

²³ Opinión sostenida en su disenso del caso *Knight v. Florida*, 528 U.S. 990, 1999, p. 997. La cita interna corresponde a un fragmento de la primera parte de la Declaración de Independencia. Traducción propia.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

3. REALIDADES FÁCTICAS Y JURÍDICAS AFINES QUE REFUERZAN EL COMPARATIVISMO

La interamericanización del derecho ha encontrado en la Corte Constitucional Colombiana uno de sus actores más determinantes. Se encuentra dentro de los tribunales más activistas y que mayor uso hace del argumento comparado en sustento o como ilustración de distintas posiciones. Recurre con frecuencia tanto a la teoría política y constitucional, como a sentencias y argumentos esgrimidos por otros tribunales. Esta apertura hacia el derecho comparado ha derivado en un influjo de teorías, doctrinas y jurisprudencia trasnacionales en la doctrina local, en la práctica del derecho y en su enseñanza, no solo en Colombia sino en otros países de la región.

Ante desafíos sociales y culturales similares, sentencias de la Corte han sido fuente permanente de creación, desarrollo y enseñanza del derecho. Precedentes y herramientas judiciales han sustentado subreglas o posiciones que, en desarrollo de la cláusula del Estado social y democrático de derecho, del catálogo de derechos, de principios como la colaboración armónica entre las ramas del poder público, el goce efectivo de los derechos, la realización de los derechos como fin del Estado y la salvaguarda a la integridad de la Constitución, han contribuido en la interpretación, creación y desarrollo del derecho constitucional, con incidencia en la legislación en general. Para Landau, la Corte Constitucional colombiana es el tribunal judicial más poderoso del mundo.²⁴

Los rasgos pioneros que marcaron el cambio de paradigma constitucional colombiano en 1991, tanto por el resultado del proceso constituyente como sobre todo por la jurisprudencia de la Corte, irradiaron procesos de reforma constitucional adelantados en Venezuela, Ecuador y Bolivia,²⁵ y han sido referentes

²⁴ David E. Landau, *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia*. Ph.D. Dissertation. Department of Government Harvard University, Cambridge, 2004. Cito de la versión manuscrita facilitada por el autor; “Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law”, en: *Harvard International Law Journal*. Vol. 51, No. 2, 2010.

²⁵ Albert Noguera Fernández – Marcos Criado de Diego, “La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo

Desafíos de la interamericanización del derecho...

importantes en otros países como México, Perú, Brasil y Argentina. El nuevo constitucionalismo colombiano supone un punto de inflexión que determina en Latinoamérica el inicio y establece las bases para el desarrollo de una forma constitucional propia durante las dos últimas décadas, por lo que marca el inicio de la transformación paradigmática de la doctrina constitucional latinoamericana.²⁶

El diálogo entre magistrados de las altas cortes nacionales y regionales, que crece y se intensifica, se ha realizado sobre todo mediante citaciones mutuas e interacciones cada vez más directas.²⁷ Además de las citas y referencias jurisprudenciales entre cortes, la realización de congresos episódicos y fugaces visitas de magistrados a otros tribunales,²⁸ los principales rasgos que pueden identificarse del *Ius Commune* latinoamericano constituyen una razón más profunda y sistemática para contemplar la expansión de la interamericanización del derecho. Destacaría:

- Adopción, de forma casi invariable respecto del contexto germano y español, por ejemplo, del modelo ideológico y la fórmula política del Estado social y democrático de de-

en América Latina”, en: *Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 13, No. 1, enero-junio, 2011.

²⁶ Sobre el constitucionalismo colombiano, en perspectiva comparada, véanse las contribuciones de Rodrigo Uprimny (“The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges”), César Rodríguez (“Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”) y Manuel José Cepeda (“Social and Economic Rights and the Colombian Constitutional Court”) en el Vol. 89, No. 7, 2011, de *Texas Law Review*.

²⁷ Anne-Marie Slaughter, *A New World Order*. Princeton University Press, 2004, p. 70.

²⁸ El incremento en el diálogo judicial se ha ponderado sobre todo como promotor de la globalización del derecho de los derechos humanos. Véase, Claire L’Heureux-Dubé, “The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court”, en: *34 Tulsa Law Journal* 15, 1998. Slaughter argumenta, en este sentido, que el aumento del contacto y la interacción personal entre magistrados constitucionales de diferentes países, está promoviendo una polinización cruzada jurídica (*legal cross-fertilization*) en campos como los derechos humanos y el derecho constitucional. Cfr. Anne-Marie Slaughter, “Judicial Globalization”, en: *40 Virginia Journal of International Law* 1103, 2000.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

recho, fundado en la dignidad humana y cuya soberanía radica en el pueblo.²⁹

- Ampliación de los catálogos de derechos incluyendo no solo sociales sino también derechos al ambiente sano.

Además de reiterar en la importancia de salvaguardar la libertad, se incluyeron disposiciones que amparan el derecho a la igualdad, prohíben la discriminación y promueven la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados (*affirmative action*). Otras disposiciones amparan principios como solidaridad, pluralismo, justicia, dignidad humana, autodeterminación nacional y responsabilidad social. Se incluyeron asimismo cláusulas de derechos innominados para no restringir los derechos a los incluidos expresamente en la constitución.

- Superación de la adscripción de los Estados como confesionales. Separación entre la Iglesia y el Estado. Si bien se invoca el nombre o la protección de Dios en los preámbulos de las nuevas Constituciones, se consagraron disposiciones que amparan la libertad de cultos, lo cual hace laicos a los estados latinoamericanos. El fundamento de esta forma de Estado es la igualdad, la garantía de los derechos sin configuraciones relativas a alguna fe particular, la soberanía popular y la protección de las creencias de las minorías.³⁰

²⁹ Colombia es un Estado social de derecho (art. 1), Venezuela es un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia (art. 2), Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico (art. 1) y Bolivia que se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías (art. 1). Aunque la Constitución de Perú no adscribe formalmente al Estado Social de Derecho, el art. 3º consagra una cláusula de derechos innominados según la cual la enumeración de los derechos no excluye otros que se fundan en los principios del Estado democrático de derecho.

³⁰ Hay diferencias de grado. Algunas constituciones conservan algún rasgo confesional (“El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano” (Argentina); “la religión católica es la del Estado” y se restringe la libertad de cultos a que no se oponga a la moral universal y a las buenas costumbres (Costa Rica); y “la religión católica es la de la mayoría de los panameños” y se limita la libertad de cultos al respeto a la moral cristiana y al orden público” (Panamá). La Constitución Peruana señala que “Den-

Desafíos de la interamericanización del derecho...

- Consagración de formas de protección judicial, como el recurso de amparo, para hacer efectivos los derechos y principios al aplicar la constitución no sólo respecto de los particulares y el Estado, sino también de las relaciones entre particulares.
- El nuevo constitucionalismo latinoamericano es el constitucionalismo de la diversidad. Principios como pluralismo, igualdad y dignidad se dotaron de particular efectividad por su consagración constitucional y por la posibilidad de ratificación de tratados internacionales que amparan derechos minoritarios.

La protección y promoción de las diversidades se establece como principio constitucional. No solo se reconoce la importancia de la promoción de la igualdad y a la prohibición de discriminación, sino que a los grupos históricamente discriminados se les han otorgado tipos especiales de protección. Por ejemplo, se determinaron circunscripciones especiales indígenas de representación política y se reconocieron lenguas autóctonas como oficiales.³¹

- Apertura al derecho internacional sobre todo en materia de derechos humanos donde se le confiere especial consideración a los tratados que los amparan, lo cual ha conducido a reconocer estándares internacionales de derechos a partir, básicamente, del bloque de constitucionalidad que integran las normas de un determinado ordenamiento jurídico debido a la ratificación de un acuerdo internacional de derechos.³²

tro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración”) y otras reconocen la separación entre Iglesia y Estado (constituciones boliviana, brasilera, ecuatoriana, mexicana, nicaragüense, paraguaya y venezolana).

³¹ Las constituciones que realizaron los mayores cambios constitucionales respecto de la cuestión indígena, fueron las de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia.

³² En Colombia por ejemplo los derechos de las víctimas del conflicto armado a verdad, justicia y reparación, han sido reconocidos en virtud del bloque de constitucionalidad.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

- Descenso de la ley del sitial que tradicionalmente ocupaba en el podio de las fuentes del derecho. La jurisprudencia se ha involucrado en el estudio de problemas teóricos generales sobre la naturaleza general del derecho y su relación con la justicia y la moral. La jurisprudencia se ha constituido en muchos casos en la fuente de la conciencia jurídica, es decir, en la principal forma como se comprende el derecho.
- Las constituciones son ahora más extensas, debido a la incorporación de nuevas disposiciones, y más rígidas porque establecen condiciones de modificabilidad de manera más estricta respecto del procedimiento legislativo.

La rigidez de la constitución es, conjuntamente con su garantía jurisdiccional por un tribunal independiente, su naturaleza normativa y la posibilidad de interpretarse extensivamente, uno de los principales elementos que contribuyen al proceso de constitucionalización del derecho.

- Las nuevas constituciones consagran mecanismos para su reemplazo (Bolivia, 2009; Colombia, 1991; Ecuador, 2008; Guatemala, 1985; Nicaragua, 1987; Paraguay, 1992; Venezuela, 1999; y Panamá después de la reforma de 2004).³³
- Robustecimiento de la democracia y ampliación los canales para la participación política. Ampliación de la facultad de iniciativa legislativa a otros organismos además del parlamento. Con diferencias contextuales se evolucionó de una democracia representativa a una democracia participativa.
- Se avanzó hacia la creación de mecanismos de justicia constitucional, sobre todo, mediante la creación de tribu-

³³ Esta reforma tiene un lado negativo en algunos casos porque refuerza el poder del presidente para reformar o reemplazar a la Constitución. Las constituciones de Venezuela y Ecuador otorgan al poder ejecutivo la facultad exclusiva de convocar a un referendo para aprobar enmiendas a la constitución o para que se consulte a la ciudadanía si debería elegirse una asamblea que promulgue una nueva constitución.

Desafíos de la interamericanización del derecho...

nales independientes encargados de proteger la superioridad de la constitución dentro del sistema jurídico y la garantía de sus provisiones.

- Además de los tribunales constitucionales, se crearon otras instituciones como organismos electorales autónomos, defensorías públicas³⁴ y juntas monetarias.
- Se dotó de mayor equilibrio a los órganos de poder, lo cual en algunos casos se ha visto menguado por el correlativo poder de cooptación institucional que ha conseguido el presidente. A ello se articula alguna tendencia a las reformas para conseguir la reelección presidencial, lo cual ha conducido a un reforzamiento del hiper-presidencialismo.

Se observa una preocupación constitucional por fortalecer el poder judicial y garantizar la separación entre las ramas del poder público, fortaleciendo la concepción de los frenos y contrapesos que, si bien se encontraba reconocida, la falta de efectividad de los órganos creados para resguardarla la tornaba una garantía inocua.

4. EL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* Y LA INTERAMERICANIZACIÓN DEL DERECHO

El concepto “interamericanización” está inescindiblemente ligado al *Ius Constitutionale Commune en América Latina* (ICCAL).³⁵ Este concepto se enfoca en las nuevas formas de comprender, analizar y proyectar debidamente los elementos medulares del derecho público en el contexto de los procesos de globalización económica y jurídica occidentales. Los objetivos fundamentales del ICCAL son: la garantía de los derechos humanos, el robustecimiento de la democracia y la consolidación del Estado de de-

³⁴ Mecanismos judiciales y formas de “ombudsman” los consagran las constituciones de Argentina, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela.

³⁵ En Google Scholar las primeras entradas del concepto, remitan a foros y trabajos desarrollados en el contexto del proyecto ICCAL.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

recho. La cuestión cardinal sería cómo el derecho positivo —la normativa y su concreción jurisprudencial—, tanto local como regional, y el derecho constitucional genérico construido en los últimos años, pueden realmente contribuir a transformar realidades sociales y políticas concretas. Su cometido pionero hacia la descripción y el análisis de los orígenes, evolución, características, desafíos y destinos posibles del derecho constitucional latinoamericano, hace al ICCAL el enfoque más ambicioso y con mayor proyección de los que actualmente propugnan por un constitucionalismo transformador.

Hechos de distinta naturaleza constituyen el punto de partida del concepto. El primero es el hecho social de pobreza y desigualdad en la región. El segundo es el hecho político en virtud del cual los órganos representativos han mostrado desidia, incapacidad o inacción para acometer reformas urgentes, lo cual a nivel inmediato se refleja en una deficiencia de políticas públicas estructurales y un desencanto frente a la política. Esto último ha derivado en una baja participación política que se manifiesta en abstención electoral y falta de interés por la *res publica*. Un tercer hecho, el institucional, refleja la esperanza social fincada en los jueces y los tribunales constitucionales para remediar distintos problemas, lo cual se refleja en su activismo progresista.³⁶

La conjunción de estos tres hechos (pobreza y desigualdad, incapacidad o inacción parlamentaria, y tribunales requeridos por la toma de decisiones progresistas) en países con constituciones normativas y derechos vinculantes, ha derivado en un inédito protagonismo judicial y en un empoderamiento político del

³⁶ No es un pleonasma defender el activismo “progresista”. Si bien todo progresismo es activista, no todo activismo es progresista. El progresismo siempre es activista porque implica trabajar y actuar para alcanzar grados de progreso individual y grupal en el contexto de derechos y principios como la igualdad, la libertad y la justicia. Reúne ideologías de centro izquierda y centro derecha contrarias al *statu quo* del conservadurismo de derecha. El progresismo en política es entonces activista, reformista y pragmático. Puede haber, en contraste, activismo no progresista, regresivo, es decir, un activismo en procura de recuperar tradiciones sociales y culturales relacionadas con el sexo, las libertades y la igualdad, por ejemplo, que no procuren lograr grado alguno de progreso.

Desafíos de la interamericanización del derecho...

juez que, en el contexto de la interamericanización del derecho, reclama por un diálogo entre cortes frente a la cuestión por cómo el constitucionalismo local y regional puede contribuir a transformar realidades sociales y políticas concretas.

La idea de soberanías porosas o fracturadas no es nueva tratándose de la construcción del discurso jurídico latinoamericano. La presencia de materiales de derecho extranjero en la creación de leyes, doctrinas jurídicas e instituciones políticas ha sido una constante no solo en Colombia sino en América Latina. La influencia, el trasplante y la presión por parte de contextos jurídicos extranjeros y comparados poderosos, han sido determinantes en la creación y el desarrollo del derecho y la política en la región.

A la decisión constitucional a favor de la apertura del derecho nacional al derecho internacional, se le ha denominado Estado abierto. En virtud de este concepto, el sistema jurídico dispone de canales para el influjo del derecho internacional público como fuente a partir de las cláusulas de apertura o reenvío, que son las disposiciones constitucionales que permiten interpretar armónicamente su texto con otros textos.³⁷ El desarrollo de la noción de Estado abierto, a su vez, conduce necesariamente a reconcebir un concepto central en la teoría del Estado, como es la soberanía, la cual reclama ahora la apertura hacia el derecho internacional. Se ha permeabilizado para filtrar en el derecho interno estándares normativos formales —provenientes de la jurisprudencia interamericana— e informales —a partir de la intensificación del diálogo entre las altas cortes nacionales—. Sobre todo en materia de derechos humanos, las fronteras no son ya las de los Estados sino las del conocimiento común compartido acerca de una idea de dignidad humana que ha evolucionado del ideario político a la dogmática jurídica para sustantivar el discurso jurídico de protección y promoción de los derechos humanos.

³⁷ Un texto normativo concreto, un conjunto de textos normativos, un principio derivado de la jurisprudencia interpretativa como la igualdad o la dignidad humana, o un conjunto de principios como los del derecho internacional.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

El comparativismo jurisprudencial, propiciado por el diálogo judicial, el activismo académico, las ONG y el litigio estratégico, propiciará mejores formas de creación del derecho local en la medida en que se aprovecharán experiencias vividas en otros contextos para evitar errores y promover aciertos ante fenómenos como la contención al hiper presidencialismo y la creatividad en la aplicación de la normativa constitucional garantista en contextos de pobreza y desigualdad.

El fundamento jurídico del ICCAL es principalmente la Convención Americana de Derechos Humanos, y su desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte, así como doctrinas judiciales que han surgido en la región en respuesta a los desafíos que la realidad impone al derecho. Se fundamenta jurídicamente en otros elementos del constitucionalismo contemporáneo como la naturaleza normativa de la Constitución y la fuerza vinculante de los derechos. La noción que defiende de la Constitución se articula con aquellas concepciones en virtud de las cuales las constituciones contemporáneas no solo limitan el poder del gobierno y el congreso, sino que fundamentalmente amplían las exigencias a todos los poderes públicos que se encuentran vinculados a los derechos fundamentales.

Ningún proyecto que sustente un constitucionalismo transformador en América Latina sería defendible si no incorporase una concepción acerca de la *inclusión* en los sistemas social, económico y político. La inclusión plantea sobre todo desafíos a la transformación social mediante el constitucionalismo, en la garantía de los derechos sociales, que son precondiciones para el ejercicio de los derechos de libertad. Los derechos sociales procuran crear las condiciones materiales necesarias para lograr una mínima igualdad, que es esencial para el ejercicio efectivo de la libertad. El amparo de los derechos sociales sitúa a las personas en condición de poder hacer aquello que son libres de hacer. Como han sustentado Alexy, Bobbio y Ferrajoli, entre otros, los derechos sociales son fundamentales porque su satisfacción asegura los “prerrequisitos” de la democracia política, toda vez que solo su garantía puede aportar los presupuestos materiales imprescindibles del disfrute de los demás derechos.

Desafíos de la interamericanización del derecho...

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El ICCAL es un concepto que comporta un proyecto comprometido con la garantía de los derechos humanos, el robustecimiento de la democracia y la consolidación del Estado de derecho, a partir del diálogo entre cortes, la inclusión social y política, y el pluralismo normativo, y mediante, entre otros, un mayor uso del derecho comparado y la argumentación jurídica basada en principios. Toda vez que la globalización ha tenido importantes efectos en la difusión y el desarrollo, local y regional, del conocimiento jurídico, es pertinente identificar las áreas estratégicas donde puede ejercerse influencia en procura de contribuir a la evolución y consolidación de los procesos de interamericanización del derecho.

Resulta útil definir el tipo, la naturaleza y el alcance de los cánones jurídicos que han empezado a construirse en la región a partir de normas, teorías, dogmática y ciencia jurídica que se reciben creativamente desde cánones transnacionales. La interamericanización del derecho se fortalecerá en la medida en que se identifiquen e intervengan adecuadamente tales cánones. La propuesta de Jack Balkin y Sanford Levinson,³⁸ profesores de las universidades de Yale y Texas, respectivamente, es pertinente a este respecto. Identifican tres formas como la cuestión de los cánones, de uso común en la literatura y en las humanidades, puede articularse en el constitucionalismo, es decir, qué *es* y qué *debiera ser* canónico en el derecho. “No hay mejor forma de entender una disciplina —sus temas básicos, sus inquietudes e intereses actuales— que estudiar qué piensan sus miembros sobre lo que es canónico para esa disciplina. El estudio de los cánones y la canonicidad es la llave para ingresar a los secretos de una cultura y a sus formas características de pensamiento”.³⁹

Primero, podríamos preguntar cuáles casos y materiales jurídicos importantes deberían enseñarse y difundirse en las facultades de derecho (*canon pedagógico*). Segundo, podríamos

³⁸ Jack Balkin - Sanford Levinson, “Los cánones en el derecho constitucional”. Op. cit.

³⁹ *Ibidem*, p. 36.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

preguntar sobre qué casos claves y materiales debería estar enterada una persona educada en un debate serio sobre cuestiones centrales del desarrollo constitucional (*canon de cultura general*). Tercero, podríamos preguntar cuáles casos claves y materiales debería conocer cualquier académico serio —a diferencia del abogado promedio o la persona bien educada— y tomar en cuenta cualquier teoría seria del derecho constitucional (*canon teórico-académico*).

Las realidades políticas que acontecen en América Latina, así como la complejización de fenómenos jurídicos nacionales debido a los avances del derecho público interamericano, reclaman la emergencia de conceptos que sofisticuen las categorías con las cuales describimos nuevos fenómenos y que señalen rumbos de acción. El desarrollo y la consolidación de un canon teórico-académico plantean una tarea fundamental a la academia jurídica latinoamericana, como es la depuración y sofisticación conceptual que conduzca a mejores prácticas, para posteriormente sistematizar los nuevos materiales jurídicos que surjan.

Respecto del canon pedagógico, debido a que la casuística y la literatura que debe conocer un estudiante de derecho, un académico y un ciudadano bien informado, trascienden las fronteras nacionales, se requiere orientar el abordaje y el análisis del derecho internacional. Una vez que se ha definido el control de convencionalidad como de naturaleza difusa y su ejercicio como de oficio, porque se realiza independientemente sea o no invocado por las partes,⁴⁰ los jueces nacionales deben ejercerlo, adicionalmente a los controles de legalidad y constitucionalidad. Se impone entonces un reto adicional que deben afrontar, no solo los jueces, sino también los profesores, los estudiantes y los académicos en general, como es el conocimiento de los principales precedentes sentados por la Corte Interamericana y por otras cortes internacionales. El control de convencionalidad, y la defensa de su naturaleza difusa, contribuye a configurar y expandir el derecho constitucional común.

⁴⁰ Opinión de Ferrer Mac Gregor, como juez *ad hoc*, en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

Desafíos de la interamericanización del derecho...

En las reformas a los planes de estudio jurídicos se debe introducir o fortalecer el derecho internacional público de cara a los progresos que ha alcanzado la interamericanización del derecho en la región. Dentro de los casos estaría la escasamente estudiada jurisprudencia interpretativa de la Corte Interamericana y dentro de los materiales aquellos que integran el derecho constitucional producido en el sur global, así como las experiencias exitosas de los países de la región en las formas de solucionar sus conflictos constitucionales. El derecho comparado no debe ser más una materia optativa en la formación jurídica.

Excepto por la difusión de literatura extranjera, que por traducciones se está haciendo con particular dinamismo en la región desde hace poco más de dos décadas, el estudio del derecho internacional y extranjero, así como la teoría, los métodos e importancia del derecho comparado, son aún asuntos complementarios cuando no insulares en la enseñanza del derecho. La gran mayoría de estudiantes se forma en las facultades de derecho, incluso en algunas reconocidas —o autoproclamadas— como de elite, con desconocimiento del derecho comparado, de la jurisprudencia interamericana y de otras experiencias exitosas regionales o internacionales en la solución de conflictos. A pesar de la reconocida importancia de las fuentes del derecho extranjero e internacional para la doctrina, la enseñanza y la práctica del derecho, en la vida intelectual de la judicatura, la pedagogía e incluso en parte de la academia, estas materias aún no se consideran un campo central.

La academia tiene también un rol fundamental que desempeñar en la formación jurídica de los estudiantes y de los jueces. ¿Cómo exigirle a un juez que recurra al comparativismo en la doctrina o la jurisprudencia extranjera e internacional? Law cuestiona la posibilidad de que a los jueces se les exija, sin más, implementar esta sugerencia en su trabajo ordinario, debido a que en sus estudios no se le capacitó para ello. “Por ejemplo, ¿qué tal si los abogados y jueces estadounidenses no son capaces de nada más que de “generalizaciones superficiales” sobre la práctica jurídica en otros países? Qué tal si prueban ser tan *amateur* en

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

el análisis jurídico comparado como son, digamos, en la historia o en la economía”⁴¹

Resulta pertinente la demanda que plantea Dworkin por un juez que si bien no sea filósofo en sentido profesional, esté familiarizado con alguna parte de la principal literatura filosófica. “Los jueces y los filósofos no comparten simplemente temas y asuntos entrecruzados, como los astrónomos y los astrólogos. Por el contrario, los objetivos y los métodos de los jueces incluyen los de los filósofos: ambas profesiones apuntan más exactamente a formular y entender mejor los conceptos claves en los cuales se expresan nuestra moralidad política predominante y nuestra Constitución”. Parecería natural por tanto esperar que los jueces tengan alguna familiaridad con la literatura filosófica, así como esperamos que la tengan con la economía y, en el caso de los jueces constitucionales, con la historia constitucional. “Lo que hacen los jueces es de una gran importancia, no solo para las partes implicadas en el proceso sino también, particularmente en el derecho constitucional, para la gobernabilidad de la nación. ¿Si los problemas que afrontan han sido debatidos por personas educadas, hombres y mujeres, que les dedicaron sus vidas a estas cuestiones, cómo los jueces pueden ignorar de manera responsable lo que estas personas han escrito?”⁴²

El canon de cultura general se conforma y fortalece en la medida en que la opinión pública y profesionales de otras disciplinas, tengan elementos de juicio para debatir sobre cuestiones de naturaleza constitucional sensibles moral o políticamente. La academia latinoamericana debe aprender de miembros de comunidades más consolidadas, como Ronald Dworkin, Michael Sandel y Sanford Levinson, entre otros, que además de libros y artículos académicos, y participación en grupos especializados de discusión, muestran en su obra un permanente interés por influenciar debates coyunturales sobre aspectos sensibles del derecho constitucional y la política democrática.

⁴¹ David S. Law, “Generic Constitutional Law”. Op. cit., p. 740.

⁴² Ronald Dworkin, “¿Deben o pueden nuestros jueces ser filósofos?” (trad. de Leonardo García J.), en: *Isonomía* No. 32-abril, 2010.

Desafíos de la interamericanización del derecho...

Dworkin publicó más de 100 textos, entre columnas de prensa y artículos de difusión, sobre aborto, eutanasia, matrimonio igualitario, restricciones a la pornografía y grados de admisibilidad de discursos que afectan minorías. Criticó nombramientos y posiciones de magistrados de la Corte Suprema. Además de académico original e influyente, fue un genuino intelectual público. Levinson, en la presentación de *Our Undemocratic Constitution*, sostuvo que entre los múltiples públicos que podría tener su libro, el principal era el de sus conciudadanos. “Este libro no pretende ser simplemente un libro académico. Obvio espero que sea leído por académicos y estudiantes de derecho, pero esa no es realmente la principal audiencia”.⁴³ Articula su planteamiento con la tesis de los aspectos defectuosos de la Constitución Estadounidense, planteada por Dahl,⁴⁴ pero no con el objetivo de continuar un diálogo académico sino de sustentar sus posiciones ante la opinión pública. El libro plantea, de un lado, a la opinión pública las razones por las cuales considera necesaria una nueva convención constituyente y, de otro lado, a las facultades de derecho, la reconsideración que debe tener la forma como se enseña el derecho constitucional en la actualidad.

Estos ejemplos resultan relevantes para la academia jurídica latinoamericana. A partir de una comprensión de la necesidad de construir los cánones constitucionales en varios niveles y ante diversos escenarios, surgen desafíos a la academia comprometida con la interamericanización del derecho y con un constitucionalismo transformador de las desigualdades sociales y políticas. Se plantean al menos dos. Primero, hacia el poder judicial que en la región no ha sido objeto de crítica. La academia ha tenido en general una deferencia acrítica frente al trabajo del tribunal constitucional aun cuando este control es uno de los más importantes que le corresponde realizar en las nuevas democracias constitucionales. Un mayor compromiso crítico y propositivo

⁴³ Para una antología de columnas de prensa y trabajos de difusión de Dworkin, véase su libro, *Derechos, libertades y jueces*. (Leonardo García J. y Miguel Carbonell, eds.). México D.F.: Tirant lo Blanch, 2da ed., 2015. La presentación del libro de Levinson, en: www.youtube.com/watch?v=R84OWIPlzqU

⁴⁴ Robert Dahl, *How Democratic is the American Constitution?* New Haven: Yale University Press, 2002.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

frente a los desafíos locales de implementación de la normativa constitucional y convencional, es fundamental para enfrentar la objeción típica, ante casos de activismo judicial progresista, de *¿Quis custodiet ipsos custodes?* (¿quién controla al controlador?), es decir, ¿quién nos defiende del defensor de la constitución? Toda vez que este control es extra jurídico, porque está por fuera de las instituciones formales, el rol de la academia es esencial para controlar y vigilar la actividad de los tribunales constitucionales. Segundo, hacia la opinión pública. La academia debe contribuir a difundir buenas ideas y posiciones sustentadas ante casos controversiales, mediante, por ejemplo, columnas de prensa, participación en programas de radio y televisión, y con una activa participación en la configuración de una opinión pública deliberante y crítica.

La interamericanización del derecho, como construcción de un derecho constitucional común en América Latina desde los cánones pedagógico, teórico-académico y de cultura general, exige contar con academias (y no solo con tribunales) activistas. A los académicos progresistas comprometidos con el constitucionalismo transformador, les corresponde cuestionarse por formas efectivas de influenciar el diálogo constitucional entre académicos y jueces, pero también con la opinión pública. La academia jurídica latinoamericana tiene un papel fundamental que desempeñar, no solo en la sofisticación dogmática de categorías jurídicas, sino también en la veeduría a los organismos del poder público encargados de garantizar los derechos, en la contribución a la construcción de una opinión pública deliberativa y en el análisis crítico y la difusión de casos relevantes de tribunales internacionales, como la Corte Interamericana, y los tribunales del sur global.

La academia debe desempeñar un papel más proactivo en la acción política porque el cambio constitucional también debe fluir desde abajo en lugar de ser unilateralmente impuesto desde arriba.⁴⁵ Muchas veces a nivel local se construyen consensos políticos que luego son amparados judicialmente a nivel constitu-

⁴⁵ Robert Post – Reva Siegel, *Constitucionalismo democrático* (Leonardo García J., ed. y trad.). Buenos Aires: Siglo XXI, 2013.

Desafíos de la interamericanización del derecho...

cional. Esta perspectiva tiene una dimensión académica donde la exigencia de un diálogo estaría en capacidad de ejercer influencia sobre la educación jurídica, la crítica y veeduría a las cortes, y el refinamiento teórico; y una dimensión política donde la academia plantea temas a la opinión pública para cohesionarla alrededor de, u orientarla hacia, determinados temas y a favor de particulares valores y principios. Cuando académicos se dirigen hacia la opinión pública, mediante columnas de prensa, participando en programas de radio y televisión, o haciendo accesibles los resultados de sus investigaciones, han mostrado formas de influenciar el debate público en temas política y moralmente sensibles.

Esta última dimensión resulta esencial en la justiciabilidad de los derechos sociales, como mecanismo fundamental de inclusión, porque el trabajo judicial por bien fundamentado y enfocado que esté, no será efectivo a menos que cuente con un respaldo político y social. En América Latina contamos con buenos ejemplos acerca de cómo importantes elementos del derecho constitucional han evolucionado en respuesta a perspectivas constitucionales sustantivas producto de la movilización de distintos grupos: los homosexuales en Argentina y Colombia, los indígenas en Ecuador y Bolivia, y los estudiantes en Chile.

Los tribunales han sido actores institucionales fundamentales que han traído con su jurisprudencia procesos de democratización, pero no están en capacidad de soportar enteramente el proyecto de un constitucionalismo transformador. Como sostiene Salazar Ugarte, ni los jueces por sí solos pueden ofrecer garantías plenas a los derechos ni éstos pueden demandar únicamente una protección jurisdiccional. Sin desestimar la función judicial, la justiciabilidad de los derechos, como fenómenos complejos, requiere de garantías políticas, económicas e incluso sociales, así como de un contexto cultural que los sustente.⁴⁶

El cambio en el constitucionalismo latinoamericano aconteció sobre todo sobre la dogmática, es decir, la parte de la cons-

⁴⁶ Pedro Salazar Ugarte, “La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*”, en: Armin von Bogdandy – Héctor Fix-Fierro – Mariela Morales (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. Op. cit.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

titución que consagra derechos, incluye principios y adscribe a una determinada fórmula política. La distancia que aun separa a las provisiones constitucionales de la realidad social y política, plantea desafíos a la academia comprometida con un constitucionalismo transformador. El poder judicial es fundamental para alcanzar logros constitucionales, pero poco puede hacerse sin la política, sin la sociedad civil organizada. Desde hace 25 años que estos cambios se dinamizaron en América Latina, se regionalizaron patrones de desarrollo que la globalización creó para el derecho constitucional y comenzó así la interamericanización del derecho. Se ha desarrollado en parte, con diferencias contextuales, dentro de una red de influencias recíprocas en respuesta a preocupaciones comunes de naturaleza teórica y práctica.

La interamericanización responde además a la necesidad de crear conocimiento jurídico constitucional propio, crítico, que surja deductiva pero también inductivamente con elementos del canon teórico trasnacional, pero a partir de las circunstancias que aquejan a nuestras sociedades. A la academia interamericana le corresponde abrir caminos que determinen la creación de una conciencia jurídica propia alejada de la reproducción de conocimiento jurídico producido en otros contextos. Esta conciencia jurídica propia debe tener en cuenta la naturaleza híbrida de nuestras propias tradiciones jurídicas y nuestras necesidades.

Esto se puede hacer de dos formas: pretendiendo crear un canon jurídico propio o mediante la reinterpretación, necesariamente expansiva, del canon existente que va creando sub-cánones o cánones latinoamericanos. El derecho constitucional interamericano es más rico que el canon constitucional dominante en aspectos como el tipo de derechos, toda vez que incluye con particular fuerza a los derechos sociales, así como los derechos del ambiente, y mediante los mecanismos consagrados para protegerlos ha creado una dogmática jurídica que ha alcanzado logros importantes en su garantía. A partir de esta segunda alternativa se crea y consolida la interamericanización del derecho.

Sin duda desde el sur global se debe seguir investigando sobre las grandes teorías que hacen parte de cánones trasnacionales del pensamiento iusteórico y filosófico-político, pero debe procurarse aprender de ellas para construir mejores teorías intermedias

Desafíos de la interamericanización del derecho...

sobre nuestras realidades. Colombia, donde la constitucionalización del derecho ha tenido efectos jurisprudenciales, doctrinarios y prácticos importantes —así como en alguna medida también su convencionalización—,⁴⁷ representa un buen ejemplo para la región en cuanto a que el método como opera el derecho constitucional en sede judicial debe pasar del activismo judicialmente ensimismado, a uno más en sintonía con las perspectivas constitucionales de otros actores. Si bien globalizaciones de distinto tipo han existido desde antes de que el concepto se acuñara, la razón de su popularidad actual es el éxito en el fenómeno que procura describir y analizar. Las globalizaciones que acontecen en la actualidad son, entonces, más extensas, intensas y veloces. La interamericanización representa una muestra de ello.

⁴⁷ El proceso de incorporación de los estándares sentados por la Corte Interamericana en las prácticas jurídicas locales, propicia otro proceso adicional y correlativo a la constitucionalización del derecho, como es su “convencionalización”. Este concepto procura designar el proceso de incorporación de las doctrinas que, en desarrollo del control de convencionalidad, crea y fortalece este Tribunal en el proceso de resguardar ante casos concretos la integridad y el rango constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El progreso de convencionalización del ordenamiento jurídico es una de las consecuencias de la globalización del derecho en América Latina, es decir, de su interamericanización. Para una primera presentación de la relevancia del concepto, véase: Leonardo García Jaramillo, “De la “constitucionalización” a la “convencionalización” del ordenamiento jurídico”, en: *Revista Derecho del Estado*. En prensa.

Ius Constitutionale Commune en América Latina
Textos básicos para su comprensión
se terminó de imprimir en febrero de 2017,
en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro,
dependientes de la Oficialía Mayor, bajo la
dirección del Lic. Álvaro Mondragón Pérez
su tiraje consta de
1 000 ejemplares.



Instituto de Estudios
Constitucionales
del Estado de Querétaro

OTRAS PUBLICACIONES

Constitución y derechos fundamentales
PAOLO COMANDUCCI

*Realizando los derechos.
Su filosofía y práctica en América Latina*
RODOLFO ARANGO RIVADENEIRA

*Constitucionalismo progresista: Retos y perspectivas
Un homenaje a Mark Tushnet*
ROBERTO GARGARELLA
ROBERTO NIEMBRO (COORDS.)
(En coedición con el IIJ-UNAM)

*Principio mayoritario, jurisdicción
constitucional e integridad electoral
Tres ensayos*
DIETER NOHLEN
(En coedición con el IIJ-UNAM)

La Constitución bajo tensión
NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS

*Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción:
una discusión en clave neoconstitucional*
LEONARDO GARCÍA JARAMILLO

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

TEXTOS BÁSICOS PARA SU COMPRENSIÓN

El *Ius Constitutionale Commune en América Latina* (ICCAL) hace referencia a una tendencia original de esta región hacia un constitucionalismo transformador, cuyas características y elementos esenciales se exponen en el presente libro. El ICCAL se enmarca dentro del profuso discurso constitucional, haciendo explícitas las similitudes y las diferencias con otras tendencias como el neoconstitucionalismo o el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Como la mayoría de los conceptos jurídicos, el ICCAL tiene múltiples dimensiones. La investigación gira en torno a los problemas jurídicos que enfrenta la región y el ICCAL defiende la existencia de un nuevo fenómeno jurídico que ha emergido de la interacción y la confluencia entre el derecho nacional y el derecho internacional, distinguiéndose por ostentar un impulso específico. El ICCAL le confiere una identidad y una orientación propias a este fenómeno.

El libro que ponemos a su disposición reúne una serie de trabajos de prestigiados especialistas de América y Europa, producto de los análisis científicos realizados desde distintos espacios académicos, que tiene como propósito convertirse en una herramienta básica de entendimiento y vinculación con el *Ius Constitutionale Commune*, que posibilitará al lector una aproximación desde el contexto, la comprensión del concepto y contribuir con ello a hacer realidad el constitucionalismo transformador.

ISBN 978-607-7822-32-5



9 786077 822325

