

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE LATINOAMERICANUM. UNA ACLARACIÓN CONCEPTUAL*

Armin VON BOGDANDY**

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

I. INTRODUCCIÓN

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

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

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

¹ Entre las citas al *ius constitutionale commune*, véase Arango, Rodolfo, “*Ius constitutionale commune*”, *El espectador*, 4 de noviembre de 2009; voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, del 26 de noviembre de 2010; Sagüés, Néstor, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Estudios constitucionales*, Santiago de Chile, año 8, núm. 1, 2010, pp. 117-136; García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Puebla, año V, núm. 28, julio-diciembre de 2011, pp. 123-159; Góngora Mera, Manuel Eduardo, *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, San José, IIDH, 2011;

*ricanum*² tiene larga data, pero ha adquirido un renovado perfil en este siglo XXI, a casi cuatro décadas de que se fundara, en 1974,³ el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, con el propósito de construir canales de comunicación para intercambiar experiencias sobre las diversas normas y realidades constitucionales en aquella difícil época de las dictaduras, y a fin de colaborar con “los medios académicos” al restablecimiento de la democracia.⁴ El respeto de los derechos humanos, del principio democrático y del Estado de derecho, son los ejes centrales de un derecho constitucional latinoamericano y pilares del nuevo *ius constitutionale commune*.

En este marco, expongo mi interpretación de este proyecto jurídico, político y cultural de un derecho común o *ius constitutionale commune* latinoamericano, con fundamento en los aportes recogidos en los diversos encuentros académicos celebrados en América Latina y en Alemania, así como en sus respectivas publicaciones.⁵ Primeramente me refiero a la contribución de la academia en su configuración, para luego sistematizar los tres objetivos, los tres conceptos clave y los tres rasgos esenciales de este *ius constitutionale commune*.

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

1. *Constatar el cambio*

El concepto de un derecho común latinoamericano forma parte de un proyecto de evolución, incluso de transformación, hacia un nuevo derecho

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

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

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

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

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

público en esta región. A mi parecer, tal proyecto está basado en la convicción de que el derecho público y su ciencia pueden confrontar exitosamente los desafíos contemporáneos sólo bajo una mirada transformadora. Con este propósito, me permito definir mi entendimiento sobre este concepto de un derecho común latinoamericano.

¿Por qué evolución y hasta transformación? Hasta hace poco tiempo, el ámbito principal del poder público, tanto en los países europeos como en los latinoamericanos, se limitaba al Estado. Hoy en día la situación es claramente distinta. Las instituciones supranacionales e internacionales influyen de manera significativa en la convivencia social y en el ejercicio del poder público por los Estados, no solamente en Europa sino también en Latinoamérica.⁶ El principio de soberanía nos provee de un marco más preciso para ilustrar esta transformación en la estructura básica del derecho público.

La noción tradicional del derecho del Estado y del derecho internacional ha sido desarrollada a partir del principio de soberanía, tanto desde el punto de vista de la dogmática jurídica como de la teoría de la legitimación. Según Georg Jellinek, todo “puede ser explicado por medio de la soberanía y a partir de la soberanía”.⁷ Una de las aportaciones más trascendentes de Latinoamérica a la doctrina del derecho internacional es la Doctrina Calvo de 1868, basada precisamente en el principio de la soberanía nacional, la igualdad entre ciudadanos nacionales y extranjeros, y la jurisdicción territorial.⁸

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

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

⁸ Según sus postulados, los estados soberanos gozan del derecho de no ser sometidos a ninguna forma de injerencia (*ingérence d'aucune sorte*) por parte de otros estados; los extranjeros gozan de los mismos derechos que los nacionales, de modo que, en caso de alguna demanda o reclamación, están obligados a agotar los recursos legales ante los tribunales locales sin pedir la protección e intervención diplomática de su país de origen. *Cfr.* Tamburini, Francesco, “Historia y destino de la ‘Doctrina Calvo’: ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, núm. 24, 2012, pp. 81-101.

La soberanía permite una construcción conceptual que se destaca por su transparencia y coherencia. A pesar de todos los problemas que los conceptos abstractos traen siempre consigo, el principio clásico de soberanía está provisto de una enorme fuerza analítica y normativa. La soberanía, entendida como soberanía *estatal*, es el fundamento del poder del Estado para crear normas jurídicas y hacerlas respetar por todos. La soberanía, entendida como soberanía *popular*, justifica ese poder, ya que se basa en el principio democrático. La soberanía, entendida como soberanía *internacional*, protege lo antes descrito como un “escudo”,⁹ y fundamenta la validez del derecho internacional público de la misma manera que da fundamento a la validez del derecho estatal: a partir de la voluntad del Estado. En resumen, gracias al principio de soberanía, el Estado crea un universo normativo por medio de su ordenamiento jurídico.

Sin lugar a dudas, el principio de soberanía sigue teniendo gran importancia, tanto en el derecho del Estado como en el derecho internacional, lo mismo que en la teoría de la legitimidad.¹⁰ No obstante, a raíz de una serie de cambios contemporáneos, la estructura fundamental del poder público ya no se puede basar solamente en este principio. La apertura y la globalización socavan la famosa premisa del principio clásico de soberanía según la cual los estados son “comunidades independientes”.¹¹ Con una imagen, Eyal Benvenisti describe claramente este cambio de paradigma: la vieja soberanía se asemejaba a la propiedad sobre una villa aislada en un gran terreno, mientras que la nueva soberanía se asemeja a la propiedad sobre un apartamento en un inmueble con doscientas unidades.

2. *El papel de la academia*

La apertura y la globalización hacen surgir la pregunta de cómo entender las estructuras fundamentales del derecho público. Entiendo el concepto del derecho común latinoamericano como una estrategia para dar respuesta a tal interrogante.¹² Se trata de una noción parecida al concepto del

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

¹⁰ Compárese con el fallo de la Corte Internacional de Justicia, de 3 de febrero de 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, No. 57, por lo que se refiere al derecho internacional.

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

¹² Véase, *supra*, nota 1.

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

En virtud de su labor intelectual, los académicos no solamente son testigos, sino también actores en este proceso de transformación, en el que asumen varios papeles.²⁰ Un rol relevante es precisamente el de la conceptualización, para entender el alcance de las realidades jurídicas con los cuales nos confrontamos, como son las normas, los fallos, las opiniones, las consultas. En el mural del Auditorio “Antonio Martínez Bález” de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM se lee que no hay revolución sin teoría revolucionaria. Siendo reformistas, no compartimos la vocación revolucionaria, pero este mural expresa bien el papel fundador de la labor conceptual para una *praxis* exitosa.

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

¹³ Algunos impulsos lo ofrecen la Asociación Europea de Derecho (Societas Iuris Publici Europaei/SIPE), la European Public Law Association o el proyecto *Ius Publicum Europaeum*.

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

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

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

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

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

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

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

Otro papel de la academia es sistematizar el material jurídico de conformidad con las estructuras y principios fundamentales que se derivan de la conceptualización, lo que significa relacionar los diversos elementos desde el punto de vista de su aplicación. Asimismo, la academia tiene la función esencial de criticar o cuestionar, tanto las políticas y actos legislativos como las decisiones jurisdiccionales. El nuevo derecho público confiere un papel preponderante al juez, el cual necesita un foro de expertos, de carácter público e independiente, que ejerza la crítica de los órganos jurisdiccionales. La academia de las ciencias jurídicas tiene un papel central como parte de una ciudadanía civil que se interesa en la *res publica*. Considero que los autores de un derecho común latinoamericano transitan un camino que no es apologético ni utópico. A los académicos les corresponde ser críticos, porque una construcción acrítica fácilmente se convierte en apologética, y el derecho, en un mero instrumento de poder. Al mismo tiempo, tiene poco sentido ser utópico y reclamar desarrollos o actuaciones irrealizables. El derecho común latinoamericano apuesta a ser progresivo y propositivo.

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

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

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

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

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

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

2. *Estado abierto*

El segundo objetivo relevante es concretizar el Estado abierto, es decir, abierto a las normas e instituciones internacionales. Ello no significa que la apertura sea la panacea o el remedio a todos los problemas. Seguramente numerosos asuntos necesitan ser resueltos a nivel nacional, y las instituciones nacionales son las responsables de actuar en primer término. Al mismo tiempo, el concepto de un derecho común latinoamericano tiene la convicción de que es necesario que el Estado esté abierto al derecho internacional, a las instituciones internacionales, así como a la comparación jurídica como herramienta decisiva para el progreso. Con la democratización y el fin de las dictaduras, muchos Estados latinoamericanos han optado por abrirse al derecho internacional de los derechos humanos para salvaguardar los principios fundamentales de sus Constituciones. Las cláusulas de apertura, como las denominó Héctor Fix-Zamudio,²² han otorgado a los tratados de derechos humanos rango constitucional y primacía sobre la ley. Para citar sólo algunos ejemplos, el artículo 75, inciso 22, de la Constitución argentina de 1994 enumera una serie de instrumentos a los que asigna rango constitucional.²³ La Constitución boliviana de 2009 dispone que los tratados de

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

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

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

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

Adoptar una postura favorable al Estado abierto genera, a su vez, el reto de redimensionar un concepto vertebral del derecho constitucional tradicional como es el de soberanía. Esta rama del derecho se funda en el concepto clásico de soberanía del Estado, según el cual, todo el sistema jurídico

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

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

²⁴ Constitución de Bolivia, artículo 13, IV: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”.

²⁵ Constitución de Bolivia, artículo 256: “I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta. II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables”.

²⁶ Mediante la decisión relativa al expediente “Varios 912/2010”, del 14 de julio de 2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció sobre las implicaciones de la sentencia de la Corte Interamericana en el Caso Radilla, en el marco del nuevo esquema constitucional en materia de derechos humanos.

que rige en el territorio nacional se basa en la voluntad del Estado. Bajo una óptica clásica, los sistemas nacionales son entendidos como universos normativos. En cambio, con el paso al Estado abierto, tal universo se transforma en parte del pluriverso normativo, con lo cual se produce un cambio esencial. El derecho vigente en el territorio de un Estado no es totalmente expresión del soberano, del poder popular y, por ende, surge un problema de legitimidad.

Las resistencias frente al Estado abierto se plantean también desde la perspectiva internacional de la soberanía. Tradicionalmente se dice que todo el derecho internacional se basa en la soberanía, la voluntad y el consenso de los Estados, y bajo ese esquema no es posible que las instituciones internacionales tengan autonomía. Pero hoy día las instituciones internacionales tienen autonomía, como por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o el Banco Mundial.

3. *Instituciones internacionales fuertes y legítimas*

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

Para los autores de un nuevo derecho público es axiomático que los principios de protección de los derechos humanos, del Estado de derecho, y hasta de la democracia, son *de alguna manera* relevantes para todas las manifestaciones del ejercicio del poder público, sea éste estatal, supranacional o internacional. Al mismo tiempo, no están claras las implicaciones derivadas de dichos principios para las instituciones supranacionales e internacionales. El más complejo de todos es el principio democrático. Evidentemente, a nivel nacional representa un desafío crear sociedades verdaderamente democráticas, no sólo democracias electorales, sino democracias verdaderas.

El desafío es aún mayor a nivel supranacional e internacional, porque emergen interrogantes en el plano conceptual: ¿cómo pensar en la democracia respecto de los actos del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? En el caso particular de la Corte Interamericana se conoce que su trabajo se enmarca notoriamente en un proyecto de transformación de Latinoamérica, pues asume un papel de *lawmaker*.²⁷ Ciertamente, como órgano del sistema interamericano de derechos humanos, la Corte desarrolla, a través de su jurisprudencia, un mecanismo de protección y consolidación de la democracia en los Estados sometidos a su jurisdicción.²⁸ Ahora bien, ¿basta este razonamiento para calificarla como una institución democráticamente legítima? ¿O es necesario valorar o tomar en cuenta también otros criterios?

La solución no se orienta a concebir las instituciones internacionales como instituciones de un Estado en vía de formación. La gran mayoría de los autores que sostienen que el Estado abierto es un instrumento esencial y que se necesitan instituciones internacionales eficientes no se pronuncian a favor de un Estado global o regional. Opinan que éste no es un objetivo convincente, porque la diversidad y la conciencia de la complejidad son una consideración de gran valor. En este sentido, el nuevo universalismo que sirve de pilar al concepto de un derecho común latinoamericano no es un universalismo que señale que el Estado, entendido como constelación nacional, deba desaparecer. El Estado sigue siendo un elemento central en esta visión del nuevo derecho público, que tiene ya casi cuatro décadas, pero en interacción con el sistema internacional. El Estado y la soberanía no desaparecen, sino que se han transformado en conceptos ajustados a las dinámicas transnacionales contemporáneas.²⁹ Por tanto, la nueva constelación se vincula con las nuevas formas de articulación del espacio político.³⁰

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

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

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

³⁰ Bayón, Juan Carlos, *Ciudadanía, soberanía y democracia en el proceso de integración europea*, disponible en <<http://www2.uah.es/filder/ciudadania-soberaniaydemocracia.pdf>>.

Somos conscientes de que el concepto de un derecho común latinoamericano como tal es ambiguo,³¹ una ambigüedad que se puede explicar mediante los dos paradigmas del universalismo y del particularismo. El paradigma del particularismo se basa en la convicción de que un orden social solamente es posible en el marco del Estado-nación; lo mismo vale para la realización de los principios democráticos, el respeto de los derechos humanos y la consolidación del orden público. Es una concepción de larga data, con Maquiavelo, Carl Schmitt y Samuel Huntington entre sus sostenedores más distinguidos. En cambio, los más famosos en el debate contemporáneo son los neoconservadores americanos que sustentaron las políticas de George W. Bush.³² Bajo este paradigma del particularismo, hay dos visiones de un derecho común latinoamericano: o bien optar por un Estado formado por varios estados actuales de la región, o bien asumirlo como un concepto peligroso, ya que ni siquiera es posible un Estado regional.

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

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

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

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

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

IV. CONCEPTOS CLAVE

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

1. *Diálogo*

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

Otro elemento determinante es el diálogo entre los distintos tribunales. La decisión de un tribunal nacional de un país latinoamericano, aunque se trate de la Corte Suprema, puede ser controlada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al mismo tiempo, una decisión de la Corte Interamericana puede ser rechazada por un tribunal nacional.³⁷ Cuando la Corte Interamericana dicta una sentencia, su implementación puede ser anulada por los tribunales nacionales, pues una resolución de cualquier tribunal puede ser controlada por otro tribunal. En el escenario actual no hay

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

³⁶ José María Serna examina la posibilidad de construir un modelo dialógico para guiar la interacción entre tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cfr. Serna, *Impacto e implicaciones constitucionales...*, cit., supra nota 7, pp. 243 y ss.

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

ya “últimas palabras”. Ello impulsa a los órganos jurisdiccionales a fundamentar racionalmente sus fallos, porque tal argumentación es esencial para demostrar que una decisión no es arbitraria.

El concepto de diálogo no implica acuerdo o armonía; a menudo hay desacuerdo entre los participantes de un diálogo. En el campo del derecho, el conflicto es un factor permanente y también se presenta en la relación entre tribunales. Es evidente que los tribunales no sólo buscan la mejor solución, sino que también desean preservar, o incluso afianzar, su propio posicionamiento en la nueva constelación, o bien, pretenden hacer realidad los proyectos normativos que juzgan importantes. Los tribunales muestran preocupación por su papel público y son cuidadosos de la posición que ocupan frente a otros tribunales. De este modo, es habitual que existan tensiones en torno al diálogo y que éste no siempre conduzca al acuerdo. El concepto de diálogo no exige armonía, pero solamente funciona si las partes están involucradas en un proyecto común. De no haber aceptación de esta premisa, existe sólo interacción, pero no diálogo.

Hay que admitir que la nueva situación generada por la inexistencia de una “última palabra” por parte de un tribunal no deja de producir temores y angustias. Considero, sin embargo, que se trata de un escenario sumamente positivo, porque es un elemento de una verdadera separación de poderes que responde al fortalecimiento del Poder Judicial. Puede funcionar si los tribunales entienden que, en este nuevo contexto, tienen una responsabilidad compartida, tanto respecto de la aplicación como del desarrollo del derecho.

2. Inclusión

El segundo concepto clave es la inclusión. Se trata de la idea de inclusión de *todos* en los grandes sistemas sociales: en el sistema de la salud, en el de la educación, en el económico y laboral, en el político. En otras palabras, el nuevo derecho público debe ser un derecho que combata la exclusión. Ciertamente, es un tema de gran trascendencia para Latinoamérica y, por desgracia, también es un problema muy grave en Europa.³⁸ La exclusión es

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

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

El concepto de inclusión lleva a la visión de una sociedad más pacífica y por ello tiene prioridad en la agenda del nuevo derecho público. Asimismo, el concepto de inclusión abre una nueva perspectiva para la democracia y, en particular, para la instrumentación del principio democrático a nivel internacional. Dicho concepto prevé nuevos mecanismos y no se limita a los de la representación. Un ejemplo son las audiencias públicas de la Corte Interamericana en sus sesiones itinerantes en otros países, lo que puede verse como una forma de inclusión,⁴⁰ pues ofrece a las víctimas y a la población en general una imagen de mayor inserción en el ámbito jurisdiccional.

3. *Pluralismo jurídico*

El tercer concepto es el de pluralismo normativo. La reflexión sobre la relación entre los distintos regímenes jurídicos tiene la dificultad de que sigue siendo concebida bajo la óptica de dos teorías concebidas en los inicios del siglo XX: el monismo y el dualismo.⁴¹ Estos conceptos representan, quizá, uno de los logros más destacados de una época en la que la doctrina jurídica dedicó grandes esfuerzos a la consecución de una ciencia autónoma, y revelan la grandeza y los defectos de ese paradigma clásico, usual pero erradamente denominado “positivismo jurídico”; un término más adecuado sería quizá el de “constructivismo jurídico”. He venido sosteniendo que, como ocurre a menudo con las elaboraciones jurídicas, el contexto de sus orígenes ha sido olvidado en gran medida. Y si se compara la situación actual con la de cien años atrás, se observa que casi todos sus elementos constitutivos han cambiado: la evolución del Estado-nación en el marco del proceso de globalización, el espectacular desarrollo del derecho internacional y, sobre todo, la introducción de disposiciones constitucionales específicas

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

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

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

relativas al papel del derecho internacional en los ordenamientos jurídicos nacionales.⁴² Como teorías, el monismo y el dualismo son hoy en día insatisfactorias: sus argumentos son bastante herméticos, sus tesis centrales están poco desarrolladas, los puntos de vista opuestos son simplemente desechados por “ilógicos”, y sus planteamientos no se vinculan al debate teórico contemporáneo. En tanto que doctrinas, son igualmente insatisfactorias, ya que no contribuyen a la solución de los problemas jurídicos concretos: las varias elaboraciones actuales no se diferencian casi nada en cuanto a la respuesta jurídica que aportan respecto a cómo resolver un conflicto concreto.⁴³

Por todo ello, al discutir la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, la mejor opción es prescindir de los conceptos doctrinales y teóricos del monismo y el dualismo. Tal vez puedan ser útiles para indicar una disposición política más o menos abierta hacia el derecho internacional,⁴⁴ pero desde una perspectiva científica son unos zombis intelectuales de otro tiempo que deben descansar en paz o “reconstruirse”. La concepción general de la relación entre las normas internacionales y las del derecho interno debería asentarse sobre otra base conceptual.⁴⁵

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

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

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

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

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

La idea del dualismo partía de la premisa de que, en principio, las normas internacionales y las normas nacionales regulan materias distintas.⁴⁶ Sin embargo, en la actualidad muchas normas internacionales regulan cuestiones internas que, a menudo, también son objeto de regulación por normas nacionales.⁴⁷ Pero tampoco el monismo ofrece argumentos convincentes, ni desde el punto de vista de la dogmática jurídica ni desde la teoría. Si se habla de derechos fundamentales o de derechos humanos se hace referencia a normas distintas, las primeras basadas en la Constitución, las otras previstas en los instrumentos internacionales; sin embargo, hay una cierta variedad terminológica. La Constitución de Guatemala de 1985 utiliza la expresión “Derechos Humanos” al encabezar el título II, semejante al título III de la Constitución de Venezuela de 1999, aunque se trata de los derechos basados en el texto constitucional.⁴⁸

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

En tanto representan construcciones dogmáticas específicas, el monismo y el dualismo no ofrecen soluciones plausibles a ninguna de las preguntas jurídicas relevantes del momento actual. Como construcciones teóricas para comprender la estructura general del derecho son igualmente inútiles, tanto analítica como normativamente. Finalmente, es preciso apuntar, a título de crítica, que el dualismo afronta el mismo destino del concepto tradicional de soberanía, mientras que el monismo, que sostiene la primacía incondicional del derecho internacional público, comparte las mismas debilidades de las propuestas teóricas de un derecho constitucional mundial. Aplicado al derecho común latinoamericano, es necesario concebirlo

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

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

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

no como un ordenamiento único, sino como una forma de relación entre normas de varios sistemas que comparten una misma finalidad. Ese derecho estaría compuesto por normas internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, a la vez, por normas nacionales con la misma vocación, como son, por ejemplo, las cláusulas de apertura o las cláusulas interpretativas,⁴⁹ conforme a las cuales los derechos fundamentales deben interpretarse en armonía con los instrumentos internacionales ratificados por el país.

Existen abundantes propuestas conceptuales para abordar la nueva constelación. De particular importancia son los conceptos de “multinivel”, “red” y “*Verbund*”.⁵⁰ Estas propuestas conceptuales forman parte del debate internacional que concibe estas nuevas constelaciones a partir del pluralismo jurídico. De Iberoamérica y de América Latina emerge también una nueva doctrina orientada hacia un sistema jurídico plural en el que se entrecruzan principios, normas y regulaciones de los órdenes internacional, supranacional y estatal, categorizado bajo distintas nociones como “redes horizontales de colaboración”,⁵¹ “interconstitucionalidad”,⁵² “metaconstitucionalidad recíproca”,⁵³ red de Constituciones,⁵⁴ influjos y lecturas simultáneas,⁵⁵ nor-

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

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

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

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

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

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

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

mativismo supranacional,⁵⁶ transconstitucionalismo.⁵⁷ Incluso algunos autores latinoamericanos acuden a la figura geométrica del trapecio para ilustrar el proceso de desdibujamiento de la famosa pirámide kelseniana y aludir al fenómeno del entrelazamiento normativo.⁵⁸ Una explicación teórica convincente sobre cómo reconstruir la pirámide kelseniana provendrá probablemente de una teoría del pluralismo jurídico,⁵⁹ pues ésta tiene mayores posibilidades de suministrar conceptos que ayuden a comprender cómo los juristas, los políticos y los ciudadanos se desenvuelven y actúan en este ámbito. La conclusión central compartida por todas las concepciones pluralistas consiste en no considerar a las distintas normas del derecho internacional público, del derecho supranacional o del derecho estatal nacional, como parte de un ordenamiento jurídico unitario; por tanto, rechazan el paradigma de jerarquía como mecanismo que define la relación entre dichos ordenamientos.

Las teorías pluralistas se dividen en dos campos. La teoría más radical parte de la visión de que los conflictos que se ocasionan son conflictos de poder e intrínsecamente políticos, por lo que el razonamiento jurídico tiene en ellos un papel insignificante.⁶⁰ La teoría del diálogo tiene un punto de partida diametralmente opuesto: parte de la observación de que los diversos regímenes jurídicos e instituciones normalmente desarrollan relaciones jurídicas estables, a pesar de su independencia normativa y de los posibles

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

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

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

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

⁶⁰ Teubner, Gunther, “Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus”, *Rechtshistorisches Journal*, vol. 15, 1996, pp. 255, 261 y siguiente, 273. En esta línea se inscribe la reacción de Venezuela ante los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. El Tribunal Supremo de Justicia sostiene la tesis de la “inejecutabilidad” de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y solicitó denunciar la Convención Americana, alegando usurpación de funciones por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Véase Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Expediente No. 08-1572. Sentencia del 18 de diciembre de 2008. Disponible en <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>>.

conflictos entre ellos. Esta posición sostiene que los conflictos graves son más bien la excepción, ya que la regla es el trabajo conjunto y fructífero.⁶¹ Quien elige la regla como punto de partida para el pensamiento científico, como Hegel, y no la excepción, como Carl Schmitt, optaría por el pluralismo dialógico, en consonancia con el segundo concepto clave postulado por los partidarios del *ius constitutionale commune* latinoamericano.

V. RASGOS ESENCIALES

1. *Una ciencia del derecho público integral*

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

Es indispensable que los operadores jurídicos conozcan el derecho nacional y el derecho internacional para hacer bien su trabajo y responder a su rol social. Por tanto, hay que relacionar, quizás fusionar, estas dos disciplinas. Esta postura marca un nuevo hito en la constelación binaria de derecho constitucional y derecho internacional. En efecto, en la mayoría de los Estados, el derecho constitucional y el derecho internacional se han desarrollado como dos ámbitos de estudio separados, dos áreas de conocimiento distintas y, en cuanto disciplinas académicas, con identidades tan disímiles como férreas. Habitualmente se formula la pregunta: ¿eres internacionalista o constitucionalista? Una vez que un académico se ha declarado constitucionalista, tener la osadía de aproximarse a los instrumentos internacionales

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

enfadará a los internacionalistas tradicionales y viceversa. El nuevo derecho público, el derecho común latinoamericano, ataca tradiciones muy profundas en los sistemas de derecho, pero hay que sostener, reiteradamente, que debe avanzarse hacia una comprensión integral y no fragmentada.

2. *Argumentación con base en los principios fundamentales*

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

Un argumento a favor de la conceptualización jurídica de los conflictos políticos y sociales como conflictos de principios es que ello permite su canalización y tal vez su racionalización. Los principios también pueden generar apoyo a los discursos democráticos,⁶² sin dejar de tener en cuenta los problemas que se derivan de un protagonismo pretoriano. Asimismo, una decisión judicial que plantea un conflicto real como conflicto de principios y emplea la ponderación para resolverlo, es más inteligible, para la mayoría de los ciudadanos, que un razonamiento “técnico-jurídico” formulado en un lenguaje hermético que oscurece las valoraciones del tribunal. Concebir las controversias jurídicas como conflictos de principios es positivo a la luz del principio democrático, ya que promueve el discurso público en las decisiones judiciales.

3. *El derecho comparado*

Para terminar, un breve comentario sobre la importancia del derecho comparado para el *ius constitutionale commune* latinoamericano en materia de derechos humanos. ¿Por qué estudiar derecho comparado? Hay varias razones. Primero, para entender mejor nuestra propia situación. La comparación es un mecanismo fundamental para entenderse a sí mismo. Segundo, para aprender de otros sistemas. Sin duda, en Latinoamérica existe una gran diversidad, pero existen también similitudes y convergencias, aportes, experiencias y evoluciones comunes en los distintos países de la región, los

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

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

Para concluir, quiero subrayar que no pretendo que estas ideas de un nuevo derecho público sean del todo innovadoras. Por el contrario, el desarrollo del *ius commune* se enmarca dentro de un proceso de evolución contemporánea de la ciencia jurídica en sí misma. Es un enfoque vinculado a la labor de destacados juristas latinoamericanos que han dejado un legado sobre este proyecto del *ius constitutionale commune* como un nuevo derecho público para América Latina.