UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

Propuestas para la conformación de un nuevo ius commune latinoamericano en derechos humanos

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Carla Ledezma Castro

Directores

Juan Emilio Suñé Cano
Juan Pablo Pampillo Baliño

Madrid

© Carla Ledezma Castro, 2024

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

PROPUESTAS PARA LA CONFORMACIÓN DE UN NUEVO IUS COMMUNE LATINOAMERICANO EN DERECHOS HUMANOS

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTORA

PRESENTADA POR

Carla Ledezma Castro

DIRECTORES

Juan Emilio Suñé Cano
Juan Pablo Pampillo Baliño

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

PROPUESTAS PARA LA CONFORMACIÓN DE UN NUEVO *IUS COMMUNE* LATINOAMERICANO EN DERECHOS HUMANOS

Informe de investigación para obtener el
GRADO DE DOCTOR
realizado por

Carla Ledezma Castro

Directores

Juan Emilio Suñé Cano
Juan Pablo Pampillo Baliño

Madrid, 2023

אֲנִי (Yo) יְהוָה (YHWH) וְ (y) אֵין (no hay) עוֹד (otro)

זוּלָתִי (fuera de mí) אֵין (no hay) אֱלֹהִים (Dios)

אֲאַזֶּרְךָ (te ceñiré) וְ (aunque) לֹא (no) יְדַעְתָּנִי׃ (me reconociste)

(Isaías 45:5)

Justicia, Justicia perseguirás…

Tzedek, Tzedek Tirdof…

(Deut. 16:20)

AGRADECIMIENTOS

A esta Universidad Complutense de Madrid, por haberme aceptado como doctoranda en el ciclo que comenzó en octubre de 2019, a los profesores que impartieron el Seminario de "Metodología de Investigación Jurídica" (enero 2020), al Decano (*Dr. Ricardo Alonso García*), al Coordinador del Doctorado (*Dr. Ignacio García Vitoria*), a todo el personal bibliotecario y administrativo que colabora en la Facultad de Derecho, así como a los evaluadores externos y miembros del Tribunal presentes en la defensa de mi tesis.

A mi Tutor, el *Dr. Emilio Suñé Llinás*, por su acompañamiento, preocupación, gentileza, predisposición y respaldo. Su experiencia y consejos fueron indispensables para comenzar a dibujar en este ***lienzo*** académico.

A mi Director, el *Dr. Juan Emilio Suñé Cano*, por su impulso, ánimo, guía, amabilidad y apoyo. Su diligencia y reflexiones fueron la ***imprimación*** que sirvió para encausar y delimitar las pinceladas de mi investigación.

A mi otro Director, el *Dr. Juan Pablo Pampillo Baliño*, por haber sido quien provocó en mí el interés por la investigación académica alrededor del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho de la Integración y Comparado (desde 2012), por seguir confiando en mí, por haber puesto a mi disposición su especializada biblioteca personal, por su paciencia, impulso, tiempo, revisiones, correcciones y tertulias. Su entereza es el ***pincel*** que me ayudó a bosquejar esta obra.

A ellos tres mi total agradecimiento; sin su mentoría, liderazgo y amistad no lo habría logrado.

A todos y cada uno de los autores que he citado en mi tesis. Sus valiosos estudios y múltiples publicaciones concebidas a través de los siglos son el ***caballete*** donde apoyo este lienzo jurídico.

A ti, *Maximiliano Stepffer*, por el inconmensurable apoyo que me has dado desde que nos conocimos (enero 2007), por nunca dejarme renunciar y ayudarme en todo y con todo para continuar con mi formación y carrera profesional, por acompañarme en este camino, por tu polimatía, por tu cariño y ejemplo, por ser la ***acuarela*** que pinta de colores mi vida y todos mis proyectos, por ser el esposo comprometido, leal y alentador que preciso en todo momento, por eso y más -mucho más- ¡GRACIAS!

CLC
México
Diciembre 2023
cledezma@ucm.es

ÍNDICE GENERAL

AGRADECIMIENTOS ----------4

ÍNDICE GENERAL ----------6

Resumen ----------10

Abstract ----------10

Introducción ----------11

PRIMERA PARTE ----------22

DERECHO COMÚN, DERECHOS NACIONALES Y DERECHO SUPRANACIONAL ----------22

Capítulo 1. El Ius Commune como Ordenamiento y Ciencia Jurídica Transnacional ----------23

1.1 Presentación ----------23
1.2 Noción, orígenes y desarrollo ----------25
1.2.1 Los Glosadores ----------30
1.2.2 Los Ultramontanos ----------33
1.2.3 Los Comentaristas ----------35
1.2.4 El Derecho Canónico ----------37
1.2.5 La crítica moderna del Mos Gallicus al Ius Commune -----39
1.3 Valoración de conjunto ----------42

Capítulo 2. Del Mos Gallicus al Iusnaturalismo Moderno Racionalista 49

2.1 El Mos Gallicus ----------49
2.2 La Escolástica Española ----------55
2.3 El Iusnaturalismo Racionalista ----------62
2.4 El Iusnaturalismo en la Ilustración ----------67

Capítulo 3. Constitucionalismo, Codificación y Legalismo Estatalista -71

3.1 Poder y Estado en los albores del Constitucionalismo ----------71
3.2 Fundamentos del pensamiento político-jurídico contemporáneo ----------75
3.3 La Constitucionalización del Derecho Público ----------82
3.4 La Codificación del Derecho Privado ----------88
3.5 Consecuencias del Legalismo y del Estatalismo para el Derecho y la Ciencia Jurídica ----------96

Capítulo 4. Del Ius Gentium al Derecho Supranacional Contemporáneo ----------100

4.1 Antecedentes del Ius Gentium ---------- 100
4.1.1 La Antigüedad Grecolatina ---------- 100
4.1.2 La Res Publica Christianorum ---------- 106

4.1.3 La fundamentación moderna del Derecho Internacional- 108
4.2 De los Tratados Multilaterales a los Organismos Supranacionales ---------- 113
4.2.1 La Paz de Westfalia ---------- 113
4.2.2 El Congreso de Viena ---------- 115
4.2.3 La Sociedad de Naciones y la Organización de las Naciones Unidas ---------- 118
4.2.4 Los Organismos regionales internacionales ---------- 125
4.3 ¿Hacia un Derecho Global? ---------- 132

SEGUNDA PARTE ---------- 141

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO NUEVO DERECHO COMÚN ---------- 141

Capítulo 5. Los Derechos Humanos como Derecho Común ---------- 142

5.1 Antecedentes históricos ---------- 142
5.1.1 El Iusnaturalismo como antecedente de los Derechos Humanos ---------- 142
5.1.2 El Proto-constitucionalismo Europeo ---------- 150
5.2 Las Declaraciones de Derechos Humanos en el Constitucionalismo Moderno ---------- 159
5.2.1 Declaración de Virginia de 1776 ---------- 161
5.2.2 Declaración Francesa de 1789 ---------- 162
5.2.3 Tradición Constitucional Hispanoamericana ---------- 164
5.3 Configuración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ---------- 167
5.4 Construcción de la tutela de los Derechos Humanos --------- 172
5.5 Los Derechos Humanos como Derecho Común Multinivel --- 182

Capítulo 6. La Protección Supranacional de los Derechos Humanos como catalizadora de un Derecho Común ---------- 186

6.1. El Sistema de Naciones Unidas ---------- 186
6.1.1 La Declaración Universal de 1948 ---------- 186
6.1.2 Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos ------- 188
6.1.3 Los Tratados Internacionales Especiales ---------- 191
6.1.4 Los Órganos de Supervisión y Control ---------- 194
6.2 El Sistema Europeo de Derechos Humanos ---------- 200
6.2.1 Antecedentes del Sistema Europeo de Derechos Humanos ---------- 200
6.2.2 El Sistema del Consejo de Europa ---------- 202
6.2.3 Particularidades de la Unión Europea ---------- 204
6.3 El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ---------- 214
6.3.1 Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos ---------- 214
6.3.2 La Comisión Interamericana ---------- 218
6.3.3 La Convención Americana ---------- 224
6.3.4 La Corte Interamericana ---------- 228

TERCERA PARTE ---------- 235

INSTRUMENTOS INTERPRETATIVOS PARA UNA MEJOR RECEPCIÓN DEL DERECHO SUPRANACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y PARA UN NUEVO IUS COMMUNE LATINOAMERICANO---------- 235

Capítulo 7. La Interpretación Conforme y el Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos----------236

7.1 La Interpretación Conforme ---------- 236
7.2 El Control de Convencionalidad ---------- 239
7.2.1 Primera etapa: precedentes de la definición original------ 244
7.2.2 Segunda etapa: enunciación original---------- 249
7.2.3 Tercera etapa: configuración jurisprudencial ---------- 250
7.3 El principio de Complementariedad en la aplicación del Control de Convencionalidad ---------- 260

Capítulo 8. La Interpretación Concurrente y el Margen de Apreciación Nacional en Europa ----------265

8.1 El Tribunal de Luxemburgo y la Interpretación Concurrente 265
8.1.1 La primacía del Derecho Comunitario y su Tribunal de Justicia---------- 265
8.1.2 Interpretación Concurrente como Diálogo inter-jurisdiccional bidireccional multinivel ---------- 272
8.1.3 Colaboración e Integración multinivel a través del Procedimiento Prejudicial ---------- 278
8.2 El Tribunal de Estrasburgo y el Margen de Apreciación Nacional ---------- 281
8.2.1 Margen de Apreciación Nacional ---------- 285
8.3 Principio de Subsidiariedad ---------- 290
8.4 Diálogo inter-supra-jurisprudencial entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ---------- 296
8.4.1 Por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea - 298
8.4.2 Por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -- 299

Capítulo 9 Algunas propuestas hermenéuticas para un Derecho Común Latinoamericano de los Derechos Humanos----------302

9.1 Generalidades en torno a la Interpretación Jurídica ---------- 302
9.2 Aciertos y desaciertos del Control de Convencionalidad ------ 308
9.3 La Interpretación Concurrente y el Margen de Apreciación Nacional como auxiliares de la Interpretación Conforme ---------- 317
9.4 Propuestas adicionales para la consolidación de un Mos Latinoamericanum Iura Legendi---------- 325
9.4.1 Los números de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ---------- 326
9.4.2 Ética e Integridad, gestión financiera y transparencia --- 329
9.4.3 Diálogo inter-regional---------- 332
9.4.4 Transjudicialismo ---------- 335

9.4.5 Traducciones ---------- 336
9.4.6 Involucramiento social, empresarial y académico --------- 337
9.4.7 Evaluaciones de impacto ---------- 340
9.4.8 Responsabilidad estatal vs. responsabilidad de la persona servidora pública ---------- 340
9.4.9 Acceso a la justicia ---------- 341
9.4.10 Agenda regional ---------- 341

Conclusiones ----------*343*

PRIMERA PARTE ---------- 343
SEGUNDA PARTE ---------- 354
TERCERA PARTE ---------- 361

Fuentes consultadas----------*375*

Resumen

Esta investigación doctoral, inspirada en la riqueza histórica de nuestra Tradición Jurídica y específicamente en el papel unificador, articulado y práctico que existió en el *Ius Commune* medieval (vigente durante aproximadamente ocho siglos), propone la aplicación de diversas herramientas hermenéuticas en aras de una mejor recepción del Derecho Internacional -y Procesal- de los Derechos Humanos para este Tercer Milenio.

Particularmente, los principios de *margen de apreciación nacional* e *interpretación concurrente* del Sistema Europeo podrían servir para enriquecer la *interpretación conforme* aplicada en el ámbito del Control de Convencionalidad del Sistema Interamericano, a fin de permitir la adecuación de los Derechos Humanos nacionales al *corpus iuris* supranacional y viceversa.

Asimismo, el propósito de cada uno de los nueve capítulos es trazar someramente algunas de las tendencias que han hecho necesaria y conveniente una reflexión de fondo -histórica, jurídica y práctica- sobre la estructura y conformación de un nuevo *Derecho Común del ser humano*.

Abstract

This doctoral research, inspired by the historical richness of our legal tradition and specifically in the unifying, articulated and practical role played by the medieval *Ius Commune* (in force for approximately eight centuries), proposes the application of various hermeneutic tools for a better reception of the International Law -both Substantive and Procedural- of Human Rights for this Third Millennium.

Particularly, the principles of *margin of appreciation national* and *concurrent interpretation* of the European System could serve to enrich the *interpretation in conformity* applied in the field of the Control of Conventionality of the Inter-American System, to allow the adequacy of national Human Rights to the supranational *corpus iuris* and vice versa.

Likewise, the purpose of each of the nine chapters is to briefly outline some of the trends that have made necessary and convenient a deep reflection -historical, juridical and practical- on the structure and conformation of a new *Common Law of the human being*.

Introducción

Con la finalidad -y la esperanza- de contribuir a la transformación y mejora de la cultura jurídica en materia de Derechos Humanos en pleno siglo XXI, esta investigación doctoral muestra la evolución filosófica y práctica que ha ido alcanzando el Derecho dentro de la Tradición Jurídica Occidental, a través de la importante labor que han realizado los juristas de distintas épocas, cuya legítima intención ha sido la de construir un mejor Derecho, más justo, práctico y perdurable.

En beneficio de consolidar un *Ius Commune* Latinoamericano, al menos en materia de Derechos Humanos (no tanto en lo económico como en la Unión Europea), vale la pena replantear estructuras del Derecho Internacional contemporáneo, a partir del análisis de distintos organismos, mecanismos de cumplimiento y perspectivas jurídico-políticas expuestas y desarrolladas por el *Ius Commune* Europeo a partir del siglo XI.

En la actualidad, resulta trascendente destacar el papel que desempeña el "Derecho Internacional y regional de los Derechos Humanos" así como los diversos actores, sobre todo a nivel regional,

particularmente en los Sistemas regionales de Protección de Derechos Humanos; en este caso el Europeo y el Interamericano.

Dichos sistemas adoptan diversos mecanismos de cumplimiento con el fin de tratar de armonizar la normatividad estatal con la convencional, permitiendo que se tengan en cuenta los valores, usos y costumbres regionales al definir las normas de Derechos Humanos.

Estas son algunas de las razones que conllevaron a plantear, delimitar y encauzar las siguientes preguntas de investigación, cuyas respuestas han intentado ser respondidas a lo largo del trabajo:

¿Qué aporta el control de convencionalidad al Derecho latinoamericano? ¿Sería conveniente atemperar el control de convencionalidad interamericano con la doctrina de margen de apreciación nacional europeo? ¿Podría adoptarse en Latinoamérica una *interpretación concurrente* como la desarrollada por el Derecho de la Unión Europea? ¿Cuáles han sido las principales corrientes de pensamiento aplicadas en la historia y conformación de los actuales tribunales supranacionales? ¿Cómo adoptar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para lograr consolidar un *Ius Commune* en Latinoamérica? ¿Cómo afrontar y erradicar las reiteradas violaciones a los Derechos Humanos a pesar de su evolución, reconocimiento y puesta en práctica en el Tercer Milenio?

En virtud de dichas preguntas, los objetivos generales que se plantearon en el presente estudio e investigación son los siguientes:

- Enriquecer al Sistema Interamericano para conformar y consolidar un *Ius Commune* Latinoamericano en materia de Derechos Humanos.

- Favorecer a un mejor discernimiento de las interpretaciones convencionales de los sistemas regionales, en particular del Interamericano, con el propósito de que el diálogo entre el Derecho internacional y el estatal, sea fluido, bidireccional, multinivel, exento de contradicciones y de posibles arbitrariedades.

- Aportar ideas sobre cómo desarrollar y aplicar herramientas hermenéuticas para la adopción, recepción y armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Igualmente, estos son los objetivos específicos que ayudaron a perfilar y desarrollar este trabajo:

- Destacar el rol que guarda el Derecho Internacional y Procesal de los Derechos Humanos en la actualidad.

- Replantear estructuras de pensamiento utilizadas actualmente para garantizar las disposiciones convencionales.

- Esbozar cuáles son las herramientas hermenéuticas que propicien la adopción de los Derechos Humanos para la conformación de un *Ius Commune* en Latinoamérica.

- Presentar dichas herramientas hermenéuticas y conceptuales, para fortalecer los procesos de argumentación y para solucionar los problemas jurídicos.

- Contribuir a la transformación de la cultura jurídica multinivel.

- Analizar de manera comparativa los controles judiciales que se aplican en América y Europa para encontrar una armonización entre la norma local aplicable, el Derecho Convencional y la

interpretación que hacen los jueces estatales respecto de la supra-jurisprudencia.

- Proponer mecanismos de cumplimiento que puedan combinar mejor las condiciones que los sistemas regionales proponen.

- Exponer las problemáticas actuales y comunes en materia de control de convencionalidad.

- Extraer ideas del Derecho Comparado que puedan servir para el desarrollo de un *Ius Commune* y que permitan la adecuación de los Derechos Humanos nacionales al *corpus* supranacional Interamericano.

Ahora bien, dado que el fin del presente estudio es proponer la construcción, consolidación y mejora de un *Ius Commune* en Latinoamérica, al menos por lo que respecta a los Derechos Humanos, se hizo necesario, considerando los antecedentes históricos y jurídicos de la humanidad a partir del siglo XI, estudiar y exponer la importancia que tuvo -y que aún mantiene- el *Ius Commune* Europeo medieval.

Se considera que dicha importancia es mayúscula dentro de la Tradición Jurídica Occidental, porque por un lado, conformó las bases de un ordenamiento y, por el otro, constituyó el núcleo común de una ciencia jurídica.

Asimismo, con el objetivo de tratar de comprender la crisis por la que actualmente atraviesa el Positivismo Legalista Formalista en sus primeros dos siglos de existencia, fue necesario también destacar que el *Ius Commune* Europeo sirvió -como ejemplo- precisamente para enfrentar el pluralismo jurídico medieval, además de haber mostrado una perdurabilidad de al menos ocho siglos de vigencia y práctica *universal*.

En un ejercicio histórico y comparativo (como se podrá apreciar), en ninguna época ha sido tan importante la actividad de los intérpretes de la ley en la construcción de un sistema jurídico, como lo fue en la época del *Mos Italicus*, porque aquellos juristas se tuvieron que enfrentar a la enorme tarea de forjar herramientas jurídicas que fueran adecuadas a sus circunstancias.

Por lo tanto, debido a que durante siglos los países de Europa Central y Occidental tuvieron una ciencia jurídica común que se fue construyendo y perfeccionando con el correr del tiempo, en este trabajo se afirma que la esencia de lo que fue el Derecho Común medieval puede servir como brújula en la construcción de un nuevo *Ius Commune* Latinoamericano en materia de Derechos Humanos.

Las herramientas de interpretación se enunciaron específicamente en el capítulo noveno, en el cual resultó de gran trascendencia exponer cómo la *interpretación concurrente* y el *margen de apreciación nacional* -que se utilizan con mayor asiduidad en Europa- podrían ser auxiliares de la *interpretación conforme* practicado mayormente en el Sistema de Protección de Derechos Humanos Interamericano.

Ello se desprende del estudio del Derecho Comparado que se realizó entre los Sistemas de Protección de Derechos Humanos Europeo e Interamericano, ya que dicha *interpretación conforme* resulta unidireccional si se le compara con el principio de *interpretación concurrente* desarrollado por el Derecho supranacional de la Unión Europea.

Por ende, es necesario que la *interpretación conforme* que ejercen los jueces multinivel sea más bien bidireccional, para que los derechos nacionales se conformen al Derecho supranacional, pero también para que el Derecho supranacional vaya, por un lado, avanzando conforme a los desarrollos de los derechos nacionales más progresivos, pero por el

otro, no propicie en su aplicación la declaración sistemática de inconvencionalidad de leyes nacionales que pueden ser interpretadas "conforme" al Derecho supranacional.

Además, la flexibilidad del Derecho Convencional debería no separarse demasiado de los derechos nacionales, a fin de propiciar la construcción, fortalecimiento y consolidación de un *Ius Commune* Latinoamericano en la materia.

En ese sentido fue necesario hacer mención, en los capítulos séptimo y octavo, de la trascendental labor que llevan a cabo la Corte de San José (y la evolución y aplicación del Control de Convencionalidad), el Tribunal de Luxemburgo (y la Interpretación Concurrente, la primacía del Derecho Comunitario y el Procedimiento Prejudicial), el Tribunal de Estrasburgo (y el Margen de Apreciación Nacional), así como el desarrollo que han tenido el principio de subsidiariedad y el diálogo inter-supra-jurisprudencial mantenido entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Cabe señalar que la relevancia de los argumentos jurídicos abordados por los tribunales supranacionales en sus decisiones cobra vigencia al responder a problemáticas actuales, reiterativas y comunes a nuestros diversos países.

Así pues, la exposición particular de estos dos sistemas fue explorada en los tres últimos capítulos que conforman la Tercera Parte de la investigación, que es el resultado de las dos partes previas, las cuales sirvieron como pilares para la comprensión del actual estado que guarda el Derecho Positivo y los Derechos Humanos en el contexto global y regional.

En la Primera Parte se hizo una breve exposición de la historia de la Tradición Jurídica Occidental, abarcando desde la composición de un

Derecho Común "universal", como ordenamiento y ciencia jurídica transnacional, hasta su posterior declive a partir del ascenso del iusnaturalismo moderno racionalista y su cristalización a través de la Codificación y el Constitucionalismo, evidenciando por otro lado el trayecto desde el *Ius Gentium* hasta el Derecho supranacional contemporáneo, pasando por el Derecho Internacional moderno; evidenciando que estamos retornando y reconstruyendo un nuevo *Mos ius*-protector regional-universal, *i.e.* un notable sistema mundial articulado regionalmente.

Con esta parte de la investigación se puede decir que, en la actualidad, tenemos la posibilidad de corregir los excesos y falencias que hubo en la época medieval, a través de la armonización y aplicación de la robusta legislación positivada, cuyas herramientas hermenéuticas sirven para la consolidación de los Sistemas de Protección de Derechos Humanos en cuya base se encuentra el indiscutible principio *pro personae*.

Particularmente, en la Segunda Parte se trazó también una línea de acontecimientos históricos, religiosos, ideológicos, jurídicos, políticos, antropológicos y protectores de los Derechos Humanos, a fin de proporcionar un panorama general de cómo ha sido la reconfiguración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, su tutela y articulación multinivel.

Las propuestas que en esta investigación se presentan, implican un importante replanteamiento de estructuras de pensamiento utilizadas tradicionalmente por juristas (jueces y abogados), pues es necesario aplicar estrategias y mecanismos eficaces y adecuados para garantizar que las disposiciones convencionales alcancen los fines para los cuales han sido diseñadas.

Al respecto, dicho replanteamiento se podría lograr al sumar esfuerzos institucionales, de la sociedad y de la academia, sin excluir las herramientas hermenéuticas y conceptuales, con el objetivo de fortalecer los procesos de argumentación, para solucionar los problemas jurídicos.

El objetivo es pues, conformar un *Ius Commune* que contribuya a la transformación de la cultura jurídica en cada uno de los países latinoamericanos, asentando bases de métodos de aplicación y de enseñanza del Derecho, a partir de nuevos esquemas y metodologías acordes con el rumbo y desafíos que nos plantean los Derechos Humanos en el Tercer Milenio.

El análisis de la problemática que se plantea en esta tesis doctoral ameritó realizar una diversidad de aproximaciones epistemológicas y metodológicas, abarcando, entre otras, las siguientes materias: Parámetros de Control Constitucional y Convencional; Principios interpretativos del Derecho Constitucional, Internacional y Supranacional, en materia de Derechos Humanos; Interpretación Conforme en el ámbito del Derecho Constitucional y Convencional latinoamericano; Interpretación Concurrente en el ámbito del Derecho europeo; Derecho Internacional y Procesal de los Derechos Humanos; Integración latinoamericana, *Ius Commune* Latinoamericano; Soberanía y Jurisdicción Internacional; Control jurisdiccional de la regularidad del ordenamiento jurídico (supranacional y estatal); Historia del Derecho; Teoría Constitucional; y Derecho Comparado.

Ahora bien, la metodología que se utilizó para el desarrollo de esta investigación fue la siguiente: Método Exegético: para el análisis de textos jurídicos normativos (su alcance y espíritu); Método Histórico: para entender el origen y desenvolvimiento de las instituciones y normas; Método Comparativo: para identificar los orígenes comunes, semejanzas y diferencias entre los Sistemas de Protección Interamericano y Europeo de Derechos Humanos; Teoría de la Argumentación Jurídica: para

identificar las herramientas hermenéuticas utilizadas para la protección de los Derechos Humanos bajo ambos sistemas; y el Método Jurisprudencial: para analizar la doctrina jurídica en la materia.

Asimismo, se arribó a cada conclusión mediante la exposición de doctrina, jurisprudencia y legislación comparada, identificando los Derechos Fundamentales comunes y universales emanados de las intervenciones de tribunales supranacionales y la continua actividad de los jueces supremos nacionales, así como de la presencia de ciertos principios referidos a los Derechos Humanos y promoción de un pensamiento jurídico y cultural común universal.

En ese sentido, gracias a las diversas técnicas e instrumentos de investigación, se presenta este trabajo teórico consistente en el buceo bibliográfico de Derecho, Derecho Comparado y doctrina extranjera, así como jurisprudencia en materia de Derechos Humanos, esto mediante el análisis del significado valorativo de los diversos modelos institucionales que se han aplicado sobre el tema propuesto, sin desconocer la diversidad entre las culturas de los distintos países, con el fin de comprender mejor la importancia que tiene la construcción de un nuevo "Constitucionalismo" de índole supranacional.

También caben señalar las fuentes documentales, normativas, e históricas que fueron consultadas y citadas: Científicas: debates doctrinales de destacados juristas europeos y americanos; Normativas: análisis de normatividad sustantiva y adjetiva, destinada a la protección de los Derechos Humanos -obligaciones de los Estados nacionales- y constituciones internas que contienen cláusulas específicas del Derecho Internacional regional de los Derechos Humanos, y del Derecho Comparado y Común; Jurisprudenciales: grado de compromiso de diversos entes -nacionales e internacionales- y la articulación entre éstos, para valoración del nivel de efectividad de los derechos contemplados en instrumentos internacionales latinoamericanos; Otras: páginas

electrónicas oficiales creadas por los Estados, Organismos no gubernamentales, bibliotecas físicas y virtuales, etcétera.

Abordar en una investigación de alrededor de cuatrocientas páginas, diez siglos de múltiples acontecimientos -algunos exitosos, otros fracasados-, es una pretensión ambiciosa y casi imposible de concebir a detalle; sin embargo la intención de la misma fue más bien la de esbozar un panorama general y un breve seguimiento cronológico de las facetas que han tenido la Tradición Jurídica Occidental y la conformación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a través de las distintas corrientes y tendencias que en cada época fueron mayormente difundidas, conocidas, valoradas y adoptadas, en un esfuerzo de comprensión sintética.

A su vez, a través de cada uno de los nueve capítulos, y en especial en lo expuesto en la Tercera Parte, también se da muestra de algunas de las muchas falencias que aún tienen nuestros sistemas jurídicos de protección; empero, la labor que actualmente emprendemos como juristas, jueces, académicos y personal de las distintas instituciones gubernamentales, así como por parte de los órganos judiciales supranacionales, evidencia el avance y logros alcanzados en materia de Derechos Humanos en cada continente.

Por lo tanto, debido a que toda ciencia social es perfectible, con mayor razón lo son los Sistemas de Protección de Derechos Humanos regionales. Hay que tener en cuenta que las intenciones para construir un mejor Derecho (posiblemente a través de un *Ius Commune* universal), sólo se podrán llevar a buen puerto con el esfuerzo, el diálogo, la participación y la articulación multinivel, tanto por parte de los sectores público y privado, como por parte de la sociedad civil y del ámbito académico.

En ese sentido, si bien quedaron algunos temas por abordar, confío en que el presente trabajo puede contribuir al debate para impulsar mejoras en los diversos procesos de recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y para fortalecer propósitos compartidos en cada una de nuestras regiones.

PRIMERA PARTE

DERECHO COMÚN, DERECHOS NACIONALES Y DERECHO SUPRANACIONAL

Capítulo 1. El *Ius Commune* como Ordenamiento y Ciencia Jurídica Transnacional

1.1 Presentación

Histórica y filosóficamente, el Derecho ha servido para vertebrar y ordenar las sociedades, resolver conflictos, crear canales de entendimiento y proteger las libertades y bienes individuales y colectivos, promoviendo la justicia y la paz. Pero no siempre los ordenamientos jurídicos regionales y/o estatales han sido efectivos al realizar dichas funciones.

Por eso es importante en la actualidad, en que nuestra Tradición Jurídica se encuentra en crisis, que las nuevas propuestas -como la que pretende hacer este estudio- no dejen de lado las experiencias pasadas, especialmente cuando las mismas constituyen las bases sobre las que se han construido nuestros sistemas jurídicos contemporáneos.

Me refiero, desde luego, al *Ius Commune* medieval como dogmática jurídica -ordenamiento y ciencia- que marcó el nacimiento y el fundamento mismo de nuestra Tradición Jurídica (por lo tanto aún sigue siendo un tema de actualidad).

Como habrá de exponerse a lo largo del presente trabajo, ha llegado el momento de intentar reconfigurar, una vez más, la dogmática jurídica contemporánea, para lo cual conviene analizar -nuevamente- el origen, la evolución, las limitaciones y los beneficios que trajo consigo el *Ius Commune Europaeum*, como fenómeno medieval y como proceso histórico-cultural y sociológico-político, que se extendió por muchos países occidentales durante al menos ocho siglos, difundiéndose posteriormente a prácticamente todo el mundo.

Y, después de reflexionar sobre el mismo, apreciando sus mayores aportaciones, se podrá valorar cómo algunas de sus mismas contribuciones pueden servirnos para enfrentar, adecuar y armonizar nuestro Derecho en concordancia con los problemas que enfrentamos en pleno siglo XXI.

Pero para evidenciar e incluso re-proponer un nuevo *Mos Americanum*, e idealmente un auténtico *Mos Global*[1] que integre la riqueza jurídica depositada en múltiples y heterogéneas fuentes jurídicas, propias del pluralismo de nuestro tiempo, es necesario destacar y vislumbrar cuáles han sido las corrientes o direcciones iusfilosóficas, científicas y prácticas que generaron los cambios culturales, sociales, religiosos, económicos y políticos en el progreso del Derecho enfocándonos, particularmente, en lo acontecido a partir de la Tradición Jurídica desde la Baja Edad Media hasta nuestros días.[2]

De esta manera, se tratará en esta Primera Parte únicamente de: i) describir la configuración que tuvo el *Ius Commune* a partir del siglo XI; para ii) entender mejor cómo se produjo su sustitución por el legalismo, a través de la Constitucionalización y la Codificación hacia el siglo XIX; permitiendo iii) arribar a la edificación de una ciencia jurídica nacional, en detrimento de lo que había sido una ciencia jurídica transnacional; iv) subrayando cómo recientemente se ha venido restableciendo dicha "universalidad" latente en los principios comunes -en el ámbito de los

[1] El Prof. Pampillo hace referencia a "las 12 claves de nuestra cultura jurídica y el Teorema Global Diacrónico" con el propósito de entender las razones subyacentes en el "agotamiento de la Modernidad por la contemporaneidad", planteando una "vía global" que traería consigo -eventualmente- la conformación de un nuevo "*Mos global*". *Cfr.* Pampillo Baliño, J. (2008). *Historia General del Derecho* (Segunda ed.). México: Oxford University Press, pp. 405-415. Cabe decir que a lo largo de este trabajo se han consultado diversas publicaciones del autor alrededor del tema, las cuales se pueden consultar en su página académica: https://eld.academia.edu/JuanPabloPampilloJDLLMSJD.

[2] *Vid.* Pampillo Baliño, J. (2008). Del *Mos Europaeus* al *Mos americanus iura legendi*. Una propuesta de refundación de la ciencia nueva para la integración jurídica americana. *Foro, Nueva Época* (8), pp. 117-160. Obtenido de https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/download/FORO0808220117A/13524/0.

Derechos Humanos- que han llevado ya a que un creciente número de estudiosos y prácticos se refieran a un renovado *Ius Commune Americanum* basado en principios (internacionales) y reglas (estatales).[3]

1.2 Noción, orígenes y desarrollo

A partir del redescubrimiento de los textos romanos en la Baja Edad Media, la vida jurídico-política en Europa se encontró enriquecida con un conjunto de documentos, fuentes e interpretaciones plurales y propicias, pero a la vez caóticas y progresivas, debido a que coexistieron junto al Derecho Común o *Ius Commune* de tradición romanista -como refiere el jurista argentino Zuleta Puceiro- "el Derecho divino develado; el

[3] A manera de ejemplo, entre los recientes estudios que destacan la importancia del *Ius Commune* en la reconfiguración dogmática americana, pueden citarse los siguientes: Alonso García, R. (2016). *Treinta años de "ius publicum commune" europeo en España.* Recuperado el 24 de marzo de 2020, de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5635324; Bogdandy, A. (enero-junio de 2015). Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un Constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*(34). Obtenido de https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4198; Bogdandy, A. (2019). El *Ius Constitutionale Commune* en América Latina a la luz de El concepto de lo político de Carl Schmitt. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (núm. extraordinario), 131-173; Bogdandy, A., Ferrer Mac-Gregor, E., Morales Antoniazzi, M., Piovesan, F., & Soley (eds.), X. (2017). *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune.* New York: Oxford University Press; Ferrer Mac-Gregor, E. (2016). Diálogo Judicial y Control de Convencionalidad: Aportaciones de la Corte Interamericana en la Construcción de un *Ius Constitutionale Commune* para América Latina (ICCAL). En E. Ferrer Mac-Gregor, *Derecho Procesal Constitucional Transnacional. Interacción entre el Derecho Nacional y el Derecho Internacional* (pp. 277-294). México: Porrúa; Ferrer Mac-Gregor, E., Bogdandy, A., & Morales Antoniazzi (Coords.), M. (2010). *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius constitutionale commune en América Latina?* (Vol. I y II). México: IIJ-UNAM, Max-Planck-Institut, Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; Ferrer Mac-Gregor, E., Bogdandy, A., & Morales Antoniazzi (Coords.), M. (2017). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión. Colección Constitución y Derechos.* México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro y Max Planck Institute for Comparative Law and International Law; Fix Fierro, H., Bogdandy, A., & Morales Antoniazzi, M. (Coords). (2014). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos.* México: IIJ-UNAM, Max-Planck-Institut, Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; Gómez Gamboa, D. (2015). *Hacia la construcción del ius constitutionale commune en América Latina en materia de libertad de expresión e información.* México: IIJ-UNAM; Morales Antoniazzi, M. (2016). *Protección supranacional de la democracia en Suramérica: un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune.* México: IIJ-UNAM; Pampillo Baliño, J. (2012). *Hacia un nuevo Ius Commune Americano.* Colombia: Ibáñez y Pontificia Universidad Javeriana; Pampillo Baliño, J. (2021). *Nuevas reflexiones sobre la Integración Jurídica Latinoamericana.* Perú: Rimay Editores.

Derecho eclesial positivo, el Derecho Natural y el Derecho consuetudinario generalizado" o *ius proprium* de cada comunidad.[4]

La riqueza que nos dejó el Derecho Romano fue mayormente conocida por los legistas de la Baja Edad Media. Y la misma representa -desde un punto de vista histórico, según el historiador del Derecho alemán Helmut Coing (†2000)- "la primera construcción de una dogmática jurídica a partir del Derecho Justinianeo en el Occidente latino". De hecho, para la confección del *Ius Commune* se trabajaron varias partes de la compilación de Justiniano, preponderantemente el *Digesto*, pero también el *Codex* y algunas partes de las *Novellae*.[5]

En un contexto plausible de búsqueda de la unidad territorial, administrativa, religiosa y jurídica, se produjo el nacimiento del *Ius Commune*, el cual se divulgó en toda Europa y después en Occidente. Su operatividad se llevó a cabo bajo distintas formas de difusión como la *receptio* colegial-universitaria (*collegium universitates receptio*), la judicial, la legal y, en general, como interpretación y complemento de ideas, métodos, doctrinas, leyes y sentencias.

El término *Ius Commune* tiene dos proyecciones: i) por su ámbito de vigencia, siendo el "Derecho Común" aplicable supletoriamente a varios ordenamientos jurídicos; pero además ii) por su función de ordenamiento jurídico general -y por ello también "común"-, sobre cuya base se han de entender, armonizar y complementar los derechos locales.[6]

---

[4] Zuleta Puceiro, E. (1987). *Teoría del Derecho. Una visión crítica.* Buenos Aires: Depalma, pp. 114 y 115. *Apud.* Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (2009). *Teoría del Derecho* (Segunda ed.). Buenos Aires: Ábaco, p. 184.

[5] *Cfr.* Coing, H. (1996). *Derecho Privado Europeo: Derecho Común más antiguo (1500 - 1800)* (Vol. I). (A. Pérez Martín, Trad.) Madrid: Fundación Cultural del Notariado, p. 64.

[6] A lo largo del presente epígrafe sigo las ideas expuestas principalmente por: Cannata, C. (1996). *Historia de la ciencia jurídica europea.* (L. Gutiérrez-Masson, Trad.) Madrid: Tecnos; Carpintero Benítez, F. (1977). "Mos Italicus", "Mos Gallicus" y el Humanismo racionalista: una contribución a la historia de la metodología jurídica. (V. Klosterman, Ed.) Alemania: Frankfurt am Main; Clavero, B. (1994). *Historia del Derecho. Derecho*

Asimismo, el *Ius Commune* alude a un "Derecho de juristas" en paralelismo a la tradición angloamericana del *common law* que se constituyó como un "Derecho de jueces" -*judge made law*-, así como también el "Derecho de leyes" contemporáneo que ha tenido como protagonistas a los legisladores, el cual surgió de la Codificación y el Constitucionalismo.[7]

La expresión *Ius Commune* representa (si no se especifica más) el Derecho Romano-Canónico tal y como se formuló desde Bolonia por la ciencia jurídica europea a partir del siglo XI. Empero, el Derecho Romano y el Derecho Canónico no conformaron un único ordenamiento, sino que más bien se retroalimentaron uno a otro y se correspondieron conforme a las ideas europeas medievales, dando lugar a un sistema homogéneo y complementario de reglas y principios universales y comunes.[8]

Puntualizando: la *recepción* del Derecho Romano-Canónico determinó en toda Europa un amplio, armonizado y actualizado desarrollo que revolucionó su pluralismo jurídico. Además, la historia del

Común. Salamanca: Universidad de Salamanca; Coing, H. (1996) *Op. cit*; Grossi, P. (1996). *El orden jurídico medieval.* (F. Tomás y Valiente y Clara Álvarez, Trads.) Madrid: Marcial Ponds; Koschaker, P. (1955). *Europa y el Derecho romano.* (J. Santa Cruz Teijeiro, Trad.) Madrid: Revista de Derecho Privado; Margadant, G. F. (1986). *La segunda vida del Derecho romano*. México: Miguel Ángel Porrúa; Molitor, E., & Schlosser, H. (1980). *Perfiles de la nueva historia del Derecho Privado.* (Á. Martínez Sarrión, Trad.) España: Bosch; Pampillo Baliño, J. (2008) *Op. cit. passim.*

[7] Pampillo Baliño, J. (2008). *Ibíd*. p. 376; Pérez Martín, A. (1999). El *Ius Commune*: Artificio de Juristas. En F. Tomás y Valiente, *História del Pensamient Jurídic* (pp. 69-93). Barcelona: Universitat Pompeu Fabra.

[8] *Cfr*. Coing, H. (1996). *Op. cit*. p. 26; Cruz Barney, Ó., & Caballero Juárez, J. (2005). *Historia del Derecho. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados.* México: IIJ-UNAM, p. 110. Cabe destacar que la Universidad de Bolonia se fundó mediante la promulgación de la Constitución *Habita* o *Habitat*, y "fue el primer documento de Derecho universitario del periodo medieval que otorgaba fueros a sus estudiantes". Dicho documento lo expidió el Emperador Federico I, Barbarroja, en 1070. *Cfr*. Bernal Gómez, B. (2010). *Historia del Derecho*. México: IIJ-UNAM, p. 109.

Derecho Romano en Oriente siguió una trayectoria constante de decadencia, mientras que en el Occidente renació.[9]

Esta aceptación correspondió al tránsito paulatino del pensamiento medieval, que en los dominios del Derecho supuso -siguiendo a los abogados alemanes Erich Molitor (†1963) y a Hans Schlosser- la asimilación del *Derecho sabio*.[10]

No obstante, dicha recepción fue distinta en diferentes países. Por ejemplo, en Inglaterra fue puramente teórica y universitaria, siendo en cambio rechazado en la práctica forense, a la que sin embargo acabó también por influir; mientras que en Alemania se introdujo tardíamente a través de la judicatura, mediante las sentencias del Tribunal Cameral del Imperio. En Italia fue a través de las aulas, así como del foro y la práctica curial.[11]

En España -y posteriormente en Iberoamérica- fue introducida por tres vías diferentes: i) por medio de la legislación y en lo particular de las *Siete Partidas* (en México a través de la *Nueva* y la *Novísima recopilación* y las *Leyes de Indias*); ii) a través de las universidades; y iii) mediante la práctica forense, donde se tomaban en cuenta las citas de juristas, tanto romanos y canonistas, como prácticos del Derecho Común y del Derecho Indiano.[12]

---

[9] *Cfr*. Bialostosky, S. (2005). *Panorama del Derecho Romano* (Séptima ed.). México: Porrúa, p. 31. *Vid*. Kunkel, W. (1982). *Historia del Derecho Romano.* (J. Miquel, Trad.) Barcelona: Ariel.

[10] Molitor, E., & Schlosser, H. (1980). *Op. cit*. p. 39.

[11] *Vid*. Pampillo Baliño, J. (2008). *Op. cit.*

[12] Barrientos Grandón, J. (1993). La Cultura Jurídica en la Nueva España. México: UNAM; Bialostosky, S. (2005). *Op. cit*. p. 32; Pampillo Baliño, J. (2008). *Op. cit*. pp. 164-208. "Las opiniones de los jurisconsultos no eran vinculantes para los jueces, sino que su fuerza derivaba del prestigio o la autoridad del autor (jurista); aunque con el tiempo adquirieron fuerza de ley". *Vid*. Falcón y Tella, M. (2010). *La jurisprudencia en los Derechos romanos, anglosajón y continental*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, pp. 80, 83 y ss.

La anterior difusión fue posible gracias a que, desde finales del siglo XI, en Europa, hubo una gran expansión cultural que generó la creación de las universidades como "centros de irradiación". En un principio tuvieron carácter corporativo, es decir, eran asociaciones de estudiantes y profesores instaladas en las principales ciudades. Dichas agrupaciones fueron subvencionadas y protegidas por el papado, la realeza y la nobleza. Generalmente cada *universitas* contaba con cuatro facultades (Artes y Letras, Derecho, Medicina y Teología). Pero muy pronto se fueron especializando en diversas ciencias, por ejemplo, en la Universidad de *Bolonia*: estudios de Derecho; en las de *Montpellier* y *Salerno*: Medicina; en la *Sorbona* de París: Teología...[13]

Fue así como las universidades ejercieron una función relevante en la expansión sapiencial del Derecho, profundizando en el estudio del Derecho Romano y del Derecho Canónico (entre ambos el famoso *utrumque ius*[14]), logrando la composición del *Ius Commune*. Dichas ciencias fueron ampliamente acogidas, difundidas y enseñadas en todas las Facultades de Derecho, así como en centros de estudio e investigación jurídica supralocal recién fundadas, siendo los propios estudiantes quienes al titularse daban clases y comunicaban a la siguiente generación el conocimiento adquirido, haciendo perdurar dichas líneas de pensamiento.[15]

---

[13] Lexis 22. (1980). *Atlas Histórico. Cronología.* Barcelona: Círculo de Lectores, pp. 237 y 238.

[14] Castro-Camero, R. (Mayo - Agosto de 2010). *Ius Commune*: fundamento del Derecho Común Europeo e Iberoamericano. Breve aproximación. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*(128), pp. 671-700. Obtenido de https://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v43n128/v43n128a4.pdf.

[15] En Italia la Escuela de Derecho de *Bolonia* apareció en el siglo XI. *Padua* fue fundada en 1222, *Nápoles* en 1224, *Turín* en 1405. En Francia el Sur va por delante. Primero estuvo *Montpellier* después de haber enseñado allí algunos juristas del siglo XII, tuvo una Escuela de Derecho permanente desde 1260; *Aviñón* desde 1256 y *Tolosa* desde 1229. En Francia Central la Escuela de Derecho de *Orleans* se desarrolló a mediados del siglo XIII; la de *Angers* recibió un privilegio en 1356 (aunque también aquí la enseñanza del Derecho ya se remonta a tiempos anteriores). En la zona ibérica aparece *Salamanca* en 1218/19 y *Valladolid* todavía en el siglo XIII; *Lérida* es establecida en 1300, *Coimbra* en 1290, y la aragonesa *Catania* en 1444. En el Imperio Alemán fueron fundadas *Praga* en 1347/48, *Viena* en 1365, *Heidelberg* en 1385, *Colonia* en 1388, *Leipzig* en 1409 y *Lovaina* en 1426. En Polonia aparece la Facultad de *Cracovia* en 1364,

De esta manera, la formación humanística y erudición que adquirieron los juristas, administradores y jueces -mezcla de filosofía o sabiduría jurídica, ciencia del Derecho y práctica forense que se conocía desde Roma como "*ars iuris*"- fue cada vez más extensa, aunado a que su destreza y capacidad para comprender y hacer concordar el Derecho con el influjo de las corrientes culturales y el sentir de la sociedad del momento, les permitió perfeccionar su entendimiento global del Derecho pudiendo manifestar soluciones de manera justa y objetiva, pero sobre todo con cierta autonomía y flexibilidad.

Igualmente, los juristas empezaron a "a-*ius*-tar el Derecho a la realidad y re-a-*ius*-tar la realidad conforme al Derecho" según cada asunto en particular. Es decir, lograban adecuar concretamente la generalidad de las leyes al caso en concreto, valiéndose a su vez de otras fuentes fundamentadas en un dilatado conjunto de interpretaciones doctrinales, decisiones judiciales, leyes, reglas, principios, y usos y costumbres compartidos en aquella región; lo que ayudó a su vez a erigir y nutrir a los demás ordenamientos jurídicos supralocales.[16]

Es obligado enfatizar el papel que -en general- hicieron los juristas de aquella época por ser quienes, además de haber tenido gran reconocimiento social -*auctoritas*-, articularon, unieron y modularon con habilidad, integridad, ética y prudencia, la acumulación y pluralidad de fuentes nacionales y transfronterizas antedichas en el Derecho Común (Derecho "culto"), el Derecho Romano y el Derecho Canónico.

1.2.1 Los Glosadores

en Hungría la de *Pest* en 1367. Finalmente, en los países Nórdicos, recibieron privilegios Copenhague en 1478 y Upsala en 1477. A finales de la Edad Media casi todo territorio un poco extenso disponía de una Facultad de Derecho propia. Sobre el desarrollo de Facultades de Derecho: Coing, H. (1996). *Op. cit.* pp. 35 y 36.

[16] Pampillo Baliño, J. (2008). *Op. cit.* pp. 164-208.

Durante la Edad Media, la compilación de Justiniano (el Derecho Romano), era considerada por algunos como legislación imperial vigente, pero en realidad no era suficientemente conocida ni comprendida. Sin embargo, hacia el siglo XI, con motivo de las disputas políticas entre el Imperio, las ciudades y el papado, así como del ascenso de las monarquías, empezó a cobrar un creciente interés de parte de los letrados, pues sus principios podían servir para fundamentar jurídicamente sus pretensiones. Pero, como no siempre se ajustaban los principios y reglas del Derecho Romano a sus intereses, tuvieron que llenar lagunas, comprender omisiones y armonizar los puntos contradictorios en el *corpus iuris* romano, dando lugar así al nacimiento del *Ius Commune*. Por ello, luego de estudiar en Bolonia lo que posteriormente se conoció como *Mos Italicus* (escuela o estilo italiano de jurisprudencia), es por lo que los abogados se vieron obligados a crear nuevos conceptos para satisfacer su necesidad de ordenación.[17]

Aquellos juristas, jueces y administradores (como la mayoría en la actualidad) no eran historiadores ni estudiosos del Derecho antiguo, sino que eran intérpretes del Derecho local con los conceptos y la terminología del Derecho Romano, adaptadores de un texto antiguo considerado como Derecho vivo, a partir del cual desarrollaron el *Ius Commune* como un Derecho general -y por ende universal, transnacional, supranacional- por excelencia.[18]

Primeramente, los juristas llamados *glosadores* (1100 - 1250), como protagonistas del "inicio de la ciencia jurídica occidental", utilizaron diversos recursos como: la glosa, la gramática y la dialéctica, desarrollando así la metodología de la "armonística textual" en su

[17] Taylor, S. (2005). Medieval Education. En R. B. Begley, & J. W. Koterski S.J., *Reason, Rhetoric, and Redemption: The Teaching of Law and the Planctus Mariae in the Late Middle Ages* (pp. 68-79). New York: Fordham University Press.

[18] Livingston, M., Monateri, P., & Parisi, F. (Eds.) (2015), pp. 18-31.

esfuerzo por unificar el Derecho Romano y construir un orden coherente y congenial con los distintos *iura propria* de las diversas *civitas*.[19]

Asimismo, aplicaron "diferentes *modus arguendi* e instrumentos lógicos, cuasi-lógicos y lógico-jurídicos, tales como el argumento comparativo -*ad simile*-, el argumento necesario -*a fortiori*-, y el propio argumento en sentido inverso -*a contrario sensu*-". También emplearon una aproximación de pasajes análogos -*loci paraleli*- y elaboraron reglas, principios generales y definiciones del Derecho llamadas *brocardas*, con la firme intención de encontrar la *ratio iuris* -o razón- escondida o subyacente en las disposiciones.[20]

Surge así, a partir del siglo XI la *Escuela de Glosadores*, fundada en 1090 por Irnerio (monje filólogo, abogado y juez †1125), quien tras haber recuperado el *Digesto*, sentó las bases para darle una "Segunda vida [al] Derecho Romano", logrando con el correr de los años una mayor madurez reflexiva en el pensamiento exegético de los estudiantes.[21]

---

[19] Uno de los principales géneros literarios trabajados por aquellos juristas fueron las *Summae*, soluciones que realizaron en textos con sentido sistemático y con afición a los cuadros sinópticos. "Glossa Magna" resultó del esfuerzo y mérito del florentino Accursio. A decir verdad, "a los glosadores les faltó reformular su método filológico, pues dejaron de lado el método hermenéutico-exegético-etimológico-filológico". *Cfr.* Pampillo Baliño, J. (2008). *Op cit.* p. 189. *Vid.* Hattenhauer, H. (1987). *Conceptos fundamentales del Derecho Civil: introducción histórico-dogmática* (Primera ed.). (G. Hernández, Trad.) Barcelona: Ariel Derecho, p. 213; Legaz y Lacambra, L. (1961). *Filosofía del Derecho* (Segunda Ed.). Barcelona: Bosch, p. 29; Martínez Muñoz, J. (2005). *El conocimiento jurídico.* Madrid: Universidad Complutense de Madrid, p. 337; Wieacker, F. (2000). *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna* (Primera ed.). (F. Fernández Jardón, Trad.) Granada: Comares, p. 31.

[20] Pampillo Baliño, J. (2008). *Op. cit.* pp. 42-66; Petit, E. (2007). *Tratado Elemental de Derecho Romano* (Vigésima tercera ed.). (J. Fernández González, Trad.) México: Porrúa, pp. 58-67.

[21] La "Segunda vida del Derecho Romano" -señala Bernal Gómez- "fue una expresión que utilizó por primera vez Paul Vinogradoff en su obra *Roman Law in Medieval Europe*, término que a su vez se le conoce como "Recepción del Derecho Romano en Occidente" propuesto por Federico Carlos von Savigny" *Cfr.* Bernal Gómez, B. (2010). *Op. cit.* p. 106. *Vid.* Margadant, G. F. (1986). *Op. cit*; y Kantorowicz, H. (1938 reimpreso en 1969). *Studies in the glossators of the Roman law. Newly discovered writings of the 12th century.* Cambridge & Germany: Scientia Verlag Aalen. Obtenido de https://archive.org/details/studiesinglossat0000kant/page/n7/mode/2up.

En su momento de mayor esplendor -tras el quehacer de varias generaciones de juristas, empezando con Irnerio y sus discípulos directos-, los glosadores desarrollaron ocho pasos para abordar su análisis, tanto textual como jurídico: 1.- *promitto* (exposición del problema general), 2.- *scindo* (división-análisis del problema), 3.- *summo* (recapitulación del problema y posible solución), 4.- *casumque figuro* (teorización hipotética), 5.- *prolego* (crítica textual para evitar contradicción), 6.- *do causas* (razones o causas, sentido y alcance), 7.- *connoto* (regla de interpretación: *habere regulam*), y 8.- *obiicio* (exposición de objeciones y controversias).[22]

Partiendo de la semilla y de los fundamentos científicos de los glosadores, sus sucesores continuaron cimentando y perfeccionando la construcción del Derecho Común. Primero los *ultramontani* (como se verá a continuación) y poco después, bajo la más antigua denominación de *postglosadores,* o con la más reciente y ajustada de *commentatores* o *consiliatores*, representando una nueva orientación jurídica al gestar un estilo novedoso para el pensamiento y el trabajo jurídico.[23]

1.2.2 Los Ultramontanos

Los *citromontanos* "eran estudiantes provenientes de la península itálica", mientras que los *ultramontanos* eran estudiantes (extranjeros) de las afueras de Europa (de más allá de los Alpes). Estos universitarios requerían de la formación jurídico-romano-canónica que se impartía -en Bolonia- para "que a su regreso se convirtieran en letrados, jueces,

[22] Se refieren a este método, al parecer expuesto originalmente por Gribaldus Mopha, entre otros: Margadant, G. F. (1986). *Op. cit.* pp. 155 y ss; Martínez Muñoz, J. (2005). *Op. cit.* p. 348; Pampillo Baliño, J. (2008). *Op. cit.* pp. 190 y 191; Pérez Martín, A. (1999). *Op. cit.* pp. 85 y 86; Wieacker, F. (2000). *Op. cit.* pp. 48 y ss.

[23] Koschaker los denominó "comentaristas" debido al uso del género literario (*Commentaria*) que estos juristas usaron, es decir la exégesis: textos amplios y sistemáticos sobre Derecho Romano. *Cfr.* Koschaker, P. (1955). *Europa y el Derecho Romano.* (J. Santa Cruz Teijeiro, Trad.) Madrid: Revista de Derecho Privado, pp. 101-164.

notarios, asesores jurídicos y maestros en las universidades que recientemente estaban surgiendo".[24]

Los ultramontanos -que fueron así llevando a otras latitudes las enseñanzas de los glosadores, empezando por la región que actualmente corresponde al sur de Francia- introdujeron, gracias a su conocimiento de la escolástica parisina, el método escolástico desarrollado por el fraile, teólogo, filósofo y jurista Tomás de Aquino (†1274). Su aportación primordial radicaba en la adopción, adaptación y aplicación del método teológico de la escolástica de la ciencia y la praxis jurídica, lo que viabilizó los sucesivos trabajos de los postglosadores. En ese sentido, su método, aunque fue similar al que trabajaron los glosadores, estuvo más directamente influenciado por la lógica y la dialéctica de Aristóteles.[25]

Además de ser profesores, eran también jueces y abogados que ejercían la profesión, situación que les permitió resolver comprensivamente los problemas jurídico-culturales comunes (*hermeneusis*), pudiendo reconducir de manera analítica los problemas jurídico-prácticos sociales (*interpretatio*). Esto ocasionó un mayor arraigo a la mentalidad particular que sometía todo hecho y toda regla al cuestionamiento -*quaestio*-, usando la ponderación horizontal, a través de la "dialéctica" y la "lógica formal" por medio de la inferencia inductiva y la deducción silogística.[26]

---

[24] *Univeritas citramontanorum* (reunía estudiantes de otras regiones de Italia: toscanos, romanos y lombardos). *Universitas ultramontanorum* (aglutinaba en sus filas a estudiantes allende los Alpes, que, en 1265, incluía germanos, anglos, húngaros, polacos, catalanes, hispanos, provenzales y galeses). Cfr. Bernal Gómez, B. (2010). *Op. cit.* p. 115. *Vid.* Merino Roselló, A. (20 de marzo de 2018). *Universidad de Cádiz.* Obtenido de Trabajos fin de Grado en Derecho: https://rodin.uca.es/xmlui/handle/10498/20247.

[25] El escolástico es un método lógico, realista con base empirológica, deductivo-inductivo, dialéctico y aporético. *Cfr.* Pampillo Baliño, J. (2008). *Op. cit.* p. 196.

[26] Caroni, P. (2013). *Lecciones de historia de la Codificación.* (A. Mora Castañeda, & M. Martínez Neira, Edits.) Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, p. 59; Pampillo Baliño, J. (2008). *Op. cit.* pp. 194 y 195; Pérez Martín, A. (1999). *Op. cit.* pp. 87-91.

1.2.3 Los Comentaristas

Con los comentaristas se desarrolló un nuevo método. El estudio jurídico ya no se basaba en la lectura literal y la exégesis, como se hacía de modo predominante anteriormente, sino que más bien se basaba en la búsqueda de los principios que regían el Derecho y la lógica de las reglas jurídicas.

Pero además, -señala el jurista e historiador alemán Franz Wieacker (†1994)- "fueron los *consiliatores* quienes usaron métodos lógicos y retóricos cada vez más desarrollados, e instituyeron un periodo totalmente nuevo" de la jurisprudencia, con sus procedimientos científicos y con su experiencia teórico-práctica en la función pública.[27]

Y es que, gracias a los esfuerzos y técnicas que desarrollaron los glosadores y los ultramontanos, la metodología del Derecho Común alcanzó su magnificencia con los comentaristas o postglosadores, por ser quienes en busca de la *aequitas*, mediante una gran variedad de herramientas lógicas, retóricas y lógico-jurídicas, a través de su "teoría de los estatutos" y a partir del reconocimiento de la obligatoriedad de las leyes -*leges*- y de las razones -*rationes*-, así como de las opiniones de juristas eminentes -*auctoritates*-, hicieron de la interpretación social efectiva el meollo de su actividad.[28]

En síntesis: aprovechando la invención de la imprenta, los juristas de esta Escuela (*consiliatores*) difundieron en Europa los avances conseguidos desde el año 1100, presentando al Derecho Romano-Canónico como base del Derecho europeo, aunque mostrándose más libres que los glosadores y los ultramontanos en la interpretación de los

[27] Guzmán Brito, A. (2006). *Historia de la Codificación civil en Iberoamérica.* España: Thomson Aranzadi, p. 15 y ss; Wieacker, F. (2000). *Op. cit.* p. 49.

[28] Carpintero Benítez, F. (1999). Historia del Derecho Natural. Un ensayo. México: IIJ-UNAM, pp. 86 y ss. *Vid.* Carpintero Benítez, F. (1977). *Op. cit.*

textos jurídicos que estudiaban, afirmando la primacía de la realidad a la cual debía a-*ius*-tarse el Derecho.

Empero, muchas veces dicha interpretación era incluso contraria al sentido original de los textos o hasta manipulada en beneficio de las exigencias del caso concreto ("*legum interpretationes, immo magis perversiones*": la interpretación legal es siempre la mayor perversión).[29]

Así, al haber penetrado inteligentemente en el caudal del pensamiento jurídico, los comentaristas reestructuraron e incluso desarrollaron casi *ex novo* ramas del Derecho como las del Derecho Internacional Privado, la teoría de las corporaciones, los rasgos fundamentales de la teoría del Estado, entre otras; y crearon un sistema jurídico acorde a sus necesidades, es decir, un Derecho teórico-práctico, útil, amplio, efectivo, autónomo y a conveniencia, en comparación al de sus antecesores.

El jurista italiano Paolo Grossi (†2022) señaló que "el tiempo de la liberación había llegado, y los comentaristas confirmarían unánimemente esta función creativa de la *iurisprudentia*".[30]

Fue así que la ciencia jurídica de los glosadores y comentaristas allanó el camino para posteriores fenómenos receptivos del Derecho Común, pues fue una ciencia inserta y con vocación de ordenar convenientemente los *iura propria* de la sociedad y el Derecho generado en comunidad espacial-territorial; fue también una ciencia convencida de que su propia tarea estaba acotada en una vigilante atención hacia lo efectivo más que en lo válido, y fue una ciencia que incorporó en su discurso a la *lógica* y la *tópica*, y por ende fue sabedora de que la

[29] Guastini, R. (1999). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. (M. Gascón, & M. Carbonell, Trads.) México: IIJ-UNAM.

[30] Grossi, P. (1996). *Op. cit*. pp. 137-232.

dimensión de la efectividad iba a madurar, por y con la mediación de un patrimonio consuetudinario que se renueva.[31]

1.2.4 El Derecho Canónico

Entre los siglos XI y XIII la Iglesia católica se había consolidado como la religión universal de Occidente. Las Cruzadas constituyeron uno de los principales acontecimientos de la Edad Media sirviendo también como factor de cohesión religiosa ante la amenaza del islam y el peligro de los lugares santos. En ese momento prácticamente toda Europa era cristiana y el papado imponía sin dificultad una conciencia de *unidad* religiosa -con proyecciones indudablemente políticas- independiente del concepto de Estado.

El cristianismo, la vida religiosa de Europa y la moral cristiana determinaban las ideas éticas de los europeos tanto en la Baja Edad Media, como en la época principal de la Recepción.[32] Poco a poco se consolidó la cultura urbana, cuyas principales características fueron el auge del comercio, el corporativismo y el espíritu burgués. El desarrollo comercial, cuyo origen se encuentra en los siglos XI y XII, fue gracias a la reconquista del Mediterráneo con las Cruzadas.[33]

Debido a que el Derecho Canónico encontró junto a la vía de la ciencia, que es el instrumento más congenial en el que se expresa la juridicidad tardomedieval, una vigencia sin dificultad en las zonas de toda la Iglesia latina -por potestad judicial y legislativa de los papas[34]-,

---

[31] *Ibíd.* pp. 176-187.

[32] Coing, H. (1996). *Op. cit.* p. 73.

[33] *Vid.* Pirenne, H. (1981). *Historia de Europa. Desde las invasiones al siglo XVI.* (J. Domenchina, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.

[34] Según refiere la Real Academia Española, la palabra "papa": "1. Jefe supremo de la Iglesia católica… Debe escribirse con minúscula" (ver las normas de la Ortografía de la lengua española sobre "sustantivos que designan títulos nobiliarios…"). *Cfr.* https://www.rae.es/dpd/papa.

se logró que la recepción del *Ius Commune* fuera un canal privilegiado de desenvolvimiento en la actividad normativa de los pontífices.[35]

Hay que destacar que el Derecho Canónico aportaba una moralidad renovadora al Derecho Romano, con carácter científico -y secular- al dotarlo de un componente lógico en los ámbitos como el de los bienes y los delitos eclesiásticos, contribuyendo decisivamente a la conformación de la identidad jurídica europea, asumiendo que la "Iglesia -como madre de justicia- debía derrochar fidelidad a la equidad, que es el instrumento indispensable de la justicia".[36]

Así, la influencia de la ciencia del Derecho Canónico, en la formación de la ciencia jurídica bajomedieval, fue la proyección del método de las *dicta* del emperador romano Flavio Graciano Augusto (conocido como Graciano el Joven †383) y de una concepción más humana y flexible del Derecho que, a nivel científico, habría de encontrar su principal puente a través de la *aequitas* canónica. El papa[37] Honorio III (†1227) impulsó la *aequitas* como criterio seguro para todo superior eclesiástico, misma que confirmó al autorizarla como fuente formal del Derecho.[38] Esto implicó que la flexibilidad de los cánones eclesiásticos se diera a partir de la *aequitas*.[39]

Igualmente, la influencia canonística fue adoptada por la ciencia jurídica civil respecto de ciertas instituciones jurídicas específicas. Dicha atribución se debió a la profunda enseñanza que se propagó en Bolonia desde los primeros glosadores -con Irnerio y luego sobre todo con

---

[35] Coing, H. (1996). *Op. cit.* p. 35.

[36] Grossi, P. (1996). *Op. cit.* p. 210; Martínez Muñoz, J. (2005). *Op. cit.* pp. 342 y 343.

[37] *Vid.* nota a pie de página No. 34.

[38] Grossi, P. (1996). *Op. cit.* p. 208.

[39] *Aequitas* "es la naturaleza eminentemente elástica y flexible del Derecho Canónico, que, partiendo de una noción instrumental del Derecho al servicio del ser humano, busca adecuar los principios, reglas y disposiciones jurídicos a las especificidades concretas de la singularidad de cada caso, apreciado a su vez en su contexto". *Cfr.* Pampillo Baliño, J. (2008). *Op. cit.* pp. 178 y ss.

Martinus-, la cual había individualizado la *aequitas* "como una válvula de seguridad y un medio dinámico de adecuación"; la *aequitas* tal y como la habían construido los boloñeses, fue decisiva para el legislador canónico.[40]

Así pues, una positiva contribución de los juristas del *Mos Italicus* fue que reinterpretaron y reformularon las ideas, métodos, instituciones y concepciones canónicas, desarrolladas científica y técnicamente por la Iglesia (ya que en un principio las clases eran impartidas por la curia romana), incorporándolos al Derecho Civil Común europeo, confirmando que la influencia del *ius canonicum* sobre el *ius civile* se produjo durante la época de formación del *Ius Commune* Europeo.

1.2.5 La crítica moderna del Mos Gallicus al Ius Commune

Evidentemente los juristas, a lo largo de los siglos, no tuvieron -ni tenemos- los mismos objetivos y perspectivas, éxitos o fracasos. Es tarea de los historiadores exponer cuál ha sido el estilo o línea desarrollada por una teoría, una escuela o una época. Para eso se requiere de una preparación con criterio objetivo; no se trata de -irracionalmente- destruir todo lo pasado o, viceversa, de exaltarlo acríticamente, sino que más bien se debe configurar el conocimiento del Derecho -en contexto- vinculado a la actividad propia del jurista, y a su protagonismo como edificador del ordenamiento jurídico.

En ese sentido, expuesto todo lo anterior, el espíritu o pensamiento de la Modernidad -difundido principalmente a través de las mismas universidades y de la imprenta- le dio un giro de ciento ochenta grados a la ciencia jurídica medieval i) al criticar con excesiva severidad (pensamos que errónea y exagerada) lo alcanzado por el *Mos Italicus* y ii) al reprobar

[40] Grossi, P. (1996). *Op. cit.* p. 211.

en su conjunto los importantes desarrollos que lograron a partir de su interpretación sobre los viejos textos jurídicos romanos.

Si bien con el *Mos Gallicus* se empleó un latín de calidad, en contrapartida se devaluó el meritorio esfuerzo y logros, tanto teóricos como prácticos, desarrollados por el *Mos Italicus*.

La intención de los juristas del *Mos Gallicus* fue reordenar el *corpus iuris* dejándolo "como se suponía que debía haber sido antes de que fuera desordenado y corrompido por los ministros de Justiniano" y después por los mismos juristas bajomedievales, quienes -según ellos- lo adulteraron con sus glosas e interpretaciones.[41] El centro de este movimiento crítico se encuentra en la Escuela jurídica humanista-histórica de Bourges.[42]

De igual manera, correspondió a esta Escuela moderna (*Mos Gallicus*) poner en primer plano al Derecho Romano histórico, desechando los comentarios de los juristas del *Mos Italicus*. Asimismo, aparecieron por primera vez los Tratados ordenados y generales del Derecho Romano, cuya misma generalidad y sistematicidad habría de proyectarse sobre el nuevo Derecho moderno.[43]

Prosiguió este cambio de pensamiento, a partir de las coordenadas de la Modernidad, el Humanismo jurídico francés (Humanismo proto-racionalista) que -por otro lado- ayudó enormemente a superar las severas ataduras del texto estrictamente consignado en las glosas.

Las exigencias reformadoras de la Jurisprudencia humanista condujeron finalmente a un nuevo estilo de la ciencia del Derecho europeo en el siglo XVI, reflejado en ideales ético-jurídicos, filosóficos y

[41] Carpintero Benítez, F. (1977). *Op. cit.* p. 129.

[42] Molitor, E., & Schlosser, H. (1980). *Op. cit.* p. 33.

[43] Carpintero Benítez, F. (1977). *Op. cit.* pp. 124 y 130.

literarios, remitiendo a las universidades las sentencias para que opinaran; así, se arribó a la Jurisprudencia Holandesa o Elegante y al *Usus Modernus Pandectarum*, como escuelas características de la recepción moderna del *Ius Commune*, matizada ya por el humanismo de la época.[44]

La relación de la persona-mundo-naturaleza-creencias pasó a ser el foco de atención, de esta manera se fueron configurando el Derecho Natural moderno y el nuevo Derecho de gentes. La "esencia" y la "experiencia" fueron principios ontológicos y epistemológicos respectivamente, además de que la "libre voluntad del ser humano" fue un principio ético de moralidad, detonando a su vez la revaloración de autores de la Antigüedad clásica, afianzando así la corriente "erudita, ortodoxa y crítica" como también la "sistematizadora, heterodoxa y protorracionalista".[45]

Lamentablemente la perspectiva e importancia que había ganado el *Ius Commune* Europeo cambió radicalmente porque las definiciones y clasificaciones del Derecho Romano se simplificaron, ocasionando el inicio de una crisis dogmático-jurídica y anunciando a su vez el inicio del *ius patrium*, aunque ello vendría algún tiempo después conforme se fue consolidando el ascenso del Estado-Nación moderno.[46]

Especificando las dos corrientes metodológicas expuestas: i) los juristas medievales -escolásticos o bartolistas- (*Mos Italicus*) "identificaron el Derecho en los textos y su validez jurídica no tenía

---

[44] *Vid*. Carrasco García, C. (2011). *¿Legado de deuda? A vueltas con la Pandectística.* Madrid: Universidad Carlos III de Madrid; Pérez Martín, A. (1999). *Op. cit*. p. 71.

[45] Pampillo Baliño, J. (2008). *Op. cit*. pp. 210 y ss.

[46] *Vid*. Cárdenas Gracia, J. (2017). *Del Estado absoluto al Estado neoliberal.* México: IIJ-UNAM, Obtenido de: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4310/10.pdf; Crossman, R. (2014). *Biografía del Estado moderno* (Cuarta ed.). (J. Fernández de Castro, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica; Medina Núñez, I. (Agosto de 2014). Política, democracia y liberalismo en el origen de la época moderna. *Espiral, 21*(60), pp. 15-44.

problemas porque todos quedaban bajo el principio de autoridad"[47] -primero del Derecho Romano y luego de ellos mismos-, pero esa fue una situación contraria para ii) los juristas humanistas (*Mos Gallicus)*, que impugnaron de poco racionales tanto el Derecho Romano como sus interpretaciones medievales, lo que los llevó a desarrollar los derechos naturales subjetivos y su nueva argumentación jurídica, a partir del racionalismo característico de la Modernidad que habría de desembocar, precisamente, en el iusnaturalismo moderno.[48]

Así fue cómo, a partir del siglo XVI y hasta el siglo XVIII, se fue desarrollando una teoría y una praxis jurídica crítica, paralela y alternativa a la del *Ius Commune* (investigación humanística y jurisprudencia práctica); con la capacidad de afinar, con amplia perspectiva, el estudio y aplicación del Derecho Romano haciendo uso de la hermenéutica y la filología, dando acceso a la dogmática iusnaturalista-racionalista (tema que será abordado con mayor claridad más adelante).

1.3 Valoración de conjunto

Como puede apreciarse, la importancia del *Ius Commune* Europeo es mayúscula dentro de la Tradición Jurídica Occidental. Por un lado, el *Ius Commune* conformó las bases y, por el otro, constituyó además el núcleo común de un ordenamiento y de una ciencia jurídica europea (aproximadamente entre el siglo XI y el siglo XVIII) y después occidental -por la vía de la expansión colonial-, abarcando también a América. Su aprovechamiento del Derecho Romano y Canónico, y su fusión con los derechos locales, dio lugar a la comunidad de principios y métodos

[47] Carpintero Benítez, F. (1999). *Op. cit.* p. 103.

[48] *Vid.* Heller, H. (2015). *Teoría del Estado* (Segunda ed.). (G. Niemeyer, Ed., & L. Tobío, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica; Míguez, P. (2009). El nacimiento del Estado moderno y los orígenes de la economía política. *Nómadas, 22*(2).

jurídicos que comparte Occidente, mismos que después se difundieron a lo largo de todo el mundo.

Es pertinente reiterar que la exégesis -originalmente empleada por Irnerio y sus discípulos- fue "un medio útil al servicio de la interpretación del texto romano dentro del marco de los principios interpretativos fijados por la jurisprudencia medieval"[49]. Y dichos principios y métodos, a los que se hizo referencia, constituyen todavía una importante fuente de inspiración, capaz de mejorar nuestras técnicas actuales de interpretación jurídica.

Por consiguiente, la función interpretativa es -según Grossi-, sobre todo, "una carga y un honor para la ciencia. La *scientia iuris* es, por excelencia, *interpretatio*". Recordemos que "*In claris non fit interpretatio*": si la norma es clara, no cabe interpretación; pero también, que en materia textual-cultural y real-social (siendo ambas componentes esenciales del Derecho), no existen -al menos no en todos los casos y ni siquiera en la mayoría- claridades absolutas.[50]

Con respecto al modelo del Derecho Común, estuvo conformado por múltiples *fuentes* que se articularon en un conjunto dinámico, éstas necesariamente debieron ser interpretadas, ponderadas y valoradas en cada caso concreto. En éste, no existía la imagen estática de la pirámide normativa postulada por la teoría moderna.[51]

Lo anterior es particularmente significativo considerando el nuevo pluralismo jurídico que ha venido imponiéndose a partir de la segunda

[49] Carpintero Benítez, F. (1999). *Op. cit.* p. 107.

[50] Grossi, P. (1996). *Op. cit.* p. 169.

[51] Al respecto, el Dr. Suñé Llinás ha desarrollado una teoría y metodología desde una perspectiva estructuralista que me parece sirve para comprender simultáneamente dichas proyecciones estáticas y dinámicas del Derecho, superando la imagen geométrica piramidal del ordenamiento postulada por el normativismo kelseniano. *Vid.* Suñé Llinás, E. (2006). *Teoría Estructuralista del Derecho.* Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

mitad del siglo XX, y que puede encontrar en el "Derecho Común" una estructura especialmente adecuada para reconducirlo.

Pero, debido a que el rasgo esencial es su centralidad en la función jurisprudencial, el trabajo y la actitud de tales juristas experimentó un vuelco y una inversión después, en el modo de pensar abstracto y ahistórico de los juristas modernos. Pero ello no quiere decir que la jurisprudencia medieval fuera incapaz de la abstracción, pues como Coing menciona: "cuanto menos históricamente se lea un texto jurídico, cuanto más abstracto se considere en este sentido, se podrá interpretar más extensivamente". Adicionalmente, "si una norma local no podía armonizarse con el Derecho Común, entonces era respetada ciertamente, pero calificada de norma especial que en lo posible habría de ser interpretada restrictivamente".[52]

Sin embargo, no cualquiera tenía la preparación o legitimidad para ejercer la interpretación, únicamente podían hacerlo cuatro sujetos: "i) el príncipe, cuya *interpretatio* es *generalis et necesaria*, es decir, vinculante para la generalidad de los súbditos, y está escrita en un acto normativo; ii) la costumbre, cuya *interpretatio* es *generalis et necesaria*, es decir, vinculante para todos los miembros de la comunidad, y no se consolida por escrito; iii) el juez, cuya *interpretatio* es *necessaria*, pero no *generalis*, porque vincula sólo a las partes de la controversia sentenciada; y iv) el maestro, cuya *interpretatio* es solamente *probabilis*".[53]

Se puede decir que de la confrontación del *Ius Commune* con el Derecho Romano resultó la armonización del Derecho estatutario con las fuentes y doctrinas de los legistas, así como la adaptación de este "Derecho sabio" a las exigencias de la práctica. Con ello se consiguió el robustecimiento del método exegético-escolástico, mediante la

[52] Coing, H. (1996). *Op. cit.* pp. 63 y ss.

[53] *Ibídem*; Pampillo Baliño, J. (2008). *Op. cit.* p. 58.

elaboración de nuevos recursos de interpretación dialéctica y reglas de interpretación. Los legistas, finalmente, observaron el *Ius Commune* como el auténtico Derecho.

La ciencia del Derecho Común trabajó -citando a Coing- de forma "sistemática y aporética", con diversos instrumentos:

> "Por una parte, extrae principios de las fuentes o de una *opinio communis*, de los cuales pueden derivarse deductivamente otras reglas, es decir, tiene como base un sistema sólido. Se utiliza la doctrina de la definición y la técnica de la *distinctio*, así como la doctrina de las conclusiones. Por otra parte, intenta llegar a nuevas proposiciones supremas, que desarrolla con el método de la Tópica mediante argumentos que extrapolan textos particulares de las fuentes. A este respecto se contrapesan los diferentes argumentos posibles. El mismo procedimiento del contrapeso se considera también en la ampliación (*ampliatio*) o limitación (*limitatio*) de tales proposiciones y con ello en el resultado práctico el hallazgo de la proposición, a la que se debe someter en caso determinado".[54]

Es particularmente interesante destacar que la dogmática del *Ius Commune*, al haber estado vigente -al menos- durante ocho siglos y sido un ordenamiento jurídico completo (respecto a las ramas jurídicas), se constituyó, como ya se hizo mención, como un "Derecho de juristas", quienes además de tener una sólida y completa preparación -universal-, podían holgadamente interpretar los casos y proporcionar soluciones científicas, prudentes, éticas y -sobre todo- fundamentadas en una vasta gama de fuentes del Derecho.

Asimismo, la independencia o autonomía que existía para con el Estado permitió a su vez que la *auctoritas* o razonabilidad de aquellos juristas -árbitros neutrales- pudiera encontrar un equilibrio entre los principios, la *lex* y la evolución natural de la sociedad (sin fronteras y atemporales). Además, armonizaban prudencialmente las

[54] Coing, H. (1996). *Op. cit.* p. 50. "1) El método aporético: es el análisis de problemas particulares; durante la vigencia del "*lus Commune*" fue el sistema más utilizado. 2) El método sistemático: en él se trata de exponer la materia de acuerdo con un sistema ordenado; durante la vigencia del "*lus Commune*" al parecer fue poco utilizado, y en todo caso lo fue menos que el método aporético o casuístico. El método sistemático será propugnado por la Lógica de Pedro Ramos, por los humanistas y, por influjo del cartesianismo, triunfará en la Ilustración y en la Codificación". *Cfr.* Pérez Martín, A. (1999). *Op. cit.* p. 92.

particularidades del caso, cumplían una función pública y satisfacían las necesidades que con el tiempo se iban presentando, con un fundamento racional. Es decir, era posible encontrar soluciones a "casi todos" los problemas.

Por regla general no se esperaba que los juristas cultos realizaran reformas sociopolíticas; lo que se esperaba de ellos era la indagación sobre la situación jurídica existente al tratar de comprender los preceptos del Derecho tradicional con la ayuda de la terminología y formación de conceptos romanos. Además, con su admirable conocimiento y formación lógica, desarrollaron el significado de sus textos y su adecuación a la realidad. Por eso para ellos era natural y fácil responder por esa vía a las cuestiones que surgían.[55]

De esta manera, las "sentencias de los sabios" tuvieron gran aceptación en extenso territorio, pues "desplegaron sistemáticamente los 'tópicos', 'principios', 'aforismos' y 'reglas' -*regulae iuris*- de la tradición romanista, canónica y medieval", es decir, confeccionaron de esta forma y en gran medida el *Ius Commune*.[56]

Sin embargo, como se adelantó y se expondrá con más detenimiento en el siguiente apartado, a raíz de nuevas revelaciones, la dogmática jurídica del *Ius Commune* fue criticada desde los inicios de la Modernidad, a partir de su particular cosmovisión, primero por el "Humanismo jurídico" o *Mos Gallicus* (s. XVI) y luego por el "iusnaturalismo moderno racionalista" (s. XVII y XVIII), terminando de ser desacreditada por la Ilustración como parte del Antiguo Régimen a partir del siglo XVIII.[57]

---

[55] Coing, H. (1996). *Op. cit.* p. 62.

[56] *Vid.* González, M. (1984). Las reglas del Derecho en México durante el siglo XIX. En *El Derecho en México en el siglo XIX* (pp. 341-356). México: UNAM.

[57] Pampillo Baliño, J. (2008). *Op. cit.* pp. 210-252.

No obstante lo anterior, debe reconocerse que los resultados en la conformación del *Ius Commune* tuvieron algunos aspectos negativos, principalmente debido a su vinculación con la sociedad y la cultura que la Ilustración denominó "Antiguo Régimen".

En ese sentido, se aprecia un abuso (arbitrio) de autoridad; la flexibilidad de adaptación al caso fue excesiva, pues era moldeable a conveniencia, por lo tanto resultaba ambiguo e incierto para muchas personas, ocasionando con ello una desigualdad ante la ley; en materia penal fue -en algunas ocasiones- injusto, pues consintió excesos como la esclavitud, la tortura y otros tratos o penas crueles e inhumanos para la confesión del delito imputado, por ejemplo.[58]

Por otro lado, la multiplicidad de fuentes, las formas de interpretación, la especialización jurídica y el latín -como lengua común de los juristas-, resultaron poco accesibles para los no letrados y para la sociedad en general, siendo ésta (la sociedad) la que debía "conocer" cuáles eran sus derechos y obligaciones.

Pese a todo, el *Ius Commune*, aunque no tuvo facultades legislativas, fue integrando nuevos elementos e instituciones de los "*iura propria*" logrando mantenerse vigente en todo momento; sin embargo, no todo el contenido del Derecho estatutario o derechos propios formaron parte del Derecho Común. Por el contrario, el Derecho Romano ciertamente fue un Derecho Común en el continente europeo, empero, en ningún tiempo, ni en ningún lugar de Europa, tuvo una vigencia exclusiva.[59]

---

[58] *Vid*. Ledezma Castro, C., & *et al*. (2018). Aproximación conceptual y antecedentes históricos. En J. Pampillo Baliño, & E. Betanzos Torres, *La nueva Ley contra la Tortura y su importancia en la protección de los Derechos Humanos en México* (pp. 17-47). México: Tirant Lo Blanch.

[59] Coing, H. (1996). *Op. cit.* p. 38.

Hasta aquí se puede decir que durante al menos ocho siglos, los países de Europa Central y Occidental tuvieron una ciencia jurídica común-compartida (construida y perfeccionada con el correr de los años-siglos, conforme a las equivalentes necesidades de la sociedad), la cual estuvo vigente desde fines de la Edad Media hasta la época de la Revolución Francesa aproximadamente.

En suma, tanto la posición de poder de la Iglesia latina en la Edad Media, la comprensión del latín -al ser una lengua jurídica universal-, la dogmática jurídica promovida en las universidades, la extensión del "Derecho culto", la aplicación en la práctica de diversos tipos de técnicas, así como la amplia "recepción", permitieron al Derecho Común perdurar durante un prolongado periodo y gozar de una riqueza compartida.

Esta evidencia apunta a que, para la complicada cimentación del *Ius Commune*, la acción de los "juristas eruditos" dio por resultado una aplicación directa del Derecho Romano y del Canónico aprendidos en las universidades, bien como medio para compensar las lagunas, o bien para servir de modelo a los propios Estatutos del país, invistiéndoseles con un tinte de la antigua romanización, o para insertarse en el proceso de codificar nuevos derechos.

El resultado de estas amplias y complejas actividades en el terreno de la administración de justicia civil y eclesiástica fue la impregnación científica del antiguo horizonte jurídico, esto dio lugar a que la "efectividad" prevaleciera ante la "validez".[60]

[60] Molitor, E., & Schlosser, H. (1980). *Op. cit.* p. 37.

Capítulo 2. Del Mos Gallicus al Iusnaturalismo Moderno Racionalista

2.1 El Mos Gallicus

En contraste con lo expuesto en el anterior capítulo, es preciso reconocer que para los glosadores (siglos XII - XIII) el *Ius Commune* fue prácticamente el Derecho por antonomasia, pues, a pesar de su reconocimiento y sanción de los *iura propria* como expresión de las diversas autonomías locales, el *Ius Commune* era el Derecho armonizador, supletorio y, en definitiva, subyacente -como ciencia y en sus principios- a todos los ordenamientos jurídicos.

Por otro lado, los comentaristas (siglos XIV - XV), al utilizar técnicas como la filológica, la exegética, la lógica y la retórica, y continuar con el método casuístico, dieron lugar a una ciencia y a una práctica del Derecho que condujo a un gran cúmulo de casos prácticos, quizás demasiado abundante en reglas, excepciones, y excepciones a las excepciones, generando un laberinto de sutilezas (en el mejor de los casos) o de sofismas (según sus críticos), que podían servir para argumentar casi cualquier cosa.

Empero, aunque tuvieron un gran mérito al darle difusión y vida al Derecho Romano, carecieron de perspectiva histórica, entre otras falencias antes mencionadas.[61]

Así se explica en parte el surgimiento del movimiento del Humanismo jurídico o *Mos Gallicus* (s. XVI) que representó, efectivamente, "una orientación opuesta a la del *Mos Italicus*", criticando primeramente y luego sustituyendo el "latín bárbaro" -transmitido por los juristas medievales-, por una lengua culta que se inspiró, entre otros, en

[61] *Vid*. Koschaker, P. (1955). *Op. cit.;* Margadant, G. F. (1986). *Op. cit*.

Cicerón (†43 a. C.), sometiendo los textos del *corpus iuris* a una estricta crítica textual.[62]

Más allá de la crítica y depuración lingüística, los juristas humanistas tomaron conciencia del carácter histórico que guardaba el Derecho Romano, y utilizaron la filología como uno de los instrumentos hermenéuticos que les permitió comprender mejor la *ratio legis* o el sentido de la norma jurídica romana de cada disposición concreta, sustituyendo de esta forma la argumentación e interpretación jurídica anterior.[63]

Sobre todo, la jurisprudencia humanística conectó la ciencia jurídica de entonces con los métodos que desarrolló la filosofía moderna de los siglos XV y XVI. De hecho, la motivación y el mismo fundamento de sus críticas en buena parte surgieron del cambio de paradigmas que marcó el tránsito de la Edad Media a la Edad Moderna.

Por otro lado, para la comprensión del Derecho Romano, utilizaron en gran medida literatura extra-justinianea descubierta posteriormente; con ello trataron de conseguir una auténtica comprensión histórica y contextual de estos textos.

Al mismo tiempo, el *Mos Gallicus* se distanció del método escolástico y transitó de una consideración casuística y problemática a una presentación objetiva y sistemática de los temas jurídicos. Sin embargo se basó en los esfuerzos de la ciencia medieval al continuar el desarrollo de la jurisprudencia como "*ars*" y, aunque siguió adherida a la lógica aristotélica, se empezó a desplazar de los tópicos hacia la lógica formal preferentemente deductiva y silogística.[64]

---

[62] Carpintero Benítez, F. (1999). *Op. cit.* p. 82.

[63] Carpintero Benítez, F. (1999). *Op. cit.* p. 97; Guzmán Brito, A. (1976). Mos Italicus y Mos Gallicus. Revista de Derecho, pp. 11-41.

[64] Coing, Helmut. (1996). *Op. cit.* p. 101.

De hecho, Andrea Alciato (†1550), considerado como el jurista italiano iniciador del Humanismo jurídico, estimó como "necesarias las obras de los juristas del *Mos Italicus* para entender muchos textos romanos, porque faltando aquellas, éstos eran un enigma incluso para los expertos".[65]

En ese sentido, con una actitud filosófico-jurídica progresivamente racionalista y con deseos de regresar al Derecho clásico puro, el Humanismo estimuló en el pensamiento jurídico nuevas perspectivas y renovó sus ideas y conceptos con respecto al estudio del *corpus iuris* y otros textos no jurídicos que, en concordancia con el espíritu del *renacer* de la Modernidad, lograron forjar un eslabón hacia el iusnaturalismo moderno como resultado también de la secularización.[66] Y aquí es donde se encuentra la mayor relevancia del *Mos Gallicus*.

La realidad es que, para estos juristas, su inquietud no fue la de recuperar el Derecho Romano para a-*ius*-tarlo al caso concreto, sino más bien la de obtener una regla jurídica apta para solucionar los problemas de la sociedad. Por otro lado, a diferencia del "cosmopolitanismo" del *Mos Italicus*, esta escuela recogió -como parte del espíritu de su tiempo- precisamente el interés por el Derecho nacional (*ius patrium*).[67]

Como una proyección técnica de su método, el cual buscaba establecer distancias entre el Derecho Romano y la actividad humanística del jurista, diferenciaron claramente sus críticas y esclarecimientos respecto de los textos objeto de las mismas, por lo que "su actividad

---

[65] *Cfr*. Carpintero Benítez, F. (1999). *Op. cit*. pp. 107 y 108. *Vid*. Bernal Gómez, B. (2010). *Op. cit*.

[66] Tomás y Valiente, F. (1983). *Manual de Historia del Derecho Español.* Madrid: Tecnos, p. 305. *Vid*. Tomás y Valiente, F. (1994). El "*Ius Commune Europaeum*" de ayer y de hoy. *Glossae: European Journal of Legal History*(5), 9-16. Recuperado el 24 de marzo de 2020, de https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/27871/1/01-el.

[67] Margadant, G. F. (1986). *Op. cit*. pp. 196 y ss.

consistió ya no en glosar el Derecho Romano", sino en colocar notas a pie de página.[68]

De igual forma, estos juristas nutrieron cuantiosamente sus conocimientos a través: i) de su interés por otras lenguas como el griego y el hebreo, y ii) del descubrimiento de la literatura e historia grecolatina, es decir, de textos antiguos que hasta ese entonces habían estado desatendidos; por ejemplo, junto a Aristóteles, recuperaron a Platón y los Estoicos.[69]

La pedagogía del Humanismo tendía a aprehender la idea del Derecho, en el sentido de la teoría platónica de las ideas. Requería así que el maestro despertara en sus discípulos la idea esencial de Derecho y sus determinaciones, y de esa forma los iba conduciendo de lo particular y empírico a lo general e ideal, alejándose poco a poco de todo lo medieval que procedía más bien de modo casuístico según las maneras escolásticas. Por ello, se fueron "deslizando gradualmente hacia un razonamiento jurídico en el que lo fundamental era el libre despliegue de la razón de cada cual", más allá de los textos del Derecho Romano y de los comentarios de los juristas medievales. El argumento de razón habría de imponerse así sobre el argumento de autoridad.[70]

La Escuela de los Humanistas se expandió fuera de Francia y tuvo miembros destacados en Alemania, Bélgica, España, Italia, Inglaterra, Polonia y Holanda, siendo este último un Estado que acogió a muchos

[68] Jacobo Cujas (†1590) fue un jurista francés y fundador de la ciencia jurídica moderna. "Su glosa abarcó, en varios volúmenes in folio, el *Digesto*, la *Instituta*, el *Código* y las *Novelas*. Los demás juristas se limitaron -señala Carpintero- a estudiar el *Digesto* o la *Instituta*, o alguna parte de estas dos obras". *Cfr*. Carpintero Benítez, F. (1999). *Op. cit*. pp. 98 y 99.

[69] Carpintero Benítez, F. (1999). *Op. cit*. p. 84; Coing, H. (1996). *Op. cit*. pp. 75 y 104.

[70] Carpintero Benítez, F. (1999). *Op. cit*. p. 112; Wieacker, F. (2000). *Op. cit*. p. 57.

intelectuales y dio lugar posteriormente a la creación de la "Jurisprudencia Elegante".[71]

Es importante destacar que tanto el Derecho Romano como el Canónico continuaron siendo utilizados gracias a los glosadores y comentaristas del *Mos Italicus* tardío, Escuela que se desarrolló hasta finales del siglo XVIII, conviviendo junto con la del *Mos Gallicus*.[72]

Objetivamente se puede decir que coexistieron dos orientaciones entre los humanistas: por un lado los que se dedicaban a la comprensión filológica de las fuentes, y por otro los que confeccionaban una dogmática jurídica mediante la interpretación y el estudio histórico del Derecho Romano.

Empero, -siguiendo al jurista español Francisco Carpintero- "no parece lícito generalizar acerca de las pretensiones de los juristas que integraban el *Mos Gallicus*. Más bien se pueden apreciar varias propensiones dentro de este amplio movimiento" incluyendo una tendencia hacia la teorización acerca del origen, fundamento y naturaleza del "*ius*" en general, que habría de imprimir su orientación en el avance futuro del Derecho Natural y de gentes, así como en el estudio de las leyes positivas de los nuevos Estados-naciones que surgieron durante la Modernidad.[73]

Lo cierto es que "el Derecho Romano estaba siendo sustituido por un nuevo Derecho Natural, en un proceso bastante ambiguo y confuso"[74]. Pero fue precisamente, gracias -en gran parte- a la *peregrinatio academica*, que se fue transformando la cultura jurídica y el razonamiento de los profesores y los alumnos, al haber intercambiado

[71] Bernal Gómez, B. (2010). *Op. cit.* p. 139.

[72] *Ibíd.* pp. 139 y 140.

[73] Carpintero Benítez, F. (1977). *Op. cit.* p. 102.

[74] Carpintero Benítez, F. (1999). *Op. cit.* p. 93.

sentires disímiles coexistentes en aquella época, donde el racionalismo se fundió con el individualismo, admitiendo así -en la conformación de la ciencia jurídica- también fuentes incluso no jurídicas, permitiendo, a partir del Humanismo, que las leyes romanas fueran consideradas leyes humanas y -por ende- falibles.[75]

Como ya se expuso, las investigaciones y los aportes que realizaron estos juristas humanistas, con el tiempo, complicaron el estudio del Derecho Romano sin mejorar su utilidad en la práctica, pues restaron seguridad jurídica y autoridad al *Ius Commune*, además de que obstaculizaron el estudio del Derecho, embellecido, sí, pero también complejizado por la abundancia de datos históricos y literarios.[76]

Es importante destacar que, a pesar de las críticas que recibió el *Ius Commune*, éste subsistió gracias al interés de muchos juristas, jueces, profesores y estudiantes que seguían leyendo obras emblemáticas como la "*Magna Glossa*" de Accursio (†1263) o los "*Commentaria*" de Bártolo de Sassoferrato (†1357) a quien se le consideró como el jurista más influyente y máximo expositor del Derecho Común, mismas que fueron publicadas en la Edad de Oro de la imprenta, pues en plena época de renovación, y a pesar del movimiento humanístico, no hubo abogado que no poseyera un *corpus* glosado de Derecho Civil y de Derecho Canónico.[77]

En síntesis, el *Mos Gallicus* o Humanismo jurídico representó un momento inicial de crítica al *Ius Commune* y al *Mos Italicus*. Crítica legítima por cuestionar la autoridad indiscutida atribuida al Derecho Romano, así como la manipulación de sus textos y el desarrollo de una

[75] Pérez Martín, A. (1999). *Op. cit.* pp. 79 y 80.

[76] Margadant, G. F. (1986). *Op. cit.* p. 200.

[77] Buigues Oliver, G., & Bernad Segarra, L. (2008). *Las ideas jurídico-políticas de Roma y la formación del pensamiento jurídico.* Valencia: Universitat de Valéncia, p. 143.

serie de interpretaciones que hacían del Derecho una disciplina excesivamente compleja y que era vista como oscura y contradictoria.

Sin embargo, dicha crítica resultó un tanto excesiva, por cuanto que el *Ius Commune* requería de una depuración, más no de un desplazamiento; y, además, fue una crítica carente de alguna propuesta superadora.

2.2 La Escolástica Española

Desde una perspectiva histórica, resalta la dualidad del siglo XVI. Los viejos poderes luchaban por sobrevivir, sin saber que estaban condenados a desaparecer, como fue el caso de la cultura mediterránea, el Imperio, la Iglesia universal y la concepción medieval del mundo. Sin embargo, en el mismo lapso los nuevos poderes ya se habían arraigado. Algunos ejemplos fueron el Estado nacional, el protestantismo y la ciencia. Además, a lo largo de dicho siglo se descubrió y conquistó América por parte de los pueblos hispánicos.

Dicho contexto permitió que, de manera paralela al movimiento de la *recepción* -al final de su etapa-, se fueran vislumbrando otras corrientes contrarias al *Ius Commune*: por un lado, la antes mencionada Escuela del *Mos Gallicus* o Humanismo jurídico y, por el otro, la Escolástica Española o "jurisprudencia de confesores", movimiento de innovación del Derecho de la mano de teólogos-juristas.[78]

Como antecedente, en la historia de la Teología y la Filosofía del Derecho, se ubica la Primera Escolástica en el Medioevo, alcanzando su

[78] Los Tratados "*De iustitia et iure*", "*De contractibus*", etc. influyeron no sólo en el Derecho de gentes, sino también en el Derecho Privado. *Cfr*. Pérez Martín, A. (1999). *Op. cit*. p. 72.

mayor esplendor en el siglo XIII con Tomás de Aquino y su *Summa Theologiae*.[79]

Ulteriormente, se conoce como Segunda Escolástica Española al movimiento renacentista de refulgente desarrollo docto con peculiar contenido y estilo propio que, durante los siglos XVI y XVII, se perfeccionó en las universidades de: i) *Salamanca* -confiada a los dominicos- donde enseñaron Francisco de Vitoria[80], Domingo de Soto, Melchor Cano, Fernando Vázquez de Menchaca, Benito Arias Montano, y ii) *Coimbra* -encabezada por jesuitas- en la que destacaron Gabriel Vázquez de Belmonte, Luis de Molina, Juan Azorio, Francisco Suárez[81], Leonardo Lessius y Antonio Escobar, época donde España y Portugal estuvieron unidas bajo la misma corona.[82]

Los anteriores teólogos trataron de explicar el triple escalonamiento existente en la Ley eterna, la Ley natural y la Ley civil, desarrollando una concepción legalista y jerárquica del Derecho. Sustentaron que el ser humano poseía una causa perpetua y natural de justicia, que este bien era equitativo a causa de su bondad pública, y que era *justo* debido a su necesidad, porque la razón natural se adaptaba a la voluntad de Dios.

---

[79] Los autores más destacados de la Primera Escolástica fueron: Tomás de Aquino (†1274), Buenaventura (†1274), Duns Scoto (†1309), Marsilio de Padua (†1343), Guillermo de Ockham (†1349); quienes trataban de conciliar razón y fe subordinando la primera a la segunda. *Cfr.* Hernández Martín, R. (1995). *Francisco de Vitoria. Vida y pensamiento internacionalista.* Madrid: BAC; Torrent Ruiz, A. (2013). *Op. cit.* pp. 1-29.

[80] En Vitoria (†1546) su pensamiento se funda en el comportamiento humano a la luz de la razón iluminada por la fe; se le considera fundador, impulsor y renovador de la Segunda Escolástica Española, además de haber sido uno de los principales fundadores de la ciencia del Derecho Internacional e incluso el auténtico padre de dichos estudios, cuyo pensamiento siguió H. Grocio. *Cfr.* Hernández Sánchez-Barba, M. (2009). *Francisco de Vitoria.* Madrid: Universidad Francisco de Vitoria. *Vid.* Soberanes Fernández, J. (2009). *Sobre el origen de las Declaraciones de Derechos Humanos.* México: IIJ-UNAM, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, pp. 44-58.

[81] Francisco Suárez (†1617) tomó dos posturas respecto de la ley, por un lado la voluntarista, es decir, aquella que afirma que la ley obliga por venir de una voluntad superior; y por el otro, la de las esencias metafísicas inmutables, las cuales revelan las leyes naturales con la misma certeza que las matemáticas. El prestigio de su obra *De Legibus* perduró singularmente. *Cfr.* Soberanes Fernández, J. (2009). *Op. cit.* pp. 58-62.

[82] Torrent Ruiz, A. (2013). *Op. cit.* p. 13.

Igualmente, conforme a su pensamiento mediante la Teología, ordenaron la materia en dos grupos: por un lado los inalterables derechos divinos, conducentes y mediadores para la salvación, y por el otro las leyes internas, civiles y eclesiásticas, hechas por el ser humano.[83]

Es prudente señalar que, para las personas del siglo XVI, la cuestión de cómo cada ser humano podría ser justificado ante Dios tenía una gran importancia, es decir, buscaban la *salus animae*. El camino hacia la salvación, a través de las buenas obras o mediante la alianza por la gracia de Dios, era pues un anhelo decisivo para la mayoría de la gente.[84]

Entonces, entre la nueva realidad religiosa que acontecía en Europa y el encuentro con el "Nuevo Mundo", no queda duda que las Indias implicaron también una gran reflexión teórica en los iusnaturalistas clásicos españoles. No sólo por cuanto supuso un tema de preocupación constante, sino por haber propiciado una determinada actitud orientada al ejercicio de la racionalidad práctica, pues asumieron el compromiso intelectual y político de pensar sobre las situaciones y condiciones de los habitantes de América para i) tratar de entenderlas, ii) justificar -o no- la conquista, iii) denunciar los abusos y, sobre todo, iv) proponer remedios a pesar de la barrera de la incomunicación cultural.[85]

Como un aspecto importante a referir, la *Reforma*, con su separación de la autoridad pontificia, la justificación por la fe sin necesidad de hacer obras (Romanos 5:1; Gálatas 3:24) y la libre interpretación de las Sagradas Escrituras (1 Corintios 2:10) emancipada

[83] Molitor, E., & Schlosser, H. (1980). *Op. cit.* p. 18.

[84] Coing, H. (1996). *Op. cit.* p. 73.

[85] Pérez Luño, A. E. (Julio - Septiembre de 1992). Los iusnaturalistas clásicos hispanos y la polémica sobre el Nuevo Mundo. *Estudios Políticos (Nueva Época)*(77), pp. 9, 14 y 26.

del magisterio de la Iglesia católica condujo a la división del mundo cristiano hasta entonces unido. Por primera vez en la Europa "latina" se enfrentaron *diversas confesiones* (católicos, luteranos, calvinistas, zuinglicanos, anglicanos, etcétera). Aunque con el tiempo se tomaron medidas para contrarrestar dicha Reforma protestante (*Contrarreforma*), esta división religiosa alcanzó también el terreno ético-jurídico.[86]

Parte del problema anidó en que algunos de los Tratados de Derecho Natural, lejos de limitarse a exponer este nuevo modo de entender el Derecho, fueron utilizados por sus autores para arremeter contra la Iglesia católica. Consecuentemente el *ius naturale et gentium* de la Edad Moderna -como se verá más adelante- aunque buscó -y en muchos casos logró- configurarse como un discurso racional aceptable para todos (católicos y protestantes), estuvo lejos de constituir un conjunto doctrinal que sirviera de campo común de entendimiento entre las distintas confesiones, pues para algunos constituyó también el frente de una guerra cultural en la que los protestantes trataron de mostrar que toda la cultura creada desde el siglo I al XVII era falsa, irracional y contraria a la ley de Dios.[87]

A pesar de ello, los juristas consiguieron salvar la unidad del *Ius Commune* -que sería reformulado como Derecho Natural-, un mérito que en la historia general -menciona Coing- "extrañamente es poco conocido y apreciado" y que consistió en fundamentar las reglas e instituciones del discurso jurídico, un poco menos en sus antecedentes romanos y desarrollos medievales (*auctoritates*) y un poco más en su racionalidad (*rationes*).

[86] Lexis 22. (1980). *Op. cit.* pp. 249 y 250; Pirenne, H. (1981). *Op. cit.*

[87] La obra de Wolff *De iure naturae et gentium* dio lugar a una línea moderada del iusnaturalismo, pero el siglo de la Ilustración fue algo más complicado. *Cfr.* Carpintero Benítez, F. (1999). *Op. cit.* pp. 269 y 341.

Sin embargo, con la existencia de diversas Iglesias cristianas surgió un problema jurídico-político, que hasta entonces no se había planteado en esa forma: el de la *tolerancia* de la vida en un mismo Estado, con y entre cristianos de diversas confesiones.[88]

Así pues, el *Ius Commune* bajomedieval quedó dentro de todo lo puesto en entredicho, por medieval y por papista. Subsistió el Derecho Romano cuyo estudio "culto" gozó de indudable prestigio y, quizá por este motivo, la nueva ciencia iusnaturalista de la Reforma no se enfrentó explícitamente al *Ius Commune*, sino que más bien se limitó a ignorarlo. En tanto, se desencadenó una pugna universitaria -más que jurídica-, que se centró en la imposición de la nueva cultura moderna, racionalista y iusnaturalista, pues bajo el rótulo del *ius naturale* se desarrolló buena parte de la doctrina moral, jurídica y filosófica universitaria protestante.[89]

Ahora bien, para no adelantarnos, lo cierto es que gracias a la polémica que promovieron y protagonizaron los teólogos juristas españoles, cuestionando la "legitimidad de la conquista y el respeto a la humanidad, dignidad y libertad de los nativos", ellos son -con razón- considerados como precursores del iusnaturalismo, así como del moderno Derecho de gentes y de los actuales "Derechos Humanos", "logrando una alianza única entre investigación humanista y jurisprudencia práctica".[90]

Sus contribuciones al nuevo iusnaturalismo fueron igualmente importantes, destacando entre las mismas: i) su búsqueda de principios jurídicos racionales (aunque anclados ultimadamente a la teología), y ii) su concepción legalista y por ende jerárquica y sistemática del Derecho.

---

[88] Coing, H. (1996). *Op. cit.* p. 74.

[89] Carpintero Benítez, F. (1999). *Op. cit.* p. 246.

[90] *Ibíd.* p. 104.

En ese sentido, esta Segunda Escolástica poseyó un pensamiento revolucionario en la Modernidad, el cual tuvo gran repercusión -principalmente- en Italia, en los Países Bajos de los Habsburgo y en el Imperio Alemán.[91]

Su contribución partió -como señala el profesor español Armando José Torrent- de una "común base tomista y de ideales homogéneos entre todos sus miembros: intelectualismo, historicismo moderado, realismo metódico, y admisibilidad de la derogación parcial del Derecho Natural", tal como se había entendido hasta ese momento. Por ende, la Segunda Escolástica Española -prosigue Torrent- significó una "gran transformación de la ciencia jurídica con magnas contribuciones al Constitucionalismo, resultando en sí, en una síntesis entre los resultados de la ciencia jurídica de la Baja Edad Media y la del Humanismo".[92]

Por lo tanto, hubo un cambio en los conceptos y no una simple reinterpretación del Derecho vigente. Además, los teólogos del Siglo de Oro español pretendieron derivar el Derecho Natural tomando como *principium* la bondad de Dios, de modo que, para ellos, las leyes naturales fluían de la justicia y de la *santidad* divinas (principios generales naturales de origen divino), aunque, evidentemente, mezclaron el Derecho Natural con la moral y la religión católica, lo que posteriormente fue reemplazado por la secularización y separación que habrían de operar los iusnaturalistas racionalistas maduros, particularmente por el

[91] *Cfr*. Coing, H. (1996). *Op. cit.* p. 68.

[92] *Cfr*. Torrent Ruiz, A. (2013). Segunda Escolástica Española y renovación de la ciencia del Derecho en el siglo XVI: Un capítulo de los fundamentos del Derecho Europeo. I. Francisco de Vitoria, Domingo de Soto. *Teoría e storia del diritto privato*(6), p. 14.

filósofo, jurisconsulto y periodista alemán Christian Thomasius[93] (†1728).[94]

Sin embargo, no sólo se deben a estos juristas hispánicos -a nivel filosófico- nuevas ideas sobre la conciencia moral y la concepción del ser humano y del Derecho, sino también -a nivel teológico- valiosas aportaciones a las relaciones entre razón y fe, además de las importantes contribuciones que hicieron a la teoría económica al abordar tanto los problemas derivados de las cuantiosas riquezas de metales preciosos trasladados de América, como el concepto y función de la moneda, tema que desde el siglo XIII preocupaba a Europa.[95]

La Segunda Escolástica Española trabajó, según refiere Torrent, sobre tres ejes fundamentales:

> "1) Una concepción de la libertad como una facultad principal no sujeta a limitaciones y anterior a todo Derecho; 2) una visión voluntarista de la ley; y 3) una antropología individualista que contempla al hombre como un ser cuya naturaleza está definida y en la que debe basarse toda construcción jurídica. A estos tres conceptos principales… hay que sumar el pactismo o contractualismo con su consecuente idea de que la soberanía reside en el pueblo".[96]

Aunque ciertamente, también esta Segunda Escolástica recibió críticas por haber arribado a una noción imprecisa del Derecho Natural, puesto que entendieron que las leyes naturales eran algo así como una realidad escrita en los corazones y en las mentes de las personas,

---

[93] El jurista y filósofo alemán Christian Thomasius (1655 -1728) publicó dos importantes Tratados sobre Derecho natural: las *Institutas de jurisprudencia divina* en 1688 y los *Fundamentos del Derecho de la naturaleza y de gentes* en 1705. El objetivo declarado de Thomasius en ambas obras era mejorar y desarrollar las teorías del Derecho natural de Hugo Grocio y Samuel Pufendorf. *Vid.* Thomasius, C. (2011). *Institutes of Divine Jurisprudence, with Selections from Foundations of the Law of Nature and Nations.* (T. Ahnert, Ed., & T. Ahnert, Trad.) Indianapolis: Liberty Fund, Incorporated.

[94] Carpintero Benítez, F. (1999). *Op. cit.* pp. 248 y 255. *Vid.* Domingo Oslé, R. (2023). *Derecho y Trascendencia* (Primera ed.). España: Aranzadi.

[95] Torrent Ruiz, A. (2013). *Op. cit.* p. 68.

[96] *Ibíd.* p. 17.

siguiendo en esto la concepción estoica; tampoco fueron claros al momento de determinar el contenido y alcance de sus principios.[97]

En resumen, los teólogos juristas españoles constituyeron un importante paso hacia la configuración del nuevo paradigma jurídico iusnaturalista moderno de corte legalista que habría de sustituir al *Ius Commune*.

2.3 El Iusnaturalismo Racionalista

La configuración de un nuevo pensamiento fue fluctuante durante algún tiempo, como consecuencia de la crítica humanística y de la continuidad que daban algunos juristas al legado del *Mos Italicus*. También es sabido que "no todos los seguidores del *Mos Gallicus* -que publicaron en la segunda mitad del siglo XVI- expusieron sus doctrinas sistemáticamente. La corriente sistematizadora llegó hacia el final de ese siglo y alcanzó a la corriente racionalista del siglo XVII".[98]

Así, para esa época, se hablaba del Derecho Natural en determinadas cuestiones concretas, bajo la influencia del incipiente racionalismo ético-jurídico, y algunos juristas del *Ius Commune* reflexionaron sobre su trabajo y su método, e identificaron el Derecho de gentes como una vertiente del Derecho Natural y del rol que jugaban los "primeros principios de la razón práctica". Por un lado, el Derecho tenía que afirmar su racionalidad y su independencia espiritual frente al dogma teológico, y por el otro, debía delimitar claramente su esfera de acción frente a la esfera estatal para protegerla frente al absolutismo.[99]

---

[97] Carpintero Benítez, F. (1999). *Op. cit.* pp. 257 y 258.

[98] *Ibíd.* p. 135. Grossi, P. (1996). *Op. cit.* p. 232.

[99] Carpintero Benítez, F. (1999). *Op. cit.* p. 25; Cassirer, E. (1932). *Filosofía de la Ilustración* (Tercera ed.). (E. Ímaz, Trad.) España: Fondo de Cultura Económica, p. 265.

Dentro de dicho proceso de secularización del Derecho, ocupa un lugar preeminente el pensamiento del jurista, escritor y poeta neerlandés Hugo Grocio (†1645) quien, en el anterior contexto de contrariedades, decepciones y desconciertos "en los procesos que se fueron desarrollando en ese tiempo, puede ayudarnos a comprender algunas dimensiones de la génesis de la nueva ciencia del Derecho Natural moderno"[100], así como de la del Derecho de gentes, que encuentran una particular expresión en su obra *De iure belli ac pacis* de 1635.[101]

En efecto, Hugo Grocio fue el primero en declarar de manera explícita, aunque cautelosa, que la obligatoriedad del Derecho Natural no tenía su origen solamente en Dios, sino en su intrínseca racionalidad, dando con ello un paso decisivo en la configuración de una dogmática jurídica laica. Esa mezcla de lo nuevo y lo viejo se puede observar en la controvertida hipótesis grociana "*etiamsi daremus non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana*".[102]

La obra de Grocio resultó ser un eslabón restaurador entre la ciencia moral y el Derecho Natural, implicando una coincidencia, proporción y armonía con espíritu matemático.[103] Es decir, Grocio consiguió -con objetivismo ético-, suplantar al Derecho Romano y a la

---

[100] Carpintero Benítez, F. (1999). *Op. cit.* p. 135.

[101] El Tratado grociano estuvo dedicado a Luis XIII y contiene un discurso preliminar (*Prolegomena*) y tres libros. *Prolegomena* sienta las bases metodológicas de una indagación sobre el Derecho natural y determina sus fuentes literarias. El libro I examina la noción de guerra, su justicia y sus clases, y los sujetos legitimados para emprenderla. El libro II considera las causas de la guerra (*iniuria*) y la violación de los Derechos. En el libro III expone los procedimientos bélicos o las reglas que rigen las contiendas. *Cfr.* Guzmán Brito, A. (2004). La sistemática del Derecho Privado en el "De iure belli ac pacis" de Hugo Grotius. *Revista de estudios histórico-jurídicos*(26), 156-186. *Cfr.* Guzmán Brito, A. (2006). *Op. cit.* pp. 62-63.

[102] Hervada Xiberta, J. (1984). Lo nuevo y lo viejo en la hipótesis "etiamsi daremus" de Grocio. En *Anuario de Filosofía del Derecho* (Vol. I, pp. 285-300). España: Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, p. 286.

[103] Grocio, H. (1925). *Del Derecho de la guerra y de la paz* (Vol. Tomo I). (J. Torrubiano Ripoll, Trad.) Madrid: Reus. Obtenido de http://fama2.us.es/fde/ocr/2010/delDerechoDeLaGuerraYDeLaPazT1.pdf.

jurisprudencia bajomedieval del *Ius Commune* con el Derecho Natural.[104] Al mismo tiempo el Derecho empezaría a separarse de la moral (demarcación que sólo se consumaría después Ch. Thomasius).[105]

Muy importante también, en el itinerario a través del cual se configuró el Derecho Natural racionalista, fue el pensamiento del jurista, filósofo político, economista e historiador alemán Samuel Pufendorf (†1694), quien al igual que Hugo Grocio, estuvo influenciado por su condición de jurista protestante.[106]

Pufendorf expuso las siguientes pautas: toda persona tiene el Derecho y el deber de conservarse y defenderse, pero también de desarrollar sus fuerzas corporales y espirituales. En relación con los demás seres humanos, nadie debe lesionar a otro, y si esto sucede, se deben reparar los daños; cada uno debe tratar y promover a los demás como a sí mismo; y, se deben cumplir los contratos-acuerdos. La libertad e igualdad aparecen con ello como principios básicos del Derecho, pero los autores del Derecho Natural de la Ilustración no se quedaron en tales principios generales, sino que de ellos obtuvieron por suposición un conjunto de normas concretas. De este modo se fueron desarrollando

---

[104] Hervada Xiberta, J. (2006). *Síntesis de Historia de la Ciencia del Derecho Natural*. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, pp. 43 y ss; Cassirer, E. (1932). *Op. cit.* pp. 264 y 269.

[105] *Cfr*. Truyol y Serra, A. (2007). Historia de la filosofía del Derecho y del Estado (Cuarta ed., Vol. I). Madrid: Alianza, pp. 200-2003; Carpintero Benítez, F. (1999). *Op. cit.* pp. 260 y 261.

[106] Samuel Pufendorf fue uno de los tratadistas más importantes de la Escuela Racionalista de Derecho natural alemana, junto con Christian Wolff y Christian Tomasius. Fue gracias a su capacidad de proponer una antropología novedosa que conjugaba elementos del pensamiento de Grocio y Hobbes; su punto de partida fue la sociabilidad del ser humano, también fue un protestante que rompió con la tradición de la filosofía aristotélica, con el Derecho Romano y con toda la filosofía y teología escolástica existente desde los inicios del cristianismo hasta ese entonces. *Cfr*. Soberanes Fernández, J. (2009). *Op. cit.* p. 107; Carpintero Benítez, F. (1999). *Op. cit.* pp. 265 y 266.

auténticos sistemas jurídicos, libremente esbozados de modo racionalista, más allá del Derecho Positivo.[107]

Por ende, el Derecho Natural racionalista se desarrolló a través de una concepción sistemática del Derecho, que fue conformada por un conjunto de reglas y principios extraídos racionalmente de la naturaleza metafísica del ser humano, pretendidamente válidos para todo tiempo y para todo lugar.[108]

En efecto, la metodología del iusnaturalismo moderno racionalista supuso -como expone el jurista mexicano Pampillo Baliño-:

> "1) *filosóficamente*, Derecho = principios universales, eternos e inmutables, válidos para todo tiempo y para todo lugar; 2) *epistemológicamente*, el Derecho como disciplina filosófica, perteneciente -o al menos emparentada- con la ética social, que reflexionaba metafísicamente sobre la naturaleza abstracta del hombre, como fuente de principios jurídicos; y 3) *praxeológicamente*, el ordenamiento jurídico admitió la derivación de segundos, terceros y ulteriores principios, que la razón práctica extrajo de los primeros principios, para regular la conducta del hombre en sociedad".[109]

Los autores del Derecho Natural racionalista intentaron deducir reglas generalmente válidas para la vida en común de las personas partiendo de su naturaleza metafísica o abstracta; es decir, a partir de la "*natura hominis*" pretendieron extraer el *ius naturae* mediante una *recta ratione* que era en realidad una razón racionalista, pues consideraba al ser humano como una idea y no como una persona concreta.[110]

Por otro lado, y en otro orden de ideas, en la base de la doctrina iusnaturalista se encuentra la noción fundamental de un "estado de

---

[107] Coing, H. (1996). *Op. cit.* p. 108. Especialmente *Vid.* Palladini, F. (2019). *Samuel Pufendorf disciple of Hobbes : for a re-interpretation of modern natural law.* (D. Saunders, Trad.) Leiden. Boston: Brill.

[108] Carpintero Benítez, F. (2005). Norma y principio en el "*Jus Commune*". *Revista de estudios histórico-jurídicos*(27), pp. 283-308.

[109] Pampillo Baliño, J. (2008). *Op. cit.* p. 33.

[110] Coing, H. (1996). *Op. cit.* pp. 107 y 129.

naturaleza" como condición supuestamente originaria del ser humano, anterior a la institución de una convivencia organizada y regulada por las leyes positivas, construida por una vía racional, la cual dio lugar a las concepciones pactistas o contractualistas en sus diversas versiones, o sea, pretendieron llevar a cabo una racionalización del Estado y un análisis crítico sobre el poder y su legitimidad.[111]

En ese sentido es prudente mencionar -*grosso modo*- a los autores contractualistas más importantes que, por cierto, presentan versiones bastante diferentes del mismo. Entre ellos se ubica al filósofo inglés Thomas Hobbes (†1679), quien expuso una filosofía anti-aristotélica y opinó que el estado de naturaleza del hombre era un estado de guerra y anarquía: un *Homo homini lupus* (buscar la paz y defenderse por todos los medios que se tengan al alcance). También encontramos al filósofo y médico inglés John Locke (†1704) quien no compartió la visión negativa acerca del hombre de Hobbes y mostró una política solidaria con su filosofía del conocimiento, cuyo rasgo dominante fue el empirismo y su característica postura a favor de la protección de la libertad y la propiedad. En el contexto de los anteriores pensadores contractualistas, ocupa también un lugar especial el escritor, pedagogo, filósofo, músico, botánico y naturalista suizo Jean-Jacques Rousseau (†1778), inspirado por la pasión de la *unidad* -del cuerpo social, subordinación de los intereses particulares a la voluntad general, soberanía absoluta e indisoluble-, al sobresalir su línea de pensamiento en su famoso *Contrato Social.* Puede decirse que los tres encontraron un cierto antecedente en el pensamiento de F. Suárez.[112]

---

[111] *Cfr.* Vanchan, C. E. (1960). *Studies in the History of Political Philosophy before and after Rousseau* (Vol. I). (A. Little, Ed.) New York: Rusell & Russel, pp. 17-58.

[112] Fernández García, E. (2001). La aportación de las teorías contractualistas. En G. Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, & A. De Asís Roig, *Historia de los Derechos Fundamentales* (Vol. II: La filosofía de los Derechos Humanos, pp. 3-43). Madrid: Editorial Dykinson, S.L.

Por otro lado el diplomático, funcionario, filósofo político y escritor italiano Nicolás Maquiavelo (†1527), aunque no fue un pensador contractualista, sentó las bases de la filosofía política moderna, supuestamente científica en tanto que empírico-naturalista y amoral. Estuvo dominado por el *realismo político* (sin connotaciones éticas) y también elucidó las cualidades necesarias en un líder para mantener la fortaleza y seguridad del Estado; además instó a los gobernantes a articular sus propios intereses políticos.[113]

Especificando un poco más, los pensadores contractualistas plantearon sus teorías en torno a: i) el *estado natural*, es decir, cómo vivían los seres humanos antes de la vida social y previo a la existencia del gobierno-Estado; ii) el *contrato social*, explicando que -por algún motivo que consideran distinto- los seres humanos decidieron salir del estado natural donde cedieron parte de su libertad; y a iii) la *naturaleza del Estado* que tiene como finalidad cumplir con lo establecido en el contrato.

En resumen: fue este conjunto de convicciones racionalistas las que constituyeron el núcleo del Derecho Natural -tanto racionalista como naturalista- que cultivó Europa, sobre todo en los países protestantes y que, aunadas al contractualismo con sus tendencias voluntaristas, darían lugar a su paradójico triunfo a través del Constitucionalismo y la Codificación, como se expondrá más adelante.[114]

2.4 El Iusnaturalismo en la Ilustración

En el siglo XV se inició el movimiento literario-espiritual del Renacimiento; en el silgo XVI llegó a su cúspide la Reforma religiosa; pero

[113] Touchard, J. (1963). *Historia de las ideas políticas* (Segunda ed.). (J. Pradera, Trad.) Madrid: Tecnos, pp. 259 y ss.

[114] Guzmán Brito, A. (2006). *Op. cit.* p. 58.

en el siglo XVII el triunfo de la filosofía cartesiana cambió por completo toda la imagen del mundo.

El Renacimiento, al haber sido un pensamiento de liberación y reacción contra las autoridades tradicionales -incluyendo a la Iglesia-, terminó de deteriorar los restos del feudalismo que se interponían en la creación de los varios Estados nacionales europeos que habrían de surgir durante la Edad Moderna, como se ha mencionado previamente.[115]

A partir de ese entonces, los juristas empezaron a aplicar al Derecho la fórmula universal de la ciencia moderna o del método científico: el *racionalismo*, que daría lugar al iusnaturalismo racionalista, lo que propició la posterior convergencia entre dicho iusnaturalismo y la Ilustración.[116]

La Ilustración, al haber sido un amplio movimiento cultural semejante en ello al Renacimiento, vino a difundir entre los centros de reflexión las ideas políticas y a radicalizar los postulados de la Modernidad, expresándose a través del pensamiento -heterogéneo aunque también convergente- de *les philosophes*, entre quienes puede citarse a Buffon, Condillac, D'Alembert, Diderot, Hume, Lambert, Montesquieu, Voltaire y Wolff, quienes compartieron una misma fe en la posibilidad de alcanzar la felicidad, a través de la superación de los -pasados- siglos oscuros de la ignorancia y el prejuicio, lanzándose así a la revolución en compañía del nuevo vocabulario político.

Comenzó pues el tiempo de las mayúsculas: Felicidad, Humanidad, Libertad, Progreso, Razón, Virtud…, la época de las Grandes Promesas, cuyo cumplimiento parcial habría de derivar, desde finales del siglo XIX,

[115] Bernal Gómez, B. (2010). *Op. cit.* pp. 17 y 135.

[116] Tomás y Valiente, F. (1983). *Op. cit.* p. 208.

pero sobre todo durante el XX, en la profunda crítica y crisis de la Modernidad Contemporánea.

Hay que destacar a Montesquieu, quien, con su "felicidad en equilibrio" y su "liberalismo aristocrático", manifestó que era necesario dividir o moderar el Estado en tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial), junto con el debido equilibrio entre las tres fuerzas sociales y políticas (rey, pueblo y aristocracia). Además, sostuvo que la sociedad y el Derecho no tienen su origen en el contrato social (como insinuaron Hobbes, Locke y Rousseau) sino en la naturaleza propia del ser humano y en las condiciones que lo rodean. Junto a Montesquieu, Voltaire sustentó que la *libertad* es el mayor valor humano en todas sus expresiones… Estas ideas -con respecto a la configuración del Estado contemporáneo- serán expuestas más ampliamente en el siguiente apartado.[117]

Por la amplitud de sus pretensiones, la Ilustración tuvo proyección en todos los ámbitos, incluyendo la secularización de la cultura y la construcción doctrinal de la inicial teoría del Estado.

Esta nueva forma de convivencia -la estatal- requería unificar las fuentes del Derecho hasta dejarlas reducidas a una sola, para lo cual resultaban particularmente atractivos los desarrollos del iusnaturalismo racionalista y las propuestas del contractualismo.[118]

En el siglo de las luces se pensaba que todo había sido discutido y comprendido, -como señala Cassirer- "desde los principios de las ciencias hasta los fundamentos de la religión revelada, desde los problemas de la metafísica hasta los de la satisfacción, desde la música hasta la moral, desde las cuestiones dogmáticas hasta las de la riqueza y el comercio,

[117] Touchard, J. (1963). *Op. cit.* pp. 304 y 305.

[118] Cassirer, E. (1932). *Op. cit.* p. 177.

desde la política hasta el Derecho de gentes y el Civil". Como resultado, se estableció una norma sobre la existencia y la actuación humana a efectos de garantizar el progreso de la humanidad y la felicidad de las personas. Y, en el ámbito jurídico, dicha norma estaría conformada precisamente por los principios del iusnaturalismo, impuestos por el Estado mediante la ficción racionalista (tendencial hacia el voluntarismo), los cuales conformaron las teorías del contrato social.[119]

En el último tercio del siglo XVIII los seres humanos vivieron un verdadero cambio de concepción o de época, traduciéndose en "el ascenso de la Modernidad Contemporánea, racionalista e ilustrada, cuyas características individualistas y subjetivistas, racionalistas y secularistas, voluntaristas y contractualistas, igualitaristas y liberalistas, así como reformistas, fueron preparando el campo donde fraguaría la transformación social".[120]

Las anteriores ideas fueron el repertorio ideológico de la Ilustración en los terrenos jurídico y político, e instituyeron, al amparo del iusnaturalismo racionalista, los presupuestos fundamentales del movimiento codificador y constitucional.

Puede decirse que, como parte de un proceso histórico con antecedentes en temprana Modernidad, pero que habría de desarrollarse con particular intensidad durante el siglo XVIII gracias al impulso del racionalismo jurídico y de la Ilustración, se realizaron durante el siglo XIX una serie de reformas trascendentales a los ordenamientos jurídicos de la familia del *civil law*, a través de la Constitucionalización y la Codificación del Derecho.[121]

---

[119] *Ibíd*. p. 18.

[120] Pampillo Baliño, J. (2008). *Op. cit.* pp. 228-238.

[121] Guzmán Brito, A. (2006). *Op. cit*; Pampillo Baliño, J. (2008). *Op. cit.* pp. 253 y ss; *Cfr*. Lan Arredondo, A. (2008). *Sistemas Jurídicos.* México: Oxford University Press, pp. 26-40. *Vid*. Pampillo Baliño, J., *et al*. (Coords.) (2016). *La Familia Jurídica Iberoamericana.* México: Porrúa.

Capítulo 3. Constitucionalismo, Codificación y Legalismo Estatalista

3.1 Poder y Estado en los albores del Constitucionalismo

Más allá de precisiones cronológicas -e incluso de disputas históricas- puede afirmarse que el Estado moderno inició su proceso de configuración en el Renacimiento y se consolidó en la Modernidad, transitando del Absolutismo (siglos XVI a XVII) al Constitucionalismo (a partir de finales del siglo XVIII), en muchos casos -paradójicamente- a través del Despotismo Ilustrado (siglo XVIII).

Como fue indicado precedentemente, en la época anterior (durante el Antiguo Régimen y, sobre todo, a lo largo de la Edad Media) desde un punto de vista teórico, en general se consideraba que el *poder* se asentaba en la propia comunidad y estaba referido al hábito, al uso y a la costumbre, es decir, estaba profundamente arraigado en la realidad social y la tradición, aceptado como parte de esta y, por supuesto, firmemente anclado en su origen religioso. Recordemos que las normas divinas y naturales no necesitaban otra justificación más que su sola existencia.

En contrapartida, las organizaciones políticas de la Modernidad y su Derecho requirieron de una reflexión diferente que fue buscada en un acto de voluntad, en una decisión y en una justificación racional.

Esto fue debido a que el ser humano cambió su propia relación y perspectiva de vida, confiando en la fuerza creadora de la razón humana; además, los ilustrados fueron reivindicando el poder de la persona para analizar, comparar, generar y establecer sus derechos, lo que les permitió también, a las generaciones siguientes a la Ilustración, de los llamados iusnaturalistas menores, intentar adecuarlo libremente para volverlo más práctico. Evidentemente “este Derecho no debía ser el Derecho

abstracto y universal elaborado por algunos iusnaturalistas, sino el que participaba con más fuerza en las realidades sociales y, por lo tanto, adaptado a las necesidades concretas de una sociedad histórica".[122]

Gracias a un esfuerzo de construcción, profundización y con argumentos más elaborados hacia lo concreto, el "nuevo Derecho", como "Derecho del Estado" -que habría de dar lugar después al nacimiento del "Estado de derecho"-, fue establecido y mantenido por un poder concreto, es decir, "por un poder no inmerso en la sociedad, sino destacado de ésta con su propio orden".[123]

Las consecuencias de esta tendencia se hicieron presentes retomando en parte la moderna teoría de la *soberanía*, la cual fue analizada, construida y difundida a partir de la primera mitad del siglo XVI, primeramente por Bodino y los teólogos juristas españoles y, paralelamente, a través de un pensamiento que fue integrando una conciencia explícita de la unidad del poder estatal de donde derivaba esa potestad suprema.[124]

Aunque cabe hacer mención que las expresiones *suprema potestad* o *potestad soberana* ya se encontraban en documentos del siglo XV donde se otorgaba -en casos de excepción- una potestad extraordinaria al Rey para resolver ciertos asuntos sin sujetarse al Derecho Común. Esta teoría de la soberanía *legibus solutus* trataba de subrayar la independencia del poder, incluso de las mismas normas que regían a la comunidad, fundándose eventualmente en el "Derecho divino de los reyes".[125]

---

[122] *Cfr*. Caroni, P. (2013). *Op. cit*. p. 40.

[123] *Cfr*. Crossman, R. (2014). *Op. cit.*

[124] García-Pelayo, M. (1991). *Obras completas* (Vol. II). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 1111.

[125] Sánchez Agesta, L. (1966). *Principios de Teoría Política.* Madrid: Editora Nacional, pp. 394 y 404.

Así, además de la "aventura epistemológica" e invención del término "Estado" de Maquiavelo, el jurista, filósofo, historiador y economista Juan Bodino (†1596)[126] introdujo el de "soberanía", afirmando que el poder soberano del mismo (de dar y anular las leyes) es el unificador de las partes componentes de la sociedad.

En ese sentido, la nueva imagen jurídica del poder se fue caracterizando por un compromiso racional entre las ideas modernas y las tradicionales del Derecho: "no es ni la sola voluntad del rey ni tampoco la de la sociedad, sino la unidad colectiva", lo que a su vez repercutió directamente en el sentimiento nacionalista que se fraguó durante la Modernidad.[127]

Con ello, el nacimiento de Estado se fundó en la exigencia de un *poder superior* que "garantizara" la paz a través del Derecho, mismo que tendió a racionalizarse mediante un acto consciente y calculado, tras previa deliberación de la asamblea en la que se discutía: i) su *adaptación* a la justicia, ii) su *eficacia* para lograr los fines propuestos y iii) la *comparación* entre lo ganado por las nuevas formas y la pérdida de privilegios que en cada caso pudiera implicar por la natural dirección y coacción generadas para el mantenimiento de la paz.[128]

En el siglo XVII renació un viejo principio de legitimación del poder que encontraría sus expresiones en la revolución ideológica del siglo XVIII. Este principio, que se conoce como del *voluntarismo contractualista*, está vinculado a la doctrina del Contrato o Pacto Social,

---

[126] Ruiza, M., Fernández, T. y Tamaro, E. (2004). Biografía de Juan Bodino. En *Biografías y Vidas. La enciclopedia biográfica en línea*. Barcelona (España). Recuperado de https://www.biografiasyvidas.com/biografia/b/bodin.htm el 16 de junio de 2020.

[127] Rincón Castillo, É. (2015). Concepciones ideológicas sobre el Estado: Del Estado absolutista al Estado social democrático de Derecho y de justicia. *Fronesis, 22*(3), 157-176; Touchard, J. (1963). *Op. cit.* p. 254.

[128] Heller, H. (1971). *Teoría General del Estado.* (L. Tobío, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.

y justificó un orden político en la *voluntad contractual* de los que forman parte de la sociedad.[129]

Y es que la idea -implícita en Hobbes- de que "las instituciones políticas y sociales sólo se justifican en la medida en que protegen los intereses y garantizan los derechos individuales", reinó desde la Restauración de 1660 hasta la Revolución *Gloriosa* de Inglaterra en 1688-89, donde se había establecido el principio de la monarquía limitada -como doctrina constitucional oficial-, dando mayor cabida y claridad a los que posteriormente se habrían de consolidar como principios del Constitucionalismo moderno, cuyo origen se encuentra en las respuestas que surgían a la pregunta de ¿Cómo podrían garantizarse plena y permanentemente los derechos y la libertad individual contra las intervenciones -y abusos- del gobierno? pero teniendo en cuenta también las debilidades del *estado de naturaleza* del ser humano.[130]

Así fue cómo, a partir del último tercio del siglo XVIII y hasta mediados del siglo XIX, una gran oleada revolucionaria recorrió América y Europa: los cimientos del Antiguo Régimen entraron en crisis, propiciando una oportunidad privilegiada para que los principios de los ilustrados se materializaran, y se crearan nuevas naciones -o fueran reconstituidas revolucionariamente las preexistentes- inspiradas por la igualdad, el liberalismo y el nacionalismo.

Acontecieron pues un sinfín de hechos que marcaron un nuevo rumbo para el Derecho y el Estado: La Revolución industrial (1760-1840), la Independencia de Estados Unidos de América (1776), la Revolución

---

[129] *Vid*. Carpintero, F. (1985). Voluntarismo y Contractualismo: una visión sucinta de la Escuela del Derecho Natural. *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, XIII*, 61-109.

[130] El calificativo "gloriosa" se debe al mínimo derramamiento de sangre y también por el acuerdo voluntario y pacífico de las controversias que durante mucho tiempo vivió Inglaterra. *Cfr*. Soberanes Fernández, J. (2009). *Op. cit.* p. 162; Dippel, H. (Septiembre de 2005). Constitucionalismo moderno. Introducción a una historia que necesita ser escrita. *Historia constitucional*(6), 181-199.

francesa (1789), el Imperio de Napoleón (1804-1814), la Restauración de Europa (1815), las otras revoluciones liberales o burguesas (1820, 1830 y 1848),[131] la Independencia de Hispanoamérica (1810-1830), y el surgimiento de nuevas naciones como Italia y Alemania (1870), por mencionar algunos de los más relevantes.

3.2 Fundamentos del pensamiento político-jurídico contemporáneo

Ahora bien, en la configuración del Estado contemporáneo, habrían de converger -como ya se hizo mención- además del iusnaturalismo racionalista, del contractualismo y del ideario de la Ilustración, una serie de planteamientos más bien propios de la filosofía política; en lo particular las tesis liberales de J. Locke, las contractualistas-soberanistas de Rousseau y la separación de poderes debida a Montesquieu.[132]

Es preciso tener en cuenta que, más allá del pactismo suareciano que se mencionó anteriormente, la configuración de todo contractualismo ulterior se remonta a Thomas Hobbes por ser quien afirmó de modo más explícito que, a partir del estado de naturaleza, y de conformidad con un proceso racional, los individuos ceden su libertad e instituyen el poder político.[133]

Hobbes, conocido como el teórico del absolutismo monárquico (tesis de la soberanía absoluta), distinguió en el *Leviathan* dos principios de naturaleza: el deseo y la razón, donde además mostró a un príncipe absoluto y afirmó que "los individuos, al aceptar el Pacto Social,

---

[131] *Ibídem.*

[132] Recaséns Siches, L. (2003). Historia de las doctrinas sobre el contrato social. México: UNAM.

[133] Moratal Roméu, L. (2016). El estado de naturaleza como fundamento del artificio político: Hobbes, Locke, Rousseau. *Eikasia Revista de Filosofía*, 299-343; Strauss, L. (1953). *Natural Right and History.* Chicago: University of Chicago Press, pp. 166-200.

renuncian a sus libertades o a su reordenación en favor de su soberano, las cuales jamás podrán recobrar".[134]

Describió en ese sentido que, para asegurar la paz y la seguridad, la gente no dispone de un procedimiento mejor que el de establecer -entre ella misma- ese contrato donde se transfieran sus derechos al Estado, el cual sería "fruto artificial de un pacto voluntario, de un cálculo interesado para seguridad de su propia vida con los medios para preservarla".[135]

En ese sentido, Hobbes resultó ser un precursor por haber desarrollado una "teoría" en torno a la legitimación política, al imponer al soberano "el deber del éxito", entendido más como de "paz y bienestar" que de "justicia y virtud". Aunque a Hobbes y a Locke les preocupaba la paz y la tranquilidad, la postura del primero conduce al poder absoluto mientras que la del segundo al predominio parlamentario. Nada muestra mejor la evolución de los espíritus -en menos de cincuenta años, en los que también se transformó el contexto político inglés, como condicionante de sus mismas diferencias- que la divergencia doctrinal expuesta en sus dos posiciones.[136]

Contrariamente a Hobbes, quien para entender el Derecho "profesó un materialismo mecanicista -de base física o material- y determinista que reduce la realidad a sus elementos para explicarla por el juego de sus movimientos", John Locke propuso a la propiedad privada y a la libertad fundamental en el centro de la estructura de su razonamiento, pues afirmó que ya existían en el estado de naturaleza, que son anteriores a la sociedad civil y que debían ser especialmente protegidas para y por esta

---

[134] Hobbes, T. (1980). *Leviatán* (Segunda ed.). (A. Escohotado, Trad.) Madrid: Editora Nacional. *Cfr.* Astudillo Ursúa, P. (2001). *Lecciones de historia del pensamiento económico* (Décima Segunda ed.). México: Porrúa, p. 56.

[135] *Cfr.* Vanchan, C. E. (1960). *Op. cit.* pp. 17-58; Touchard, J. (1963). *Op. cit.* p. 261.

[136] Locke, J. (2013). *Ensayo sobre el entendimiento humano* (Segunda ed.). (E. O'Gorman, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica; Recaséns Siches, L. (2003). *Op. cit.* pp. 22 y ss.

última. Además, consideró también -a diferencia de Hobbes- que dicho estado "natural" del ser humano es un estado individual-pacífico y no "la guerra de todos contra todos".[137]

Dicha naturaleza no es ni salvaje-agresiva (como para Hobbes), ni tampoco perfecta (como para Rousseau con su mito del "buen salvaje"), ya que para él, es un estado de hecho, pero también una situación perfectible. Según este médico y filósofo inglés, la propiedad privada confiere la felicidad, y la mayor felicidad coincide con el mayor poder: "la mayor felicidad no consiste en gozar de los mayores placeres, sino en poseer las cosas que producen los mayores placeres" (hedonismo capitalista).[138]

J. Locke, conocido como el padre del individualismo liberal, criticó las teorías sobre el poder paternal de los reyes. Además sembró la idea de que el Estado se creó para garantizar los "Derechos Humanos", es decir, para asegurar la vida, la libertad y la propiedad de los particulares. En ese sentido, para él, la persona es un ser razonable y la libertad es inseparable de la felicidad, la cual reside en la paz, la armonía y la seguridad, por lo tanto, no habrá felicidad sin garantías políticas. Su doctrina se concretó en las Declaraciones de los Derechos Humanos y en el Estado constitucional liberal.[139]

Para Locke el poder supremo es el poder legislativo (superior al ejecutivo) por ser "el alma que da vida, forma y unidad al Estado". En ese sentido, la potestad esencial recaería en hacer leyes que provean el bien

---

[137] Guzmán Brito, A. (2006). *Op. cit.* p. 53; Moratal Roméu, L. (2016). *Op. cit.* pp. 299-343; Strauss, L. (1953). *Op. cit.* pp. 202-249.

[138] Horowitz, A. (27 de January de 2010-2011). Locke's Contradictions and His Theory of Property. York University, USA. Recuperado el 19 de junio de 2020, de http://www.yorku.ca/horowitz/courses/lectures/28_locke_theory_property.html; Touchard, J. (1963). *Op. cit.* pp. 294 y 295.

[139] Bobbio, N. (1997). *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política.* (J. Fernández Santillán, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica, pp. 70 y ss.; Rodríguez Paniagua, J. (2013). *Historia del Pensamiento Jurídico.* Madrid: Biblioteca Nueva, pp. 229-236.

público, pero sin que éstas ocasionen perjuicios a los individuos en su esfera particular, porque si se les perjudicaran sus derechos naturales -especialmente la libertad y la propiedad-, los gobernados tendrían el derecho a sublevarse (derecho de resistencia). Por lo tanto, todo poder debe ser ante todo *justo*. De hecho, para Locke -y después también para Kant- el problema del poder consistía en un problema moral.[140]

Reiterando: las principales preocupaciones de Locke eran el orden, la calma, la seguridad, la garantía de la propiedad y de los derechos, la prudencia y el compromiso. Al respecto, y siguiendo al historiador francés Jean Touchard (†1971), "el pensamiento de Locke fue complejo por su defensa de la propiedad privada y llamamiento a la moral, preocupación por un poder eficaz y necesidad del consentimiento, un individualismo que se inclina ante la mayoría, empirismo y racionalismo, tolerancia y dogmatismo".[141]

Por otro lado, tanto Locke como -sobre todo- Montesquieu, propugnando la división y limitación del poder como garantía de la *libertad*, en realidad prepararon la aplicación de este concepto en las revoluciones de finales del siglo XVIII.

Montesquieu, quien fuera vulgarizador de la Constitución inglesa -desde una perspectiva idealizada de la misma-, preconizó una armonía entre la separación de poderes y la co-soberanía de tres fuerzas políticas y sociales. Efectivamente, su separación de poderes se convirtió en dogma y piedra angular del Constitucionalismo, el cual fue expuesto de manera paradigmática en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.[142]

---

[140] Locke, J. (2013). *Op. cit*; Vaughn, K. (1985). Teoría de la propiedad de John Locke: problemas de interpretación. *Revista Libertas 3*. Recuperado el 23 de junio de 2020, de http://www.eseade.edu.ar/files/Libertas/47_1_Vaughn.pdf.

[141] Touchard, J. (1963). *Op. cit*. p. 296.

[142] Artículo 16: "Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución".

Por otro lado, las ideas de Montesquieu influyeron fuertemente sobre la formación del Derecho y fueron aceptadas completamente en la legislación del siglo XVIII. Además hizo notar que la igualdad absoluta era un sueño y que el Estado debía ser el responsable de proveer a los ciudadanos una subsistencia asegurada; sin embargo, su ideal no era el "*laissez-faire*" de los economistas liberales que invocarían su obra para la defensa del orden burgués.[143]

Resulta interesante destacar su postura acerca de la promulgación de leyes, pues consideraba que la *moderación* del legislador debía ser su virtud principal: "nunca se debe hacer mediante leyes lo que se puede hacer mediante las costumbres". Montesquieu fue partidario también de un perfecto liberalismo que buscaba un orden inteligible; también se interesó por la diversidad del mundo, puesto que distinguió los gobiernos según las épocas y países. De hecho, fue por su relativismo -que parte de un análisis sociológico- por lo que se le conoce como uno de los precursores de la sociología (junto a Rousseau), cuyo pensamiento se apartaba -en ese sentido- del espíritu filosófico y universalizante propio del iusnaturalismo racionalista y de la Ilustración.[144]

Este jurista y filósofo francés, creía que las cosas tenían su propia naturaleza: "las leyes tienen sus leyes, pero éstas son complejas, y ni el clima ni la Constitución bastan para explicar la situación de un país". Asimismo, de una forma racional, es decir, sin caer en el empirismo (como Locke), consideraba que la ley era la encarnación de la razón, pero debido a que la ley está hecha por legisladores, fue por lo que señaló: "la

[143] Considerado un "conservador ilustrado" por J. J. Chevallier, Maxime Leroy notó en Montesquieu ciertas preocupaciones respecto de un "socialismo de Estado" de tipo patriarcal. *Cfr*. Touchard, J. (1963). *Op. cit*. p.312.

[144] Montesquieu, C.-L. (1906). *El Espíritu de las Leyes.* (S. García del Mazo, Trad.) Madrid, España: Librería General de Victoriano Suárez. Recuperado el 29 de 06 de 2020, de http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/espirituDeLasLeyesT1.pdf. *Vid*. Durkheim, E. (2000). *Montesquieu y Rousseau. Precursores de la Sociología* (Tercera ed.). (Miño y Davila, Ed., & M. Ruiz de Azúa, Trad.) España: Tecnos.

grandeza de la ley y debilidad de los legisladores". Montesquieu -influenciado por Locke- distinguió entre la naturaleza de cada gobierno y su principio (gobiernos: republicano -democrático y aristocrático-, monárquico y despótico).[145]

Por su parte, el autodidacta ginebrino Rousseau, consideró a la ciencia moderna como fría y racionalista, además de negadora del sentimiento y de la naturaleza objeto de su exaltación. Reflexionó si la sociedad del siglo XVIII había sido -como muchos pensaban- la mejor para los hombres. Así propuso una "teoría" según la cual decía: "alguna vez debimos haber vivido en paz y armonía", y a ese momento lo llamó "estado de naturaleza", pero esa paz se quebrantó -según su pensamiento- cuando apareció la propiedad privada. Se planteó entonces la conformación de un pacto como si firmaran un contrato -social- donde cederían parte de su libertad.[146]

En el pacto social, a través de una *voluntad general* -producto de las *voluntades individuales*- se decidió crear un organismo que estuviera por encima de las voluntades individuales, no como una forma de perfeccionamiento humano, sino como una urgencia de protección mutua, que los gobernara y pudiera devolverles el orden que habían perdido; así surgió el gobierno y con ello nació un nuevo estado humano, el "estado político", donde el gobierno estaría obligado a obrar con un sentido de justicia y equidad, asesorado por las personas más cultas, y que -supuestamente- velaría por los intereses de todos.

---

[145] Su teoría política es una teoría de los contrapesos, es decir, la separación de poderes, los cuerpos intermedios, la descentralización y la moral, la descentralización para evitar el despotismo. *Cfr.* Touchard, J. (1963). *Op. cit.* pp. 307-313.

[146] Con Rosseau nació el odio contra la propiedad privada y la cólera contra la desigualdad de las riquezas. En el discurso sobre las desigualdades humanas denunció al primer propietario como responsable de los crímenes, miserias y horrores de la humanidad y recriminó a sus contemporáneos recordándoles "que los frutos son de todos y la tierra no es de nadie". Estas y otras afirmaciones, incoherentes -quizá- con el resto de su doctrina, son, por el tono con que se pronuncian, las que han formado la raíz del anarquismo y socialismo contemporáneos. *Cfr.* Sánchez Agesta, L. (1966). *Op. cit.* pp. 20-23.

Este pensamiento de Rousseau fue muy importante, porque expuso que eran los hombres -y no una divinidad- quienes decidían la forma de organizar su sociedad, y si las personas eran responsables, entonces ellas mismas podían encontrar los caminos para lograr un estado ideal de organización social donde todos fueran libres e iguales.

Pero, lamentablemente, como lo señaló en la primera línea de su célebre *Contrato Social*: "el hombre ha nacido libre y, sin embargo, por todas partes se encuentra encadenado". Es por ello por lo que propuso "encontrar una forma de asociación… por virtud de la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedeciera sino a sí mismo y quedara tan libre como antes".[147]

En definitiva, en las doctrinas contractuales, es preciso distinguir entre las que aceptaron el *contrato* como medio por el que la voluntad -creando el orden- se propuso conseguir determinados bienes que tenían una validez anterior (Grocio, Pufendorf, Hobbes, Locke), y la doctrina que exaltó la voluntad empírica del ser humano como valor supremo "constituyendo la conservación de la libertad humana en la ley absoluta". Esta es la expresión más típica y radical del voluntarismo vinculada a Rousseau.[148]

Sea como fuere, evidentemente, de las obras de Locke surgió: el principio de la supremacía de la ley sobre las demás fuentes del Derecho, la defensa de la propiedad privada y la garantía de los derechos individuales de los ciudadanos; de las obras de Montesquieu: el principio de la división de poderes y del equilibrio entre ellos; y de las obras de Rousseau: el principio de que la soberanía reside en el pueblo. Todo ello

[147] *Cfr*. Rousseau, J.-J. (1985). *El Contrato Social.* Madrid: Alba. *Vid*. Sabine, G. (2009). *Historia de la Teoría Política.* (V. Herrero, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.

[148] Moratal Roméu, L. (2016). *Op. cit*; Strauss, L. (1953). *Op. cit.* pp. 252-293.

en conjunto, fueron teorías que dieron origen e influenciaron al contractualismo moderno y penetraron en el Derecho Constitucional.[149]

Debe reiterarse, sin embargo, que dicho legado contractualista es heterogéneo y plurivalente, dadas las diferencias de fondo -antes descritas- que presentan sus principales representantes.

3.3 La Constitucionalización del Derecho Público

El Constitucionalismo, como conjunto de ideas que inspiraron y acompañaron al proceso de Codificación del Derecho Público fundamental, se desarrolló como resultado del surgimiento y progreso de los Parlamentos, y a partir de la evolución de un pensamiento político inspirado en el mismo.

Posteriormente, y a través de dicho pensamiento político -de la mano del contractualismo, del iusnaturalismo y de la Ilustración-, el moderno Constitucionalismo surgió así hacia finales del siglo XVIII teniendo una gran aceptación, por ende floreció y "se filtró a lo largo del siglo XIX en todas las formas de vida colectiva y en todas las instituciones políticas y jurídicas".[150]

La Independencia de Estados Unidos de América de 1776 y la Revolución francesa de 1789 constituyeron momentos decisivos en la historia del Constitucionalismo, inaugurando un nuevo concepto y una nueva práctica en la organización del gobierno, y sobre todo, manifestando ya un corto, pero claro, catálogo de derechos y libertades civiles del ciudadano para intervenir en la "voluntad general".[151]

---

[149] Bernal Gómez, B. (2010). *Op. cit.* pp. 163 y 167; Fernández García, E. (2001). *Op. cit*; Soberanes Fernández, J. (2009). *Op. cit.* pp. 162 y 163.

[150] Sánchez Viamonte, C. (1956). *Los Derechos del Hombre en la Revolución francesa*. México: UNAM, p. 18.

[151] *Cfr*. Dippel, H. *Op. cit*.

Con orígenes económicos, políticos, religiosos e intelectuales, más que con ideologías o doctrinas previas, la Revolución estadounidense fue el primer ejemplo de una sublevación triunfante.[152] Esto significó un gran aporte para la historia, tanto política como de las ideas políticas puesto que mostró el paso de la especulación a la acción, y ofreció un modelo que sería adoptado tanto en las Constituciones de Latinoamérica como en las de Europa.

Hay que tener presente que el alcance que tuvieron la *Declaración de Independencia* (4 de julio de 1776) elaborada por Jefferson -la cual supuso la validez eterna de la ley natural-, y la *Constitución de Estados Unidos de América* (1787) -misma que a partir de sus enmiendas recogió ciertos derechos inalienables, como la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad-, consumaron un antes y un después en los ideales comunes de todos los pueblos y naciones en materia de Derechos Humanos.[153]

Aunque la Declaración de Derechos o *English Bill of Rights* de 1688 -producto de la Revolución Gloriosa- tuvo cierta influencia tanto en la *Declaración de los Derechos del Hombre de Virginia* de 1776, como en la Declaración de Independencia de ese mismo año, y en la Constitución de Estados Unidos de América de 1787, las diez primeras enmiendas a la Constitución de Estados Unidos de América (Carta de Derechos o *United States Bill of Rights* de 1791) tuvieron un significado muy especial. Esta Declaración fue diferente a las Declaraciones europeas en el sentido de que sus prescripciones serían aplicables por los tribunales, lo que

[152] Los delegados de las Trece Colonias, reunidos en la convención de Filadelfia, aprobaron la Constitución americana, la cual puso en práctica la división de poderes preconizada por Montesquieu, estructurando al país como una república federal, cuyo primer presidente fue George Washington. *Cfr.* Lexis 22. (1980). *Op. cit.* p. 77 y 263.

[153] Esa Constitución ha sido la primera y única que redactaron los estadounidenses y es la más antigua de las Constituciones vivas en el mundo. *Cfr.* Friedman, L. (2007). *Breve Historia del Derecho Estadounidense.* (P. Jiménez Zorrilla, Trad.) México: IIJ-UNAM, pp. 21-33; Touchard, J. (1963). *Op. cit.* pp. 352-355.

repercutió en "una garantía efectiva y no en una simple declaración de intenciones".[154]

Evidentemente, cada revolución fue producto tanto del pensamiento ilustrado como de los teóricos del contrato social. Las Declaraciones estadounidenses marcaron el camino de la transformación política, jurídica y social de los europeos; por lo tanto, la Revolución francesa -al haber sido una "caja de resonancia de la emancipación de los Estados Unidos de América", y un modelo clásico de revolución burguesa-, representó el deseo de realización de la unidad nacional y social con la destrucción de los privilegios de las clases dominantes del Antiguo Régimen.[155]

Todos estos cambios políticos coincidieron con una agudización de la crisis económica que laceraba a las clases populares, situación que condujo a la abolición de todos los privilegios feudales, dando como resultado que el 26 de agosto de 1789 se aprobara en Francia la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* (completada en 1793), la cual asentó las bases del nuevo régimen. La burguesía triunfó y se convirtió en dueña del poder político. Aprobada la Constitución se constituyó la Asamblea Legislativa.[156]

Si bien Estados Unidos de América consagró el Constitucionalismo y los derechos del ser humano en su Derecho Positivo, Francia le dio el significado filosófico-ideológico y el contenido racional, moral y social que

---

[154] Rodríguez y Rodríguez, J. (1991). Las Declaraciones francesa y Universal de los Derechos Humanos. En Varios, *Bicentenario de la Revolución francesa* (Primera ed., pp. 197-217). México: IIJ-UNAM.

[155] Sánchez Viamonte, C. (1956). *Op. cit.* pp. 12-19.

[156] En las reuniones de los Estados Generales, tanto la aristocracia como el clero y la burguesía deliberaban separadamente, pero los representantes de la burguesía no aceptaron esa reglamentación jurídica y pese a la resistencia del rey y de una parte de los privilegiados, lograron constituir, el 17 de junio de 1789, la Asamblea Nacional; a los tres días se prometieron conceder una *constitución* a Francia y finalmente el 9 de julio la Asamblea Nacional se proclamó Asamblea Constituyente. *Cfr.* Rodríguez y Rodríguez, J. (1991). *Op. cit.*

le faltó a los estadounidenses. Consecuentemente, dos principios fundamentales surgieron tras estos dos acontecimientos: la legitimidad y el nacionalismo; ambos principios emergieron tras dichas experiencias revolucionarias para establecer los pilares de la política en los siglos XIX y XX.

Por otro lado, pero en ese contexto, las corrientes liberales europeas y el ejemplo de Estados Unidos de América, suministraron a los criollos hispanoamericanos el bagaje jurídico e ideológico necesario para plantear la emancipación. Mas debe reconocerse también la importancia específica del pensamiento tradicional castellano y las teorías jesuitas sobre la desobediencia, el derecho de rebelión y hasta el tiranicidio.[157]

El proceso revolucionario iberoamericano y la guerra contra los españoles -desatada en un principio aprovechando la oportunidad brindada por la invasión napoleónica a la península ibérica- fue dirigido por la oligarquía criolla, con o sin el apoyo de la población mestiza, pero completamente al margen de los nativos -salvo en algunos casos- que incluso en varias oportunidades tomaron partido por la metrópoli y lucharon contra los criollos.[158]

Así, el movimiento constitucionalista no sólo reivindicó derechos y nuevas formas de organización, sino también una legitimidad que descansaría sobre el principio de soberanía nacional y del mandato representativo. En ese sentido, la Constitución Política de la Monarquía

[157] *Vid*. Portero Lameiro, J. (2021). La Reunificación Ibérica. Fundamentos para un debate necesario. Madrid: Dykinson, S.L.

[158] La emancipación de las colonias españolas de América fue un complejo proceso histórico en el que intervinieron varios factores. Por ejemplo, el monopolio colonial impuesto por España impedía el desarrollo económico de los países americanos y sólo beneficiaba a la metrópoli. La situación de dependencia era agravada por una mala y abusiva administración colonial. Todas estas circunstancias afectaban los intereses de la oligarquía criolla. *Cfr*. Peccatiello, R. (2015). El dilema de la soberanía gaditana y la reelaboración. En *México en Cádiz, 200 años después. Libertades y democracia en el Constitucionalismo contemporáneo* (pp. 173-193). México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Española promulgada el 19 de marzo de 1812 dio origen al Constitucionalismo hispánico y, además de haber sido referente en los textos constitucionales posteriores a las Independencias, contiene una invocación divina (iusnaturalista) que fue ejercida por los diputados de las Cortes de Cádiz, proclamando solemnemente principios completamente nuevos.[159]

Si bien, por otra parte, en Venezuela y en Colombia se promulgaron Constituciones previas a la Carta Gaditana, en aquellas épocas también puede apreciarse la presencia del pensamiento constitucionalista en numerosos documentos anteriores debidos a personajes como A. Nariño en Colombia, M. de Talamantes en México o F. de Miranda en Venezuela, entre muchos otros precursores. No está de más recordar que surgieron los dos caudillos sudamericanos: Simón Bolívar (venezolano) y San Martín (argentino), así como Hidalgo y Morelos (mexicano), cuyo pensamiento constitucional, si bien estuvo inspirado en las Revoluciones estadounidense y francesa, así como por la Ilustración criolla, retomó importantes aspectos del pensamiento político castellano.[160]

Lo cierto es que el Constitucionalismo hispanoamericano se consolidó -en una primera etapa- entre 1808 y 1830, arraigando desde entonces -más allá de sus regresiones, a las cuales tampoco fueron ajenas las potencias europeas- el republicanismo, la democracia y la división de poderes, como algunos de sus principales dogmas.

---

[159] Entre dichos principios destacan: 1) soberanía y poder constituyente de la nación; 2) indisponibilidad de ésta; 3) superioridad jerárquica de la Constitución como norma suprema y, por tanto, superior a todas las demás normas y a los poderes constituidos; 4) división de poderes; 5) representación nacional, es decir, el ejercicio parlamentario de la soberanía nacional. *Cfr.* Torres del Moral, A. (2012). El inicio del Constitucionalismo español. *Corts: Anuario de Derecho parlamentario*(26), 163-190.

[160] *Vid.* Betanzos, E. (2015). Apuntes sobre las Cortes Gaditanas, la participación de los diputados novohispanos en la Constitución de Cádiz de 1812 y el problema de la negritud. En J. Soberanes Fernández, & E. López Sánchez, *La Constitución de Cádiz de 1812 y su impacto en el Occidente Novohispano* (pp. 133-151). México: IIJ-UNAM.

Tras la primera fase del Constitucionalismo, caracterizado por su impronta liberal, paulatinamente, a partir del último tercio del siglo XIX, se esbozó otro orden de derechos que requería -más que el sólo respeto- de prestaciones positivas del Estado. Dichos derechos nacieron como resultado de la Revolución industrial, y sus consecuencias en el campo y en las nuevas fábricas (promoviendo las reivindicaciones agrarias y obreras que habrían de ser expresadas por el marxismo y la Doctrina Social de la Iglesia), fueron recogidas hacia el primer tercio del siglo XX, primeramente por la Constitución Mexicana de 1917 y casi en paralelo por la de Rusia de 1918 y la de Weimar de 1919, para posteriormente extenderse a otros países.[161]

Primero se manifestaron como derechos individuales, y después de la Gran Guerra de 1914-1918 como derechos sociales que proyectaron a operar una reforma económica-social. De hecho, la evolución de estos derechos en el mundo contemporáneo (a partir de la II Guerra Mundial) siguió una trayectoria *expansiva*, que conllevó a un gran aumento de los preceptos constitucionales, lo que supuso a su vez una *universalización* traducida en normas y Declaraciones de carácter internacional.

En resumen: desde finales del siglo XVIII y, sobre todo, durante el siglo XIX, se produjo el fenómeno de la Constitucionalización del Derecho Público, difundiéndose en la mayor parte de los países europeos y americanos. Dicho proceso fue acompañado de un pensamiento político específico: el Constitucionalismo, basado fundamentalmente en el contractualismo, en la división de poderes y en las Declaraciones de Derechos -de inspiración iusnaturalista-, así como basado también en los ideales de la Ilustración y del liberalismo, enfrentando en un principio la oposición del movimiento restauracionista, que sin embargo fue

[161] *Vid.* Paoli Bolio, F. (1016). *Constitucionalismo en el siglo XXI. A cien años de la aprobación de la Constitución de 1917.* México: Senado de la República, Secretaría de Cultura, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, IIJ-UNAM.

perdiendo fuerza ante las posteriores revoluciones de 1820, 1830 y 1848. Las principales fuentes del Constitucionalismo pueden encontrarse en la Independencia de Estados Unidos de América, en la Revolución francesa y en las Independencias hispanoamericanas.

Por su parte el Derecho Privado -como se expondrá en el siguiente apartado- fue propiciado sobre todo por la doctrina iusnaturalista francesa y alemana, así como posteriormente por la exégesis y la pandectística, a través de los procesos codificadores que respondieron a una exigencia paralela a la del Constitucionalismo, promovida también por el propio iusracionalismo y la filosofía de la Ilustración.[162]

3.4 La Codificación del Derecho Privado

Hasta la Revolución francesa, los Estados de Europa continental habían estado vinculados al *Ius Commune* y los juristas se formaban en las universidades sobre la base de este Derecho Común, más allá de sus desarrollos específicos diversificados en cada país y localidad. Existía una cuantiosa literatura jurídica internacional que se había conformado desde diversas latitudes; de hecho, la mayoría de las obras estaban escritas en latín, que hasta entrado el siglo XVIII constituyó la lengua de la ciencia. Los tribunales superiores acogían esa literatura y adjudicaban conforme a los principios, reglas y métodos de interpretación de dicho Derecho Común, recogido también para entonces en numerosas leyes y sentencias.[163]

El Derecho Común había regido precisamente como resultado de la ciencia, y gracias a su autoridad y amplia recepción. Lo *universal* no representaba ninguna dificultad, además el *método* de la ciencia jurídica también era *común*. Igualmente, el Derecho Natural racionalista existía

[162] *Vid*. Caroni, P. (2012). *Escritos sobre la Codificación.* (A. Mora Cañada, & M. Martínez Neira, Trads.) Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.

[163] *Cfr*. Coing, H. (1996). *Op. cit*. pp. 47-69.

junto al Derecho Común y que desde el siglo XVII permanentemente aumentó su influencia, pues era también una disciplina *europea.*[164]

Pero en el siglo XIX -como resultado de la Codificación y del Constitucionalismo- menguó dicha ciencia jurídica común por la idea de la centralidad en la nación, orientándose hacia el Derecho de cada uno de los Estados, es decir, a sus propias leyes y codificaciones, las cuales dejaron de ser "común" -universales y/o europeas- quedando como nacionales. Por ende la unidad y franja geográfica del *Ius Commune* se dividió en "jurisdicciones" -o zonas jurídicas-, delimitadas por correspondientes fronteras estatales.[165]

Especificando: en adelante -aparentemente- no existió más Derecho Común y se debió -posiblemente y al menos- a seis razones:

i) en el siglo XIX el latín perdió su importancia como lengua jurídico-científica (se publicaba en cada una de las lenguas nacionales), lo que representó un obstáculo para la conservación de una disciplina supranacional;
ii) declinó el intenso intercambio jurídico universitario internacional porque no hacía falta enriquecer el estudio de un Derecho nacional, pues se enseñaba y aprendía la legislación y el Código estatal;
iii) el fenómeno de la Codificación "nacional" de Derecho Privado se presentaba como ley general y exigía vigencia territorial exclusiva y limitada;
iv) las leyes sólo podían ser promulgadas en cada uno de los Estados; lo que significó
v) la falta de una organización política com-unitaria internacional que legislara; asociado con

[164] Molitor, E., & Schlosser, H. (1980). *Op. cit.* pp. 81 y ss.

[165] *Cfr.* Coing, H. (1996). *Op. cit.* p. 48.

vi) el cambio de la concepción del *Derecho* introducido por las ideas de la Ilustración, al creer que éste se encontraba en la ley y no en los resultados de la jurisprudencia-interpretación.

Este proceso de disolución no pasó desapercibido para los juristas de la época. Muchos incluso lo sintieron como una desgracia. El jurista alemán Rudolf von Ihering (†1892) escribió en 1872: "…la ciencia se ha degradado en jurisprudencia territorial; en la jurisprudencia las fronteras científicas coinciden con las políticas. Una forma humillante, indigna para una ciencia".[166] Previamente el también abogado y político alemán J.H. von Kirchmann (†1884) había cuestionado la misma viabilidad de una ciencia jurídica reducida a la técnica de la exégesis sobre la legislación nacional.[167]

Y es que a raíz de los planteamientos expuestos entre las ambiciones estatalistas del absolutismo, las reivindicaciones garantistas, las aspiraciones humanitarias de la Ilustración (motivos distintos y a veces opuestos), así como a la necesidad de *librar* el Derecho de la autónoma y total disponibilidad y maniobra que realizaban los juristas respecto de los ordenamientos, fue por lo que resultó urgente y necesario para el Estado fijar y garantizar este Derecho, trasladándolo a normas completas y unívocas, y formulándolo en la única lengua que podía facilitar -supuestamente- su conocimiento concreto, es decir, en la lengua del propio país.[168]

No obstante, debe reconocerse que, como una tendencia para tratar de contrarrestar dicho excesivo nacionalismo jurídico, al amparo del iusnaturalismo racionalista, hacia la segunda mitad del siglo XIX,

---

[166] *Cfr*. Radbruch, G. (1985). *Introducción a la Filosofía del Derecho* (Tercera ed.). (W. Roces, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica, p. 120.

[167] *Vid*. Kirchmann, J. (1983). *La jurisprudencia no es ciencia* (Tercera ed.). (A. Truyol Serra, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

[168] Caroni, P. (2013). *Op. cit*. pp. 41-59.

comenzó a desarrollarse el Derecho Comparado, el cual -en aquél entonces- fue conceptualizado más bien como "Legislación Comparada", lo que posibilitó la discusión -y de alguna forma la continuidad supranacional- de los problemas jurídicos.[169]

Igualmente, tampoco es posible dar una exposición unitaria de los procesos de Codificación y de la ciencia jurídica del siglo XIX; más bien se tendría que tratar específicamente el desarrollo y contexto de cada uno de los países, pues la elaboración de los cuerpos de leyes se plantearon de distinta manera al haber seguido itinerarios diferentes, siendo a ese respecto paradigmáticos los procesos francés y alemán.[170]

Aunque los primeros Códigos modernos (con planes, métodos, ideologías y distintas formas de agrupar al Derecho) empezaron a desarrollarse a mediados del siglo XVIII en Prusia (*ALPS* de 1794) y Austria (*ABGB* de 1811)[171], para los fines de este estudio se expondrá única y brevemente el desarrollo de las codificaciones francesa y alemana, la primera por haber sido la Codificación más influyente de Europa (el *Code Civil* del año 1804) por su claridad y simplicidad, y la segunda (el *BGB* del año 1900) por haber conseguido ser más general, racionalista y sistemático que el *Código Napoleón* en razón de su logización conceptual sobre el Derecho Romano.

Los resultados dogmáticos y sistemáticos alcanzados por los humanistas, acopiados a su vez por los iusnaturalistas, llegarían hasta las codificaciones racionalistas. Así "el *ius naturale* fue recogido, ordenado y sistematizado por la Codificación francesa como la positivación iluminista del Derecho Natural racionalista del Estado". En

---

169 *Vid*. Scarciglia, R. (2018). *Métodos y Comparación Jurídica.* (L. Mateo Sanz, Ed.) Madrid: Dykinson, S.L.

170 *Vid*. Morineau, M. (2006). El Derecho Comparado. En N. González Martín, *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau* (pp. XVII-XLIV). México: IIJ-UNAM.

171 Caroni, P. (2012). *Op. cit.*; Caroni, P. (2013). *Op. cit.* pp. 71-99.

ese sentido, el *Code Civil*, surgió como consecuencia de la Revolución francesa, respondió a las ideas de la Ilustración y del liberalismo político y económico, consagró las ideas de libertad, fraternidad e igualdad de todos los ciudadanos, y por ello fue el modelo de una legislación liberal y primer código para la nueva sociedad burguesa.[172]

Por tanto, el Derecho francés repercutió en la culminación del iusnaturalismo moderno y propició -paradójicamente- el comienzo del iuspositivismo formal contemporáneo. De igual modo, ejerció una influencia decisiva también fuera de Europa, por ejemplo en Iberoamérica, donde se pueden observar en las Independencias de varios países, intentos codificadores inspirados en el *Code Civil* de Francia.[173]

Probablemente Latinoamérica tomó como ejemplo dicho Código por haber estado redactado en una lengua romance, cercana al castellano, y por la gran semejanza del orden institucional, pues se adecuaba casi a la perfección debido a que el Derecho Romano también había sido estudiado en el nuevo continente; aunque también hay que resaltar que la Codificación del Derecho español -y en lo particular el famoso proyecto de Florencio García Goyena- es un importante antecedente de las codificaciones hispanoamericanas.[174]

Por su parte, la otra Codificación paradigmática tuvo lugar en Alemania y aunque su itinerario partió de la crítica al racionalismo jurídico de la Codificación francesa realizada desde una perspectiva

---

[172] Pampillo Baliño, J. (2008). *Op. cit.* pp. 232-238 y 252; Guzmán Brito, A. (2006). *Op. cit.* p. 52.

[173] Tarello, G. (1995). *Cultura jurídica y política del Derecho.* México: Fondo de Cultura Económica.

[174] Guzmán Brito, A. (Julio de 2005). La influencia del Código Civil Francés en las codificaciones americanas. *Colección de Derecho Privado*(2), 27-60. Recuperado el 10 de julio de 2020, de https://doctrina.vlex.cl/source/cuadernos-analisis-juridico-6753/issue_nbr/%232?_ga=2.229436572.1468058568.1594431743-672743543.1594431743; *Cfr.* Cruz Barney, Ó. (2004). *La Codificación en México: 1821-1917.* México: IIJ-UNAM, pp. 3-47.

historicista, desembocó finalmente en otro Código tan racionalista -o más- que el de Napoleón.

Dicho proceso partió -como es sabido- de la disputa entre los juristas alemanes Anton Friedrich Justus Thibaut (†1840) y Friedrich Karl von Savigny (†1861) y de la fundación, por este último, de la Escuela Histórica Alemana, la cual se propuso que antes de codificar -o no-, era necesario conocer, a través de la ciencia histórica, el verdadero Derecho alemán, dividiéndose para tales efectos en sus dos características ramas: germanista y romanista.[175]

Esta bipartición de la ciencia del Derecho Privado -en una parte romanista y otra alemana o germanista- permaneció en Alemania también en el siglo XIX, época en la que la ciencia jurídica recibió impulsos tanto de la Escuela Histórica como posteriormente de la Pandectística derivada de su vertiente romanista.[176]

Ciertamente habían aparecido en el curso del siglo XVIII las teorías del Derecho Natural y las primeras exposiciones del Derecho Común alemán, que se habían desarrollado sobre las fuentes medievales del Derecho Romano. Hay que recordar que el *Ius Commune* se había desarrollado con vigor desde el siglo XVII en Alemania a través del *Usus Modernus*.[177]

La rama más importante en Alemania de la ciencia iusprivatista fue la romanista, que desembocó en la "Jurisprudencia de los Conceptos" también llamada *Pandectística* en la que no sólo estaban las antiguas fuentes del Derecho Común (Derecho vigente), sino que pudo proyectar y

[175] Savigny, F. (2015). *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho.* (J. Díaz García, Trad.) Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Obtenido de http://hdl.handle.net/10016/21520.

[176] Wieacker, F. (2000). *Op. cit.* pp. 169 y ss.

[177] Pampillo Baliño, J. (2008). *Op. cit.* pp. 210-252.

poner como base un sistema jurídico elevadamente conceptual, desarrollado a través de un método inductivo (desde las reglas y opiniones del Derecho Romano) y luego deductivo, aplicando los conceptos romanistas a los casos concretos.[178]

En el anterior desarrollo de la ciencia jurídica alemana cabe así distinguir dos fases: la de la *Escuela Histórica del Derecho* alemana (Savigny †1861), y la de la *Jurisprudencia de Conceptos* (Puchta †1846), corrientes que dieron como resultado la Codificación alemana de 1900 (BGB). Estos períodos no pueden separarse con fechas precisas pues se sobrepusieron entre sí, y algunas doctrinas siguieron operando aun hasta después de la Codificación.[179]

Posteriormente, el método propuesto cambió la relación entre dogmática jurídica y la historia del Derecho por la "Jurisprudencia de Conceptos", sin embargo al poco tiempo, el mismo Rudolf von Ihering reconoció las limitaciones de dicha jurisprudencia conceptualista y propuso en su lugar -como factores decisivos del Derecho- los *intereses* que aparecen en la sociedad, propugnando por un regreso desde la cultura conceptual, hacia la realidad social.[180]

Por lo demás, en este giro también tuvieron cierta importancia las propuestas de la doctrina utilitarista del filósofo, jurista, economista, escritor y reformador social inglés Jeremías Bentham (†1832)[181]; dando

---

[178] *Cfr*. Coing, H. (1996). *Op. cit*. pp. 27-65.

[179] Aproximadamente se puede decir que las doctrinas de la Escuela Histórica dominaron sobre todo en la primera mitad del siglo XIX. Esa época está configurada sobre todo por Savigny y Puchta, y sus discípulos inmediatos. En la segunda mitad predominó la Jurisprudencia de Conceptos, que fue desarrollada sobre todo en los años cincuenta por Ihering, Gerber y Kuntze. *Cfr*. Coing, H. (1996). *Op. cit*. pp. 47-68.

[180] El resultado, la suma de los conceptos adecuados, fue calificado por Ihering como "*cuerpo jurídico*". *Cfr*. Flores Ávalos, E. (2006). Jurisprudencia de conceptos. En N. González Martín, *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau* (Vol. I: Derecho Romano. Historia del Derecho, pp. 219-232). México: IIJ-UNAM.

[181] *Cfr*. Saldaña, Q. (1921). Bentham en España. *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 385-395. *Vid*. Guzmán Brito, A. (2006). *Op. cit*. pp. 154-156.

un claro ejemplo de que también el pensamiento inglés ejerció una gran influencia en la ciencia jurídica continental durante el siglo XIX, aunque no fue capaz, en contrapartida, de influir al mundo anglosajón para codificar su Derecho Privado.[182]

Así, entre el final del siglo XVII y el comienzo del siglo XIX se configuró un modelo de Codificación que se mantuvo más o menos estable durante el siglo XX.[183]

En resumen: la convergencia entre el iusnaturalismo racionalista y la Ilustración fue infundiendo la idea de ordenar a las sociedades a través de un régimen que positivase el Derecho Natural, conllevando consecutivamente a la -aún más ambiciosa aspiración- de elaborar cuerpos normativos que comprendiesen la integridad de cada disciplina jurídica como el Derecho Civil, el Penal, el Procesal, el Mercantil o Comercial, entre otras que se fueron perfeccionando y subdividiendo en Derecho Público y Privado, sentando así las bases de la Codificación del siglo XIX.[184]

Como resultado de dicha Codificación, con las dogmáticas *legalista, estatalista* y *formalista*, "se abrió, paradójicamente, la época del positivismo jurídico", derivando en la transfiguración y "muerte" del Derecho Natural.[185]

---

[182] *Cfr*. Coing, H. (1996). *Op. cit.* p. 75; Pampillo Baliño, J. (2008). *Op. cit.* pp. 243-249.

[183] Ferrante, R. (julio-diciembre de 2013). Los orígenes del modelo de Codificación entre los siglos XIX-XX en Europa con particular atención al caso italiano. *Derecho Privado, 25*, 29-53.

[184] Precisamente la Ilustración tuvo la firme convicción de que la razón podía desarrollar un sistema jurídico universalmente válido, contribuyendo a destruir el ordenamiento jurídico válido en general en toda Europa y a disgregarlo en sistemas nacionales de Derecho codificado.

[185] Caroni, P. (2013). *Op. cit.* p. 42; Pampillo Baliño, J. (2008). *Op. cit.* pp. 253-277, respectivamente.

3.5 Consecuencias del Legalismo y del Estatalismo para el Derecho y la Ciencia Jurídica

Es conocida la crisis que ha experimentado el Derecho Positivo legislado y estatalista desde mediados del siglo XX hasta nuestros días.

Con una perspectiva general, el legalismo y la Codificación tenían la legítima intención de i) simplificar el Derecho, ii) haciéndolo accesible a la sociedad, iii) con un vocabulario de fácil comprensión, iv) codificándolo con la premisa de satisfacer las expectativas y aspiraciones de los súbditos (felicidad, paz, justicia, bienestar, tranquilidad, etc.), v) permitiéndoles ejercer sus derechos de forma "libre" e igualitaria, vi) sin ataduras dominantes ejercidas por los abusos del "gobernante", vii) confiando en la lealtad jurídico-política más que en la lógica del juez, y viii) estando ordenado temáticamente.

Es más, se creía -y se esperaba- que el siglo XIX sepultaría al despotismo político y traería de una vez por todas el éxito de la idea legislativa como instrumento para disciplinar al poder.

Sin embargo, el Derecho Positivado consolidó un absolutismo jurídico desde el cual el Estado, en vez de verse limitado, robusteció aún más su potestad, pues se volvió más rígido para el mismo gobernado y no se consiguió la consumación del triunfo anhelado, pues el Derecho acabó por convertirse en un instrumento al servicio del Estado.[186]

Paradójicamente, la ley se convirtió en el "más sofisticado mecanismo en manos del poder para controlar -en muchos sentidos- la

[186] *Ibídem*; Grossi, P. (1996). Absolutismo Jurídico y Derecho Privado en el Siglo XIX. *Derecho y Sociedad*, pp. 94-99. Recuperado el 26 de octubre de 2020, de http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/117038.

vida en sociedad del hombre", resultando ser un laberinto sin salida, pues negaba el pasado y bloqueaba al futuro.[187]

Es decir, la positivación del Derecho Natural -encontrada en la legislación y los códigos- llevó a presuponer que la ley del Estado, por el hecho de serlo, sería legítima y -sobre todo- justa, producto de la voluntad general de Rousseau y de la recepción del propio Derecho Natural.

En virtud de ello, la ciencia jurídica siguió al proceso nacionalizador y quedó aprisionada en sus fronteras; se extinguió el *Ius Commune* a lo largo del siglo XIX quedando únicamente el Derecho de cada uno de los Estados, si bien -paradójicamente- el mismo se habría desarrollado a partir de dicho Derecho Común, de ahí su huella todavía presente y característica.

Sin embargo, tanto la pérdida de un Derecho supranacional -rico, diverso y plural- como la vinculación de la ciencia jurídica a códigos nacionales, fueron sentidas por muchos juristas como una reducción sin fundamento ni beneficio. Esta forma jurídico-positiva alentó más tarde un auténtico culto al legalismo, al estatalismo y a la subsunción de la realidad social a la norma jurídica.

Juntamente con la Codificación, se impuso la doctrina de la ley como única fuente de Derecho. Ni el Derecho consuetudinario, ni el Derecho de los juristas, ni siquiera el Derecho derivado de las sentencias judiciales tendrían ya valor como fuentes jurídicas autónomas, sino sólo en cuanto fundados y limitados por la ley. La creación del Derecho se convirtió en cometido exclusivo del legislador, y a la ley se le debía estricta obediencia, aunque se admitió una interpretación (pero bastante limitada de la misma).

[187] Esser Josef y Jaime del Arenal, *apud* Pampillo Baliño, J. (2008). *Op. cit.* p. 236.

Es decir, la Codificación, al haber sido producto del estatalismo (que incrementó el poder estatal hasta absorber y monopolizar la producción del Derecho), transformó radicalmente el papel del jurista, redimensionándolo y prácticamente devaluándolo y limitándolo al papel de mero exégeta del texto impuesto por el *poder* legislativo, pues el abogado tampoco debía perfeccionar el Derecho.

El intérprete creativo (juez, jurista) se convirtió en una simple voz-repetidora de la ley, pues en principio sólo debía explicar las normas del código y atenerse pasivamente a lo que éstas prevén, con nulo margen de maniobra en el razonamiento lógico, justo y sistemático del Derecho, es decir, -encontrándose- muy por debajo de la labor que hicieron los juristas del *Mos Italicus,* pues es la ley la que debe dominar y no el criterio jurídico. En pocas palabras "el intérprete era esclavo de la ley" y esclavo del legislador en todo caso.[188]

Así las cosas, en un primer momento se rechazó el Derecho de la Baja Edad Media en nombre de la recuperación del Derecho Romano "puro", después se objetó este Derecho Romano a raíz del Derecho Natural, posteriormente se refutó al Derecho Natural por el Derecho racional, para terminar negándolo a causa del Derecho legal (estatalista, formalista, positivista), cuyo único salvavidas fueron los principios generales del Derecho, reducidos a su mínima expresión.

Pero, como habrá de apreciarse en el siguiente capítulo, las tendencias hacia la estatalización legislativa del Derecho a las que respondieron tanto la Constitucionalización del Derecho Público como la Codificación del Derecho Privado (a partir de la segunda mitad del siglo XX cuando empezaron a imponerse) se vieron enfrentadas a otras fuerzas a las que, aunque dominaron durante su época ya no pudieron contener, primero en virtud del auge de la globalización, y después por los nuevos

[188] Ferrante, R. *Op. cit.* pp. 29-53.

localismos: el fenómeno de la "glocalización", marcando así una época contraria a la de la vigencia del *Ius Commune* supranacional y plural.[189]

[189] El término glocalización se acuñó, hacia la década de 1980, por Ulrich Beck y Roland Robertson. *Apud.* Pampillo Baliño, J. (2012). Derecho Comunitario y *Ius Commune* Americano: dos asignaturas pendientes para las ciencias jurídicas de nuestro continente. *Foro. Revista de Derecho*(18), 5-29.

Capítulo 4. Del Ius Gentium al Derecho Supranacional Contemporáneo

4.1 Antecedentes del Ius Gentium

4.1.1 La Antigüedad Grecolatina

Según se expuso anteriormente, contemporánea y sucesivamente al apogeo del positivismo (legalista, formalista, estatalista) se fue re-formulando y re-construyendo un nuevo Derecho inter-nacional y, posteriormente, transnacional y supranacional, cuya peculiar dinámica nos permite replantear, proponer y, sobre todo, valorar las virtudes prácticas que tuvo el "Derecho Común bajomedieval".

Sin embargo, para comprender su importancia específica así como sus proyecciones, por lo que respecta al tema del presente trabajo de investigación, es necesario remontarnos a los antecedentes que se encuentran en la Antigüedad y en la Edad Media, y después pasar a exponer su nacimiento y desarrollo durante la Edad Moderna y sus últimas realizaciones, a partir de la segunda mitad del siglo XX.

En efecto, para entender mejor las actuales relaciones entre las naciones, así como las de sus residentes en el ámbito de los Derechos Humanos, conviene tener en cuenta algunos antecedentes históricos, filosóficos y morales. Por lo tanto, a continuación se expondrán *grosso modo* desde el mundo de la *Polis* helénica, el *imperium mundi* romano, y la cristiandad medieval, hasta el sistema de Estado moderno.[190]

Aunque se ha considerado al Derecho Internacional como una ciencia jurídica de aparición relativamente reciente, en realidad desde la

[190] Truyol y Serra, A. (1995). *Historia del Derecho Internacional Público.* (P. García Picazo, Trad.) Madrid: Tecnos, pp. 24-26.

Edad Antigua existieron civilizaciones y pueblos distintos e independientes; además, un gran número de instituciones de ese Derecho tienen su origen en la Antigüedad clásica, y aún antes.[191]

Si bien es verdad que el Estado, en la forma en que hoy lo concebimos, no aparece sino mucho más tarde -hacia los albores de la Edad Moderna-, también es indudable que los grupos sociales y políticos existían desde mucho antes, y las relaciones entre ellos daban lugar a ciertas normas, frecuentemente de origen consuetudinario.[192]

En la Grecia antigua, por ejemplo, se dieron condiciones más favorables para el desarrollo de un Derecho Internacional más parecido a los moldes modernos. Tales condiciones se derivan del hecho de que los pueblos de la Hélade se reconocían mutuamente cierta igualdad, fundada en la identidad cultural, lingüística, religiosa y étnica. Sin embargo, su actitud, respecto a los pueblos ajenos al mundo helénico, era la tradicional de la Antigüedad: se les consideraba inferiores -"bárbaros"- e indignos de la protección de las instituciones, que eran válidas únicamente para los otros pueblos de la misma cultura.[193]

Esta idea de comunidad helénica, y de oposición al mundo culturalmente ajeno, no impidió que ciertas rivalidades internas produjeran choques frecuentes entre los mismos griegos, siendo particularmente conocido y recordado el antagonismo entre Atenas y Esparta (guerra del Peloponeso).[194]

---

[191] Herdegen, M. (2019). *Derecho Internacional Público* (Segunda ed.). (M. Anzola LL. M., Trad.) México: IIJ-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas Konrad Adenauer Stiftung, pp. 1-8.

[192] *Vid.* Becerra Ramírez, M. (1991). *Derecho Internacional Público.* México: IIJ-UNAM.

[193] Seara Vázquez, M. (1993). *Derecho Internacional Público.* México: Porrúa, p. 45.

[194] *Vid.* Fernández de Buján Fernández, A. (2017). *La Deuda Histórica Del Arbitraje Moderno.* Madrid: Dykinson, S.L.

A partir del siglo IX a. C. surgió un incipiente Derecho Internacional -según señala el jurista e internacionalista español Truyol y Serra (†2003)- "intrahelénico o panhelénico, fundado sobre prácticas y tradiciones comunes". Grecia fue así el primer ejemplo de colectividades políticas independientes y principal antecedente de los existentes en la actualidad, pues tales colectividades establecieron entre sí una serie de lazos de amistad. Al respecto debe reconocerse la importancia de organizaciones e instituciones como "las Anfictionías, la Liga Iónica, la Liga de Delos, la Confederación Beócica, la Confederación Peloponésica, la Liga Panhelénica, o la Liga Aticodeliana".[195]

Otro hito en el desarrollo del Derecho Internacional de la Antigüedad se encuentra en el *ius gentium,* cuya paradójica culminación puede referirse a la universalización del *ius civile* o Derecho Quiritario (Derecho en un principio privativo de los ciudadanos romanos) que se llevó a cabo por el Edicto del Emperador Caracalla (César Marco Aurelio Severo Antonino Augusto †217) promulgado en el año 212, aunque desde tiempo atrás se había venido desarrollando un ordenamiento jurídico peculiar, gracias también a la fecunda actividad del pretor peregrino, que incluso influyó igualmente sobre el propio Derecho Romano en la época clásica.[196]

Dicho *ius gentium*, que fue tanto *ius inter-gentes* (entre pueblos) como *ius gentium* (en el sentido de Derecho entre personas), estuvo también indudablemente influido por el iusnaturalismo característico de la época clásica del Derecho Romano.[197]

---

[195] *Cfr*. Truyol y Serra, A. (1995). *Op. cit.* p. 24.

[196] Bernal Gómez, B. (2010). *Op. cit*; Kunkel, W. (1982). *Op. cit. Vid*. Oliver, J. (1978). Die Constitutio Antoniniana und Papyrus Gissensis 40 by Hartmut. *The American Journal of Philology, 99*(3), 403-408. Recuperado el 28 de octubre de 2020, de https://www.jstor.org/stable/293753?seq=1.

[197] *Vid*. Cannata, C. (1996). *Op. cit*; Carpintero Benítez, F. (2005). *Op. cit.* pp. 283-308.

De suerte que, el Derecho Natural no era un Derecho especial-particular, sino más bien era la razón de ser, es decir, era el motivo que justificaba y determinaba otros Derechos; por un lado el *ius civile* y por el otro el *ius gentium*, *ius inter-gentes*, de gentes o Internacional. Tal influencia -del Derecho Natural sobre el Derecho de gentes- fue llevada hasta el extremo.[198]

Se consideraba al Derecho Natural como una necesidad para la convivencia de todos los seres humanos, misma que tendía a ser satisfecha mediante el *ius gentium* o Derecho de gentes o *ius inter-gentes*. Es por ello por lo que el "ius gentium", cuyo contenido varió mucho con el tiempo, cubría fundamentalmente dos cosas: i) el Derecho aplicado a los extranjeros, y ii) ciertas normas que podían considerarse como el Derecho Natural.[199]

De ahí que, el *ius gentium,* o sea, el derecho del extranjero común (no diplomático) estaba constituido por un conjunto de facultades basadas en la equidad natural conforme al Derecho Romano, conformándose por disposiciones orientadas a proporcionar beneficios y definir la situación del individuo.[200]

Así, en los tiempos originarios de Roma, extranjero y ciudadano eran inconciliables, pero parecidos. Aquéllos se regían por una especie de Derecho Común a todas las personas, mientras que los ciudadanos se gobernaban por un Derecho propio y privilegiado. Dicho Derecho evolucionó también gracias al influjo del propio Derecho de gentes y del Derecho Natural.

---

[198] Becerra Ramírez, M. (1991). *Op. cit. Vid.* Baudon, H. (Septiembre de 1915). Origen y Evolución del "Ius Gentium" en Roma. Revista de la Universidad Nacional de Córdoba(7), 21-54. Obtenido de https://revistas.unc.edu.ar/index.php/REUNC/article/download/3377/6196/16277.

[199] Waldron, J. (noviembre de 2005). Foreign Law and the Modern Ius Gentium. *The Harvard Law Review Association, 119*(1), pp. 129-147.

[200] García Vilar, J. (julio-septiembre de 1982). Comunidad internacional y Derecho de Gentes en Gabriel Vázquez. *Estudios Internacionales, 3*(3), pp. 775-797.

Por otro lado -y en ésa misma línea-, el extranjero y el esclavo presentaban -en su situación jurídica- semejanzas y diferencias importantes. En cuanto se refiere al derecho de ciudad, la condición jurídica de esclavo era paradójicamente ventajosa sobre la del peregrino, pues si bien se le consideraba cosa poseída, por otro lado podía ejercer una vasta capacidad jurídica por intermedio de su dueño. En cambio, en cuanto a la libertad -de inestimable valor según el jurista romano Paulo (†235)- era insuperable la calidad del *peregrinus*.[201]

Con el tiempo, el ensanchamiento territorial y la propia evolución política, económica y jurídica de Roma, se crearon las instituciones del *Patronatum* y el *Hospitium,* cuyo objetivo era proteger a los extranjeros que llegaban a Roma, las cuales fueron en un principio de carácter privado, pero posteriormente su eficacia las transformó en instituciones públicas. Sin embargo, devinieron en obsoletas, siendo creada -en sustitución de éstas- una de las magistraturas más importantes en materia jurídica: la del *Praetor Peregrinus*, con mayor amplitud y autoridad, investido de la *jurisdictio* tanto en las controversias de Derecho que se suscitasen entre extranjeros, como en los litigios de estos con los ciudadanos romanos.[202]

Por otro lado, respecto del *ius inter-gentes*, aunque eran raros los convenios entre potencias, no así las cláusulas de guerra en que intervenía el *ius feciale* (de carácter sagrado), con el tiempo se generalizó la práctica de que los pueblos extranjeros celebraran con Roma acuerdos para negociar ventajas recíprocas para sus ciudadanos -como lo fue, por ejemplo, la concesión de la "latinidad" y la posibilidad de que se les aplicara el Derecho Quiritario-.

[201] *Cfr*. Truyol y Serra, A. (1995). *Op. cit.* pp. 27-30.

[202] Baudon, H. (Septiembre de 1915). *Op. cit.*

Se puede inferir que el *praetor peregrinus*, contribuyó a formar, mediante sus edictos, un *ius gentium* que reconocía al *peregrinus* numerosos derechos y cuya flexibilidad y riqueza fue tal, que inspiró la reforma de la pretura urbana. Por su parte, la necesidad de tratar con otros pueblos tuvo como consecuencia natural la aceptación de un sistema de inmunidades, que protegían a los *legati* o enviados.[203]

A partir de lo anterior, se puede apreciar que -en lo que se refiere al derecho de los extranjeros- la actitud romana fue muy avanzada: el extranjero, en un principio carecía de protección, pues no se le podía aplicar el *ius civile*, el cual era un privilegio reservado a los romanos. Posteriormente al extranjero se le concedió la posibilidad de obtener la protección de ciudadano romano, contratando un *hospitum privatum*, o pidiendo protección con la *applicatio ad patronum*.[204] Y finalmente, hacia el primer tercio del siglo III se fue extendiendo la "latinidad" primero y la ciudadanía después, a todos los habitantes del Imperio.

Como puede apreciarse, las anteriores instituciones de la Antigüedad grecolatina evidencian los orígenes de un derecho específico, que los romanos denominaron *ius gentium* cuya configuración -relativamente ambigua- comprendía tanto el *ius inter-gentes* o derecho entre los pueblos, como el *ius gentium* o derecho aplicable a los extranjeros; comprendiendo así los ámbitos que actualmente abarca el Derecho Internacional Público y el Privado en sus múltiples proyecciones, siendo interesante destacar a su vez el reconocimiento de que su principal fuente de inspiración fue una especie de Derecho Natural cosmopolita, común a todas las personas.[205]

[203] Truyol y Serra, A. (1995). *Op. cit.* pp. 27-30.

[204] Seara Vázquez, M. (1993). *Op. cit.* pp. 49-52.

[205] Seara Vázquez, M. (1993). *Op. cit.* p. 25.

4.1.2 La Res Publica Christianorum

Desde la más remota Antigüedad y dada su particular trascendencia, varios actos jurídicos fueron revestidos de un aura religiosa, casi siempre presente en aquéllos de carácter internacional donde debía observarse una serie de formalidades minuciosamente reglamentadas. Respecto a los Tratados, se distinguían dos clases: i) los Tratados de amistad o de paz ("*amicitia*", "*pax*"); y ii) los Tratados de alianza ("*foedus sociale*").[206]

Con el tiempo, el *imperium mundi* romano fue sustituido -*traslatio imperii*- por el efímero Imperio Carolingio, el Sacro Imperio Romano Germánico y en general por la "idea" de *Res publica Christianorum* que se configuró durante la Edad Media, identificándose por entonces con Europa como construcción geográfico-cultural. Por tal hecho, el Derecho Canónico llegó a ser, en tanto que Derecho supranacional, uno de los elementos esenciales de unidad del Occidente cristiano. Sucesivamente, el emperador o los reyes consideraban que tenían como misión principal la de ser defensores de la Iglesia.[207]

Así, la cristiandad medieval fue en realidad -señala Truyol y Serra- "una diarquía peculiar, compatible con una amplia autonomía de los cuerpos sociales que la integraban". En pocas palabras, la *Res publica Christianorum* de la que hablan las fuentes de la época "era un cuerpo social jerarquizado, pero no unitario, una *communitas communitatum* bajo la dirección del papa[208] y del emperador".[209]

Entre los siglos XII y XIV se desarrolló un nuevo Derecho de gentes, de fundamento netamente religioso -aunque racional-, cuyo objetivo era

[206] *Ibíd.* p. 20.

[207] *Cfr.* Truyol y Serra, A. (1995). *Op. cit.* pp. 31-36.

[208] *Vid.* nota a pie de página No. 34.

[209] Truyol y Serra, A. (1995). *Ibídem.*

atenuar y refrenar las luchas entre vigorosas estirpes que ostentaban los nuevos poderes feudales, dando lugar a la *tregua de Dios* la cual prohibía la utilización de armas en periodos conocidos como sagrados, y la *paz de Dios* que ponía en resguardo de las hostilidades a los no beligerantes y sus bienes.[210]

La estructura de la cristiandad medieval hacía del papa[211] una instancia arbitral permanente, a quien la autoridad religiosa y moral permitía intervenir de oficio entre las partes en litigio. Esto fue necesario también debido a las alianzas entre cristianos y paganos.[212]

El problema de estas relaciones se planteó en función de una concepción general de la sociedad humana, que, entre algunos canonistas, desembocaría en la idea de un *ius humanae societatis* de alcance universal, derecho del que se ha podido afirmar que es como el contrapunto del *ius gentium*, dado que es el derecho de las comunicaciones y la circulación humanas, caracterizándose, en cambio, el Derecho de gentes por un reparto y una división territorial e institucional.[213]

Es decir, frente al *ius gentium* romano, imperialista aún en sus instituciones tutelares de los extranjeros, que en muchos casos seguían siendo considerados como "bárbaros", empezó a desarrollarse un nuevo Derecho de gentes cristiano, basado en la igual dignidad de todos los

---

[210] En el siglo XI, junto a las fundaciones monásticas, se desarrollaron las de canónigos regulares o clérigos que se reunían para vivir en común bajo normas de tipo monástico. La influencia de los canónigos fue notable en Inglaterra, Portugal, Francia y España en los siglos XII y XIII. El Abad Oliba (†1046), de Ripoll, fue uno de los primeros propulsores de *La Paz de Dios* la cual consistía en una zona desmilitarizada; y de la *Tregua de Dios* que impedía a los cristianos luchar entre sí desde el miércoles por la noche hasta el lunes por la mañana, ni en periodos del año conocidos como festividades religiosas: Navidad, Pascua, la Asunción, etc. *Cfr*. Lexis 22. (1980). *Op. cit*. p. 44.

[211] *Vid*. nota a pie de página No. 34.

[212] Truyol y Serra, A. (1995). *Op. cit*. pp. 36-39.

[213] Viola, F. (2004). Derecho de Gentes Antiguo y Contemporáneo. (I. Trujillo, Trad.) *Persona y Derecho*, (51), pp. 165-189.

seres humanos como hijos de Dios. Dicho Derecho fue desarrollado principalmente por la canonística y, por ende, recibió una importante influencia de la teología, aunque por otro lado, también se desarrolló de manera secular y científica, dejando un importante legado que habría de conservarse incluso habiendo prescindido de sus fundamentos religiosos.[214]

4.1.3 La fundamentación moderna del Derecho Internacional

El desarrollo alcanzado en el Medioevo por las doctrinas de los romanistas (civilistas), canonistas y teólogos acerca del *ius gentium*, sentó las bases para las reflexiones sobre el *bellum justum* y el *ius humanae societatis*, sobre las cuales los autores de la escuela hispánica elaboraron el Derecho Internacional.[215]

Sin pretensión de detenernos en tales bases, podría recordarse sin embargo cómo el primer filósofo, teólogo y escritor importante de la era cristiana, Aurelio Agustín de Hipona (†430), ofreció una concepción global del mundo en su "De Civitate Dei", sosteniendo que "la humanidad forma una sola comunidad, a pesar de la diversidad individual, y esa *comunidad mundial* es el tercer nivel en la jerarquía de asociaciones humanas, precedida por la *familia* -que es la primera-, y por la *ciudad* en segundo lugar".[216]

---

[214] Arellano García, C. (1992). *Derecho Internacional Privado* (Décima edición). México: Porrúa, pp. 384-393; *Vid*. Margadant, G. (1960). *Derecho Romano.* México: Esfinge, S. A.

[215] Aunque se hará mención sólo de algunos autores de la Segunda Escolástica y otros, debido a la extensión de este apartado se sugiere consultar, entre otras: Álvarez Londoño, S. J., L. (2006). *Historia del Derecho Internacional Público.* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana; Pérez Luño, A.-E. (Julio-septiembre de 1992). *Op. cit*; Recaséns Siches, L. (2003). *Op. cit*; Seara Vázquez, M. (1993). *Op. cit*; Truyol y Serra, A. (1995). *Op. cit*.

[216] Stoetzer, C. (1982). *Op. cit. Vid.* Álvarez-Pedrosa, J., López Salvá, M., Sánchez Madrid, N., & Sanz Extremeño (Eds.), I. (2018). *Los orígenes del Cristianismo en la Literatura, el Arte y la Filosofía (II).* Madrid: Dykinson, S.L.

Igualmente, puede recordarse cómo el obispo español Isidoro de Sevilla (†636), dejó en su "Etimologías" una definición notablemente moderna del Derecho de gentes, diferenciándolo claramente del Derecho Natural y del *ius civile,* además de haber expresado la doctrina medieval de la guerra justa.[217]

Sin embargo -y como en muchas otras disciplinas y respecto de muchas otras escuelas- Tomás de Aquino (†1274) se convirtió en el pilar esencial de la corriente escolástica e incursionó también en el Derecho de gentes en la "Suma Teológica" aunque de un modo accidental, particularmente en el derecho de la guerra, por la preocupación entonces generalizada de diferenciar entre las guerras justas e injustas.[218]

Desde las anteriores coordenadas generales y, en general, recuperando lo mejor de la ciencia jurídica y teológica medievales, el escritor y catedrático Francisco de Vitoria (†1546) fue el primer autor que empezó a plantear en forma moderna el Derecho Internacional.[219]

Contra lo que se ha dicho algunas veces de Vitoria, éste "no confundió al *ius gentium* con el Derecho Natural, sino que afirmó una necesidad de que el primero se acerque al segundo", al que concibió como "el orden moral universal reflejo de la idea de justicia" según la inspiración divina. De ahí que entendiera al Derecho de gentes no como un conjunto de reglas para dirigir las relaciones entre individuos, sino

---

[217] Torrent Ruiz, A. (2013). *Op. cit. Vid.* Fear, A., & Wood, J. (Eds.) (2016). *Isidore of Seville and His Reception in the Early Middle Ages.* Amsterdam University Press.

[218] *Vid.* Rocca, G., & Rocca O.P., G. (2004). Speaking the Incomprehensible God : Thomas Aquinas on the Interplay of Positive and Negative Theology. Washington D.C.: Catholic University of America Press.

[219] Hernández Martín, R. (1995). *Op. cit*; Hernández Sánchez-Barba, M. (2009). *Op. cit. Vid.* Gatt Corona, G. (2012). *El derecho de guerra contemporáneo: reflexiones desde el pensamiento de Francisco de Vitoria.* México: ITESO Universidad Jesuita de Guadalajara.

ante todo para ordenar las relaciones entre pueblos, o sea entre naciones.[220]

Como ideas centrales del pensamiento vitoriano, deben mencionarse i) la de la comunidad universal, afirmando los vínculos existentes entre todos los pueblos del orbe, y ii) la del *ius communicationis*, o derecho de los pueblos a comunicarse entre sí, que serviría de base para otras elaboraciones, como la del principio de la libertad de los mares y la del derecho de guerra contra los pueblos que se opusieran al ejercicio de tal *ius communicationis*.

Por su parte, el jurista (laico) y humanista español Fernando Vázquez de Menchaca (†1569) perteneció también a la escuela española del Derecho Internacional, pero se diferenció de los otros dos grandes representantes de esa escuela (Vitoria y como se verá de Suárez), en que en lugar del enfoque teológico -que era característico de aquellos-, él se mantuvo más en el campo del Derecho y por lo mismo, sus aportaciones fueron más específicamente jurídicas.[221]

Para el teólogo, filósofo y jurista jesuita español Francisco Suárez Vázquez (†1617) existen dos acepciones del *ius gentium*: una, en la que las relaciones de los distintos pueblos o naciones son reguladas "*inter se*", y la otra en la que un conjunto de reglas que tienen observancia en los distintos pueblos en el régimen interno (*intra se*); se considera *ius gentium* por la semejanza que guardan unas con otras. También es forzoso mencionar su descripción de la sociedad internacional que, por encima de las diferencias entre los pueblos, encontraba una unidad universal:

---

[220] *Vid*. Salord Bertrán, M. (2002). La influencia de Francisco de Vitoria en el Derecho Indiano. México: Porrúa.

[221] *Vid*. Gallegos Rocafull, J. (1948). *La Doctrina Política del P. Francisco Suárez*. México: Jus.

> "El género humano, aunque dividido en gran número de reinos y pueblos, siempre tiene alguna unidad, no sólo específica, sino también cuasi política y moral… por lo cual, aunque cada ciudad, república o reino sean en sí comunidad perfecta y compuesta de sus miembros, no obstante cualquiera de ellos es también un miembro de algún modo de ese universo, en cuanto pertenece al género humano; pues nunca aquellas comunidades son aisladamente de tal modo autosuficientes que no necesiten de alguna mutua ayuda, sociedad y comunicación, a veces para su bienestar y utilidad, otras por moral necesidad e indigencia…"[222]

Con respecto al problema de la guerra, Suárez siguió la corriente de la época y adoptó la teoría de la guerra justa.

Especialmente, el pensamiento de F. Vitoria, permite situarlo como auténtico padre del moderno Derecho de gentes, y el de F. Suárez ubicarlo como uno de los principales precursores del pensamiento jurídico-político del Constitucionalismo, con sus ideas pactistas -antecedente de la soberanía popular- y sus concepciones sobre la tiranía, el derecho de rebelión y el tiranicidio.[223]

Finalmente y aunque no perteneció a la Escuela de los Teólogos Juristas, pero sin embargo se le considera -incorrectamente, por lo anteriormente expuesto- como el padre del moderno Derecho Internacional, debe mencionarse al jurista holandés Hugo Grocio, que fue quien en realidad, retomando las anteriores ideas, tuvo el indudable mérito de haber sido el primero en ofrecer una exposición de conjunto del Derecho de gentes.[224]

En sus obras, Grocio analizó, además de la naturaleza del Derecho Internacional, al que se refirió como "Derecho Natural y de gentes", el

---

[222] *Cfr*. Seara Vázquez, M. (1988). Hacia el concepto de intersoberanía. En *Liber Amicorum Colección de Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. José Pérez Montero* (Vol. III). Oviedo: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, p. 1350.

[223] *Vid*. Stoetzer, C. (1982). *Las raíces escolásticas de la emancipación de la América Española.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

[224] Torrent Ruiz, A. (2013). *Op. cit. Vid*. Alam-Pérez, B. (2020). La evolución de la legítima defensa de los Estados en el Derecho Internacional. En M. Montalvo Romero, & C. Fernández Abad (Coords.), *Transformaciones de Los Conceptos Claves en Distintas Áreas Del Conocimiento Jurídico-Social* (pp. 71-95). Madrid: Dykinson, S.L.

problema de la justicia de la guerra, su reglamentación y la libertad de los mares. De hecho, -menciona Truyol y Serra- "la escuela del Derecho Natural y de gentes, remitiéndose a Grocio, hará pasar el contractualismo desde la esfera del Derecho Político al ámbito del Derecho Internacional".[225]

A partir de Grocio, el desarrollo del Derecho Internacional se estableció según las bases sentadas por la Segunda Escolástica Española, es decir: i) la afirmación de la humanidad como comunidad universal de pueblos y personas, ii) el Derecho de gentes con su proyección *inter se* e *intra se* respecto de las naciones, pueblos y personas, iii) la primacía de la paz y la limitación y regulación de la guerra, y iv) el *ius communicationis* como fundamento de la libertad, debiendo destacarse como aportaciones originales de Grocio, que habrán de ser influyentes para el futuro, por un lado, la secularización del Derecho de gentes, desvinculándolo de sus fundamentos teológicos y religiosos y, por el otro, su sistematización iusnaturalista.[226]

Lo cierto es que el nuevo pensamiento jurídico internacional, desarrollado por los anteriores autores, buscaba responder a la profunda transformación por la que atravesaba por entonces Occidente, bajo la influencia del tiempo de los descubrimientos que se movilizaban hacia el "Nuevo Mundo", así como de la Reforma religiosa y el resquebrajamiento del sentido comunitario de la *Res publica Christianorum*, que sería sustituido por un nuevo nacionalismo estatalista.[227]

En efecto, con el surgimiento del Estado moderno, como resultado de la Reforma, las controversias entre los poderes secular y religioso asumieron un carácter nuevo, al cuestionar de raíz la misma autoridad -

[225] Truyol y Serra, A. (1995). *Op. cit.* p. 73.

[226] Grocio, H. (1925). *Op. cit.*

[227] García Vilar, J. (julio-septiembre de 1982). *Op. cit.* pp. 775-797.

antes indiscutida- del papado. En ese contexto, la cristiandad se vio deteriorada por el rompimiento entre católicos y protestantes. Evidentemente, el anterior contexto demandaba un nuevo pensamiento que fundamentara las nuevas reglas que permitieran la convivencia entre naciones, pueblos y personas.

4.2 De los Tratados Multilaterales a los Organismos Supranacionales

4.2.1 La Paz de Westfalia

La Reforma, habiendo quebrado la unidad religiosa del Occidente cristiano, reforzó por lo demás el papel del Estado, el cual, desde que ésta se implantó, empezó a desconocer la autoridad política del papado como elemento de cohesión superior común.[228]

El proceso de desintegración de la *Res publica Christianorum* condujo, por un lado, al sistema de Estados europeos o sistema político de Europa y, por el otro, a constantes guerras entre las potencias de Europa con los antagonismos religiosos fundamentales que las caracterizaron; estos hechos -aunados a las ambiciones coloniales y hegemónicas- explican en parte el conflicto bélico desarrollado a nivel europeo, es decir, la Guerra de los Treinta Años que inició en 1618 y terminó en 1648 con la Paz de Westfalia.[229]

Este acuerdo marcó la terminación de la supremacía religiosa del papado en Europa y la consolidación de las potestades seculares que

[228] Burckhardt, J. (1961). *Reflexiones sobre la Historia universal* (Segunda ed.). (W. Roces, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica; Burckhardt, J. (1971). *La cultura del Renacimiento en Italia.* (J. Ardal, Trad.) Barcelona: Iberia; White, H. (1992). *Metahistoria. La imaginación histórica en la Europa del siglo XIX.* (S. Mastrangelo, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.

[229] El Tratado final no se dio en una ciudad, sino en dos, Osnabrück: sede de los protestantes, y Münster: sede de los católicos. *Cfr*. Bremer, J. (2017). *Tiempos de guerra y paz: Los pilares de la diplomacia: de Westfalia a San Francisco* (Tercera ed.). Debolsillo.

posteriormente habrían de traducirse en la separación de la Iglesia y su exclusión de la vida política.

Junto con el mandato secular, apareció el principio que dio fundamento a las relaciones internacionales desde entonces: la noción de *soberanía* y de *integridad territorial* de los Estados iguales y participantes en el sistema internacional.[230]

Por ello mismo, el reconocimiento de la *soberanía* -un concepto toral para las relaciones políticas e internacionales contemporáneas- fue uno de los factores más importantes que condujeron a la Revolución de Westfalia, cuyas características, expuestas ya desde antes por Bodino, dieron el sustento conceptual a la política internacional contemporánea, basada en la idea que de la misma se proyectaba y emergía tras los acuerdos de Westfalia.[231]

La soberanía -que al interior de los Estados habría de encontrar su justificación y legitimidad en el contractualismo- se convirtió así en el principio de un nuevo Derecho Internacional.[232]

De un sólo golpe, virtualmente todos los pequeños Estados de Europa Central adquirieron su soberanía. No sólo se legitimó la territorialidad y el Derecho de los Estados para escoger su propia religión (aunque no una plena libertad de elección, pues se daba el derecho de emigrar si se era disidente con la religión del príncipe), sino que también facultó a cada Estado a fin de decidir con libertad su política interna,

---

[230] Bremer, J. (2013). De Westfalia a post-Westfalia. Hacia un nuevo orden internacional. México: IIJ-UNAM.

[231] Becerra Ramírez, M., & Müeller Uhlenbrock, K. (Coords.) (2010). *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales.* México: IIJ-UNAM.

[232] García Segura, C. (2017). Westfalia, Worldfalia, Eastfalia. El impacto de las transformaciones de la estructura de poder interestatal en el orden internacional. *Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, pp. 45-70.

deslindada de cualquier presión internacional, y con jurisdicción total sobre su espacio geográfico.[233]

La Paz de Westfalia significó, por un lado, el inicio del "sistema clásico internacional" y, por el otro, un equilibrio de fuerzas. Fue a su vez el punto de partida de una serie de Tratados posteriores, cuya vertebración ha constituido un verdadero *corpus iuris gentium* europeo, además de haber sido la base del Derecho Público Europeo (*ius publicum europaeum*) o también denominado Derecho de gentes europeo.[234]

En efecto, la abundancia y diversidad de Tratados Internacionales que se sucedieron en la segunda mitad del siglo XVII y durante el siglo XVIII, tuvieron por resultado la elaboración de un importante patrimonio de Derecho Público que, en buena medida, preparó el camino para el Constitucionalismo estatalista del siglo XIX, pero también para la configuración de un ordenamiento jurídico internacional, cuya madurez permitió, ya en el siglo XX, la configuración de una "sociedad de naciones" regida por un Derecho de gentes bastante consolidado.[235]

4.2.2 El Congreso de Viena

Más allá del desarrollo del Derecho Internacional post-westfaliano durante el siglo XVIII, que alcanzó uno de sus principales hitos con el Tratado de Utrecht, la siguiente etapa del Derecho Internacional verdaderamente revolucionaria se desarrolló en el siglo XIX.

La Independencia de las Trece Colonias de Inglaterra en Norteamérica y la Revolución francesa -como se ha hecho mención- constituyeron dos terremotos que sacudieron con fuerza el orden político

[233] Truyol y Serra, A. (1995). *Op. cit.* pp. 72-73.

[234] Pampillo Baliño, J. (2008). *Op. cit.* pp. 331 y ss.

[235] Székely, A. (2016). *Instrumentos Fundamentales de Derecho Internacional Público* (Tercera ed., Vol. VI). México: IIJ-UNAM, pp. 287-319.

-nacional e internacional- europeo, proyectándose a través de múltiples réplicas a lo largo de todo el siglo XIX.

Una de dichas réplicas fue, precisamente, el imperialismo napoleónico que amenazó con transformar por completo el mapa del viejo continente. De ahí la importancia de la derrota de Napoleón y la instauración de la paz por el Congreso de Viena de 1815, el cual tuvo como principios restablecer i) la legitimidad de los soberanos, ii) el equilibrio geopolítico, iii) la solidaridad entre las potencias ante los movimientos revolucionarios, y iv) la colaboración comercial, mediante conferencias internacionales, a través de comisiones fluviales transnacionales.

Las cinco grandes potencias europeas (Austria, Gran Bretaña, Francia, Prusia y Rusia) entraron en un periodo -conocido como el *Concierto de Europa*- de relativa concordia dentro del sistema político internacional, al punto que ya no se presentó un gran conflicto bélico entre dichas potencias desde la caída de Napoleón en 1815 hasta la Guerra de Crimea en 1854.[236]

Los Estados europeos gozaban de una solidaridad mutua basada en su ser "europeo" (como comunidad) y "civilizado", mismo que en su vertiente más conservadora, incluso soñaba en un imposible retorno a la unidad que podía identificarse en el Imperio, en el Derecho Romano o en la cristiandad medieval, censurando las pretensiones independentistas de las colonias norteamericanas así como el liberalismo radical, que acabaron por imponerse.[237]

El Congreso de Viena marcó un importante hito en las relaciones internacionales, pues, si bien desde antes se había presentado la

[236] Herdegen, M. (2019). *Op. cit.* pp. 20 y ss.

[237] Mingst, K. A. (2006). *Fundamentos de las Relaciones Internacionales*. México: Centro de Investigación y Docencia Económicas, p. 65.

necesidad de prevenir los conflictos y desarrollar la cooperación, la idea de una organización internacional en forma, era algo más que eso. En ése sentido dicho acuerdo inter-nacional significó un mayor grado de institucionalización, y, desde ése punto de vista -y más allá de otras alianzas, tan remotas como las Anfictionías anteriormente reseñadas- el precedente histórico más claro de una comunidad internacional organizada se encuentra precisamente en 1815, con el referido Congreso de Viena -y su principio de legalidad- y la Santa Alianza, como dique ante el avance de los movimientos independentistas y de las tendencias más disolventes de la tradición del Antiguo Régimen promovidas por el liberalismo.[238]

Así, a lo largo del siglo XIX y en buena medida bajo la inspiración de la búsqueda de objetivos comunes, los intentos de organización internacional se intensificaron, desarrollándose primeramente nuevas organizaciones de tipo técnico-funcional, destinadas a coordinar la acción de los Estados en ciertas materias especializadas (correos, transportes, telégrafos, servicios de sanidad en tiempo de guerra, etcétera).

De esa manera puede afirmarse que el Congreso de Viena y el espíritu de colaboración entre varios Estados para alcanzar fines particulares que surgió a partir del mismo ante las amenazas internacionales de la Revolución francesa, las Independencias americanas y el expansionismo napoleónico, constituyen el principal antecedente de la evolución del Derecho Internacional hacia un paradigma asociativo y de la articulación de las organizaciones internacionales que surgieron durante el siglo XX, el cual está basado en Tratados entre Estados soberanos que habrían de implicar, necesariamente, un sacrificio -o por lo menos un límite- a la soberanía estatal, en aras de la consecución de fines comunes a varios Estados.

[238] Méndez Silva, R., & Gómez Robledo, A. (1983). *Derecho Internacional Público.* México: IIJ-UNAM, pp. 62-63.

4.2.3 La Sociedad de Naciones y la Organización de las Naciones Unidas

Dentro de la anterior secuencia evolutiva, los principales desarrollos del Derecho Internacional durante el siglo XX, consistieron en: i) la configuración de organismos internacionales, con personalidad jurídica propia y facultades delegadas aunque sujetas al principio intergubernamental, ii) la creación -como variante de los anteriores- de organismos supranacionales, donde la delegación de facultades se convirtió en una auténtica cesión de soberanía, y en iii) el efecto directo y aplicación inmediata que alcanzaron algunas normas internacionales -y, en general, las supranacionales-, que aunque originalmente fueron aplicables exclusivamente a los Estados signantes de un Tratado o participantes en un organismo internacional, estableciendo cuando mucho, obligaciones a los mismos para modificar su Derecho interno, posteriormente en ciertos casos, dieron lugar a normas internacionales autoaplicativas, es decir, que no requirieron ser internalizadas, recibidas o transpuestas al Derecho interno para gozar de eficacia jurídica dentro del Estado en cuestión.

Como primer acontecimiento dentro del anterior contexto general se ubica la Sociedad de las Naciones (o Liga de las Naciones), la cual fue una organización intergubernamental (asociación general de países) creada por el Tratado de Versalles (28 de junio de 1919), concebida con el objetivo -fallido- de prevenir futuras guerras y asegurar la paz, la seguridad colectiva y la unión entre sus miembros.[239]

Aunque logró solucionar algunos conflictos menores entre pequeñas potencias, nunca pudo oponerse a las agresiones de las

[239] Mingst, K. A. (2006). *Op. cit.* p. 271; Moratal Roméu, L. (2016). *Op. cit.* pp. 299-343; Recaséns Siches, L. (2003). *Op. cit.*

grandes fuerzas políticas, y fue debido a que la Liga en sí no tenía suficiente peso político, ni los instrumentos legales, ni tampoco la legitimidad para cumplir con su misión. El peso político de la Liga fue socavado porque Estados Unidos de América (cuyo mandatario, Thomas Woodrow Wilson †1924), paradójicamente, fue el principal arquitecto del organismo), rechazó incorporarse a ella y, por el contrario, decidió ejercer una política exterior unilateralista (aislacionismo).[240]

En efecto, la búsqueda del "equilibrio de poderes" desde el siglo XIX, tras las aventuras napoleónicas donde los Estados europeos temían el surgimiento del predominio de un sólo Estado (hegemón) entre ellos, se enfrentaba con el ascenso imparable de Estados Unidos de América, y ni siquiera las dramáticas experiencias de la I Guerra Mundial y la visión pacifista de W. Wilson fueron suficientes para crear una conciencia de la necesidad de un organismo internacional capaz de afianzar la paz.[241]

En el contexto del supuesto avance que encontraría la humanidad con la Constitucionalización y la Codificación, que en realidad eran expresión de un creciente estatalismo soberanista, en la escena internacional se presentaba un panorama turbulento, con algunos síntomas del periodo de entreguerras: la economía mundial colapsada, la pugna entre las ideologías del fascismo, el nacionalsocialismo, el liberalismo y el comunismo, generando crecientes y constantes tensiones.[242]

La II Guerra Mundial constituyó el corolario de la crisis del anterior concierto internacional. Con un resultado de alrededor de 60 millones de

---

[240] El presidente Woodrow Wilson fue el promotor, en la paz de Versalles, de la creación de la Sociedad de Naciones, de la que su país no pudo ser miembro, porque su Senado no lo ratificó; así, esta sociedad quedó aniquilada desde su origen. *Cfr*. Bremer, J. (2017). *Op. cit*; Mingst, K. A. (2006). *Op. cit*. p. 75.

[241] *Ibíd*. p. 68.

[242] Rodrigo, Á. (2016). Entre Westfalia y Worldfalia: La comunidad internacional como comunidad social, política y jurídica. En *La tensión cosmopolita. Avances y límites en la institucionalización del cosmopolitismo* (pp. 23-63). España: Tecnos.

civiles y militares fallecidos, y otros miles que murieron a causa del hambre y enfermedades, así como intensos movimientos migratorios, tanto de personas desplazadas por la guerra que buscaban volver a sus hogares, como de europeos que se radicaron en América; su devastación impuso la necesidad de establecer un nuevo orden internacional.[243]

Ante la anterior debacle, a la que deben sumarse una gran cantidad de ciudades, puertos, puentes, carreteras y vías ferroviarias que quedaron destruidas a causa de los bombardeos terrestres y aéreos, lo cual afectó seriamente la economía de los países beligerantes, se crearon instituciones como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. También, y como parte de tales esfuerzos de reconstrucción, se puso en marcha el Plan Marshall -ayuda estadounidense- para la restauración económica de los Estados europeos destruidos por la guerra.[244]

Igualmente durante la posguerra se celebraron múltiples conferencias tendientes a lidiar con la anterior devastación y establecer mecanismos para prevenir futuras conflagraciones. Estos proyectos se consolidaron en 1943 y 1944, dando como resultado la fundación, en 1945, de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Sin embargo, la coalición puramente coyuntural que se produjo con motivo de la guerra entre las potencias aliadas de signo liberal, y la

---

[243] En Japón, la bomba y radiación de Hiroshima (Little Boy) dejó un saldo de más de 290.000 personas muertas; la de Nagasaki (Fat Man) resultó con más de 70.000 víctimas. *Cfr*. Cafiero, I., & Cerono, E. (2017). Memorias del resplandor: relatos de sobrevivientes de Hiroshima y Nagasaki y de sus familias. *XVI Jornadas Interescuelas Universidad Nacional de Mar del Plata*, pp. 1-15; Jacobs, R. (20 de Julio de 2015). The Bravo Test and the Death and Life of the Global Ecosystem in the Early Anthropocene. *The Asia-Pacific Journal Japan Focus, XIII*(1), pp. 1-17. Entre 1830 y 1930, alrededor de 26.180,000 emigrantes europeos se establecieron en Estados Unidos de América y otros 6.000,000 se asentaron en América. *Cfr*. Chaunu, P. (1964). *Historia de América Latina.* (F. Monjardin, Trad.) Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, p. 112; Masiel, A. (1963). *Los que se quedaron.* (M. Glantz, Trad.) México, pp. 10 y 11; Informe sobre las migraciones en el mundo, disponible en: https://publications.iom.int/.

[244] Yunker, J. (2014). *Global Marshall Plan: Theory and Evidence*. United States of America: Lexington Books, pp. 68-97.

Rusia comunista habría de durar poco tiempo, dando paso a la Guerra Fría que duró más de cuatro décadas.[245]

Ésta supuso una confrontación permanente -con episodios que pusieron a la humanidad al borde de una tercera guerra mundial, como la crisis de los misiles- entre dos bloques de Estados: Estados Unidos de América, junto con Canadá, Australia, y la mayor parte de Europa Occidental aliados en torno a la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), creada en Washington el 4 de abril de 1949; y la Unión Soviética con sus aliados de Europa Oriental, aglutinados en el Pacto de Varsovia, el cual fue fundado el 14 de mayo de 1955.[246]

Así pues, las consecuencias más importantes de la II Guerra Mundial en el ámbito internacional fueron: i) la creación de la ONU como organismo internacional que sustituyó a la Sociedad de Naciones, ii) el reemplazo de los sistemas políticos capitalistas occidentales hacia la democracia, iii) el surgimiento -como se apuntará posteriormente- de organismos regionales de cooperación internacional, pero también, por otro lado, iv) el desarrollo de un nuevo conflicto entre las dos superpotencias (Estados Unidos de América y la Unión Soviética) como actores principales del sistema internacional, lo cual significó el declive de Europa como el epicentro de la política mundial.[247]

Dicha peculiar estructura del orden internacional se prolongó hasta la caída del muro de Berlín, el 9 de noviembre de 1989, lo que simbolizó el fin de la Guerra Fría y denotó un gran cambio en las

[245] Veiga Rodríguez, F. (2017). *La Guerra Fría.* Barcelona: Editorial UOC.

[246] Las potencias aliadas a ambos bloques acumularon armas nucleares con la capacidad de destruir el planeta completo. Gross, F. (1959). Estrategia de la Guerra Fría y Revueltas Internas. (Ó. Uribe Villegas, Trad.) *Revista* Mexicana *de Sociología, 21*(2), pp. 663-690.

[247] *Vid.* Hermida del Llano, C. (2020). La consolidación de los Derechos Fundamentales desde la caída del muro de Berlín al Tratado de Lisboa. En E. San Miguel Pérez, *Treinta años sin Muro. Una nueva Europa en la historia de la Democracia y los Derechos Humanos* (Primera ed., pp. 121-155). Madrid: Dykinson, S.L.

relaciones internacionales; el ocaso de una etapa histórica y el comienzo de otra.[248]

Ahora bien, la ONU, creada en 1945 para -tratar de- mantener la paz y la cooperación internacional, se sustentó en la noción de igualdad soberana entre sus Estados miembros, siguiendo en ello la tradición de Westfalia. Y, coincidiendo con el espíritu de Westfalia, la Carta de las Naciones Unidas dispuso que "no autoriza (al organismo) a intervenir en cuestiones que sean esencialmente competencia de la propia jurisdicción de un Estado"; pero sí elevó el respeto de los Derechos Humanos al rango de principio constitucional del orden internacional contemporáneo.[249]

En dicha Organización, la profunda transformación deseada por sus Estados parte se hizo sentir en la Carta de San Francisco, firmada el 26 de junio de 1945, enfrentando un "triple proceso de institucionalización, de socialización y de humanización", estableciendo tres principios fundamentales para el sistema de cooperación internacional: i) el interés por los problemas de carácter económico, ii) la idea de cooperación para solucionar temas económico-sociales, y iii) el propósito de impulsar un mecanismo para promover el progreso de todos los pueblos.[250]

La Carta de las Naciones Unidas hace referencia a los principios que deben presidir y limitar la actuación de la ONU y la de sus miembros -ordinarios y admitidos-; principios que pueden ser englobados en tres categorías: i) *principios declarativos* (de igualdad soberana de todos los

---

[248] Arnaud, A.-J. (2000). *Entre la Modernidad y la Globalización.* (N. González, Trad.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Pampillo Baliño, J. (2008). *Op. cit.* pp. 280 y ss.

[249] Carta de las Naciones Unidas, artículo 2, principio 7. *Cfr.* Becerra Ramírez, M. (1991) *Op. cit.* pp. 67-79. La Asamblea General proclamó, el 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

[250] Soroeta Liceras, J., & Bollo Arocena, M. (2013). La Protección de la Persona en Derecho Internacional. En C. Fernández de Casadevante Romani, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Cuarta ed., pp. 29-66). Madrid: Dilex.

Estados miembros, de la justicia en la solución pacífica de conflictos, de libre determinación de los pueblos, de universalidad de la paz y seguridad internacionales, y de supremacía jurídica de la Carta); ii) *principios de actuación* (de cumplimiento de buena fe de las obligaciones establecidas por la Carta, de arreglo pacífico de controversias, de asistencia a la Organización, y de autoridad de la ONU sobre los Estados no miembros); y iii) *principios de prohibición* (de abstención de la amenaza o el uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia de los Estados, de denegación de ayuda a cualquier Estado sometido a acciones preventivas o coercitivas por parte de la ONU, y de excepción de la jurisdicción interna de los Estados).[251]

Así, en la labor de la ONU, el funcionamiento de sus *órganos principales* (la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social, el Consejo de Administración Fiduciaria, la Corte Internacional de Justicia, y la Secretaría), así como de sus *órganos subsidiarios* (los cuales se dividen en diversas categorías: Comités, Comisiones, Juntas, Consejos, Grupos de trabajo y otros), descansa sobre la base de unos poderes compartidos y plurales.[252]

Por lo que respecta a los *organismos especializados* -denominados como "Sistema de las Naciones Unidas"- se trata en realidad de organizaciones intergubernamentales que se vinculan a la ONU por medio de acuerdos o tratados, organismos que, además de ser autónomos, tienen su propia membresía, liderazgo y presupuesto, y están organizados según las funciones y competencias que desempeñan; algunos de ellos se pueden clasificar en:

i) Económicos: Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional (FMI);

[251] *Vid.* Calduch, R. (1991). La Organización de las Naciones Unidas. En *Relaciones Internacionales.* Madrid: Ediciones Ciencias Sociales.

[252] Naciones Unidas, "La Organización", disponible en: https://www.un.org/es.

ii) Científicos y tecnológicos: Organización Meteorológica Mundial (OMM), Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI);
iii) Comunicaciones y Transportes: Unión Postal Universal (UPU), Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), Organización Marítima Internacional (OMI);
iv) Culturales: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Organización Mundial del Turismo (OMT);
v) Sociales y Humanitarios: Organización Mundial de la Salud (OMS), Organización Internacional del Trabajo (OIT), Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA).

Sin embargo, más allá de su indudable importancia visible a través de notables contribuciones para extender el imperio del Derecho entre las naciones mediante su labor de codificación y desarrollo del Derecho Internacional, y de sus innegables logros, debe reconocerse también, a *contrario sensu*, la divergencia entre las exigencias de la realidad y su desempeño en sus casi 80 años de haberse creado, lo cual se puede comprobar en: i) la falta de acciones necesarias frente a graves conflictos (por ejemplo en el enfrentamiento Rusia-Ucrania, o ante el ataque terrorista de Hamás a la nación de Israel), ii) la excesiva preponderancia de los miembros permanentes de su Consejo de Seguridad, iii) la carencia de otros mecanismos adecuados para imponer sus determinaciones, y iv) la ausencia de voluntad transformadora por parte de los grandes países.

En el plano universal, la aparición de problemas globales incesantemente reclama la puesta al día de una institución capaz de enfrentarse a tales problemas y ofrecer soluciones “a la altura” y de forma

inmediata. Esa institución podría ser la ONU, pero para "continuar" necesitaría urgentemente modificaciones sustanciales a su Carta fundamental y a su estructura.[253]

Aunque también podría ser una nueva organización internacional, que a su vez esté pensada y preparada para funcionar -en cualquier parte del mundo, por ser universal- a pesar de los colapsos que pudieran ser resultado de guerras y ataques nucleares, hambrunas, pandemias, cortes indefinidos de luz e internet, ciberataques a los sistemas y plataformas oficiales, desaparición de países por coyunturas políticas o hasta por el cambio climático, huelgas institucionales, falta de personal por diversos motivos, exceso en la carga de asuntos a resolver, u otro tipo de crisis que aún no haya enfrentado o conocido la humanidad.[254]

4.2.4 Los Organismos regionales internacionales

Paralelamente al sistema universal de la ONU, se encuentran las organizaciones regionales y subregionales (algunas intergubernamentales, otras supranacionales), dentro de las cuales se destacan las que promueven la integración regional y las encargadas de la protección de los Derechos Humanos.[255]

---

[253] Con el fin de responder a las nuevas exigencias de la comunidad internacional y como muestra de la prioridad que se concede a los Derechos Humanos en la Carta de las Naciones Unidas, en 2006 la Asamblea General aprobó por 170 votos a favor y sólo 4 en contra, la Resolución 60/251 de 15 de marzo de 2006 mediante el cual se crea un Consejo de Derechos Humanos que sustituye a la Comisión de Derechos Humanos. Resolución. Disponible en: https://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/docs/A.RES.60.251._Sp.pdf.

[254] Herdegen, M. (2019). *Op. cit.* pp. 293-336. *Vid.* López Zamora, P. (2022). Implicaciones globales de la economía digital en el ciberespacio. En J. Pampillo Baliño, & S. Botero Gómez (Coords.), *Justicia Social Global. Perspectivas, reflexiones y propuestas desde Iberoamérica* (pp. 407-424). México: Tirant lo Blanch.

[255] El autor hace una diferenciación respecto del Derecho de la Integración en sentido estricto (especie del Derecho de la Integración como género), y del Derecho Comunitario como un ordenamiento eminentemente supranacional, propio y específico. *Cfr.* Pampillo Baliño, J. (2021). *Op. cit.* pp. 125-145.

Una política plurilateral -en el contexto universal- no puede ser suficientemente comprendida sin una explicación del desarrollo de las relaciones económicas y políticas internacionales.

En ese sentido, por lo que respecta a la integración regional se puede decir que ésta se proyecta en distintos esquemas de cooperación o integración como: i) zona de preferencia arancelaria; ii) zona de tráfico fronterizo; iii) zona de preferencia aduanera; iv) zona de libre comercio; v) unión aduanera; vi) mercado común; y vii) unión o integración económica completa.[256]

Y es que, como señala el jurista italiano Roberto Cippitani, "independientemente de lograr la construcción de mercados comunes o de uniones aduaneras, la integración económica es casi siempre un instrumento táctico para iniciar los procesos de integración regional con el fin de alcanzar objetivos estratégicos de naturaleza política", para que a su vez se fomenten y articulen los diálogos jurisdiccionales en materia de Derechos Humanos como tendencia hacia la legalización de las relaciones transfronterizas.[257]

Con una firme intención de alcanzar la paz, el desarrollo económico y el enriquecimiento político, social, medioambiental y cultural de los pueblos comprometidos en la integración, la cooperación y el entendimiento pacífico, se tiene como claro ejemplo a la ya avanzada Unión Europea -antes Comunidad-. Y, por otro lado, en materia de Derechos Humanos, se encuentra el Consejo de Europa -actualmente vigente y con su sede en el Palacio de Europa de Estrasburgo- que nació como consecuencia directa del Congreso de La Haya de mayo de 1948, el

[256] Arbuet-Vignali, H. (2004). *Claves Jurídicas de la Integración.* Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, pp. 149-157; Granillo Ocampo, R. (2007). *Derecho Público de la Integración* (Primera ed.). Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, pp. 55-63.

[257] Cippitani, R. (enero-junio de 2015). Las situaciones jurídicas que surgen de los procesos de integración. *Rev. Fac. Direito São Bernardo do Campo, 1*(21), 1-22.

cual es considerado como el máximo encuentro que registra la historia moderna en pos de la integración europea.[258]

Ciertamente, la Europa Comunitaria tuvo su origen en 1950 y nació de tres organismos diferenciados: la Comunidad del Carbón y del Acero (CECA), la Comunidad Europea de Energía Atómica (EURATOM), y la Comunidad Económica Europea (CEE), ésta última creada en Roma en 1957 y conocida -posteriormente- como "Comunidad Europea (CE)".

Con el paso del tiempo, dichos organismos fueron fusionándose para converger en el marco institucional de la Unión Europea[259] el cual ha ido perfeccionándose; en la actualidad se conforma (conforme al artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante TFUE 2016) por los siguientes órganos fundamentales (más allá de otras instancias auxiliares o especializadas): 1.- Parlamento Europeo*, 2.- Comisión Europea*, 3.- Consejo de la Unión Europea (o *Consilium*)*[260], 4.- Consejo Europeo[261], 5.- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en

[258] Pampillo Baliño, J. (2019). *Op. cit.* pp. 89-160. *Vid.* https://www.coe.int/es/web/about-us/do-not-get-confused.

[259] En junio de 2016 los ciudadanos británicos decidieron en referéndum la salida de su país de la Unión Europea, que se hizo efectiva el 31 de enero de 2020, con lo que la Unión Europea ha pasado a tener 27 países miembros: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, República Eslovaca, Rumanía, Suecia.

[260] *Son las tres principales instituciones que participan en la elaboración de la legislación de la Unión Europea. El *Consilium* "es la institución de la UE que representa a los Estados miembros a través de sus ministros, y la que reúne a los ministros de los países que forman la UE. Tiene, junto con el Parlamento, funciones legislativas y presupuestarias, así como de coordinación de políticas. Creado en 1958, tiene su sede en Bruselas." *Vid.* https://campus-stellae.com/cual-es-la-diferencia-entre-consejo-europeo-consejo-de-la-union-europea-y-consejo-de-europa/.

[261] Está "formado por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados que forman la Unión Europea, el presidente de la Comisión Europea y el presidente del Consejo Europeo. Este órgano supone la institucionalización de las llamadas "cumbres europeas" que se venían realizando irregularmente por los diferentes Jefes de Estado y de Gobierno. Su función es orientar y establecer la agenda política de la UE y definir e impulsar las prioridades políticas, económicas y sociales. Es la institución encargada de nombrar a los candidatos para algunos puestos del Banco Central Europeo o de la Comisión Europea. Su sede operativa está en Bruselas y se reúne un mínimo de dos veces por semestre o cuando sea necesario. *Vid.* https://campus-stellae.com/cual-es-

adelante TJUE), 6.- Banco Central Europeo (BCE), y 7.- Tribunal de Cuentas Europeo (TCE).

Ahora bien, en cuanto a las organizaciones del nuevo continente, primeramente se tiene a la Organización de los Estados Americanos (en adelante OEA), establecida por la Carta de Bogotá de 30 de abril de 1948.

La OEA es, de hecho, la organización política más antigua del mundo. Si bien sus Estados miembros la crearon oficialmente en 1948 cuando aprobaron su Carta fundacional, en realidad la Carta fue la culminación de un proceso histórico en las relaciones interamericanas que comenzó con la "Primera Conferencia Internacional Americana" la cual tuvo lugar en Washington, D.C., del 2 de octubre de 1889 al 19 de abril de 1890, y el establecimiento de la Unión Internacional de Repúblicas Americanas (Unión Panamericana) en 1910 en la "IV Conferencia Interamericana", la cual fue reemplazada por la OEA (aunque también se encuentra como precursora la "Carta de Chapultepec"[262] de 1945).

Cabe hacer mención que, casi un siglo después, "a fines de la década de 1980, la OEA recuperó su relevancia como la institución interamericana central, básicamente como resultado de su nuevo rol en la promoción y protección de la democracia, los Derechos Humanos, la seguridad multidimensional, el desarrollo integral y la paz en el continente americano".[263]

---

la-diferencia-entre-consejo-europeo-consejo-de-la-union-europea-y-consejo-de-europa/.

[262] Como se expone en el capítulo sexto (6.3.1), "si hubiese que establecer un punto de partida en la construcción del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, se podría citar la Conferencia sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, reunida en Chapultepec, México, del 21 de febrero al 8 de marzo de 1945". *Cfr.* García Ramírez, S. (2007). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos.* México: Porrúa, pp. 1-9; Truyol y Serra, A. (1995). *Op. cit.* p. 150.

[263] *Vid.* Pasqualucci, J. (2012). *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights.* Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, Sao Paulo, Delhi, Mexico City: Cambridge University Press.

En paralelo a la OEA, como organismo intergubernamental hemisférico para la cooperación política, el mantenimiento de la paz y la protección de los Derechos Humanos, está el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (en lo sucesivo SIDH) integrado por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos (las cuales serán presentadas con mayor detenimiento en el capítulo sexto). Se desarrollaron también, a partir de la década de los 1960's, diversos esquemas de integración regional de alcance subregional, entre los que destacan los relativos a los Andes, Centroamérica, el Caribe y Sudamérica.

Y, como en el caso del viejo continente, puede apreciarse que tanto los mecanismos internacionales de protección de Derechos Humanos, cuanto los esquemas de integración han venido desarrollándose, siguiendo una lógica más bien supranacional, superadora de la dinámica intergubernamental característica de las primeras organizaciones internacionales.

Bajo esa tesitura, se puede decir que el verdadero cambio de paradigma en el ámbito de los organismos internacionales se produjo con la creación de sistemas jurídicos supranacionales.

Desde sus raíces, y a través de su evolución, se observa que el Derecho Internacional general tuvo como meta la asociación y cooperación entre Estados -en formas de integración regional-, razón por la cual se tiene a este Derecho -siguiendo al jurista argentino Calogero Pizzolo- como un *Derecho de coordinación.*[264]

Por lo tanto, debido a la importancia que han tenido tanto los procesos de integración en el mundo, como los órganos internacionales

[264] Pizzolo, C. (2010). *Derecho e Integración Regional.* Buenos Aires: Ediar, pp. 6-9.

de carácter *intergubernamental*, es que se suman los órganos internacionales de carácter *supranacional* los cuales desarrollan un Derecho propio que a su vez pasa a formar parte del Derecho de los Estados miembros, pero investido respecto de éste de cierta superioridad derivada del principio de primacía.[265]

Sin embargo, desde el punto de vista sistemático, según refiere el profesor Pizzolo, "no existe organización supranacional propiamente dicha, sino organizaciones internacionales que disfrutan de la atribución del ejercicio de competencias por parte de los Estados que la constituyen, lo que no hace que estén por encima de éstos sino que tienen una mayor independencia y autonomía que las organizaciones internacionales tradicionales", teniendo una incidencia más relevante sobre el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, sin depender de decisiones nacionales.[266]

Dada la limitación propia de este trabajo, a continuación sólo se mencionarán algunos de los organismos de cooperación supranacional relacionados con los procesos de integración -regionales e interregionales-, basados en acuerdos entre Estados.[267]

En América, se pueden citar: la Alianza del Pacífico; la Asociación de Estados del Caribe (AEC); el Banco Interamericano de Desarrollo (BID); la Comunidad Andina de Naciones (CAN) o Pacto Andino; la Comunidad del Caribe (CARICOM); el Mercado Común del Sur (MERCOSUR); y el Tratado entre México, Estados Unidos de América y Canadá (T-MEC). Cabe destacar, sin embargo, que no todos ellos funcionan de acuerdo con la lógica supranacional, pues varios operan de modo intergubernamental.

---

[265] Mandujano Rubio, S. (2019). *Manual de Derecho Internacional Público.* México: Tirant Lo Blanch, pp. 83 y ss; Mingst, K. A. (2006). *Op. cit.* pp. 277 y ss.

[266] *Ibíd.* pp. 389-390.

[267] Laursen, F. (2010). Comparative Regional Integration : Europe and Beyond. New York: Routledge.

En Europa se tiene a la Unión Europea (UE o EU). Aunque también se pueden encontrar organizaciones regionales en otros continentes como en África[268], Asia y Pacífico[269].

Finalmente cabe observar, siguiendo al profesor Cippitani, que "dos elementos parecen diferenciar los procesos regionales de integración con otros en el marco de las relaciones internacionales: el contenido de la cooperación y la institucionalización de las relaciones, en particular a través de la creación de órganos judiciales o arbitrales".[270]

Por otro lado, respecto a la protección internacional de los Derechos Humanos, se deben distinguir dos situaciones: cuando se produce dentro del marco del Derecho internacional general/universal y cuando ella ocurre en el ámbito regional.

En el segundo caso los avances han sido más intensos, pues, aunque los Tratados regionales en materia de Derechos Humanos no tienen la finalidad de alcanzar una integración política, sino de establecer las normas continentales para la aplicación de los Derechos Humanos, sí profundizan en el traspaso de competencias como ocurre con los sistemas *Europeo* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Comisión Europea); *Interamericano* (Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comisión Interamericana de Derechos Humanos); y *Africano* (Corte Africana de Derechos Humanos y Comisión Africana de Derechos Humanos)[271].

---

[268] Por ejemplo: la *Communauté économique des États de l'Afrique Centrale* (CEEAC); el Desarrollo del África, Austral Coordinación Conferencia (SADC); la Conferencia de Coordinación del Desarrollo del África Meridional (SADCC); la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (ECOWAS).

[269] Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ANSA o ASEAN); Asociación Sudasiática para la Cooperación Regional (ASACR o SAARC); Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC).

[270] Cippitani, R. (enero-junio de 2015), *Op. cit.* pp. 1-22.

[271] Dadas las pretensiones del presente trabajo, en el siguiente capítulo se abordarán únicamente los sistemas regionales americano (como objeto preferente del mismo) y europeo (como referente a considerar).

Por último dentro del presente apartado y para tener un panorama completo del cada vez más complejo entorno de las relaciones internacionales, vale la pena apuntar aunque sea una mínima reflexión sobre las Organizaciones Internacionales No Gubernamentales (ONG)[272] como otro actor más del Derecho Internacional/Supranacional.

Se trata de actores privilegiados, pues al ser organizaciones privadas y -en principio- sin fines de lucro, son independientes en lo político de cualquier Estado soberano, por lo que pueden contribuir a la elaboración y ejecución de una política internacional de manera más rápida y directa.[273]

A pesar de ser organizaciones "no gubernamentales" influyen en la conducta de los Estados, haciendo "lobby" para emprender investigaciones o llevar a cabo otro tipo de acciones o políticas. Por consiguiente son actores versátiles y cada vez más poderosos. En ese sentido, es preciso advertir que las ONG tienen una escasa regulación de sus actividades, pues aunque rinden informes de sus operaciones -administrativas y financieras-, han llegado a convertirse en grupos de presión que constituyen "Estado" dentro de un Estado u "organismos" dentro de los propios organismos, además de una ausente supervisión en materia de corrupción o conflictos de intereses.[274]

4.3 ¿Hacia un Derecho Global?

[272] Se calcula que hay más de diez millones de ONG en el mundo. Información obtenida: https://ayudaenaccion.org/ong/blog/solidaridad/historia-de-las-ong/#:~:text=Pero%20%C2%BFimaginas%20cu%C3%A1ntas%20organizaciones%20de,medio%20est%C3%A1n%20en%20Estados%20Unidos.

[273] Mingst, K. A. (2006). *Op. cit.* pp. 304 y ss.

[274] Tagle Martínez, H. (septiembre-diciembre de 1985). Derecho e Integración Internacional. *Pontificia Universidad Católica de Chile, 12*(3), pp. 443-446.

El anterior contexto, apenas esbozado, de los diversos intentos globalizadores y sus alcances, deriva en el entendimiento de que los procesos de gobernabilidad necesitan ser concebidos de manera diferente a como se ha hecho en el pasado reciente.

Los procesos de *interacción* e *integración* entre los diversos actores de la política internacional son ahora más frecuentes, complejos e intensos, yendo desde la cooperación *ad hoc* convencional y la colaboración organizacional, hasta la contribución de redes y organismos no gubernamentales, e incluso otros existentes en la interacción común "virtual" (a través de internet).[275]

Asimismo, la democracia política y la eficacia económica reclaman un reajuste en las fórmulas de organización de la sociedad contemporánea.

A la par, conforme al escenario exponencial del Derecho Internacional, han ido surgiendo, al margen de los Estados, muchas y diversas fuerzas que actúan sobre los pueblos fuera del control de los gobiernos estatales; aunado a que también están sobreviniendo problemas compartidos que no tienen solución en el marco territorial limitado de los Estados, que requieren decisiones y soluciones interinstitucionales a nivel regional y hasta global.

Desde esta perspectiva se podrían vislumbrar tendencias aparentemente irreconciliables e inimaginables, como la escisión o fragmentación estatal, una mayor integración, o la misma supresión de algunos países.

[275] Suñé Cano, J. (2013). *El e-government en el contexto global.* México: Porrúa, Escuela Libre de Derecho; Suñé Llinás, E. (2020). *Derecho e Inteligencia Artificial. De la robótica a lo posthumano.* México: Tirant Lo Blanch; Suñé Llinás, E. (2014). *La constitución del ciberespacio.* México: Porrúa, Universidad Complutense de Madrid, Red Internacional de Juristas para la Integración Americana.

Venturosamente, en palabras de la jurista Anne Peters, "el arreglo de las disputas internacionales está siendo cada vez más legalizado y juridificado mediante el establecimiento de cortes internacionales y tribunales con jurisdicción cuasi-obligatoria". Por lo que dicha juridificación significa una declaración de la legalización de las relaciones internacionales y una re-construcción de un sistema colaborativo común y multinivel.[276]

La intención de la panorámica histórica expuesta en este capítulo fue trazar someramente algunas de las tendencias que hacen necesaria una reflexión de fondo sobre la configuración y estructura del Derecho Internacional, el cual pasó de ser un Derecho principalmente orientado a la protección de la soberanía estatal y la delimitación de competencias estatales, a irse convirtiendo poco a poco en un *Derecho Común del ser humano* y sus Derechos Humanos.[277]

Como observa atinadamente el jurista español Diez de Velasco (†2009), el sistema internacional actual cuenta con tres estructuras:

> "i) una estructura *relacional* reflejada en una sociedad internacional predominantemente interestatal, descentralizada, paritaria y fragmentada, que impone una relación jurídico-formal de carácter también relacional, regida por los principios de igualdad soberana y no intervención; ii) una estructura *institucional* reflejada primordialmente en la cooperación institucionalizada a través de las organizaciones internacionales regida por el principio de cooperación pacífica; y iii) una estructura *comunitaria* regida por el principio de la solidaridad que se encuentra todavía en proceso de formación y que propende o debe propender a un perfeccionamiento de la Comunidad y a una mayor humanización de la misma".[278]

Y como ha podido apreciarse, dicha estructura en buena medida se ha debido a la extensión de los paradigmas de la supranacionalidad

[276] Peters, A. (enero-junio de 2018). Los méritos del Constitucionalismo global. *Revista Derecho del Estado*(40). 3-20.

[277] Seara Vázquez, M. (1993). *Op. cit.* pp. 17-51.

[278] Diez de Velasco Vallejo, M. (2007). *Instituciones de Derecho Internacional Público* (Décimo Sexta ed.). Madrid: Tecnos, pp. 72 y 84.

de los Derechos Humanos, que han venido a configurar una especie de Derecho Común de la Humanidad.

Aunque los individuos no tienen reconocido aún, plenamente y en todos los casos, el carácter de sujetos de Derecho Internacional, lo cierto es que hay una tendencia evidente a reconocerles múltiples derechos, particularmente en los ámbitos de los Derechos Humanos y de la cooperación económica, que se ha producido a nivel de los organismos supranacionales de integración.

Por ende, como menciona el profesor español José Luis Cascajo Castro, "la organización y los procedimientos de decisión expresivos de esta nueva pluralidad han de ser, en consecuencia, más complejos y de una mayor articulación", sobre todo para tratar de resolver problemas actuales y comunes en pro de un orden público global.[279]

Por ello mismo, hoy los Derechos Humanos consagrados en varios conjuntos normativos empiezan a constituir ya una verdadera excepción al principio de soberanía y se está llegando a los límites de la intervención "*causa humanitatis*", dando paso a la edificación de un nuevo y flexible "ordenamiento jurídico común y plural".[280]

Estas tendencias tendrán una repercusión directa en i) la teoría y práctica de las relaciones internacionales y en ii) el rumbo que podría tomar -o que ya está experimentando- el futuro del Derecho y sus ordenamientos, dado que -en la actualidad- el Estado aún es una institución que habrá de permanecer, aunque quizás con importantes limitaciones en su soberanía (en materia de Derechos Humanos), pero

[279] Cascajo Castro, J. (2008). Interpretación Constitucional y Constitucionalismo Multinivel. En E. Ferrer Mac-Gregor, & A. Zaldívar Lelo de Larrea, *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho* (Vol. VI. Interpretación Constitucional y Jurisdicción Electoral. México: IIJ-UNAM, pp. 197-210.

[280] Pampillo Baliño, J. (2008). *Op. cit.* pp. 416-429; Pogge, T. (2009). *Hacer justicia a la humanidad.* México: UNAM.

que podría estar erosionándose desde afuera e incluso desde su interior[281], como resultado de los principios de solidaridad y subsidiariedad que hacen necesaria la colaboración entre diversos órdenes políticos, de gobierno y jurídicos, a nivel internacional, nacional e intraestatal.[282]

Además, los problemas y fuerzas que actúan ahora en el medio internacional tienen una gravedad y un efecto creciente que escapan cada vez más a la supervisión y control de los Estados. La humanidad se enfrenta a problemas que ya no parecerían tener solución en la sociedad estatal.[283]

Seguir esta línea de pensamiento, conllevaría una extensión de la soberanía y, consecuentemente, una "intersoberanía"[284] en la transición hacia la integración jurídica, social y política, con una tendencia hacia -lo que denomino aventuradamente- una "soberanía de los Derechos Humanos" con la consecuente construcción de otro tipo de legitimidad que sería, por ejemplo, reconocida por la propia sociedad y no únicamente por polos de poder político que actúan -en ocasiones- unilateral y hegemónicamente, impidiendo lograr una mejora tanto de los propios ordenamientos nacionales como de los transnacionales.

La actual realidad está demostrando nuevos escenarios y conductas que requerirían un intercambio de técnicas hermenéuticas de protección de los Derechos Fundamentales entre distintos sistemas y ordenamientos jurídicos, así como la puesta en marcha de un mecanismo

---

[281] *Vid*. Perea Unceta, J. (2004). Reflexiones sobre las restricciones a la soberanía del Estado en el Derecho Internacional contemporáneo. *Anuario jurídico y económico escurialense*(37), pp. 95-129. Obtenido de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=892088.

[282] Vázquez, R. (2019). *Teorías contemporáneas de la justicia.* México: IIJ-UNAM, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Centro de Estudios de Actualización en Derecho.

[283] Seara Vázquez, M. (1993). *Op. cit*. pp. 7-9.

[284] Seara Vázquez, M. (1988). *Op. cit*; Seara Vázquez, M. (1993). *Op. cit*. pp. 24-25.

ius-protector más sólido y eficaz que llene el vacío jurídico con un tratamiento multilateral, multidisciplinario, multinivel y democrático, que esté guiado por los principios de subsidiariedad y *pro personae*.[285]

Algunos especialistas opinan que la gobernabilidad global podría debilitar los valores democráticos o posibilitar la redistribución de poderes de decisión a favor de instancias políticamente irresponsables, pero en realidad, conforme el enfoque de la gobernabilidad se aleje más del individuo como persona y objeto de estudio, la democracia se tornaría más problemática. Ello nos podría llevar como sociedad internacional a una tendencia unificadora y común (como sucedió en siglos pasados), que posiblemente llevaría nuevamente a una cierta unidad política mundial, o al menos regional con mayor fuerza, por lo que sería conveniente anticiparnos a dicho cambio.

Así, a fin de materializar una gobernabilidad global o, mínimamente, común regional, que por otro lado tendría que legitimarse más en términos democráticos, debería darse paso al establecimiento de una sociedad civil global, posiblemente a través de una nueva "vía global"[286].

Hay que tener en cuenta que nuestra *"Era"* es -también- la de la "*globalización* y la *glocalización*[287] de los problemas humanos", que va

---

[285] Pernice, I. (2016). Global Constitutionalism and the Internet: Taking People Seriously. En R. Hofmann, & S. Kadelbach, *Law Beyond The State. Pasts and Futures* (pp. 151-205). Frankfurt: Campus Verlag.

[286] El autor ha desarrollado el término refiriéndose a "englobar" i) la autonomía de la voluntad de las leyes que recorren la naturaleza; ii) el progreso histórico con la ley del doble progreso contrario; iii) el principio de separación para la explotación con el de reintegración para una convivencia armónica; iv) la racionalidad instrumental con la racionalidad teológica, integrada y pluridimensional; y v) el individualismo atomista con el comunitarismo celular. *Cfr.* Pampillo Baliño, J. (2008). *Op. cit.* pp. 400 y ss.

[287] El término "glocalización" es el resultado de la suma de localismos + globalización, y fue creado por Ulrich Beck y Roland Robertson en la década de los 1980´s. *Cfr.* Carbonell, M. (2003). Globalización y Derecho: siete tesis. En L. Díaz Müller, *Globalización y Derechos Humanos.* México: UNAM, p. 3; Stiglitz, J. (2015). *El malestar de la globalización.* España: Debolsillo (Random House).

adquiriendo una dimensión planetaria, y que necesita soluciones planetarias-universales-globales-regionales-comunes, que a su vez podrían llevar a la "natural" aparición de nuevas instituciones jurídicas que respondan y se ajusten a esta realidad contemporánea.[288]

Por lo tanto, en la Era de la globalización característica del siglo XXI, conforme los procesos evolutivos prosigan con su desarrollo (procesos tales como son los demográficos, económicos, políticos, sociales, culturales, medioambientales, tecnológicos, etcétera), "sería posible y necesario configurar un *Mos Americanum* que posibilite la integración jurídica de nuestro continente".[289]

Probablemente se prefiera usar un nombre nuevo para denominar ese conjunto de normas emergentes. Sin embargo, Derecho Global, Universal, Mundial, Común, etc. ya se mencionan, al igual que (desde hace tiempo) se mencionó el de Derecho Transnacional, que, no obstante, tiene connotaciones diferentes, ligadas a una época anterior; pero más allá del nombre, se observa una tendencia hacia la consolidación de un *Ius Commune* Latinoamericano -y global-, al menos en materia de Derechos Humanos.[290]

En el actual contexto internacional, los sujetos más importantes son los Estados. Sin embargo, por un lado la sociedad no estuvo formada siempre por Estados y, por otro lado, los Estados podrían no conservarse siempre como los conocemos hoy, sino que en el proceso evolutivo a que todas las instituciones están sujetas, tenderán a alejarse cada vez más

---

[288] Kacowicz, A., Kacowicz, M., & Ramos, G. (abril-junio de 2016). ¿Por qué no tenemos Teorías coherentes de Relaciones Internacionales sobre la Globalización? *El Colegio de México, 56*(2), pp. 378-408.

[289] Pampillo Baliño, J. (2008). *Op. cit.* pp. 415 y 429; Sousa Santos, B. (2010). *Descolonizar el Saber, Reinventar el Poder.* (J. Exeni R, J. Gandarilla Salgado, C. Morales de Setién, & C. Lema, Trads.) Uruguay: Trilce.

[290] Orrego Vicuña, F. (octubre-diciembre de 2003). Derecho Internacional y sociedad global: ¿ha cambiado la naturaleza del orden jurídico internacional? *Instituto de Estudios Internacionales Universidad de Chile*(143), pp. 7-26; Pampillo Baliño, J. (2012). *Op. cit.*

de los modelos con que se les ha identificado en la contemporaneidad. Además, y debido al fenómeno bien conocido de la aceleración de los procesos sociales -fenómeno de nuestro tiempo- esta evolución será, probablemente, cada vez más rápida. Por esto sería pertinente estar preparados (anticipándonos y ocupándonos), sosteniendo y fortaleciendo el principio *pro personae*.[291]

El hecho de que los Estados actualmente tengan una tendencia a colaborar entre sí, más que una repetición de los pasados movimientos nacionalistas, que colocaban como valor primario la independencia y luego aceptaban ciertas reglas de coexistencia de unos Estados con otros, es un avance hacia nuevas formas de cooperación entre pueblos con matices culturales diferentes, yendo cada vez más hacia la conformación de un verdadero *Mos Global*.[292]

Esta tendencia unificadora puede observarse a lo largo de la historia de la humanidad, y sólo se ha revertido en contadas ocasiones, como podrían ser los movimientos independentistas del siglo XVIII en adelante.

De hecho, el reciente pasado puede llamarse o identificarse como la época del nacionalismo (estatalista-legalista), y el momento presente y el futuro próximo, podrían corresponder a la época del jurista/juez regionalista y globalista.

Por lo que, para alcanzar un horizonte común en el continente americano en materia de Derechos Humanos, sería necesario garantizar una cierta -y bien delimitada- independencia judicial. Dicho objetivo

---

[291] Domingo Oslé, R. (2009). *¿Qué es el Derecho Global?* Navarra: Universidad de Navarra.

[292] Habiendo transitado la historia a través de un *Mos Italicus*, un *Mos Gallicus* y, dada la perspectiva de la configuración y evolución del *Mos Europaeus*, el autor ha propuesto la posibilidad de un *Mos Americanum* que indudablemente resultará en un *Mos Global*. *Cfr*. Pampillo Baliño, J. (2008). *Op. cit*. pp. 385-429.

debería llevar a la concreción de una mentalidad pro-*iu*shumana, acompañado de un amplio intercambio jurisprudencial entre las principales instituciones garantes de derechos. Aunque claro está que la voluntad política no deja de ser el motor esencial que permite gozar de derechos y libertades, pero esto se podrá explicar y entender con mayor detenimiento a continuación.[293]

[293] Morán Martín, D. (2019). Crónica del Ciclo de Conferencias Protegiendo Derechos en Europa y América. Homenaje a la Corte IDH en su 40 Aniversario. *Foro Nueva Época, XXII*(1), pp. 297-308.

SEGUNDA PARTE

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO NUEVO DERECHO COMÚN

Capítulo 5. Los Derechos Humanos como Derecho Común

5.1 Antecedentes históricos

5.1.1 El Iusnaturalismo como antecedente de los Derechos Humanos

A lo largo de los siglos el Derecho ha oscilado entre diversas tendencias aparentemente opuestas, aunque en realidad complementarias: dos de ellas son el dilema entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo, y el dilema entre el universalismo y los localismos.

Dichas tendencias actúan, repercuten y reaccionan una sobre otra, sin que en todos los casos se alcance el equilibrio. No obstante, es a esta doble influencia a la que el Derecho debe su análisis y exposición histórica dentro de la Tradición Occidental.

Al respecto, en este capítulo se hará referencia a la evolución que tuvo el entendimiento del Derecho Natural como orden jurídico, hacia los derechos naturales como derechos subjetivos -inherentes, inalienables y sagrados del individuo-, los cuales puede decirse que fueron un -muy importante- embrión de los "Derechos Humanos" y de los "Derechos Fundamentales", entendidos como una expresión de la percepción mundial y humana de la Ilustración política y de sus promotores liberales.[294]

De hecho, sólo fue posible hablar de Derechos Humanos una vez que se consideró que la persona -por el hecho de serlo-, tiene una serie de prerrogativas naturales o derechos subjetivos que deben ser reconocidos, respetados y protegidos, especialmente por cada Estado.

[294] *Vid.* Arellano García, C. (1992). *Op. cit.* pp. 43 y 44.

Por lo tanto, para llevar a cabo una nueva conceptualización de los derechos del individuo, resultó necesario reconceptualizar al mismo Derecho como libertad subjetiva frente al poder, rompiendo en ese sentido con la tradición clásica y medieval que concebía al Derecho como una relación entre personas, objetivada en razón de las cosas.[295]

Por eso, como fue señalado en el segundo capítulo, el iusnaturalismo racionalista y el individualismo de los siglos XVII y XVIII, fueron determinantes y contribuyeron a limitar el absolutismo. Ello implicó la construcción de una nueva legitimidad política, con una explicación racional al origen de la sociedad y del poder: el *Contractualismo*, teoría que ya ha sido expuesta.

Asimismo, hay que tener presente que la evolución histórica de los Derechos Humanos está vinculada a la construcción del Estado de derecho, por ser el entorno en el que pueden protegerse y desarrollarse los mismos, mediante un sistema de equilibrios y sanciones políticas y jurídicas. Además, los elementos del Estado de derecho se fueron conformando gradualmente, gracias -en gran medida- a la influencia del pensamiento de diversos autores.[296]

Aunque las bases iusfilosóficas de los Derechos Humanos, en su configuración actual, se encuentran en la reflexión iusnaturalista occidental, su naturaleza universal se trasluce también en el pensamiento y leyes de otras culturas como, por ejemplo, en las antiguas civilizaciones del Oriente: la egipcia (con su *Libro de los Muertos*) y las

---

[295] *Cfr*. Carpintero Benítez, F. (1999). *Op. cit. passim*; García Ricci, D. (2015). *Estado de Derecho y Principio de Legalidad* (Colección de textos sobre Derechos Humanos ed.). México: CNDH, p. 24; Hervada Xiberta, J. (1996). *Op. cit. passim*.

[296] González , M., & Castañeda, M. (2011). *La evolución histórica de los Derechos Humanos en México* (Colección de textos sobre Derechos Humanos ed.). México: CNDH, p. 11. *Vid*. Marquardt, B. (2014). *Historia Mundial del Estado. Tomo IV El Estado de la doble Revolución Ilustrada e Industrial (1776-2014)* (Vol. Tomo IV). Bogotá: Ecoe & Universidad Nacional de Colombia.

mesopotámicas.[297] Dentro de ese contexto, destaca por ejemplo el Código de Hammurabi.[298]

Otra muestra se puede hallar en las leyes mosaicas, contenidas principalmente en el *Pentateuco* o *Torá* pues, dentro de las instrucciones que YHWH dio a los hijos de Israel, por medio de Moisés, se pueden apreciar -además de los *Diez Mandamientos*- numerosas normas de conducta civil y penal, así como distintos derechos otorgados para todos los estamentos, incluyendo a los grupos vulnerables.[299]

Ahora bien, el iusnaturalismo occidental encontró sus raíces en el pensamiento filosófico de los griegos, especialmente en el pensamiento de Aristóteles y en el de los estoicos.[300]

Para el primero, el Derecho era una medida de igualdad que encontraba su origen en las determinaciones positivas o en la naturaleza

---

[297] *Vid*. Álvarez Román, J. (1983). El Derecho en las Culturas Orientales. México: Jus; Serrano, J., & Sanmartín, J. (2006). Historia Antigua del próximo Oriente: Mesopotamia y Egipto. Madrid: Akal.

[298] Dicho Código tuvo como precedentes el Código de Urukagina (2350 a.C.) el cual sólo ha sido conocido por referencias que se han hecho en documentos posteriores, y el Código de Ur-Nammu (2050 a.C.) conocido como el primer ordenamiento jurídico escrito que se conoce y que ya establecía jueces especializados, el testimonio bajo juramento y la facultad de los jueces de ordenar al culpable la indemnización de perjuicios. Véase la cronología de los Derechos Humanos expuesta en la página oficial. *Cfr*. *Amnistía Internacional*. (s.f.). Recuperado el 10 de 05 de 2021, de Historia de los Derechos Humanos: http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/index.html.

[299] La Torá (o Pentateuco) en particular (y la Biblia en general) hace énfasis en los derechos y protección -principalmente- de los extranjeros, las viudas, los pobres y los huérfanos. Las "ideas hebreas" del Derecho y justicia (*mishpat* y *tsadaq*), con su connotación religiosa de compasión hacia el débil y, especialmente, de liberación del oprimido y auxilio al necesitado, habrían de ser posteriormente elevadas por el cristianismo a la "ley de la libertad", conforme a la cual "el amor es la plenitud de la ley". *Vid*. Verkindere, G. (2001). *La justicia en el Antiguo Testamento.* (P. Barrado, & S. M.P., Trads.) Navarra: EVD; Villoro Toranzo, M. (1989). *Del Derecho Hebreo al Derecho Soviético. Ensayos de Filosofía de Historia del Derecho.* México: Escuela Libre de Derecho.

[300] Pampillo Baliño, J. (2012). La filosofía griega: clave para la reflexión iusfilosófica contemporánea. En E. Betanzos Torres, & J. Narváez (coords.), *Filosofía del Derecho.* Tomo de la Obra Jurídica Enciclopédica en Homenaje al Primer Centenario de la Escuela Libre de Derecho, coordinada por Juan P. Pampillo y Manuel A. Munive en 43 volúmenes. México: Escuela Libre de Derecho & Porrúa. *Vid*. Carpintero Benítez, F. (1999). *Op. cit. passim*; Hervada Xiberta, J. (1996). *Op. cit. passim*.

de las cosas.[301] Para los segundos, era más bien el producto de la aplicación de las leyes naturales, como razón y como voluntad. Y para ambas concepciones, en todo caso, el Derecho Positivo se complementaba o se fundamentaba y limitaba por el Derecho Natural.

El iusnaturalismo filosófico de la reflexión griega se encarnó posteriormente en el Derecho Romano, en sus ideas, métodos e instituciones que recogieron tanto las concepciones estoicas como las aristotélicas.

Dicha tradición iusnaturalista, también fue retomada y elevada por el cristianismo -que exaltó la dignidad humana- y que, a partir del siglo IV, con motivo de su reconocimiento y posterior adaptación por el Imperio romano, habría de imponerse como la religión y el mismo sustrato de la cultura de la Edad Media.[302]

Originalmente, el cristianismo adoptó, sobre todo, la concepción estoica asimilada a través de Agustín de Hipona, quien ordenó las diversas leyes en Divinas, Eternas, Naturales y Positivas.[303]

Pero su principal aportación se encuentra en la Baja Edad Media, con Tomás de Aquino (†1274), quien articuló las dos concepciones clásicas, la aristotélica o juridicista y la estoica o legalista, reconociendo, tanto el Derecho Natural como la Ley natural que se encuentran articulados según la virtud de la prudencia. Dicha concepción habría de

---

[301] En su *Ética a Nicómaco* comenta el Estagirita que la justicia "se divide en natural y legal; natural la que tiene en todas partes la misma fuerza, independientemente de lo que parezca o no, y legal la de aquello que en un principio da lo mismo que sea así o de otra manera, pero una vez establecido ya no da lo mismo. Para nosotros hay una justicia natural, y, sin embargo, toda justicia es variable." "Aristóteles (Ética Libro V)". Ángel Sánchez de la Torre *Textos y Estudios sobre Derecho Natural*. Segunda Edición. Madrid. Edita la Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. 1985, p. 32.

[302] *Vid*. Santiago, A. (2023). La dignidad de la persona humana. Fundamento del orden jurídico nacional e internacional. Argentina: Ábaco.

[303] *Vid*. Fernández García, E. (2001). *Op. cit*.

ser llevada a su máximo esplendor posteriormente por la Escuela de Salamanca o de los Teólogos Juristas Españoles.[304]

Con ello se fijó el canon de la concepción iusnaturalista cristiana de la *libertad* en la *dignidad* de la persona y en su desenvolvimiento y perfección. Dicho canon, sin embargo, evolucionó posteriormente hacia una concepción más bien *legalista* del Derecho Natural.[305]

Tal proceso histórico, que va del *ius* como lo "justo objetivo", al *ius* como "lo justo subjetivo", tuvo como protagonistas -como ya se hizo mención en los primeros capítulos de este trabajo- a los juristas del *Ius Commune* y a los Teólogos Españoles de los siglos XVI y XVII; aunque, según refiere al profesor Carpintero, "se mezclaron el Derecho Natural con la moral y la religión, y al final resultó un caos en el que cada uno contradecía a los demás, y las disputas no tenían fin".[306]

Con una perspectiva más precisa y reiterativa, toda la Escuela de Salamanca desarrolló elementos de una teoría jurídica enfocada en principios generales de *justicia* con el ser humano en su centro. En ese sentido, y como observó el canonista español Javier Hervada (†2020), desde dicha concepción "el Derecho Natural es Derecho vigente; contra él no prevalece el Derecho Positivo; el Derecho Positivo debe interpretarse conforme al Derecho Natural; el juez no puede dictar sentencia en disconformidad con el Derecho Natural".[307]

Recordemos que la Escuela de Salamanca, se desarrolló a partir de la discusión de la esclavitud y el tratamiento que había que dar a los nativos americanos que habitaban en las tierras descubiertas, partiendo

---

[304] *Vid.* Capítulo segundo del presente trabajo y a Pampillo Baliño, J. P. (2014). *Op. cit. passim*.

[305] Sánchez Agesta, L. (1966). *Op. cit.* p. 434; Santiago, A. (2023). *Op. cit.*

[306] Carpintero Benítez, F. (1999). *Op. cit.* p. 248.

[307] Hervada Xiberta, J. (1996). *Op. cit.* p. 327.

de la igualdad y la libertad natural entre todos los seres humanos, aunque con el tema añadido de la predicación del Evangelio a los nativos americanos; por ende "es evidente la matriz iusnaturalista, cuando se hace referencia a los principios de equidad e igualdad".[308]

Y es que, al lado de las tendencias iusnaturalista e internacionalista, que por caminos diversos trataron de llegar al mismo fin, es preciso reiterar que algunos pensadores de la Modernidad temprana fueron interpretados *ex post,* en el sentido de precursores intelectuales de la concepción de los Derechos Humanos. Por ejemplo, uno de los autores más conocidos del siglo XVI fue el teólogo Bartolomé de las Casas (†1566), quien se convirtió en uno de los principales defensores de los Derechos de los americanos originarios frente a las irracionalidades de la conquista del Nuevo Mundo.[309]

El debate político y ético iniciado por este fraile dominico fue relativamente exitoso, pues repercutió en las *Leyes Nuevas* promulgadas en 1542 por el Emperador Carlos V (†1558).[310]

Por su parte, Francisco de Vitoria (†1546) y su alumno Domingo de Soto (†1560) construyeron una concepción de la persona como fuente de derechos naturales, al discutir los derechos de los aborígenes en relación con el descubrimiento y la colonización de América. La idea central de

---

[308] *Vid*. Carro, V. (1944). La teología y los teólogos juristas españoles ante la conquista de América. 2 Volúmenes. Madrid: CSIC. Ferrante, R., *Op. cit*. p. 32. Torrent Ruiz, A. (2013). *Op. cit*. p. 17.

[309] *Vid*. Gschwend, L., & Good, C. (2009). La conquista española y las ideas de los Derechos Humanos en la obra de Bartolomé de las Casas (1484-1566). *Pensamiento Jurídico*(24), pp. 39-78; Marquardt, B. (2015). Derechos Humanos y Fundamentales, una historia del Derecho: ¿Valores universales o hegemonía moral de occidente? (Primera ed.). (G. Ibáñez Carreño, Ed.) Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, p. 24.

[310] Carlos I de España también era conocido como "Carlos V del Sacro Imperio Romano Germánico, rey de España, Nápoles, Sicilia y Cerdeña, duque de Borgoña, soberano de los Países Bajos y archiduque de Austria". Fue hijo de Juana la Loca y de Felipe el Hermoso y nieto de los Reyes Católicos y del emperador Maximiliano I de Austria. *Cfr*. Strohmeyer, A. (2001). El Sacro Imperio bajo Carlos V (1519-1556). *Historia Moderna, 23*, 25-54.

Vitoria -acota Torrent- es que "la comunidad estatal no tiene como base la fe, sino el Derecho Natural que prescribe que todos los hombres, independientemente de sus creencias, poseen una naturaleza social"; lo que permite apreciar claramente la preocupación humanista y pensamiento de este teólogo.[311]

En ese sentido, el iusnaturalismo -e incluso podría decirse el racionalismo de Vitoria-, lo llevó a defender que no sólo en cada Estado, sino también en la comunidad de Estados, existe un orden jurídico cuyas raíces se encuentran en el Derecho Natural, común de todas las personas por su naturaleza racional, configurándose así el orden internacional mediante la práctica y los Tratados; por lo que, insistiendo, el Derecho Internacional no se deriva únicamente de los Tratados, sino que tiene una base común en el Derecho Natural, porque su fundamento primero es la naturaleza social del ser humano, por encima de fronteras y soberanías estatales (por ello la importancia que tienen el reconocimiento y la evolución de los Derechos *Universales*).[312]

Por lo tanto, el Derecho Natural que ampara y predica la solidaridad humana, trasladado al plano del Derecho Internacional, hizo que Vitoria expusiera una visión de base comunitaria, defensora de los derechos de la humanidad entera. Es decir, el Derecho Natural -del que surgen los Derechos Fundamentales del ser humano- proporciona la base para un Derecho Global-Universal.[313]

Por otro lado, se puede decir que F. Vázquez de Menchaca fue el primero que echó a andar un nuevo Derecho Natural racional o que dio comienzo al iusnaturalismo racionalista; pues a través de él se logró

---

311 *Cfr*. Torrent Ruiz, A. (2013). *Op. cit.* p. 39. *Vid*. Gatt Corona, G. (2012). *Op. cit.*

312 *Ibíd*. pp. 46, 47 y 53. *Vid*. Hernández Martín, R. (1995). *Op. cit.*

313 Carpintero Benítez, F. (1999). *Op. cit.* p. 284; Rodríguez Moreno, A. (2016). Algunos conceptos fundamentales para el nacimiento de los Derechos Humanos: Fernando Vázquez de Menchaca. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, p. 31.

comprender el salto que hubo entre el Derecho Natural medieval (teológico) y el iusnaturalismo moderno (laico).[314]

De ahí pasamos, en este breve recorrido de la historia del iusnaturalismo occidental, a los iusnaturalistas de la Edad Moderna, quienes, a partir de las coordenadas propias del pensamiento de la Ilustración, vislumbraron a un individuo aislado, independiente y autónomo.

Así pues, en la fundamentación filosófica, se habla de "derechos del hombre (como especie)" o "Derechos Humanos", entendidos como manifestación de la dignidad del ser humano, que reclaman una validez universal y supraestatal al estilo de los principios básicos del Derecho Natural, los cuales no se fundamentan en la *soberanía* del Estado moderno, sino que más bien limitan la misma.[315]

Se trata de concepciones que parten del pensamiento ilustrado de autores como Hobbes, Rousseau y Montesquieu, que influyen en la configuración de las obras de filósofos juristas como Wolff, Thomasius y Pufendorf.[316]

En tales autores, más allá de la exposición detallada de los derechos, únicamente había quedado -siguiendo al profesor Carpintero- la "idea confusa acerca de que existía un Derecho Natural, un orden de Principios por encima de los derechos positivos existentes históricamente", fundados en la reflexión racionalista sobre una naturaleza humana abstracta.[317]

---

[314] Carpintero Benítez, F. (1977). *Del Derecho Natural Medieval al Derecho Natural Moderno: Fernando Vázquez de Menchaca.* Salamanca: Universidad de Salamanca. *Vid.* Rodríguez Moreno, A. (2016). *Op. cit.* pp. 34-36.

[315] Marquardt, B. (2015). *Op. cit.* pp. 1-9.

[316] *Cfr.* Carpintero Benítez, F. (1999). *Op. cit. passim*; Hervada Xiberta, J. (1996). *Op. cit. passim.*

[317] Carpintero Benítez, F. (1999). *Op. cit.* pp. 140, 141 y 342.

En esencia, el Derecho Natural precede al Derecho Positivo estatal y las libertades preceden al poder. Por ello, sólo del análisis de la naturaleza humana puede deducirse el ámbito inviolable de derechos que nada ni nadie debe coartar. Justamente de esa naturaleza deriva el núcleo esencial de derechos que después van a ser susceptibles de desarrollos y determinaciones conforme a cada época de la historia.[318]

De ahí, naturalmente, habría de transitarse -como se expuso en su oportunidad- a la Constitucionalización y a la Codificación del Derecho Natural, tanto Público como Privado.

5.1.2 El Proto-constitucionalismo Europeo

A pesar de que durante mucho tiempo se asoció el reconocimiento y protección de los Derechos Humanos al Constitucionalismo, sus antecedentes se encuentran en la doctrina del Derecho Natural y de los derechos naturales. Pero también en una serie de instituciones político-jurídicas que últimamente se han venido estudiando bajo el rubro general de "proto-constitucionalismo".

El llamado proto-constitucionalismo revela "ciertos rasgos de la limitación del poder estatal pre-ilustrado, pero en formas y contenidos diferentes a las del posterior Constitucionalismo moderno".[319]

En efecto, las "leyes" que organizaban el "Derecho Público", antes del Constitucionalismo:

---

[318] Fioravanti, M. (2009). *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones* (Sexta ed.). (M. Martínez Neira, Trad.) Madrid: Trotta, p. 29.

[319] *Ibídem*. "La Constitución no es sólo una ley de procedimientos de actuación del poder, sino es también una regla sustancial"; *Cfr*. Sánchez Agesta, L. (Invierno de 1982-1983). La Justicia Constitucional. *Revista de Derecho Político*(16), 8-26. Recuperado el 8 de julio de 2021, de http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8197.

i) no estructuraban jurídica ni políticamente al país;

ii) no establecían los principios dogmáticos y orgánicos del Estado; puesto que

iii) no precisaban los principios de sumisión del Estado al Derecho;

iv) no señalaban la división de poderes y limitaciones del poder público;

v) no definían los órganos y procedimientos legislativos, careciendo de principios directivos que limitarían el contenido de leyes futuras;

vi) no garantizaban el derecho de la gente a reformar su propio gobierno (poder constituyente del pueblo);

vii) no marcaban las pautas para lograr un gobierno representativo (estado democrático) asumiendo el inevitable significado de una transmisión de poderes de la sociedad al Estado (voluntad soberana);

viii) no delimitaban las responsabilidades y obligaciones del Estado para rendir cuentas;

ix) no tenían asignado ese rango especial por el que su contenido quedara a salvo de una reforma a través del procedimiento legislativo reforzado; además,

x) carecían de un control judicial que garantizara la supremacía de las leyes y la Constitución;

xi) no garantizaban la independencia judicial e imparcialidad;

xii) no definían, de manera sistemática, un catálogo exhaustivo de derechos y libertades; y, por ende,

xiii) no establecían los mecanismos o disposiciones específicas para hacer efectivos los derechos declarados, para asegurarlos frente al ejercicio arbitrario del poder público estatal.

En pocas palabras,

xiv) no situaban al ordenamiento como punto de referencia, como ley suprema escrita, válida y fundamental.[320]

De ahí que no sea adecuado referirse a dichas leyes como Constituciones en el sentido moderno, que han estado acompañadas de la doctrina constitucionalista como un cuerpo de pensamiento filosófico-político-jurídico moderno ilustrado, que las ha venido acompañando desde el siglo XIX.

Es decir, las primeras leyes políticas de protección de los "Derechos Humanos" -como tal-, coinciden con las raíces y desarrollo de la concepción del Estado moderno a partir del siglo XVI, pues se planteó por primera vez la limitación del poder del Estado-Corona, en relación con sus súbditos en cuanto individuos.

De hecho, siguiendo al profesor alemán Bernd Marquardt, "los Derechos Humanos son presentados como una especie de religión civil de la Modernidad". Una religión civil que, en buena medida, consiste en el reconocimiento de los derechos naturales -de naturaleza política-, desarrollados por el iusnaturalismo moderno.[321]

Asimismo, es preciso recordar que tanto el Constitucionalismo como la Codificación "no surgieron de teorías o principios dogmáticos" -al menos no solamente-, sino también de la evolución histórica de una sociedad y de la interpretación y aplicación del propio Derecho, así como de las mismas instituciones políticas, las cuales han ido cambiando

[320] Fioravanti, M. (2009). *Op. cit.* p. 41. Charles Howard McIlwain. *Constitutionalism. Ancient and Modern.* Revised Edition. Ithaca, New York. Cornell University Press. 1947; Marquardt, B. (2016). *Historia constitucional comparada de Iberoamérica: las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI* (Primera ed.). Colombia: Grupo Editorial Ibáñez, pp. 26 y ss.

[321] Marquardt, B. (2015). *Op. cit.* pp. 1-9.

según las exigencias y necesidades sociológicas, socioeconómicas y sociopolíticas de cada época.[322]

En ese sentido, como se trató de mostrar en las páginas precedentes, ya en las primeras normas escritas existía la idea de protección de los más vulnerables; sin embargo, nadie habló de Derechos Humanos en el sentido en que se hizo a partir del Constitucionalismo, pues -como refiere el jurista español Suñé Llinás- "en el binomio de libertad y poder, la libertad sólo es posible cuando el poder no se halla concentrado en unas solas manos. En todos los ámbitos, la división y equilibrio del poder es esencial, *conditio sine qua non*, para salvaguardar la libertad"[323].

Sin embargo, sería un error creer que, por no haberse consagrado derechos individuales públicos como Derechos Humanos en beneficio del gobernado en los distintos ordenamientos, el poder del monarca debiese ser arbitrario, tiránico, opresivo, despótico, etcétera, pues en realidad la historia de los Derechos Humanos y Fundamentales puede considerarse como algo más que la simple historia normativa de las Declaraciones garantistas.

Ejemplo de ello es lo que se puede apreciar en las distintas Cartas de Derechos y Estatutos que se usaron a partir del siglo XIII y hasta el siglo XVIII, cuyo tratamiento específico y completo rebasaría los límites de este trabajo. Por eso, a continuación se mencionarán sólo algunos de los textos más representativos de dicho proto-constitucionalismo.

Para empezar, puede citarse el caso de Inglaterra, donde la consagración normativa de la *libertad humana* alcanzó cierto grado de

---

[322] Caroni, P. (2013). *Op. cit.* p. 66.

[323] Suñé Llinás, E. (2019). Manifiesto para una nueva Ilustración. En P. Häberle, & D. García Belaunde (Coords.), *El Control del Poder. Homenaje a Diego Valadés* (Vol. II, pp. 595-636). México: IIJ-UNAM. Obtenido de http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11869.

desarrollo al adquirir rango normativo y protección jurídica, pues claro está que "no aparecieron de forma súbita o repentina, como producto de un estudio teórico previo, como efecto de un proceso de imitación, sino que se fueron gestando y reafirmando a través de varios acontecimientos históricos".[324]

Así, en una época conflictiva como fueron los primeros años del siglo XIII, en 1215 se produjo la *Carta Magna* inglesa.[325]

Este documento retomó, por una parte, varios elementos de la *Carta de Coronación* de 1100 (o Carta de las Libertades); y, por otra parte, una serie de principios fundamentales emitidos por los monarcas previos, quienes también habían anhelado restablecer la armonía entre la Corona y la comunidad.[326]

En su versión original, la Carta de 1215 (refundida en 1216, 1217 y 1225), contiene en sus artículos una abundante enumeración de garantías prometidas a la Iglesia, a los barones, a los *freemen* y a la comunidad; este documento de corte feudal se enfocó pues en los derechos diferenciados según lógicas estamentales, constituyendo una limitación importante del poder real frente al eclesiástico, al burgués y al noble.[327]

---

[324] *Cfr*. Burgoa , I. (1994). *Op. cit*. p. 84.

[325] La Carta Magna de 1215 tenía el significado de un contrato, suscrito por el rey y por todos los magnates, laicos y eclesiásticos, teniendo por objeto propio el conjunto de los derechos que por tradición competían al clero, a los vasallos del soberano, a todos los hombres libres, a los mercaderes, y a la comunidad de la ciudad de Londres. Junto a dicho documento puede recordarse: la Bula de oro húngara de 1222, el Privilegio general aragonés de 1283, y aquellos verdaderos y propios contratos que después se estipularon entre señores territoriales y estamentos, sobre todo en los territorios alemanes, como el Tratado de Tubinga de 1514. Y junto al parlamento inglés se tienen: los Estados generales en Francia, las Cortes en la península Ibérica; los *Landtage*, y las asambleas territoriales en Alemania. *Cfr*. Fioravanti, M. (2007). *Constitución. De la antigüedad a nuestros días.* (M. Martínez Neira, Trad.) Madrid: Trotta, p. 59.

[326] Rodríguez, A. (2015). «Magnas cartas» y relaciones de poder en los reinos plenomedievales. *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho*(13), pp. 243-257.

[327] La Magna Carta fue el primer estatuto político y base de las libertades inglesas, que reconoció el Derecho del Consejo para oponerse a los impuestos injustos y para ser

La *Charta* de libertades inglesa estableció los primeros Principios de un gobierno legal al garantizar al *freeman* las garantías[328] de legalidad, de audiencia y de despojos injustos, convirtiéndose en la primera fuente de los derechos del ser humano definidos en palabras concretas y permanentes. Empero, al haber sido un contrato medieval entre estamentos, no reflejó la condición universalista de los Derechos Humanos propios del Constitucionalismo de los siglos XIX y XX y del Derecho Internacional del siglo XX.

Más tarde, en el primer cuarto del siglo XVII sobrevino un verdadero acontecimiento jurídico, generador de importantes transformaciones en las ideas fundamentales sobre el gobierno (para ese entonces, la Carta Magna había envejecido casi cuatrocientos años).[329]

Así, el siguiente gran acontecimiento se encuentra en una imposición que hizo el Parlamento inglés a Carlos I (†1649), a cambio de subsidios, dando como resultado la Petición de Derechos (*Petition of Rights*) otorgada el 7 de junio de 1628, la cual confirmaba y ampliaba las garantías de la Carta Magna al obligar a la Corona a: i) no decretar impuestos sin la autorización del Parlamento, ii) no imponer la ley marcial en tiempos de paz, iii) no ordenar prisiones arbitrarias, y iv) no acuartelar soldados.[330]

---

consultado cuando se tratara de cobranzas extraordinarias a los nobles; y en defensa del individuo declaró que el rey no diferiría la justicia ni dispondría de la vida ni de la libertad de un hombre libre sino mediante juicio de sus pares o conforme a la *lex terrae*. *Vid*. Rabasa, E. (1919). *El Juicio Constitucional.* París & México: Librería de la Vda. de Ch. Bouret, pp. 38 y 39.

328 Estas garantías se encuentran en la expresión "debido proceso" -*due process of law*- contenidas en la Quinta enmienda de la Constitución americana. *Cfr*. Burgoa , I. (1994). *Op. cit*. p. 87.

329 Rabasa, E. (1919). *Op. cit.* pp. 82 y 83.

330 *Ibíd*. p. 86. *Vid*. Thackeray, F., & Findling, J. (. (2004). *Events that Changed Great Britain from 1066 to 1714*. Santa Barbara: ABC-CLIO, Greenwood Press, pp. 136 y ss.

Subsiguientemente, después de la revolución puritana y de la dictadura de Cromwell, Carlos II (†1685) otorgó la ley de *Habeas Corpus Amendment Act* el 26 de mayo de 1679, como garantía de libertad personal de los súbditos de la Corona británica.

El *habeas corpus* fue el procedimiento que permitía a los jueces someter a examen las detenciones y la legalidad de sus causas, pues su objetivo era proteger la libertad personal contra toda prisión arbitraria; además, imponía severas penas a los jueces morosos o negligentes, y a toda autoridad que interviniera en el proceso.[331]

Es preciso indicar que, en otras latitudes, existieron precedentes, quizás menos conocidos, para asegurar los actualmente llamados Derechos Humanos frente a las intervenciones del poder del Estado, pudiendo señalar -entre otros- los casos de Roma, España y México.[332]

Pero volviendo a Inglaterra, diez años más tarde, cuando Guillermo de Orange y la princesa María fueron llamados al trono, el Parlamento formuló la Carta de Derechos o Declaración de Derechos (*The Bill of Rights*) el 13 de febrero de 1689, convirtiéndose en el estatuto más amplio en la materia.[333]

---

[331] Soberanes Fernández, J. (2009). *Op. cit.* p. 161.

[332] Por un lado, la idea fundamental del *Habeas Corpus* no es original de los ingleses, sino de los interdictos de los romanos y de los fueros aragoneses. En Nueva España se encuentra también el antecedente del "amparo indígena" y en el Derecho Castellano el del "contrafuero" y el "recurso de súplica". Por otro lado, en el Derecho Mexicano el juicio de amparo no sólo tiene por objeto proteger las garantías individuales, sino mantener el equilibrio entre la autoridad federal y la local, impidiendo que una invada la órbita de la otra en perjuicio de los habitantes. Al yucateco Manuel Crescencio García Rejón se le conoce como el padre del juicio de amparo, junto con Mariano Otero. Manuel fue el primer diputado en México en pronunciarse por la abolición de la pena de muerte. *Vid*. Ferrer Mac-Gregor, E. (2002). *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica.* Querétaro: Fundap-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 34.

[333] Levy, L. (2001). *Origins of the Bill of Rights.* USA: Yale University Press.

Lo destacable es que este ordenamiento fue el que: i) le quitaba al rey para siempre el poder de suspender las leyes y el de dispensar de su cumplimiento; ii) aseguraba al Parlamento la libertad para la elección de sus miembros y en sus deliberaciones y procedimientos; iii) otorgaba al pueblo el derecho de hacer peticiones al soberano; iv) confirmaba el juicio por jurados como garantía general; e v) introducía novedosas garantías como la libertad de portación de armas; entre otros aspectos.[334]

Por otro lado, puede recordarse que, durante la época visigótica en España, el ordenamiento que tuvo mayor significación fue el *Fuero Juzgo*, también denominado *Libro de los Jueces*, que comprendía disposiciones relativas a múltiples materias jurídicas.[335]

En el decurso de la vida jurídica de España, y bajo la idea de establecer una unidad legislativa, en diferentes épocas se expidieron diversos ordenamientos, tales como el *Fuero Viejo de Castilla*, así como posteriormente, el gran código de las *Siete Partidas*[336], elaboradas bajo el gobierno del rey don Alfonso X el Sabio de Castilla (†1284).[337]

---

[334] Rabasa, E. (1919). *Op. cit.* pp. 40 y 41.

[335] García Martín, J., & Romero Cambrón, Á. (2016). *El Fuero Juzgo: historia y lengua.* Madrid & Frankfurt: Iberoamericana & Vervuert, pp. 13-49. Ese ordenamiento contenía un notable principio que traduce la limitación natural que desde el punto de vista ético-político debía tener la autoridad real en la función legislativa y de justicia: "Rey que no rige y corrige en justicia, o se aparta de lo recto, pierde el nombre de rey". *Cfr.* Burgoa , I. (1994). *Op. cit.* p. 77.

[336] Siguiendo la correlación de los que reinaron en los dos reinos de Castilla y León, el número que le corresponde al Rey Sabio es el X, toda vez que en León hubo antes que él un Alfonso IX. Como dato curioso cada partida comienza con una letra de su nombre componiendo así un acróstico (*A-L-F-O-N-S-O*: *A* serucio de Dios. *L*a ffe cathólica. *F*izo Nuestro Sennor Dios. *O*nras sennaladas. *N*ascen entre los ommes. *S*esudamente dixeron. *O*iudança et atreuimiento); y los siete libros o partes fueron redactadas y glosadas -como la antigua técnica medieval- por personas distintas. Cada partida se divide en títulos (182 en total), y éstos en leyes (2.802 en total). *Vid.* García Rodulfo, L. (2019). *El Código de las Siete Partidas y su supervivencia en el Ordenamiento Jurídico Contemporáneo: sobre la Acción de Jactancia y otras Instituciones Jurídicas.* Andalucía: Universidad de Jaén.

[337] Don José Muro señala que el *Fuero Viejo de Castilla* "compilación hecha en castellano, no se imprimió ni tuvo por lo tanto circulación hasta el año 1771, en que los Doctores Asso y Manuel la dieron efectivamente a la luz por medio de la imprenta". *Cfr.* Muro Martínez, J. (1874). *Fuero Viejo de Castilla, Fuero Real, Leyes del Estilo y Ordenamiento de Alcalá.* (M. Muro López Salgado, Ed.) Valladolid: Imprenta y Librería de Gaviria y Zapatero, pp. VII-XIX. *Vid.* Puch y Portolés, C. (1829). Breve historia de las

De hecho, las Partidas son consideradas como una de las obras más destacadas del pensamiento jurídico medieval, pues "ha merecido los elogios de todo el orbe literario, á [sic] éstas le respeta el filósofo, le celebra el legista, y le admira el teólogo".[338]

Igualmente, en cuanto a las garantías de derechos durante el proto-constitucionalismo, no deben dejarse de lado las *capitulaciones electivas europeas* de los siglos XVI a XVIII, pues éstas sirvieron de mecanismo para la elección de los jefes de Estado, confirmando de esta manera los derechos de los gobernados.[339]

Por lo tanto, para afianzar la idea de lo que fue el proto-constitucionalismo, se puede concluir que fue el Derecho Público, contenido en ciertas leyes constitucionales anteriores al último tercio del siglo XVIII, que reconoció ciertos derechos naturales y estableció medios para su protección, prefigurando la posterior positivación de los Derechos Humanos coronada por el Constitucionalismo moderno a nivel nacional para luego trascender también al ámbito internacional.

Para una mejor comprensión, el Dr. Marquardt[340] resumió en la siguiente tabla las principales diferencias entre el proto-constitucionalismo del antiguo régimen europeo y el Constitucionalismo moderno:

Siete Partidas del Rey Don Alonso el Sabio con algunos reparos a la glosa del Licenciado Gregorio López. Madrid: Imp. de D. Eusebio Aguado, p. 10; Tomás y Valiente, F. (1983). *Op. cit.*

[338] Puch y Portolés, C. (1829). *Op. cit.* p. 32.

[339] Entre 1519 y 1806 el Sacro Imperio Romano Germánico elaboró 16 *Capitulaciones Caesareas*. Entre 1573 y 1795 el Reino de Polonia-Lituania tuvo 12 *Pactos Conventos*. *Cfr.* Marquardt, B. (2015). *Op. cit.* p. 12.

[340] El autor señala que: "…el proto-constitucionalismo o Estado limitado antes del Constitucionalismo formal tuvo un perfil diferente al poner en formas normativas y escritas, elementos del Derecho político e institucional, al legitimar y limitar el poder público, al contornear valores y Derechos, al construir instituciones y, en general, al modelar el Estado". Su Tabla ilustra las diferencias entre proto-constitucionalismo y Constitucionalismo moderno. *Cfr.* Marquardt, B. (2016). *Op. cit.* pp. 26 y ss.

PROTO-CONSTITUCIONALISMO	CONSTITUCIONALISMO MODERNO
(1) Producto de la Europa medieval y del antiguo régimen (siglo XIII-1775)	**(1)**Producto de las tres revoluciones ilustradas en Anglo-América, Francia e Hispano-América, es decir, nació entre 1776 y 1825.
(2) Limitación del poder público por leyes fundamentales temáticas y un derecho oral consuetudinario, sin codificar constituciones formales.	**(2)**Constituciones formales escritas al estilo de codificaciones completas.
(3) Separación horizontal de poderes en el bipartidismo institucionalizado entre el monarca y la asamblea estamental, sin distinguir de modo funcional.	**(3)**Separación horizontal de poderes al estilo tridimensional-funcional.
(4) Derechos de grupos (comunidades, estamentos) y privilegios, p. ej. en capitulaciones electivas.	**(4)**Derechos individuales.
(5) Figuración espiritualizada y religiosa.	**(5)**Figuración secularizada y laica.
(6) Fuente de la legitimidad: dios y el monarca; a veces co-legitimidad desde abajo en monarquías selectivas.	**(6)**Fuente de la legitimidad: el pueblo o la nación.

Tabla 1: Proto-constitucionalismo y Constitucionalismo moderno (Elaborada por Bernd Marquardt)

5.2 Las Declaraciones de Derechos Humanos en el Constitucionalismo Moderno

En toda esta historia previa a los Derechos Humanos y Fundamentales, no debe subestimarse que, anterior a las revoluciones ilustradas -como ya se ha dado a entender-, habían sido protegidos otros Derechos: individuales, colectivos comunales y de entidades.

No obstante, tampoco es correcto referir una historia unilateralmente lineal, única y optimista, ya que -siguiendo a Marquardt- los siglos XIII a XVIII se caracterizaron por una gran variedad de violaciones masivas de derechos, crueldades como la tortura judicial o las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, la esclavitud durante la colonización de América, entre otras barbaridades que -hasta la fecha- ha sufrido la humanidad.[341]

Lo cierto es que, a partir del incipiente racionalismo (iusnaturalismo racionalista) del siglo XVII, se pensó que lo común a todos los seres humanos era su naturaleza racional. Así, el Derecho Natural se secularizó, pues ya no se apelaba a instancias divinas sino a la propia naturaleza humana. Además, en la filosofía política de dicha

[341] Ledezma Castro, C. (2018). *Op. cit.* pp. 17-48; Marquardt, B. (2015). *Op. cit.* p. 25.

época, era necesario "un poder político sólido y con autoridad para garantizar mejor los derechos ya existentes en el estado de naturaleza".[342]

Por ende, y como consecuencia del impulso optimista del progreso y perfeccionamiento del ser humano -propios del racionalismo y de la Ilustración- "se produjo el paradójico fenómeno de la *positivación voluntarista del Derecho Natural racionalista*"; es decir, la legislación del Derecho Natural o del Derecho racional reclamó una validez hasta entonces inimaginable, pues, siguiendo al profesor Pampillo -que a su vez parafrasea a G. Fassò-, se configuró "un 'puente involuntario' entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico" -de ida y vuelta- el cual permitió avanzar hacia lo que hoy conocemos como Declaraciones de Derechos Humanos.[343]

Esas primeras Declaraciones recapitularon los principios básicos del Derecho Natural que la Ilustración intentó realizar. Empero, como menciona Marquardt, "no sirvieron tanto como catálogos de derechos individuales de defensa eficaces, sino que eran una especie de utopías integrales y programas políticos que servirían para la remodelación del Estado y su relación con el gobernado".[344]

Por ello es por lo que, para entender el lugar sistemático, el origen y la evolución de los Derechos -Naturales, Fundamentales y Positivos- del ser humano, o el camino que siguió el Derecho subjetivo de libertad-igualdad-dignidad-solidaridad, es necesario relacionarlos con i) la influencia que tuvieron las revoluciones liberales con sus modernas Declaraciones, ii) la positivación del Derecho Privado a través de las Codificaciones, y iii) el movimiento del Constitucionalismo, pues "las

[342] Fioravanti, M. (2009). *Op. cit.* p. 45.

[343] *Cfr.* Pampillo Baliño, J. P. (2014). *Op. cit.* p. 422.

[344] Marquardt, B. (2015). *Op. cit.* pp. 28 y 35.

garantías estrictamente dichas tienen una relevancia especial en las Declaraciones de Derechos".[345]

5.2.1 Declaración de Virginia de 1776

Por acontecimientos históricos (religiosos y políticos) que no son del caso relatar, los pobladores de Norteamérica comenzaron a reflexionar sobre la conveniencia de autogobernarse. En 1774, en Filadelfia, se celebró el Primer Congreso Constituyente Continental, el cual representó el paso inicial dado hacia la Independencia de Estados Unidos de América. Fue precisamente la Declaración del Estado angloamericano el antecedente más importante para la proclamación de Independencia de las Trece Colonias, consumada el 4 de julio de 1776.[346]

En la *Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia* del 12 de junio de 1776, "no se detecta una simple enumeración de derechos individuales, sino un programa exigente que precisó los pilares del futuro Estado constitucional". Además, afirmó -a través de un nuevo y audaz lenguaje- que todos los seres humanos son, por naturaleza, igualmente libres e independientes y que tienen ciertos derechos innatos de los que no pueden ser privados o desposeídos.[347]

Indudablemente, esta Declaración tuvo, por un lado, una profunda influencia en el reconocimiento de los derechos naturales del individuo, consagrándose con ello las teorías iusnaturalistas racionalistas de los siglos precedentes; y, por otro lado, probó estar completamente enlazada

[345] Sánchez Agesta, L. (1966). *Op. cit.* p. 451.

[346] *Vid.* Dull, J. (2015). The Miracle of American Independence : Twenty Ways Things Could Have Turned Out Differently. USA: Potomac Books.

[347] Marquardt, B. (2015). *Op. cit.* p. 28.

con el Constitucionalismo moderno que se construiría a una escala global.[348]

La Constitución de Virginia, además de haber servido como modelo para otros Estados de la Unión Americana (incluso para la federal), también fue una fuente de inspiración para el posterior y famoso documento francés, -señalado a continuación-, y para todas las posteriores Constituciones del siglo XIX.

5.2.2 Declaración Francesa de 1789

La Revolución francesa de 1789 dejó un legado inestimable: la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, concluida y redactada en términos universales el 6 de agosto de ese año; consolidando, por una parte, la gran victoria burguesa frente al Antiguo Régimen y, por otra parte, concurriendo dos valores político-constitucionales: el individuo y la ley (formal) como expresión de la soberanía de la nación.[349]

De hecho, la Declaración francesa logró condensar la esencia del pensamiento revolucionario en lo que respecta a la implicación jurídica, filosófica y política de la persona, pues estableció el derecho a la libertad y a la igualdad ante la ley, y reconoció el principio de soberanía de la nación.[350]

Esta Declaración dio el sello definitivo al contenido de la constitución formal, pues en su artículo 16 expresa que "toda sociedad en la cual no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada

---

[348] Dippel, H. (Septiembre de 2005). *Op. cit*; pp. 181-199; González & Castañeda, *Op. cit*. p. 15.

[349] *Vid*. Middlekauff, R. (2007). *Glorious Cause : The American Revolution, 1763-1789.* USA: Oxford University Press.

[350] Truyol y Serra, A. (1982). *Los Derechos Humanos.* Madrid: Tecnos, pp. 11 y ss.

la separación de poderes carece de Constitución". De ahí que prontamente se pasó de la proclamación de los principios de dicha Declaración a la organización de los poderes con la Constitución de 1791.[351]

A partir de estos acontecimientos revolucionarios, se puede apreciar la *incorporación* de la soberanía originaria del pueblo a la soberanía del legislador y de los poderes constituidos en general, delegando así el ejercicio de las funciones públicas a la clase política, pero afirmando su origen eminentemente popular.[352]

De modo que, el movimiento revolucionario francés surgió de la convergencia de diferentes factores, por citar algunos: i) el pensamiento filosófico-político-revolucionario del siglo XVIII; ii) la influencia de las Declaraciones de Derechos: la del Buen Pueblo de Virginia -especialmente- y la de Independencia de Estados Unidos de América, iii) el Constitucionalismo norteamericano que se difundió en Francia; iv) la realidad política y social que acusaba tiranía, despotismo, arbitrariedad y graves agravios a la dignidad humana; v) la inspiración doctrinal -principalmente- del Contrato Social de Rousseau, e influencia de Locke, Beccaria, Montesquieu, entre otros; y, en sí, se puede inferir que vi) fue producto de un estado psicológico colectivo. Por lo tanto, sería incorrecto atribuir a la Declaración francesa un único origen o fuente de inspiración exclusiva.

De este modo se abrió la brecha para positivar el Derecho que llevaría a una nueva organización del Estado. Así, con las modernas Constituciones -como norma suprema y fundamental- se logró establecer una relación prudente y equilibrada entre los poderes, evitando la

[351] Fioravanti, M. (2009). *Op. cit.* pp. 58 y 59.

[352] *Ibíd.* pp. 70 y 73.

formación de un poder absoluto que impidiera la protección de los derechos de los individuos.

5.2.3 Tradición Constitucional Hispanoamericana

Es sabido que "el desarrollo del Constitucionalismo moderno no fue un fenómeno aislado, sino una manifestación integral de un proceso mucho más amplio, que cambió prácticamente todas las dimensiones de la cultura occidental" al haber repercutido en la filosofía, la ciencia, la percepción humana, la configuración de la sociedad, la economía, la tecnología y, por supuesto, en los Estados y su Derecho.[353]

Por lo que respecta al Derecho, para complementar lo expuesto en el tercer capítulo sobre "Constitucionalismo, Codificación y Legalismo Estatalista", se recuerda que las dos revoluciones del fin del siglo XVIII -la norteamericana y la francesa-, representaron un momento decisivo en la historia del Constitucionalismo y, por ende, en el rango, visibilización e importancia que fueron adquiriendo los Derechos Humanos.

Particularmente, esas dos Revoluciones repercutieron en el proceso de disgregación de la Monarquía Hispánica, la cual tuvo como consecuencias: i) la separación no sólo entre españoles europeos y españoles americanos, sino también ii) la ruptura de la misma unidad americana, al fragmentarse en numerosas repúblicas, transformando el Constitucionalismo de la época.[354]

En efecto, en la historia del Constitucionalismo moderno, como una tercera serie de Declaraciones de Derechos -de rango constitucional-

[353] Marquardt, B. (2016). *Op. cit.* pp. 21 y ss.

[354] Murandás García, F. (s.f.). *La época de las Independencias: Hispanoamérica 1806-1830.* España: Biblioteca Nacional de España, p. 5.

, se pueden señalar las Declaraciones de Derechos Fundamentales desarrolladas en Hispanoamérica.[355]

Para ejemplificar, las Constituciones de la fase fundadora fueron, entre otras, la virginiana de 1776, la estadounidense de 1787, la tunjana de 1811, la gaditana de 1812, la colombiana de 1821 y la mexicana de 1824.[356]

Penosamente, aunque en este trabajo no va a ser posible referir un detallado análisis respecto de los cuantiosas Declaraciones y Constituciones Latinoamericanas de aquel momento en que los próceres de las Independencias elaboraban las bases de un nuevo sistema jurídico-estatal para nuevos Estados independientes; sí se podrá establecer que, a partir de la promulgación de la Constitución de Cádiz en 1812 -y de otras dinámicas de poder y culturas políticas diversas-, el Constitucionalismo tuvo gran repercusión e influencia en muchos países de la región.[357]

Específicamente, siguiendo el "espíritu" de la de Cádiz, vale la pena destacar el *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana* (Constitución de Apatzingán), promulgado el 22 de octubre de 1814 por el sacerdote, militar y político novohispano José María Morelos y Pavón (†1815), documento que recogió los supuestos del liberalismo; es decir, contuvo los principios de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, de

[355] Marquardt, B. (2016). *Op. cit. passim.*

[356] *Ibíd*, pp. 34 y ss.

[357] La Constitución de Cádiz de 1812 estuvo vigente en muchos países de América. Fue derogada en 1814 por Fernando VII, vuelta a promulgar en 1820 por dicho rey y derogada otra vez en 1824. Se sugiere consultar la obra Marquardt, B. (2016). *Op. cit.* por ser quien "estructura la historia constitucional de las repúblicas de América Latina en fases con perfiles propios; analiza manifestaciones concretas del Constitucionalismo moderno, como los Derechos Fundamentales, la separación de poderes, el federalismo, la estatalidad social, etcétera, en la dimensión del tiempo y del espacio; tiene en cuenta las realidades constitucionales en las sociedades concretas; en general, reevalúa el papel de América Latina en la historia mundial de la difusión del Estado constitucional moderno a partir de 1776".

la soberanía de la nación, de la división de poderes, de la supremacía de la ley, así como también casi todos los derechos individuales de la época, a los que a su vez les agregó un novedoso matiz social.[358]

Al anterior Decreto Constitucional, siguieron la *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos* de 1824 y, luego de haber transcurrido doce años, las *Siete Leyes Constitucionales* de 1836. Aunque unos años después, en 1843, se sancionaría otra carta constitucional promulgada bajo el título de: *Bases de la Organización Política de la República Mexicana.*[359]

Hacia 1857, la nueva *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos* i) estableció el juicio de amparo; ii) ratificó la abolición de la esclavitud; iii) eliminó la prisión por deudas civiles, la tortura, las aduanas internas, y los monopolios; iv) prohibió los títulos de nobleza; v) garantizó las libertades de expresión, asociación, imprenta, entre otros derechos individuales; e vi) implantó de nuevo el régimen federal y la república representativa.[360]

Finalmente, la Revolución mexicana de 1910 llevó a la Constitucionalización originaria de la estatalidad social, al haber materializado en su siguiente Carta Magna (la de 1917), no sólo "garantías individuales", sino también "garantías sociales" que permitirían al ser humano lograr su respetabilidad -como persona- y su desarrollo vital dentro de la comunidad.[361]

---

[358] Bernal Gómez, B. (2010). *Op. cit.* p. 171. El *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana*, se encuentra disponible a través de: https://constitucion1917.gob.mx/work/models/Constitucion1917/Resource/263/1/images/Independencia17.pdf.

[359] *Ibíd.* pp. 181-187. Lozano, J. (1876). Tratado de los Derechos del Hombre. Estudio del Derecho constitucional patrio en lo relativo a los Derechos del hombre conforme a la Constitución de 1857 y a la ley orgánica de amparo de garantías de 20 de enero de 1869. México: Imprenta del Comercio, pp. 473-491.

[360] Bernal Gómez, B. (2010). *Op. cit.* p. 186; Lozano, José María. *Ibídem.*

[361] *Vid.* Gago Guerrero, P. (1994). *Los principios de la justicia social.* Madrid: Universidad Complutense de Madrid; Gargarella, R. (1999). *Las teorías de la justicia después de*

Bajo esa premisa, y -como se puede observar- con mucha antelación respecto de la promulgación de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948), puede reconocerse en la -aún vigente- *Constitución Política de los Estados Unidos de México de 1917,* haber sido la primera Constitución del mundo que complementó la disposición liberal preservada con una orientación -cristiana- del bien común o justicia social, al haber consagrado prestaciones sociales a favor de los ciudadanos, iniciando así el denominado "Constitucionalismo social".[362]

Paradójicamente, se puede decir que la tradición constitucional hispanoamericana del siglo XIX, en materia de Derechos Humanos, y la historia universal del Constitucionalismo moderno en esta región, han sido escasamente valorados, pues -en palabras de Marquardt- "fue mucho más avanzado que el europeo de la misma época, y hasta es posible que el papel precursor de Hispano-América sorprenda a observadores no familiarizados con la materia".[363]

5.3 Configuración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La malograda Sociedad de las Naciones, constituida como consecuencia de la I Gran Guerra (1914-1918), "pretendió organizar la paz sobre la base del principio clásico de soberanía". Sin embargo, la II Guerra Mundial (1939-1945), reveló que la paz era incompatible con el antiguo principio de soberanía absoluta sobre sus ciudadanos, pues, en

Rawls. Un breve manual de filosofía política. Barcelona: Paidós; Pampillo Baliño, J. (2022). *Una Teoría Integral de la Justicia. Historia, pensamiento, instituciones y propuestas.* México: Tirant lo Blanch (en prensa).

[362] Hernández Valle, R. (2017). La influencia de la Constitución de Querétaro en el Derecho constitucional latinoamericano. En E. Ferrer Mac-Gregor, & R. (. Flores Pantoja, *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917* (Primera ed., pp. 441-456). México: IIJ-UNAM. *Vid.* Lorca Martín de Villodres, M. (2022). Felicidad, Estado y Justicia Social. En J. Pampillo Baliño, & S. Botero Gómez (Coords.), *Justicia Social Global. Perspectivas, reflexiones y propuestas desde Iberoamérica* (pp. 123-172). México: Tirant lo Blanch.

[363] Dippel, H. (Septiembre de 2005). *Op. cit*; Marquardt, B. (2015). *Op. cit.* pp. 81-87.

el contexto del Derecho Internacional, "los Estados se preocupaban de las relaciones entre sí, descuidando la protección que internamente se debía dar al titular último" y primordial de todo Derecho: el ser humano.[364]

Fue precisamente, en el contexto de la II Gran Guerra, cuando la cúspide de la transgresión estatal (contra la integridad física, la propiedad y la vida), llevó a una reacción que vigorizó la idea de protección y garantía de los derechos de la persona, haciendo evidente -y necesaria- la propuesta de judicializar su tutela, repercutiendo así en el nacimiento del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* contemporáneo.

Evidentemente, a partir de la Conferencia de San Francisco (de la cual surgió la ONU), y a través de la Carta de las Naciones Unidas (1945), los Estados reafirmaron su "fe en los Derechos Fundamentales del Hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana…" (preámbulo), contribuyendo a "crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones" (art. 55).[365]

Dicha Carta se fundó en la idea primordial de que "la paz no podría consolidarse en el mundo, mientras prevalecieran -dentro de los países- dictaduras, injusticias y miseria; pues no basta con levantar barreras jurídicas, sino que es preciso que la paz internacional resulte de la paz doméstica fundada -principalmente- en el respeto a la dignidad humana"[366].

---

[364] Tena Ramírez, F. (1978). *Derecho Constitucional Mexicano* (Decimosexta ed.). México: Porrúa, pp. 28 y 29.

[365] La Carta de las Naciones Unidas se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es parte integrante de la Carta. Disponible en: https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/carta_nu.pdf.

[366] Tena Ramírez, F. (1978). *Op. cit.* p. 30.

Si bien esa Carta no precisó qué debía entenderse por "Derechos Humanos" o "libertades fundamentales", ni incluyó una Declaración de Derechos, tampoco estableció un sistema internacional de protección de Derechos Humanos; ciertamente sentó las bases conceptuales y jurídicas del futuro desarrollo que tendría la protección de los Derechos Humanos al colocar, en el centro del escenario, al ser humano como eje y rector, destinatario y sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sacándolos del monopolio de los Estados nacionales.[367]

Posteriormente, en el contexto universal, la denominada *Carta Internacional de Derechos Humanos* estaría compuesta por tres importantes documentos: la Declaración Universal de 1948 y los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966 -referidos con mayor detalle en el siguiente capítulo- (junto con sus respectivos Protocolos Facultativos[368]), dando comienzo al proceso de internacionalización de los Derechos Humanos y estableciendo así el código internacional básico en la materia.

A partir de entonces, fueron múltiples los Tratados sustantivos y los instrumentos procesales internacionales (indirectos, complementarios y específicos, con desigual antigüedad, diverso desenvolvimiento, y distinto alcance: conforme a su materia, a sus sujetos, a su eficacia, a si es vinculante, entre otros aspectos), de naturaleza tanto universal como regional, los que crearon órganos de supervisión de carácter político-administrativo para vigilar, "no

[367] Fernández De Casadevante Romani, C. (2013). El Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En C. Fernández De Casadevante Romani, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Cuarta ed., pp. 67-98). Madrid: Dilex.

[368] *Vid.* Las "cinco diferencias más notables entre ambos textos convencionales" en López Martín, A. (2012). La protección internacional de los Derechos Sociales. A propósito de la ratificación española del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 2008. *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*(13), pp. 13-59. Obtenido de https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/38222.

solamente la teórica prevalencia, sino la efectiva vigencia de los Derechos Fundamentales", a través de mecanismos de protección a modo de alternativa y de superación de los obstáculos.[369]

Esa tutela internacional -que confirió a los Derechos Humanos el rango supranacional- se ha desempeñado en planos diferentes, pero convergentes; además, los Derechos Humanos se han ido transformando en un "fenómeno cosmopolita", pues -siguiendo al jurista italiano Lucio Pegoraro- "al no estar contenidos dentro de las estrechas fronteras nacionales, han sido susceptibles de ser interpretados y modelados conforme a diferentes culturas y tradiciones de diversos territorios".[370]

En ese sentido, la contribución de la universalización de los Derechos Humanos, que también ofrecen las cartas regionales, como por ejemplo la *Declaración Americana de Derechos y Deberes Humanos* u otros Pactos o Tratados, debe ser reconocida en el hecho de que "la atención de los ordenamientos jurídicos se centra en el tema de la dignidad de la persona", lo que permite reforzar la tutela de los Derechos Humanos dentro de la jurisdicción nacional interna con el suplemento de jurisdicción supranacional.[371]

Y es que, en cuanto al ámbito regional, como señala Marquardt, "un desarrollo complementario al perfeccionamiento del Estado *iusfundamental*, puede reconocerse en la creación contractual de las dos jurisdicciones más importantes -casi hemisféricas- en asuntos de Derechos Humanos".[372]

---

[369] *Vid.* Martín-Retortillo, L. (1998). *La Europa de los Derechos Humanos.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

[370] Pegoraro, L., & Rinella, A. (2017). *Sistemi costituzionali comparati* (Primera ed.). Buenos Aires: G. Giappichelli Editore & Astrea, p. 249.

[371] *Ibíd.* p. 250.

[372] Marquardt, B. (2015). *Op. cit.* p. 175.

Una jurisdicción es la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[373] (1959), con sede en Estrasburgo (Francia), cuya base se encuentra en la *Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales* (el llamado *Convenio Europeo de Derechos Humanos*[374]) de 4 de noviembre de 1950; y la otra es la Corte Interamericana de Derechos Humanos[375] (1979), con sede en San José (Costa Rica), y determinada en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*[376] (conocida también como *Pacto de San José*) de 22 de noviembre de 1969.

Ambas Cortes tienen un alto significado para la unificación de los estándares mínimos de Derechos Humanos en su respectiva jurisdicción, como se podrá apreciar en el siguiente capítulo, teniendo por ello la misión implícita de definir el Derecho Común de los Derechos Humanos en sus respectivas regiones.

Y únicamente, dado que excede el objetivo del presente trabajo -pero para no dejar de mencionarlo-, por lo que respecta al Sistema Africano, se puede decir que se encuentra en una etapa de consolidación.[377] Surgió en el marco de la entonces Organización para la

---

[373] La web oficial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es: https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home.

[374] El Convenio se encuentra disponible en 42 idiomas: https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/convention.

[375] La web oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es: https://www.corteidh.or.cr/.

[376] El texto digitalizado de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se encuentra disponible en: https://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/convencionamericana.htm.

[377] Para comprender y exponer adecuadamente cada sistema regional no basta la comparación de los instrumentos e instituciones de cada uno, sino que hay que tomar en cuenta las características históricas, políticas, económicas, sociales y culturales de cada región. *Vid.* Okere, B. (1984). The Protection of Human Rights in Africa and the African Charter on Human and Peoples' Rights: A Comparative Analysis with the European and American Systems. *Human Rights Quarterly, 6*(2), 141-159. Obtenido de https://doi.org/10.2307/762240.

Unidad Africana fundada en 1963, sustituida a partir del 26 de mayo de 2001 por la Unión Africana.[378]

La *Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos* (también denominada *Carta de Banjul*) de 27 de junio de 1981, la cual entró en vigor en 1986, es considerada como el primer instrumento en la conformación de ese sistema para la protección y el fomento de los Derechos Humanos de aquella región.[379]

El Sistema Africano está integrado por dos órganos: i) la Comisión Africana de Derechos Humanos, fundada en julio de 1987 cuyo reglamento de aplicación se adoptó en octubre de 1995; y ii) el Tribunal Africano de Derechos Humanos que fue establecido por un Protocolo en 1998, el cual entró en vigor en enero de 2004. Justamente dos años después, en enero de 2006, durante la Cumbre que se llevó a cabo en Jartum (Sudán), la Unión Africana eligió a los 11 jueces que debían integrar la Corte para poder comenzar su labor, con sede en Tanzania.[380]

5.4 Construcción de la tutela de los Derechos Humanos

[378] Los órganos de la Unión Africana son: 1) la Asamblea; 2) el Consejo Ejecutivo; 3) la Comisión de la Unión Africana (no confundir con la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos); 4) el Comité Permanente de Representantes; 5) el Consejo de Paz y Seguridad; 6) el Parlamento Africano, y 7) el Consejo Económico, Social y Cultural. *Vid. A guide to the African Commission guide on human and peoples' rights*. Disponible en: https://www.amnesty.org/en/wp-content/uploads/2021/07/ior630052007en.pdf.

[379] La Carta Africana tiene dos Protocolos: 1) Sobre el establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Adoptado el 10 de junio de 1998 y en vigor el 25 de enero de 2004), y 2) Sobre los Derechos de las mujeres en África (Adoptado el 7 de noviembre de 2003 y en vigor el 25 de noviembre de 2005). Asimismo, el Sistema Africano tiene una Carta de Derechos y protección de la niñez (Adoptada el 1 de julio de 1990 y en vigor el 29 de noviembre de 1999). *Vid.* Murray, R., & Evans, M. (2001). *Documents of the African Commission on Human and Peoples' Rights* (Vol. 1). North America (US and Canada): African Society of International and Comparative Law, Interights and the Centre for Human Rights, University of Pretoria, Hart Publishing.

[380] *Vid.* African Commission on Human and Peoples' Rights: https://www.achpr.org/ *African Union*: https://au.int/; Okafor, O. (2007). *The African Human Rights System, Activist Forces, and International Institutions.* Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo: Cambridge University Press.

En un principio, las Declaraciones de Derechos se convirtieron, en palabras del jurista italiano Maurizio Fioravanti (†2022), en "una especie de manifestaciones programáticas. Más aún, los antiguos derechos naturales sufrieron una pérdida de poder en el plano normativo y prescriptivo, pues el Derecho Natural contenido en ellas ya no era el punto de partida para la construcción de un nuevo Derecho Positivo del Estado", debido a que los derechos y libertades requerían a partir de entonces encontrar y consolidar en ellas el fundamento y las formas de tutela.[381]

Bajo esa tesitura y para enfrentar dicho dilema, a partir de la figura de la Constitución -con el criterio de amparar los derechos y garantías-, renació la idea de que la validez de las normas del Estado podía y debía ser juzgada partiendo de una norma fundamental.

En efecto, "una de las características de los modernos Estados democráticos es garantizar no sólo el cumplimiento de la ley, sino el respeto absoluto de los Derechos Fundamentales", esencialmente porque la tutela de los Derechos Humanos es un aspecto toral en el sistema de defensa o justicia constitucional.[382]

En ese sentido, existen ciertos precedentes en el Derecho inglés, norteamericano, español e hispanoamericano, algunos de los cuales ya fueron expuestos anteriormente. Para ilustrar, la salvaguarda del Derecho por la intervención judicial encontró ocasión y elementos propicios para prosperar en la América británica, a través del *Judicial Review* -mediante distintos *writs*-, aunque como observa Marquardt "fue mucho más importante el desarrollo originario del *amparo* constitucional

[381] Fioravanti, M. (2009). *Op. cit.* pp. 111 y 112.

[382] García Ricci, D. (2015). *Op. cit.* p. 11.

-para la construcción de la tutela de los Derechos Humanos- en las repúblicas de Hispano-América".[383]

Se puede citar, como un antecedente continental, la sentencia estadounidense *Marbury vs. Madison* de 1803, la cual se preocupó de una designación controvertida de un juez federal, pero -sobre todo- quedó de manifiesto la trascendencia del *control constitucional* ejercido por un órgano jurisdiccional, además de que hizo uso de la *interpretación* como mecanismo de preservación del orden constitucional.[384]

En pocas palabras, la *Supreme Court*, bajo la presidencia del *Chief Justice* J. Marshall (†1835), proclamó: i) la supremacía de la Constitución nacional sobre las leyes y autoridades de los Estados que emanan de la misma, así como sobre los Tratados Internacionales; y ii) la facultad de la Suprema Corte para mantener esa supremacía, para que los tribunales del *Common Law* pudieran declarar la nulidad de las leyes que fueran contrarias a la ley del ser humano.[385]

Aunque la doctrina estadounidense no introdujo el *amparo*, sí estableció algunas premisas que serían consideradas en su configuración mexicana, hacia la segunda mitad del siglo XIX, influyendo así en el llamado *control difuso de la constitucionalidad* realizado por los jueces, el

---

[383] Lozano, José María. *Op. cit.* Marquardt, B. (2015). *Op. cit.* p. 79. Rabasa, E. (1919). *Op. cit.* p. 91.

[384] En vísperas de salir de la presidencia, Adams había nombrado varios jueces de paz; Madison, Secretario de Estado de Jefferson, se negó a entregar su nombramiento a Marbury, y éste acudió a la Corte pidiendo que expidiera un *mandamus* ordenando al Secretario la entrega del nombramiento. *Vid.* White, G. (2007). *The American Judicial Tradition: Profiles of Leading American Judges* (Third ed.). New York: Oxford University Press.

[385] En siglo XIII, Bracton había sido magistrado del tribunal de *Common Pleas* y fue el primero que compiló las ejecutorias de los jueces; él dijo: "El rey gobierna debajo de Dios y la Ley"; pues en aquel entonces sobre el rey estaba verdaderamente la ley, no como principio, sino como acción efectiva. *Cfr.* Rabasa, E. (1919). *Op. cit.* pp. 81 y 82. Asimismo, en Inglaterra, en los albores del siglo XVIII, se suscitó el primer antecedente de invalidación de una ley por parte de un órgano jurisdiccional. El caso Thomas Bonham evidenció la importancia del papel del juez como garante del cumplimiento efectivo del orden constitucional, en este caso del *Common Law*.

cual "es esencial e indispensable no sólo como instrumento de protección de derechos de los individuos, sino como impedimento a los poderes que puedan aspirar a cubrir todo el espacio de la Constitución".[386]

Esta doctrina de supremacía constitucional se difundió en otros países, y el esquema de la revisión judicial -*Judicial Review*-, o mejor dicho, el sistema de control judicial se fue adoptando y adaptando según la realidad cultural-regional, conforme a las distintas circunstancias históricas y a las diferentes filosofías políticas de organización de cada Estado, dejando atrás las instancias y procedimientos de control político que proliferaron durante el siglo XIX.

Ahora bien, el control judicial de la Constitución tiene en sí dos variantes: i) el control que es ejercido por los jueces ordinarios, y ii) el que es llevado a cabo a través de tribunales constitucionales especiales.

Al control jurisdiccional practicado por órganos judiciales comunes -conforme a su competencia judicial ordinaria- se le denomina sistema de "control difuso" (*modelo americano*) y las decisiones de los jueces en el sistema difuso -en general- sólo tienen efectos *in casu et inter partes*. En contrapartida, a la tutela que es ejercida por tribunales constitucionales especiales se le llama "control concentrado" (*modelo europeo*), cuyas decisiones tienen efectos *erga omnes*, teniendo estos jueces la potestad para anular -mediante una decisión judicial- leyes inconstitucionales.[387]

El *sistema difuso* tuvo su origen -como se dijo- en Estados Unidos de América. Por su parte, el *sistema concentrado* surgió con la promulgación de la Constitución de Austria de 1920, a partir del debate

[386] Fioravanti, M. (2007). *Op. cit.* p. 109; White, G. (2007). *Op. cit. passim.*

[387] Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales, Año 9*(2), 531-622; Pampillo Baliño, J. (2007). Panorama y Diagnóstico de la Justicia Constitucional en México. En F. Serrano Migallón, *Estudios jurídicos en homenaje a Jesús Rodríguez Gómez* (pp. 177-201). México: Porrúa, Facultad de Derecho de la UNAM y Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación.

académico que tuvo lugar entre los juristas Hans Kelsen (†1973) y Carl Schmitt (†1985), primando el pensamiento del primero, pues "se introdujo un tribunal especializado en la solución de los conflictos originados por la aplicación de las normas constitucionales". El Tribunal Constitucional austriaco, al haber sido el más antiguo del mundo, influyó sobremanera en el desarrollo constitucional de Europa continental y de otras latitudes.[388]

Cabe advertir que, dentro del Derecho Constitucional Comparado, surgió -sobre todo en Latinoamérica- un tercer modelo: el "control mixto" o integral, conformando así un sistema combinado, híbrido o ecléctico, donde coexisten en paralelo el aspecto *difuso* y el *concentrado* tomando diversas características de ambos, con la posibilidad tanto de acciones concretas de amparo o tutela, como abstractas de nulidad de leyes con efectos *erga omnes.*[389]

Adicionalmente, en la actualidad, a la par de las instituciones judiciales encargadas de ejercer el control constitucional a fin de asegurar la vigencia efectiva de los Derechos Humanos, existen diversos organismos que coadyuvan en esas tareas, entre los que destacan el

[388] Tras la I Guerra Mundial se desarrolló todo un movimiento que estableció un número considerable de Cortes y Tribunales Constitucionales en Europa y en otras regiones, cuyo fin era proteger los Derechos Humanos. Por ello, gracias a la propuesta de Hans Kelsen para Austria y Checoslovaquia en 1920, al método de control concentrado se lo conoce como el "sistema austriaco" o "modelo europeo". Siguiendo a Highton de Nolasco "a este modelo austriaco de examen judicial de las leyes se le conoce también -sobre todo en los países de tradición jurídica romanista-, como modelo kelseniano". Además, conforme a la Constitución austriaca las sentencias tienen efectos *ex nunc* o hacia el futuro. *Cfr.* Highton, E. (2010). Sistemas Concentrado y Difuso de Control de Constitucionalidad. En A. Bogdandy, M. Morales Antoniazzi, & E. Ferrer Mac-Gregor, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius constitutionale commune en América Latina?* (Vol. I, pp. 107-173). México: IIJ-UNAM.

[389] *Vid.* Fix-Zamudio, Héctor; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo;. (2017). *México y la Constitución de 1917. Influencia Extranjera y trascendencia internacional* (Primera ed.). México: Senado de la República, Secretaría de Cultura, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, IIJ-UNAM: https://inehrm.gob.mx/recursos/Libros/influencia_extranjera_primeraparte.pdf.

Ombudsman -*Ombudsperson*- (Defensor del Pueblo) y el Consejo de Estado.[390]

Entre los atractivos del Ombudsman, figuran la simplicidad y rapidez de su trámite, pues permiten al agraviado iniciar con una simple queja que, en México por ejemplo, puede ser oral y sin la necesidad de contar con un abogado. En dicho país, ese organismo defensor y promotor de la vigencia de los Derechos Humanos fue incorporado en 1992, mediante la creación de la *Comisión Nacional de los Derechos Humanos* con sede en la capital republicana, junto con las respectivas instituciones homólogas en las entidades federativas.[391]

Otros países como Bolivia, España y Guatemala, por ejemplo, han adoptado esta figura denominándola "Defensor del Pueblo".[392]

---

[390] La institución jurídica del Ombudsman comenzó en Suecia en 1713, cuando el rey Carlos XII creó el cargo de supremo representante del monarca: *Hagste ombudsmannen*, consolidándose en la Constitución sueca de 1809, la cual dispuso en su art. 96 que el Parlamento designaría un jurisconsulto de reconocido prestigio como *Ombudsman* (representante) del *Riksdag* (Parlamento), para vigilar a los tribunales y funcionarios a efecto de que éstos actuaran con apego a las leyes. Al final de la I Guerra Mundial, en 1919, Finlandia asumió su independencia, separándose de Rusia, y en el art. 49 de su Constitución del 17 de julio de aquel año creó al *oikeusasiamies eduskunnan* (delegado del Parlamento), que vino a ser el Ombudsman finlandés. Concluida la II Guerra Mundial, Dinamarca y Suecia incorporaron en sus respectivos órdenes jurídicos la institución del Ombudsman, con lo que adquirió éste un talante escandinavo. En la segunda mitad del siglo XX, numerosos países como Alemania, España, Francia, Israel, Nueva Zelanda y Portugal, entre otros, incorporaron a sus correspondientes estructuras políticas, con diversas variantes y denominaciones al Ombudsman.

[391] Fix-Zamudio, H. (2001). *Justicia constitucional. Ombudsman y Derechos Humanos* (Segunda ed.). México: CNDH. *Vid*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos: https://www.cndh.org.mx/.

[392] Más allá del nombre, esta institución tiene características comunes: "desde un punto de vista *estructural*, puede ser individual o colegiado; depende del cuerpo legislativo o, en cualquier caso, está vinculado a él con informes; goza de independencia, también garantizada por los métodos de elección o nombramiento; sólo es revocable en casos extremadamente limitados y con amplias garantías procesales. Desde el punto de vista *funcional*, trabaja para eliminar disfunciones o abusos de la administración pública, que afectan tanto a casos individuales como a casos de interés general. Desde el punto de vista *procesal*, puede ser intervenido directamente por los ciudadanos, pero en ocasiones también por otros sujetos; tiene poderes de inspección e impulso y, a veces -pero no siempre-, de los responsables de la toma de decisiones". *Cfr*. Pegoraro, L., & Rinella, A. (2017). *Op. cit.* pp. 264 y ss.

Finalmente, respecto de la justicia constitucional y como una reminiscencia del control desarrollado por órganos políticos durante el siglo XIX -como el Senado Conservador, el Poder Moderador o el Supremo Poder Conservador-, ha tenido cierta proyección en el Derecho Comparado la estructura y funcionamiento del Consejo de Estado francés, cuya influencia puede verse en países como Bélgica, España, Italia y Colombia, así como en el propio TJUE en la figura de su Abogado General.[393]

Lo importante, más allá de la diversidad del repertorio de controles de la legalidad y legitimidad constitucional, es a fin de cuentas reconocer que cada Derecho Positivo ha organizado todos estos medios con suficiente discreción, a fin de que los Derechos Humanos estén -de una forma u otra- debidamente resguardados de posibles violaciones.[394]

Con independencia de sus antecedentes e incluso de la recurrente discusión sobre su idoneidad (desde el debate Kelsen-Schmitt hasta el de Cappeletti y Devlin), los controles de tipo jurisdiccional fueron los que prevalecieron como custodios del orden constitucional frente a los de tipo político; pues poco a poco se fue estableciendo que "el guardián de la Constitución tenía que ser el poder judicial", porque "un pueblo que se gobierna por leyes es un pueblo que se equilibra por sus tribunales".[395]

---

[393] El Consejo de Estado (según el modelo francés, previsto en la Constitución de 1799) ejercía una función consultiva, al servicio de los cónsules, respecto de leyes y reglamentos de la administración pública. La Constitución mexicana de 1836 previno la existencia del Consejo de Estado, bajo la denominación de Consejo de Gobierno, así como un Supremo Poder Conservador.

[394] Por ejemplo, en México son medios de control constitucional: el juicio de amparo, las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad, la facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el juicio para la protección de los Derechos políticos-electorales de los ciudadanos, el juicio de revisión constitucional electoral, el juicio político, y el procedimiento ante los organismos autónomos protectores de los Derechos Humanos. En Brasil: el *mandado de segurança* y el *mandado de injunção*. En Chile: el recurso de protección. En Colombia: la acción de tutela. En Alemania: el recurso constitucional "*Beschwerde*" y la queja constitucional "*Verfassungsbeschwerde*". En Suiza: el recurso o queja de Derecho Público "*Staatsrechtiliche Beschwerde*".

[395] Rabasa, E. (1919). *Op. cit.* pp. 32 y 97.

En ese sentido, la Constitución norteamericana sirvió de modelo para muchas de las que habrían de surgir y regir al Sur del continente americano. Ejemplo de ello se puede observar en la Constitución de Cundinamarca (Colombia) de 1811 al haber expresado la idea de que los jueces deben "…velar sobre el cumplimiento exacto de [la] Constitución e impedir que se atropellen los derechos imprescriptibles del pueblo y del ciudadano" (Título VII. Del poder judicial, artículo 4).[396]

Posteriormente, el proyecto de amparo del jurista y político Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá (†1849) fue incorporado a la *Constitución Política del Estado de Yucatán* (México) de 1841[397], en la cual se encuentra también una idea (líder en cuanto al amparo-protección de los Derechos Fundamentales), si no del juicio constitucional, sí de la defensa jurisdiccional de la Constitución a través de la función trascendental de la Suprema Corte, al haber establecido que:

> "Los jueces de primera instancia ampararán en el goce de los derechos (…), a los que les pidan su protección contra cualesquiera funcionarios (…). Corresponde a (la Corte Suprema de Justicia): 1° *Amparar* en el goce de sus derechos a los que le pidan protección contra las leyes y decretos de la Legislatura que sean contrarios al texto literal de la Constitución, o contra las providencias del gobernador, cuando en ellas se hubiere infringido el código fundamental en los términos expresados…" (arts. 8 y 62 núm. 1).[398]

[396] Constitución de Cundinamarca, de 30 de marzo de 1811, y promulgada el 4 de abril de 1811. Disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-de-cundinamarca-30-de-marzo-de-1811-y-promulgada-el-4-de-abril-de-1811--0/html/008e4dae-82b2-11df-acc7-002185ce6064_2.html.

[397] Marquardt señala, conforme a los "Criterios cualitativos de transformación para el largo siglo XIX (1776-1916)", que "en cuanto a la posibilidad del noveno criterio para amparar los Derechos Fundamentales, hay que indicar el papel líder del Estado mexicano de Yucatán en 1841 , seguido por Colombia en 1853, México en 1857, Austria en 1867, EE.UU. en 1871, Suiza en 1874, El Salvador en 1886, Checoslovaquia en 1920, Alemania occidental en 1951, Italia en 1955 y España en 1980". *Cfr*. Marquardt, B. (2015). *Op. cit*. pp. 79 y ss., 161 y ss; y Marquardt, B. (2016). *Op. cit*. p. 46.

[398] Lo interesante del proyecto de Rejón consiste en haber sido la expresión primera de la necesidad que se sentía de un procedimiento judicial para proteger los preceptos constitucionales. La Constitución Política del Estado de Yucatán de 1841, se puede consultar a través de: https://www.worldstatesmen.org/Yucatan1841.pdf.

De hecho, como prueba del avance de dicha institución jurídica, el 13 de agosto de 1849, el primer suplente del juzgado de Distrito, Manuel de Arriola Pedro Zámano, emitió la primera sentencia de amparo, quien destacó que la autoridad tiene "la obligación de amparar a cualquier ciudadano contra los ataques violentos, ya sea de los supremos poderes de la Nación, ya de los Estados…"[399]

Aunque, a decir verdad, ninguna Constitución tomó ni siguió en su desarrollo el juicio constitucional americano con el acierto que tuvo la mexicana de 1857, gracias a la propuesta del jurista y político jalisciense Mariano Otero (†1850), la cual estableció el *juicio de amparo* como protección de todos los derechos emanados de sus preceptos, al haber normativizado que:

> "Los tribunales de la federación resolverán toda controversia que se suscite: 1.- por leyes o actos de cualquiera autoridad que violen las garantías individuales. (…) Todos los juicios de que habla el artículo anterior se seguirán, a petición de la parte agraviada, por medio de procedimientos y formas del orden jurídico, que determinará una ley. La sentencia será siempre tal, que solo se ocupe de individuos particulares, limitándose a protegerlos y *ampararlos* en el caso especial sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o acto que la motivare" (arts. 101 y 102).[400]

El desarrollo que muy pronto alcanzó el amparo en México permitió al entonces magistrado de la Corte Suprema mexicana, José María Lozano (†1893), que escribiera hacia 1876 que:

> "Los derechos del hombre, en la mayor parte de las Constituciones modernas (…) aparecen (…) declaraciones filosóficas de un orden puramente especulativo, (… pero en México los) derechos naturales están ampliamente protegidos por medio del recurso del amparo".[401]

---

[399] González Oropeza, M. (2011). Amparo a un rebelde. La primera sentencia de un juicio de amparo (1849). *Revista de la Judicatura Federal Escuela Judicial*(31), 133-163. Obtenido de https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/view/31968.

[400] La Constitución de 1857, se puede consultar a través de: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1857.pdf.

[401] Lozano, José María. *Op. cit.* pp. 252-269.

Es por ello que, contrastando este medio de control o juicio de garantías con la institución que constituye el legítimo orgullo de Inglaterra y de Estados Unidos de América, fue exaltada también por el entonces Presidente de la Suprema Corte mexicana I.L. Vallarta (†1893) en los siguientes términos: "no sólo quedaría manifestada la superioridad de la institución del *amparo* sobre el *habeas corpus*, sino que habría de reconocerse que el Constituyente mexicano -al pasar al campo de la dinámica jurídica- facilitó a las personas medios más eficaces (y duraderos, para hacer efectivos sus derechos naturales), que los que la *Charta Magna* había establecido" para proteger la libertad individual contra los excesos del poder.[402]

En pocas palabras: la evolución de los Derechos Humanos, de principios éticos y pautas generales en la legislación, a verdaderos derechos de defensa del ciudadano, tuvo que ver con: i) el Constitucionalismo moderno -entendido como técnica específica de limitación del poder con finalidad de garantía-, y con ii) la construcción de la tutela jurisdiccional a través de los distintos medios de defensa.

En síntesis, todo esto muestra en la importancia de contar con un *Estado de derecho*, cuya estructura *contemporánea* esté conformada de elementos como: i) los correctos frenos y efectivos pesos y contrapesos -*checks and balances*- o equilibrio entre poderes, pero permitiendo la participación de tribunales internacionales-regionales; ii) la supremacía de los Derechos Fundamentales sobre las leyes y actos de la autoridad estatal y supranacional; y iii) la existencia de un sistema de justicia

[402] *Cfr.* Vallarta, I. (1881). *El Juicio de Amparo y el Writ of Habeas Corpus: ensayo crítico-comparativo sobre esos recursos constitucionales* (Primera ed.). México: Imprenta de Francisco Díaz de León, pp. 8 y 9. Cabe hacer mención que el abogado Emilio Rabasa criticó a Vallarta al mencionar que: "Estas ideas (grandilocuentes del amparo) prosperaron y perduraron en la opinión común, porque no era posible para la generalidad rectificarlas, acudiendo a las fuentes con un estudio prolijo; y se redujeron a estas afirmaciones falsas y confusas que: a) el juicio de amparo procede del *habeas corpus*; b) el amparo es superior al habeas *corpus*; c) la institución protectora de los Derechos del hombre es en México más liberal y amplia que en los Estados Unidos". Rabasa, E. (1919). *Op. cit.* pp. 205 y 206.

constitucional-convencional-universal-multinivel, que otorgue plena garantía a través de mecanismos de rápida, segura e imparcial aplicación del Derecho, pues lo que importa es que los Derechos Humanos que se han logrado conquistar -y que la legislación reconoce- sean debidamente tutelados jurisdiccionalmente, nacional e internacionalmente.[403]

5.5 Los Derechos Humanos como Derecho Común Multinivel

Los reconocimientos internacionales confirieron a los Derechos Humanos un rango supranacional, por lo tanto corresponde ir más allá de las Declaraciones y establecer con mayor solidez y efectividad -en el plano universal y en los sistemas regionales-, los medios adicionales de reclamación y tutela, e instrumentos de protección más amplios para garantizar las libertades.

El reconocimiento, promoción y defensa de los Derechos Humanos, se ha venido desarrollando en el ámbito internacional a través de una red de organismos públicos y organizaciones privadas -globales y regionales, con objetivos desde muy generales hasta muy especializados, gubernamentales y no gubernamentales, etcétera-, cuyas actividades han ayudado a establecer y clarificar los estándares y normas relacionadas con asuntos relevantes en la materia.[404]

Todo ello ha dado la posibilidad de un intercambio y desarrollo de técnicas de protección de Derechos Humanos y Fundamentales entre distintos sistemas y ordenamientos jurídicos, conducente a una mejora tanto de los propios ordenamientos nacionales como transnacionales -multinivel- guiada por el principio de subsidiariedad.

---

[403] *Cfr*. Blackstone, W. (1966). *Commentaries on the Laws of England in Four Books.* (G. Sharswood, Ed.) New York: Oxford, p. 713. Fioravanti, M. (2009). *Op. cit.* pp. 90 y 92; García Ricci, D. (2015). *Op. cit.* p. 44.

[404] Mingst, K. A. (2006). *Op. cit.* pp. 498 y ss.

En ese sentido el profesor Suñé Llinás, en su *Manifiesto para una nueva Ilustración*, considera que, "para integrar las organizaciones políticas de distintas escalas en un nuevo marco político de coordinación global" -para la protección y tutela de los Derechos Humanos-, sería pertinente pensar en una "federación global" la cual estaría basada en los clásicos principios de cooperación y subsidiariedad, con un compromiso ético fundamental y una perspectiva integral.[405]

Este autor refiere que "no se trata de crear un Estado mundial que asegure la paz, a costa de una concentración de poder sin estar sujeto a equilibrios externos, que a la postre acabe por aniquilar la libertad. Se trata más bien de la conformación de un federalismo de nuevo cuño; pero también de un equilibrio de poder político a escala global, que es incompatible con una forma política mundial soberana y, por lo tanto, con un Estado global".[406]

Dicho reconocimiento y garantía internacional y supranacional de los Derechos Humanos ha conducido incluso a su extensión hacia ámbitos hasta hace poco tiempo inimaginables, como lo demuestra -por ejemplo- la "Declaración de Derechos del Ciberespacio" promovida por el mismo Dr. Emilio Suñé Llinás, la cual refiere una *nueva generación* de Derechos Humanos.[407]

Al respecto, observa el profesor Suñé: "hoy se necesita una política -y un Derecho- que atienda a la realidad crecientemente ciberespacial y, por lo tanto, metaespacial, en que se desenvuelve la mayor parte de la dinámica social, requiriendo para ello una "Constitución del Ciberespacio" fortalecida de una "Declaración de Derechos del

[405] *Cfr*. Suñé Llinás, E. (2019). *Op. cit*. pp. 625 y 626.

[406] *Ibídem*.

[407] La *Declaración de Derechos del Ciberespacio* y la *Constitución del Ciberespacio*, han sido ampliamente expuestos -en múltiples libros, artículos y entrevistas- por el Dr. Emilio Suñé Llinás. Especialmente véase Suñé Llinás, E. (2014). *Op. cit*.

Ciberespacio"; además, dicho gobierno del ciberespacio podría ser asimismo una entidad distinta, no ya extraterritorial, sino aterritorial".[408]

Por otro lado, el denominado "Constitucionalismo Multinivel" se expresa en el hecho de que los dos niveles constitucionales -el nacional y el supranacional- se influyen mutuamente, dando lugar a una dinámica constante de intercambio e injerencia en diversos ámbitos, pero especialmente en el ámbito de la protección de los Derechos Fundamentales.[409]

A este tenor, siguiendo a Cascajo Castro, se puede decir que el Constitucionalismo Multinivel es de "tipo inclusivo en la medida que asume ruptura del monopolio del Estado como único espacio constitucional", presentando una visión armónica de las relaciones entre las distintas instancias decisorias, superando la dimensión del desencuentro.[410]

Además, "la perspectiva multinivel es de carácter analítico, porque no entraña juicios de valor a favor de una inédita instancia de poder supranacional, sino que más bien se limita a un análisis de los hechos tal como se produce en la realidad -política y jurídica- compuesta de órganos que adoptan decisiones vinculantes".[411]

Ello posibilita la interpretación de las normas convencionales de conformidad con el Derecho nacional y con el Internacional regional y

[408] *Ibídem*. *Vid*. Suñé Llinás, E. (2020). Derecho e Inteligencia Artificial. De la robótica a lo posthumano. Tirant Lo Blanch.

[409] García Ramírez, S. (2015). *Votos particulares en la Corte Interamericana y reflexiones sobre el Control de Convencionalidad* (Segunda ed.). México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, pp. 40 y ss.

[410] Cascajo Castro, J. (2008). Interpretación Constitucional y Constitucionalismo Multinivel. En E. Ferrer Mac-Gregor, & A. Zaldívar Lelo de Larrea, *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho* (Vol. VI. Interpretación Constitucional y Jurisdicción Electoral, pp. 197-210). México: IIJ-UNAM.

[411] *Ibídem*, *loc. cit.*

viceversa, favoreciendo una aplicación más ordenada, coherente con la realidad, y previsible. Sin embargo, concretamente en el SIDH, es necesario armonizar su unidireccionalidad-conforme con la multidireccionalidad-concurrente, a fin de brindar una exegética más equilibrada en todo nivel.

Para ello, más adelante se hará referencia a la *interpretación concurrente* y al *margen de apreciación nacional* -de origen europeo-, pues se pone de manifiesto la necesidad de la ponderación en cada caso concreto y la necesidad de atender a las circunstancias nacionales, coexistiendo junto con otras herramientas hermenéuticas -coherentes con los principios de seguridad jurídica, cooperación leal y proporcionalidad-.[412]

Pero antes de pasar a los siguientes capítulos y poder comprender lo que han aportado y desarrollado los Sistemas de Derechos Humanos -el Europeo y el Interamericano en este caso-, se puede sostener que la conquista universal de los Derechos Humanos, además de la difusión del Constitucionalismo, ha sido concebida en cuatro etapas: i) la configuración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a partir de la Declaración Universal; ii) la elevación de esos Derechos Humanos a la categoría de normas jurídicas, a través de las normas supremas y fundamentales estatales; iii) la efectividad de esos derechos y Declaraciones regionales, multilaterales, bilaterales, ejecutada por los tribunales nacionales-supranacionales; y iv) la conciencia jurídica que ha ido adquiriendo la sociedad en sintonía con las perspectivas de otros actores-factores; vislumbrando así un evidente, natural y actual desarrollo de un *Ius Commune* de los Derechos Humanos.[413]

---

[412] Ledezma Castro, C. (2023). Reflexiones y apuntes críticos en torno al Control de Convencionalidad dentro del SIDH. En A. Armenta Ariza, & C. Duque (Coords.), *Derechos constitucionales: una mirada desde los Derechos Fundamentales y los Derechos económicos sociales y culturales.* (Primera ed.). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez (en prensa).

[413] *Cfr*. Arellano García, C. (1992). *Op. cit.* p. 398.

Capítulo 6. La Protección Supranacional de los Derechos Humanos como catalizadora de un Derecho Común

6.1. El Sistema de Naciones Unidas

6.1.1 La Declaración Universal de 1948

Como se ha podido observar, la comunidad mundial tuvo que superar varios desafíos internos e internacionales desde diversos ámbitos, y de muchas formas en diferentes países, además de pasar por transformaciones complejas y violentas, y por disputas muchas veces mortales, hasta llegar a la respectiva legitimación del Constitucionalismo *iusfundamental*, logrando codificar lo que pudo entenderse, según el horizonte y las visiones de mediados del siglo XX, como un consenso mínimo sobre el mismo.[414]

Una de las primeras tareas que abordó la ONU fue precisamente la redacción de un instrumento convencional que positivara y recogiera, de forma explícita y abarcativa, las referencias a los derechos, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales, contenidos en la Carta de la ONU.

Así, se encomendó a la Comisión de los Derechos Humanos de la ONU la preparación de un triple proyecto, bajo el nombre de la ya mencionada: "Carta Internacional de Derechos Humanos".[415]

Prontamente, dicha Comisión fue consciente de la dificultad de conseguir consenso político para concretar este triple objetivo, y por ello sólo el proyecto de *Declaración Universal de los Derechos Humanos*[416] fue

[414] Marquardt, B. (2015). *Op. cit.* p. 128 y 139.

[415] Fernández De Casadevante Romani, C. (2013). *Op. cit.* p. 70.

[416] Actualmente, se cuentan más de 500 traducciones de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Disponible en: https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights.

sometido a la Asamblea General de la ONU, aprobándose en París el 10 de diciembre de 1948, poco más de tres años después de la entrada en vigor de la Carta de las Naciones Unidas.[417]

Sin embargo, aunque la Declaración Universal resultó central en la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no se logró en aquel momento la elaboración de un Tratado Internacional obligatorio para los Estados firmantes. Empero, la famosa Declaración "ha sido interpretada cada vez más como una *norma consuetudinaria internacional* y *ius cogens*".[418]

Dicha Declaración supuso, por un lado, un punto de inflexión en la historia de los derechos de la persona, cuyo valor va más allá de la definición de los derechos enumerados en el catálogo; pero además, por el otro lado, contiene el Derecho axial a que se establezca un orden internacional en el que los derechos y libertades proclamados sean plenamente efectivos, consagrando a su vez los principios de legalidad y del fin legítimo.[419]

Así fue como se introdujeron los Derechos Humanos en el Derecho Internacional, dando lugar a que desde entonces, tanto la protección de los mismos, como el aseguramiento de la paz, sean considerados como los dos pilares de la ONU.

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* fue sobre todo una victoria de la humanidad entera y su indudable mérito reside en haber sido el primer documento relativo a los Derechos Humanos elaborado por una organización internacional de carácter universal "como un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben

---

[417] Corcuera Cabezut, S. (2007). *Derecho constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos.* México: Oxford University Press, pp. 49 y ss.

[418] Marquardt, B. (2015). *Op. cit.* p. 127.

[419] *Ibíd.* p. 213.

esforzarse", puesto que el fundamento de la libertad, de la justicia y de la paz es el reconocimiento de la dignidad connatural del ser humano.[420]

6.1.2 Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos

A partir de la Declaración Universal, la subsiguiente concreción contractual llevó a que la propia Asamblea General -después de dieciocho años de preparación y discusión-, adoptara el 16 de diciembre de 1966, mediante su resolución 220 A (XXI), dos Pactos que refirieron dos tipos de Derechos Humanos: i) los Derechos individuales o liberales, provenientes del Constitucionalismo liberal del siglo XIX en forma del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP); y ii) los Derechos sociales del Constitucionalismo social del siglo XX positivados en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC). Ambos pactos entraron en vigor, sin embargo, diez años después de su aprobación.[421]

Cabe recordar que los Derechos Humanos señalados en estos Pactos se encuentran guiados por los "principios de universalidad, objetividad y no selectividad, imparcialidad, diálogo internacional

[420] En la 183ª sesión plenaria, conforme a la Resolución 217 (III), la Declaración se aprobó con 48 votos a favor. Se abstuvieron ocho, los Estados comunistas de la esfera de influencia de la Unión Soviética y también Sudáfrica. Los Estados vencidos todavía no pertenecían a la ONU. Véase United Nations, Department of Public Information (Ed.), *Yearbook of the United Nations 1948-1949.* Nueva York, ONU, 1949, p. 535. La Declaración se divide en cuatro grupos: el primero está conformado por los Derechos y libertades de orden personal, el segundo versa sobre los Derechos del individuo en relación con los grupos de los que forma parte, el tercer grupo lo constituyen los Derechos políticos y el cuarto lo conforman los Derechos económicos, sociales y culturales. https://undocs.org/es/A/RES/217(III).

[421] El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; entró en vigor el 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27. Disponible en: https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; entró en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 Lista de los Estados que han ratificado el pacto. Disponible en: https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx.

constructivo y cooperación, cuyo fin es el de impulsar efectivamente la promoción y protección de todos los Derechos Humanos" a nivel global.[422]

Independientemente de su puntual origen, también se puede vislumbrar el reconocimiento de derechos colectivos, propios de las comunidades, conforme a los enfoques en la autodeterminación cultural, los derechos lingüísticos y los derechos colectivos sobre las tierras. Empero, el concepto del *pluralismo jurídico* abrió la puerta para enfrentar fuertes conflictos y grandes debates con respecto a los valores básicos de los demás Derechos Humanos y Fundamentales.[423]

Por lo que respecta al PIDESC, éste fue retomado rápidamente como "el pilar más importante en la configuración *iushumana* para superar los problemas más relevantes del mundo de la industria", pues con esta clase de derechos "se fue superando el minimalismo libertario del siglo XIX".[424]

No obstante, a pesar de que los dos Pactos emergieron al mismo tiempo, los derechos civiles y políticos han sido objeto de mayor atención, codificación jurídica, protección e interpretación judicial, además de que son percibidos como derechos auténticos y justiciables en mayor grado que los derechos económicos, sociales y culturales.[425]

---

[422] Ruiloba Alvariño, J. (2013). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966. En C. Casadevante Romani, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Cuarta ed., pp. 115-168). Madrid: Dilex, p. 125.

[423] "No debe subestimarse que la autodeterminación de los pueblos entró, a partir de la Declaración de los Derechos de los Pueblos de Rusia de 1917, al Constitucionalismo de tipo comunista." *Cfr.* Marquardt, B. (2011). *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina (1810-2010)* (Vol. II). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, pp. 121 y ss.

[424] Marquardt, B. (2015). *Op. cit.* p. 128.

[425] Ruiloba Alvariño, J. (2013). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966). En C. Fernández de Casadevante Romani, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Cuarta ed., pp. 169-221). Madrid: Dilex, p. 170.

En el PIDCP, se considera que dichos derechos generan deberes negativos, pues imponen a los Estados obligaciones de "no estorbar el libre ejercicio de los derechos de los gobernados". En cambio, respecto de los DESC, "el Estado resulta obligado a desarrollar una conducta activa-positiva frente al particular", pues debe usar todos los medios apropiados, y no sólo "adoptar medidas legislativas".[426]

En añadido, los DCP se aplican de forma inmediata, mientras que los DESC, al ser "programáticos o prestacionales", y requerir un esfuerzo financiero y legislativo por parte del Estado, sólo pueden ser aplicados de manera progresiva y muchas veces limitada.[427]

Evidentemente los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966 reflejaron, como apunta Marquardt, "el dualismo global que coexistía en aquel entonces entre dos potencias mundiales con enfoques ideológicos divergentes".[428]

En efecto, los DCP (conocidos también como derechos liberales, individuales o clásicos), son generalmente reconocidos como Derechos Humanos de *primera generación*; los DESC (derechos sociales) como derechos de *segunda generación*; y los derechos ambientales, de paz, de bienestar, de disfrute del patrimonio artístico e histórico, y de la autodeterminación (derechos colectivos) como derechos de *tercera generación*.[429]

Más recientemente, a finales del siglo XX y principios del XXI, surgieron -según la opinión de algunos- los derechos conocidos como de *cuarta generación*, los cuales implican el acceso a innovaciones

[426] Pampillo Baliño, J. (2007). *Op. cit.* pp. 117-201.

[427] Ruiloba Alvariño, J. (2013). *Op. cit.* pp. 171 y 172.

[428] Marquardt, B. (2015). *Op. cit.* p. 128.

[429] Carrillo Salcedo, J. (2001). Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo (Segunda ed.). Madrid: Tecnos, p. 81.

tecnológicas de la globalización[430]; sin que todo ello haya significado alguna jerarquía en términos materiales, pues de lo contrario estaríamos frente a una nueva -y quizá errónea- perspectiva de interpretación para la aplicación de los derechos, al pensar que los de segunda generación o segunda categoría pudieran reemplazar a los derechos de primera y así sucesivamente.[431]

6.1.3 Los Tratados Internacionales Especiales

En forma paralela a la concretización de la *Carta Internacional de Derechos Humanos* (la Declaración y los dos Pactos), a partir del propósito de positivar los Derechos Humanos, la Asamblea General aprobó cinco Declaraciones específicas, que aportaron principios fundamentales relativos a la protección de ciertos derechos en particular.

Dichas Declaraciones de Derechos contribuyeron en gran medida al logro y consolidación de los Tratados vinculantes en materia de Derechos Humanos.[432]

De esta manera, con el fin de armonizar los métodos para su adopción y efectivo cumplimiento, se fueron estableciendo diversas acciones como la aprobación de nueve Tratados Internacionales especiales de protección de Derechos Humanos, mismos que cuentan con sus respectivos órganos que permiten su aplicación y funcionamiento.

---

[430] Díaz Urdanivia, X. (2018). *Los Derechos Humanos en el Tercer Milenio.* México: Porrúa, pp. 146-158. *Vid*. Suñé Llinás, E. (2014). *Op. cit*.

[431] *Vid*. Miraut Martín, L. (2022). El sentido de las generaciones de Derechos Humanos. Cadernos de Dereito Actual(19), pp. 431-446. Obtenido de https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/894/469.

[432] Pastor Ridruejo, J. (1990). La protección de los Derechos Humanos en las Naciones Unidas. Aspectos humanitarios y políticos. *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*(1), 15-46 (pp. 29 y 30).

Cada uno de esos nueve Tratados[433] visibilizan a los diferentes grupos vulnerables por separado y cuentan a su vez con un órgano o comité de supervisión independiente, comprometiendo -en la aplicación y cumplimiento del Tratado- a cada uno de los Estados parte, como se puede observar en la siguiente tabla:

ÓRGANOS DE LOS TRATADOS	TRATADO QUE SUPERVISA, SOBRE LOS QUE TIENE COMPETENCIA
Comité de Derechos Humanos (CCPR)	**Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** (PIDCP) (Aprobado: 16/12/1966. En vigor: 23/03/1976, de conformidad con el art. 49) -Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Aprobado: 16/12/1966. En vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el art. 9) -Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte (Aprobado: 15/12/1966)
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR)	**Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** (PIDESC) (Aprobado: 16/12/1966. En vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el art. 27) -Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Aprobado: 10/12/1966)
Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD)	**Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial** (Aprobado: 21/12/1965. En vigor: 4/01/1969, de conformidad con el art. 19)
Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)	**Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer** (Aprobado: 18/12/1979. En vigor: 3/09/1981, de conformidad con el art. 27 (1)) -Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Aprobado: 6/10/1999)
Comité contra la Tortura (CAT)	**Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes** (Aprobado: 10/12/1984. En vigor: 26/06/1987, de conformidad con el art. 27 (1)) -Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Aprobado: 18/12/2002)
Comité de los Derechos del Niño (CRC)	**Convención sobre los Derechos del Niño** (Aprobado: 20/11/1989. En vigor: 2/09/1990, de conformidad con el art. 49) -Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (Aprobado: 25/05/2000. En vigor: 12 de febrero de 2002) -Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (Aprobado: 25/05/2000. En vigor: 18 de enero de 2002) -Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones (Aprobado: 19/12/2011. En vigor: 14 de abril de 2014)
Comité sobre Trabajadores Migrantes (CMW)	**Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares** (Aprobado: 18/12/1990)
Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD)	**Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad** (Aprobado: 13/12/2006) -Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Aprobado: 13/12/2006)
Comité contra la Desaparición Forzada de Personas (CED)	**Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas** (Aprobado: 23/12/2010)

Tabla 2: Tratados internacionales especiales de protección de Derechos Humanos, con sus respectivos órganos de supervisión (Elaboración propia)

Fue así como se consolidó el Sistema de Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.[434]

En virtud de su desarrollo e implicaciones, la profesora Peters considera que "la aceptación formal de Tratados Universales -los cuales

[433] *Vid.* Los nueve Instrumentos Jurídicos disponibles en español (última fecha de visita: 3 de diciembre de 2023): https://www.ohchr.org/es/instruments-listings#tab-1.

[434] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *El Sistema de Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Introducción a los Tratados fundamentales de Derechos Humanos y a los órganos creados en virtud de Tratados*. Folleto Informativo Número 30, pp. 5 y ss. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet30Rev1_sp. pdf.

consagran valores constitucionales-, no es el final sino más bien el comienzo de la Constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos".[435]

Lo cierto es que "la defensa eficaz de los Derechos Fundamentales no radica en la existencia de diversos instrumentos, pues la acción procesal no es, por sí misma, *justicia*, sino apenas una de las vías para acceder a ella", pues el reconocimiento de un derecho implica vías procesales para hacerla efectiva.[436]

Además, en el horizonte deseado, junto con el fortalecimiento constitucional de derechos y libertades fundamentales, se viene desarrollando un fenómeno paralelo y progresivo de internacionalización multinivel de los mismos Derechos Humanos.[437]

Consecuentemente, la tutela judicial y administrativa de los derechos es necesaria en la esfera de competencia tanto de los órganos estatales como de los supranacionales, pues los derechos son ilusorios sin la capacidad procesal para hacerlos valer y para garantizarlos, por ello conviene que, a través de un sistema de jurisdicciones plurales o de instancias multinivel, se lleve a cabo la protección y garantía de los mismos, además, por supuesto, de su misma promoción.

En ese sentido, de lo que se trata es de crear y organizar la conciencia global-mundial respecto de la dignidad de la persona, con todas sus consecuencias; convirtiendo en patrimonio jurídico de todos los pueblos lo que previamente es o debiera ser patrimonio común de todas las personas: los Derechos Humanos.

---

[435] Peters, A. (enero-junio de 2018). *Op. cit.* pp. 3-20.

[436] García Ramírez, S. (2007). *Op. cit.* pp. 5 y ss.

[437] Sánchez Agesta, L. (1966). *Op. cit.* p. 451.

6.1.4 Los Órganos de Supervisión y Control

Una vez finalizada la elaboración de la "Carta Internacional de Derechos Humanos", el objetivo prioritario de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU fue la instauración de los procedimientos y las técnicas de supervisión y control del respeto y protección de los mismos.

Las instancias, procedimientos y técnicas de control utilizadas para la protección de los Derechos Humanos responden, en el plano universal, a modelos no judiciales; a pesar de que los tribunales internacionales regionales de Derechos Humanos ejercen sus facultades por medio de un sistema judicial, como es el caso del Tribunal Europeo de Estrasburgo (en adelante TEDH) o la Corte Interamericana de San José (en lo sucesivo Corte IDH).[438]

Así pues, dentro del Sistema Universal de Derechos Humanos, el control es ejercido por medio de Comisiones y Comités que, "aunque utilicen técnicas inspiradas en el principio contradictorio, no son propiamente órganos judiciales, y sus declaraciones y resoluciones internacionales no pueden ser calificadas como sentencias, pues no constituyen -en estricto sentido- instrumentos jurídicamente vinculantes para los Estados".[439]

Sin embargo, dados los compromisos adquiridos por los Estados parte de los Tratados sobre Derechos Humanos, existe una obligación implícita para tomar medidas efectivas en su Derecho interno respecto de las recomendaciones emitidas por sus órganos de supervisión, las cuales deben ser acatadas por los Estados conforme a los principios del

[438] Ruiloba Alvariño, J. (2013). *Op. cit.* pp. 119 y 120.

[439] Existen procedimientos de admisibilidad regulados en los Reglamento de los Comités. Se trata de un procedimiento contradictorio de apariencia contenciosa o judicial, pero sin gozar de esta naturaleza en sentido estricto, de ahí que se califique a estos mecanismos de "cuasicontenciosos". *Cfr.* Ruiloba Alvariño, J. (2013). *Op. cit.* pp. 119, 120, 141 y ss.

Derecho Internacional (*Pacta Sunt Servanda, Bona Fide, Ex Consensu Advenit Vinculum, Ius Cogens*).[440]

En el contexto del Derecho Internacional, las múltiples y distintas dificultades que se tuvieron para la ratificación de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, no impidieron que se alzaran voces para que la sociedad internacional interviniera en los casos de violaciones a los Derechos Humanos.

Así la entonces Comisión -ahora Consejo- de Derechos Humanos de la ONU fue facultada para actuar en esos casos, independientemente de que los Estados afectados fueran o no parte en los distintos Tratados y Pactos de 1966.[441]

Dicha Comisión estuvo trabajando y vigilando a distintos Estados, a través de "mecanismos extraconvencionales", para evitar violaciones masivas a los Derechos Humanos.

Si bien desde diciembre de 2004 el Panel de Alto Nivel sobre "Amenazas, Desafíos y Transformaciones" recomendaba el fortalecimiento de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, sólo pasaron unos meses para que, en marzo de 2005, el entonces Secretario General de la ONU, Kofi Annan, sugiriera como ineludible el reemplazo de la -ahora extinta- Comisión por un "Consejo de Derechos Humanos".

Por ello fue por lo que un año después, el 15 de marzo de 2006, la Asamblea General de la ONU -mediante la Resolución 60/25[442]- creó el

---

[440] *Vid*. Álvarez Londoño, S. J., L. (2006). *Op. cit*; Herdegen, M. (2019). *Op. cit*; Seara Vázquez, M. (1993). *Op. cit*.

[441] Rodríguez Díaz, B. (2016). *Apuntes de Derecho Internacional Público.* Madrid: Dykinson, p. 238.

[442] Resolución aprobada por la Asamblea General [sin remisión previa a una Comisión Principal (A/60/L.48)] 60/251. Consejo de Derechos Humanos. Disponible en: https://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/docs/a.res.60.251._sp. pdf.

Consejo de Derechos Humanos (principal organismo intergubernamental en materia de Derechos Humanos del Sistema de la ONU, en adelante: el Consejo), con el fin primordial de tener en cuenta las situaciones de violaciones de los Derechos Humanos, para robustecer su promoción y custodia, respondiendo a emergencias en la materia y formulando sugerencias.[443]

El actual Consejo celebró su primera sesión en Ginebra, del 18 al 30 de junio de 2006.

Para su correcto funcionamiento, el Consejo se afianza en: i) el *Examen Periódico Universal* (EPU), el cual permite examinar la situación de Derechos Humanos de los 193 Estados miembros de la ONU (48 Estados por año), habiendo comenzado sus actividades en 2008; ii) los *Procedimientos Especiales*, los cuales pueden ser temáticos[444] o por países[445], siendo integrados por Relatores Especiales, Expertos Independientes y Grupos de Trabajo; iii) el *Comité Asesor*, compuesto por dieciocho profesionales en calidad de "grupo de reflexión", que sirve como el "*think tank*" del Consejo, el cual también comenzó su labor en 2008; y iv) el *Procedimiento de Denuncia*, establecido en 2007.[446]

---

[443] El Consejo de Derechos Humanos se reúne un mínimo de 10 semanas al año en la Oficina de la ONU en Ginebra, Suiza, en sesiones regulares en marzo, junio y septiembre. El Consejo además tiene la facultad de convocar a reuniones urgentes a corto plazo para contestar a novedosas crisis de Derechos Humanos. El personal de la Oficina del Elevado Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos (ACNUDH) actúa como secretaría del Consejo, proporcionando a sus miembros apoyo técnico, sustantivo y administrativo. Adicionalmente a los Estados miembros del Consejo, los Observadores, que integran a Estados no miembros, Empresas Intergubernamentales, Instituciones Nacionales de Derechos Humanos y Empresas no Gubernamentales (ONG), además participan activamente de las sesiones. Hasta la fecha el Consejo adoptó bastante más de 1.750 textos abordando una vasta gama de preguntas temáticas así como situaciones de Derechos Humanos concretas en las naciones.

[444] Existen 44 mandatos temáticos vigentes al 31 de agosto de 2023: https://spinternet.ohchr.org/ViewAllCountryMandates.aspx?Type=TM&lang=es.

[445] Hay 14 mandatos por país en vigor, al 31 de agosto de 2023: https://spinternet.ohchr.org/ViewAllCountryMandates.aspx?lang=es.

[446] Para conocer más acerca del Procedimiento de Denuncia del CDH, se recomienda: https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/ComplaintProcedure/Pages/HRCComplaintProcedureIndex.aspx.

Por otro lado, como ya se adelantó, los distintos instrumentos jurídicos internacionales de protección de Derechos Humanos prevén una serie de mecanismos de control y supervisión que se conocen como "mecanismos convencionales" o no jurisdiccionales, ejercidos a través de procedimientos de vigilancia previstos en los Tratados y/o Protocolos, cuyos "organismos no tienen el carácter de tribunales y, por tanto, sus resoluciones no son vinculantes, pero sí resultan ser muy importantes para la promoción y defensa de estos derechos".[447]

Ahora bien, por lo que respecta específicamente al PIDCP, éste cuenta -conforme al artículo 28- con un "Comité de Derechos Humanos", órgano formado por dieciocho expertos independientes ("personas de gran integridad moral y reconocida competencia en la materia"). Dicho órgano es competente para interpretar el alcance y significado del Pacto y sus dos Protocolos Facultativos (competencia obligatoria y facultativa).[448]

Las técnicas que se emplean para el control del cumplimiento del PIDCP por los Estados parte son: i) los informes periódicos (su eficacia ha sido únicamente la presión política), ii) las denuncias interestatales (bajo la regla de la confidencialidad, al igual que en la técnica de denuncias hechas por particulares), y iii) las reclamaciones individuales (siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos[449]).

---

[447] Castañeda, M. (2015). *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su recepción nacional.* México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, pp. 20 y 21.

[448] El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entró en vigor el 23 de marzo de 1976: https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP. pdf.

[449] Por ejemplo, que la denuncia no sea anónima, que no constituya un abuso del Derecho de presentar tales denuncias ni sea incompatible con el Tratado en cuestión, el previo agotamiento de los recursos internos, que la misma cuestión no haya sido o no esté siendo examinada por otra instancia internacional, etc.

De todos los mecanismos de control existentes, sólo el de "informes periódicos" se activa de forma automática, quedando el resto supeditados al reconocimiento previo del Estado en cuestión.

Asimismo, ese Comité de Derechos Humanos -vigilante del cumplimiento del Pacto- adoptó, a partir de 1992, una decisión vanguardista, pues incluyó en sus "Observaciones finales", después de realizar una evaluación crítica de la situación en cada Estado, los aspectos positivos y negativos encontrados, pronunciándose sobre si ha habido o no violación del Pacto, enlistando conclusiones y recomendaciones sobre los problemas más importantes; obligando al Estado bajo observación a adoptar la fórmula de reparación determinada en la decisión del Comité.[450]

Cabe mencionar que el objeto de los referidos controles no es el de condenar al Estado infractor, sino el de identificar los posibles fallos en su práctica interna respecto de sus obligaciones convencionales, para garantizar el goce efectivo de los Derechos Humanos a través de medidas generales, restitución del derecho violado o reparación equitativa.[451]

En ese sentido, las observaciones son redactadas en términos amistosos, diplomáticos y cordiales, para tratar de ayudar a cada Estado a modificar su práctica legislativa o administrativa y así fortalecer sus mecanismos conforme a las normas internacionales-regionales en la materia.

Con respecto al PIDESC, éste también cuenta con su Protocolo Facultativo y un "Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales" (creado por el Consejo Económico y Social el 28 de mayo de 1985,

---

[450] Villán Durán, C. (2002). *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos.* Madrid: Trotta, pp. 281, 396 y 397.

[451] Escobar Hernández, C. (2002). La protección internacional de los Derechos Humanos. En M. Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público.* Madrid: Tecnos, pp. 540 y ss.

conforme a la Resolución 1985/17), órgano competente para velar por la interpretación y aplicación del Pacto y Protocolo.[452]

Su control también se efectúa a través del mecanismo de los informes periódicos presentados por los Estados parte de conformidad con los artículos 16 y 17 de este Pacto.

Dicho Comité inspecciona y valora los informes en presencia de los Estados, manteniendo con ellos "un diálogo constructivo (no acusatorio)", resultando en la formulación de observaciones finales a efecto de que las recomendaciones o decisiones que requieren atención en el plano nacional sean aceptadas por los Estados a través de procedimientos complementarios para la aplicación de las disposiciones.[453]

Por lo tanto, aunque estos informes, resoluciones y recomendaciones no son legalmente vinculantes, tienen un peso político considerable que, con el tiempo, pueden conducir a la aprobación de leyes e incluso a la modificación de las Constituciones estatales consideradas en conflicto con el Derecho Convencional en materia de Derechos Humanos.[454]

Como se ha podido observar, el progreso mundial del marco internacional de protección de Derechos Humanos sigue evolucionando y, por ende, han ido aumentando los Tratados, mecanismos de

[452] El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales entró en vigor el 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27: https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP. pdf.

[453] El Comité de los DESC, al 25 de diciembre de 2023, tiene 26 Observaciones Generales (la última disponible -E/c.12/GC/26- tiene la fecha de 24 de enero de 2023) https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11.

[454] Aparte del método de presentación de informes, existe también su Protocolo Facultativo, el cual entró en vigor el 5 de mayo de 2013, y proporciona al Comité la facultad de recibir y revisar las comunicaciones de individuos que denuncian la violación de Derechos amparados por el Acuerdo. El Comité ha publicado, a partir de 1988, su interpretación de las posiciones del Pacto, a través de observaciones generales.

supervisión y vías disponibles para que las víctimas-titulares de derechos obtengan resarcimiento a través de la estructura gubernamental (judicial y administrativa) que cada Estado ha ido adoptando y adaptando, conforme a las obligaciones contraídas en los diversos instrumentos internacionales, incluidos los Tratados en el contexto universal de Derechos Humanos.[455]

6.2 El Sistema Europeo de Derechos Humanos

6.2.1 Antecedentes del Sistema Europeo de Derechos Humanos

La internacionalización de los Derechos Humanos tomó forma a partir de diversos acontecimientos históricos (específicamente al finalizar la II Guerra Mundial), que conllevaron a la necesidad de establecer técnicas de control constitucionales-convencionales internas y supranacionales, a fin de evitar su vulneración y de respetar la dinámica político-institucional y normativa; todo ello mediante la elaboración de normas internacionales, en el contexto de la actuación de la ONU.[456]

Pero además, también es cierto que en diversos procesos de cooperación e integración regional se ha planteado el debate sobre la legitimidad de ciertas instituciones.

De hecho, eso ocurrió en el continente europeo, pues la democracia, la protección de los Derechos Humanos y la tutela judicial del Derecho Comunitario, representan una especie de aparato -o gobierno- multinivel de defensa para los valores comunes-universales de

[455] Se recomienda ver la Resolución 68/268 de 2014: "Fortalecimiento y mejora del funcionamiento eficaz del sistema de órganos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos", disponible: https://www.ohchr.org/sites/default/files/A-RES-68-268_S.pdf.

[456] Rodríguez Díaz, B. (Coord.) (2015). Manual de ámbito Jurisdiccional Comunitario e Internacional. Guía Práctica para Abogados Ante la UE y el TEDH. Madrid: Dykinson, pp. 16 y ss.

la Tradición Jurídica Occidental para el proceso de integración europea, el cual se ha ido construyendo con no pocos obstáculos.[457]

Sin embargo, existen dificultades que derivan de la concurrencia de diversos sistemas jurídicos: por un lado se encuentra el Derecho Comunitario -actualmente Derecho de la Unión Europea- y, por otro lado, el conjunto normativo y el *corpus* jurisprudencial que se desprende de la *Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales* (conocida como Convenio Europeo o Convención Europea de Derechos Humanos, en lo sucesivo CEDH) y sus Protocolos.[458]

En realidad, la protección de los Derechos Humanos en la Unión Europea presenta rasgos peculiares, porque no puede hablarse de un Sistema de Protección semejante a los existentes en otras organizaciones internacionales.[459]

Por esa razón, el sistema general no centralizado europeo (con base en los principios de *subsidiariedad*, *igualdad soberana, cooperación leal*[460] y *autoridad democrática*), tiene como objetivo salvaguardar los Derechos de la persona sobre la base de tres tipos diferentes de ordenamientos jurídicos en la Era de la globalización -niveles de

---

[457] *Vid.* Alonso García, R. (2014). *Sistema Jurídico de la Unión Europea* (Cuarta ed.). Madrid: Editorial Civitas; Alonso García, R. (2016). *Op. cit.*

[458] Bou Franch, V., & Castillo Daudí, M. (2014). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.* Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 195 y 196.

[459] Dieter Grimm señala que la Unión Europea es "un híbrido sin precedentes" entre lo que es un Estado y una organización internacional, pues al primero le faltan elementos de soberanía, pero siendo demasiados para la segunda. Citado por Castañeda, M. (2015). *Op. cit.* p. 116.

[460] El artículo 4.3 del TUE señala que: Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. Esta obligación impone el deber positivo a todas las autoridades de los Estados miembros, incluyendo por tanto también, en el marco de sus competencias, a las autoridades judiciales, a poner en marcha mecanismos que permitan asegurar un correcto funcionamiento de la estructura institucional regional. Esta idea se ha venido a bautizar como la doctrina de la "interpretación conforme", misma que será abordada con mayor detenimiento en los capítulos séptimo, octavo y noveno.

protección-: Derecho nacional, Derecho Comunitario y Derecho Internacional regional de los Derechos Humanos.[461]

Con el tiempo, la UE ha desarrollado un complejo proceso interno de coordinación, lo que ha implicado una multitud de actores-factores. Dicha coordinación no sólo ha sido una articulación política, sino también una obligación jurídica. Ello se puede apreciar claramente -a pocos años de haber finalizado la II Gran Guerra- en el Estatuto que se firmó en Londres el 5 de mayo de 1949, el cual creó el "Consejo de Europa", encarnando una organización internacional de cooperación regional.[462] De ahí que la coordinación ha exigido la armonización entre la UE, el Consejo de Europa y los Estados miembros de los mismos.

6.2.2 El Sistema del Consejo de Europa

Hace más de siete décadas, en 1950, el Consejo de Europa sancionó el primer documento que esquematizó la voluntad de los pueblos europeos de hacer propios aquellos derechos que la Declaración Universal había proclamado en 1948: la *Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*.[463]

Dicha Convención fue firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor a partir del 3 de septiembre de 1953; además, es considerada como estándar mínimo e irrenunciable de Derechos

[461] Pizzolo, C. (2010). *Op. cit.* pp. 619 y 620.

[462] El Estatuto del Consejo de Europa, se encuentra disponible en: http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/ConsejoDeEuropa/Documents/Estatuto%20Consejo%20Europa.pdf.

[463] El Convenio Europeo de Derechos Humanos es un acuerdo multilateral internacional regional; el cual incumbe a los Estados contratantes determinar internamente los métodos y el grado de protección a brindar en favor de los Derechos proclamados, considerando que el objetivo último de las disposiciones del Tratado es asegurar la *armonización* de los parámetros de protección en los Estados participantes. *Cfr.* Convenio Europeo de Derechos Humanos, modificado por los Protocolos 11, 14 y 15, y completado por el Protocolo adicional y los Protocolos 4, 6, 7, 12, 13 y 16; está disponible en español: https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf. En 42 idiomas: https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/convention.

Fundamentales del Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos (SEDH) junto con sus dieciséis Protocolos adicionales[464].

El CEDH estableció por primera vez dos órganos internacionales de control, con competencia en la materia: i) el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (conocido como Tribunal de Estrasburgo)[465] y ii) la -entonces- *Comisión Europea de Derechos Humanos*, la cual era un filtro de las denuncias que se presentaban -como ocurre actualmente en el SIDH- e impedía a los individuos tener acceso directo al Tribunal, pues se debía analizar previamente si el caso estaba bien fundado como para ser elevado ante dicha instancia.[466]

Es decir, ambos órganos inicialmente tuvieron competencia facultativa. Sin embargo, la creciente carga de trabajo debida al continuo crecimiento del número de asuntos sometidos a los órganos del Convenio Europeo hizo necesaria la simplificación del mecanismo de control, reforzando el carácter judicial del sistema y haciéndolo obligatorio a través de la adopción de una serie de Protocolos al CEDH destinados a mejorar y reforzar el mecanismo de supervisión inicialmente constituido.

Por lo tanto, a partir del 1° de noviembre de 1998, se modificó notablemente el sistema con el fin de optimizar sus recursos y

---

[464] Los 16 Protocolos del Convenio Europeo: https://echr.coe.int/Documents/Library_Collection_ProtocolsTable_ENG.pdf.

[465] El TEDH se reunió por primera vez del 23 al 28 de febrero de 1959, y dictó su primera sentencia el 14 de noviembre de 1960 con el caso: *Lawless c. Irlanda*. Ver: https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-165129&filename=CASE%20OF%20LAWLESS%20v.%20IRELAND%20%28No.%203%29%20-%20%5BSpanish%20Translation%5D%20summary%20by%20the%20Spanish%20Cortes%20Generales.pdf&logEvent=False El TEDH se compone de 47 Magistrados propuestos por cada uno de los 47 Estados miembros y nombrados por la Asamblea del Consejo de Europa. El Tribunal trabaja en formaciones de Comisiones (3 jueces), en Salas (7 jueces) y Gran Sala (17 jueces).

[466] El CEDH no sólo consagra un conjunto de Derechos sino que, además, establece un sistema destinado a garantizar el respeto por los Estados de las obligaciones por ellos asumidas. La responsabilidad de este control era compartida por tres instituciones: la Comisión Europea de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

funcionamiento, reforzar su mecanismo de supervisión y tratar de asegurar el respeto a los compromisos que resultan para las Partes del CEDH y sus Protocolos (tema que será abordado con mayor detenimiento en el capítulo octavo).

Así pues, regresando al punto de partida, el primer hecho que se desprende de la lectura del preámbulo del CEDH es su "estrecho vínculo ideal y sustancial con la Declaración Universal"; además, los primeros cinco artículos de ambos documentos muestran un evidente paralelismo.

Ahora bien, cabe destacar que el SEDH tiene un doble fundamento convencional: el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (1950), y la *Carta Social Europea*[467] (1961).

Bajo dicho tenor, como lo refiere la jurista y profesora española Ana Gemma López Martín, "los derechos civiles y políticos son objeto de protección por el CEDH, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales están protegidos en la *Carta Social Europea*"; reiterando que ambos documentos han sido completados y enmendados por diversos Protocolos.[468]

6.2.3 Particularidades de la Unión Europea

[467] La Carta ha sido completada por i) el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea de 5 de mayo de 1988 (el cual amplió los Derechos ya protegidos), y perfeccionada por el Protocolo de Enmienda de la Carta Social Europea de 21 de octubre de 1991 (mejorando el mecanismo de control y clarificando las competencias de los dos órganos de control principales: el Comité de Expertos Independientes, y el Comité Gubernamental) y ii) por el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea; estableciendo el Sistema de Reclamaciones Colectivas de 9 de noviembre de 1995 el cual tiene por objeto mejorar el respeto de los Derechos sociales reconocidos en la Carta. Además, existe una Carta Social Europea *Revisada* de 3 de mayo de 1996, reuniendo en un sólo instrumento convencional todos los Derechos garantizados por la Carta de 1961 y por el Protocolo adicional de 1988, incluyendo nuevos Derechos y mejorando los existentes.

[468] López Martín, A. (2013). El Sistema Europeo: El Consejo de Europa y la Carta Social (II). En C. Fernández de Casadevante Romani, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Cuarta ed., pp. 223-254). Madrid: Dilex.

En esa tendencia expansiva *iusfundamental*, los anteriores documentos internacionales europeos están jurídicamente vinculados a su vez con la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (con 54 artículos), debido a que "la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la *Carta* de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados" (art. 6, inciso 1, primer § del Tratado de la Unión Europea -en adelante TUE- de 2016).[469]

Una característica importante que tiene dicha Carta de la Unión Europea es su innovadora agrupación de derechos al abandonar la tradicional distinción entre, por un lado, los derechos civiles y políticos y, por otro, los derechos económicos y sociales. Al mismo tiempo, la Carta hace una clara distinción entre derechos y principios los cuales habían sido incorporados inicialmente al entonces proyecto de Tratado Constitucional Europeo[470] de 2004.[471]

Sin embargo, aunque el referido Tratado fue aprobado por el Parlamento Europeo, dicho propósito constitucional regional nunca entró

---

[469] La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se divide en siete capítulos, seis de los cuales están dedicados a enumerar tipos específicos de Derechos mientras que el último aclara su ámbito de aplicación y los principios que rigen su interpretación. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12016P/TXT.

[470] Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (2004) de 16.12.2004: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:C:2004:310:TOC. Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (PROYECTO 2003) DO C 169 de 18.7.2003: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:C:2003:169:TOC.

[471] Ha de resaltarse que el "Tratado por el que se establece una Constitución para Europa" marcaba un hito en la historia de la integración europea, al incorporar como parte de su articulado un catálogo de Derechos Fundamentales, precisamente para estar en armonía con el criterio expuesto en el artículo 16 de la Declaración Francesa de 1789: "Toda comunidad en la que no esté estipulada la separación de poderes y la seguridad de Derechos necesita una Constitución" el cual individualiza precisamente en la "garantía de los Derechos" el núcleo esencial de un régimen constitucional no despótico. *Vid*. European Parliament, 'The Charter of Fundamental Rights' (Factsheets on the European Union 2017) www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/fiches_techniques/2013/010106/04A_FT(2013)010106_EN.pdf.

en vigor por haber sido rechazado por Francia (29 de mayo de 2005) y por los Países Bajos (1 de junio de 2005) en sus referendos nacionales, por considerar que parecía estarse creando una especie de "macro-estado-federal" dado el simbolismo político del propio nombre del Tratado y de algunas disposiciones relativas a la bandera y al himno europeos.[472]

Como consecuencia, aunque la Carta no se incorporó directamente al TUE[473] -pero sí se le confirió el mismo valor jurídico que los Tratados-, ésta recién se consideró jurídicamente vinculante en el Tratado de Lisboa, instrumento que "desconstitucionalizó" y restó simbolismo político al proyecto-Tratado constitucional, siendo firmado el 13 de diciembre de 2007 durante el Consejo Europeo de Lisboa, el cual estuvo vigente a partir del 1 de diciembre de 2009 y hasta la fecha, luego de haber sido ratificado por los 27 Estados miembros.

Hasta la entrada en vigor de este Tratado -de la Unión Europea y el diverso de Funcionamiento de la Unión Europea- se puede decir que no existía un catálogo regional de Derechos Fundamentales que tuviera valor jurídico vinculante para la estructura institucional de la Unión Europea. Efectivamente, tampoco existían mecanismos específicos de protección de los mismos, más allá de la consideración dada por el TJUE.

De hecho, la labor comunitaria en la materia la inició precisamente su antecesora, la "Corte de Justicia de las Comunidades Europeas" (TJCE)[474], como señala el profesor español Valentín Bou Franch, "de

[472] La Carta de los Derechos Fundamentales, a diferencia del CEDH, nació en el marco de la Unión Europea, no en el Sistema Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, *Vid.* Carrera, S., & Geyer, F. (enero/abril de 2008). El Tratado de Lisboa y un espacio de la libertad, seguridad y justicia: excepcionalísimo y fragmentación de la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*(29), 133-162. Obtenido de https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=1142.

[473] La versión consolidada (2016) del Tratado de la Unión Europea con sus 37 Protocolos y 65 Declaraciones, está disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016M/TXT&from=EN.

[474] En 1952, en virtud de lo dispuesto en el Tratado de París, conforme con el Título segundo, Capítulo IV, se creó la "Corte de Justicia" de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA). Dicha Corte se transformó en el Tribunal de Justicia de las

manera relativamente tardía y sobre una base jurídica marginal"[475], bajo los principios vertebrales de *atribución de competencias*[476], de *primacía del Derecho de la Unión*[477] y de *eficacia o efecto directo*[478]; pero sobre todo de los principios generales -del Derecho de la UE-, a partir de la adopción del Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht (1992)[479], habiendo sido actualizado éste por el Tratado de Ámsterdam (1997)[480], sentando con ello las bases de un *poder judicial europeo*.

Así, durante mucho tiempo, el marco legal de protección del ser humano -como eje rector de la dinámica jurídica en materia de Derechos Humanos de la UE, en el comienzo de un proceso global de construcción política europea progresiva-, fue principalmente un logro de la

Comunidades Europeas en 1957. A partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en 2009, su denominación cambió al de "Tribunal de Justicia de la Unión Europea".

475 Bou Franch, V., & Castillo Daudí, M. (2014). *Op. cit.* pp. 195 y 196.

476 Tal y como rezaba el Tratado de la Comunidad Europea, obligación de actuar "dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna".

477 El principio de primacía del Derecho de la Unión significa que el Derecho de la Unión debe prevalecer sobre el Derecho interno de los Estados miembros; ello permite al abogado exigir al juez nacional que deje inaplicada la norma nacional que sea incompatible o contraria al Derecho de la Unión. Además, el juez nacional debe hacerlo *ex oficio*, no pudiendo quedar reservada esta función a ningún tribunal, ni siquiera al Tribunal Constitucional, pues se analiza la conformidad de la norma interna con el Derecho de la Unión. *Vid.* Capítulo octavo TUE.

478 El principio de efecto directo es también conocido como de invocabilidad o aplicabilidad directa en virtud del cual el Derecho Comunitario se aplica en el ámbito nacional sin necesidad de su recepción o transformación en Derecho interno (no debe confundirse con la aplicabilidad inmediata, en ocasiones ambos principios se aplican al mismo tiempo como ocurre con los reglamentos). Ello permite que las personas hagan valer los Derechos y obligaciones que les confieren las normas comunitarias, pudiéndose invocar ante las autoridades públicas, administrativas y judiciales; por ende, las normas comunitarias, deben desplegar sus efectos de modo uniforme a todos los individuos de los Estados miembros.

479 El Tratado de la Unión Europea se firmó en Maastricht (Países Bajos) el 7 de febrero de 1992, con entrada en vigor el 1 de noviembre de 1993. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:11992M/TXT.

480 El Tratado de Amsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, se firmó el 2 de octubre de 1997 y entró en vigor el 1 de mayo de 1999. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A11997D%2FTXT.

interpretación judicial; un proceso que también se denominó "integración a través de la ley".[481]

Concierne decir que, a través de las distintas etapas que han marcado la evolución del proceso de integración europea, "la protección de los Derechos Humanos ha adquirido progresivamente un asentamiento jurídico firme y una proyección expansiva", la cual ha sido emulada y valorada por otros Sistemas de Protección regionales, como es el caso del SIDH.[482]

Así pues, fue gracias al Tratado de Lisboa que la Unión Europea se adhirió al *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, declarando que los Derechos Fundamentales proclamados por éste, derivados de las "tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, forman parte del Derecho de la UE como principios generales [del Derecho]" (art. 6.3); además de que la UE "promoverá soluciones multilaterales a problemas comunes, en particular en el marco de las Naciones Unidas" (art. 21.1), puesto que "la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, tiene carácter jurídicamente vinculante"; representando de esta manera una etapa de gran importancia en la evolución de la protección de los Derechos Humanos en Europa.[483]

---

[481] *Cfr.* Wouters, J., Nowak, M., Chané, A.-L., & Hachez, N. (eds.) (2021). *The European Union and Human Rights. Law and Policy.* United Kingdom: Oxford University Press, pp. 125 y ss.

[482] Bou Franch, V., & Castillo Daudí, M. (2014). *Op. cit.* p. 196.

[483] El Tratado de Lisboa marcó un cambio importante del "enfoque centrado en los tribunales" de los Derechos Humanos "a un enfoque que considera la protección de los Derechos Fundamentales como parte de un esfuerzo más amplio para mejorar la gobernanza". *Vid.* De Schutter, O. (2011). The New Architecture of Fundamental Rights Policy in the EU. En B. Wolfgang, *European Yearbook on Human Rights.* European Academic Press. Disponible en: https://www.yumpu.com/en/document/read/18848267/the-new-architecture-of-fundamental-rights-horus/2.

La Carta consolidó aquellos derechos y libertades proclamados en una pluralidad de documentos reconocidos en la jurisprudencia del -entonces- TJCE y del TEDH, pero "catalogándolos de forma original, a partir de valores reconocidos como comunes a los pueblos europeos".[484]

Valga decir que, en términos de contenido, efectivamente existe una correlación sustancial entre la Convención Europea de Derechos Humanos y la Carta de los Derechos Fundamentales[485]; en cuanto a los Derechos sociales, la Carta de los Derechos Fundamentales, hace referencia a las disposiciones establecidas: i) en la *Carta Social Europea,* firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 (en vigor a partir del 26 de febrero de 1965, "reemplazada progresivamente" por la Carta "Revisada");[486] y ii) en la *Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores*, adoptada por la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada los días 8 y 9 de diciembre de 1989 en Estrasburgo.[487]

---

[484] La reforma de Lisboa introdujo por primera vez en los Tratados, de manera expresa, "la distinción (terminológica, orgánica y procedimental) entre actividad «legislativa» y «no legislativa»; dando como resultado que solamente los «procedimientos legislativos especiales» pueden llegar a transformarse en un «procedimiento legislativo ordinario», mediando el «procedimiento de revisión simplificado» de los Tratados". *Cfr.* Alonso García, R. (2014). *Sistema Jurídico… Op. cit. passim.*

[485] Hacen referencias explícitas al Derecho a la vida, la prohibición de la pena de muerte, la prohibición de la tortura y tratos inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud y trabajo forzoso, el Derecho a la libertad y la seguridad, el respeto a la vida privada y a la familia, el Derecho de un hombre y una mujer a casarse y establecer una familia, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, libertad de expresión e información, la libertad de reunión y asociación, la prohibición de la discriminación, el Derecho a un juicio justo y a un juez imparcial.

[486] Se debe tener en cuenta que la "Carta Social Europea Revisada" no es un protocolo adicional a la Carta Social Europea, ni tampoco un protocolo de enmienda a la misma, por lo tanto no hay duplicidad de las obligaciones jurídicas. Se trata de un Tratado Internacional autónomo, pero complementario de la Carta Social de 1961 que coexiste junto con ésta, siendo "destinada a reemplazar progresivamente la Carta Social Europea". La Carta Revisada se abrió a firma el 3 de mayo de 1996 y entró en vigor desde el 1° de julio de 1999. *Vid.* La Carta Social Europea Revisada. Disponible en: https://rm.coe.int/168047e013.

[487] La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, se encuentra disponible en: https://www.almendron.com/tribuna/wp-content/uploads/2019/06/carta-comunitaria-de-derechos-sociales-fundamentales-de-los-trabajadores.pdf.

Si bien se refiere explícitamente a los documentos europeos que la precedieron, la Carta de los Derechos Fundamentales presentó algunas innovaciones importantes -como se mencionó-, como por ejemplo: la particular catalogación de Derechos con referencia a distintos valores reconocidos como pertenecientes al "patrimonio moral y político común a los pueblos europeos"; además de haber codificado, sistematizado y reunido en un mismo instrumento de protección, todos los Derechos individuales ya existentes y subdivididos en distintos textos según su "generación" (primera y segunda).[488]

El otro elemento novedoso consistió en haber incluido algunos derechos distintos al Convenio Europeo de 1950, como: los derechos que se derivan del desarrollo científico y tecnológico en materia biomédica (art. 3.2), los derechos de los menores de edad (art. 24), los derechos de las personas adultas mayores (art. 25), los derechos de las personas con alguna discapacidad (art. 26), y los derechos de los consumidores (art. 38); además de la ampliación y generalización del "derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial" (art. 47) que el CEDH sólo reconoce para los asuntos de naturaleza civil y penal; entre otros.[489]

Es importante destacar que la misma Carta determina el alcance de los derechos ahí garantizados, pues en su artículo 52 *segundo §*, refiere que "los derechos reconocidos tienen su fundamento en los Tratados comunitarios o en el Tratado de la Unión Europea y serán ejercidos en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos", con el fin de mantener un estándar mínimo de protección.

---

[488] *Vid*. Pastor Ridruejo, J. (1999). Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales (Séptima ed.). Madrid: Tecnos; Perea Unceta, J. (2022). Derechos Humanos y Justicia Social Global. En J. Pampillo Baliño, & S. Botero Gómez (Coords.), *Justicia Social Global. Perspectivas, reflexiones y propuestas desde Iberoamérica* (pp. 205-234). México: Tirant.

[489] La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su versión más actualziada de 2016, está disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=EN.

Asimismo, para evitar un conflicto entre -la interpretación y aplicación de- instrumentos proteccionistas y "respetando el principio de subsidiariedad…(art. 51)" establece la coexistencia pacífica entre ambos sistemas a través de su artículo 52 *tercer §*, pues "en la medida en que la Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el CEDH, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio" en el entendido de que el Derecho de la UE pueda conceder una protección mayor y progresiva.

Además, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 del CEDH, "las Partes renuncian recíprocamente, salvo compromiso especial, a prevalerse de los Tratados, Convenios o Declaraciones que existan entre ellas, a fin de someter una diferencia surgida de la interpretación o de la aplicación del Convenio Europeo a un procedimiento de solución distinto de los previstos en él".[490]

Razón por la cual, la recepción del *corpus iuris* comunitario en el Derecho interno de los Estados miembros -gracias al margen de apreciación nacional derivado de la pluriculturalidad regional-, implica que la tutela judicial del Derecho no sea rígida y concentrada, sino que más bien incita a que sean los órganos judiciales nacionales (jueces ordinarios de la UE) los encargados de velar por la aplicación del Derecho de la Unión y del Derecho Internacional regional de los Derechos Humanos.[491]

Hay que recordar que la adhesión de la Unión Europea al CEDH está prevista en el TUE, al haberse estipulado que "la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales" (artículo 6 apartado 2); en virtud de tal

[490] Bou Franch, V., & Castillo Daudí, M. (2014), *Op. cit. passim.*

[491] Rodríguez Díaz, B. (Coord.) (2015). *Op. cit.* p. 16.

decisión, el Derecho de la UE pasó a vincular no sólo a los Estados, sino también -y sobre todo- a los ciudadanos.[492]

A este respecto, las instituciones y órganos de la Unión han tratado de asegurar, bajo el control del TJUE, además del respeto al Derecho Comunitario, la protección progresiva de Derechos Humanos garantizados por el CEDH como ha puesto de manifiesto dicho Tribunal a través de su jurisprudencia, al aplicar y referenciar -de forma cada vez más habitual- el Convenio y la jurisprudencia del TEDH.[493]

De hecho, desde antes el TJUE, con sede en Luxemburgo, inició un proceso evolutivo que constituye una auténtica construcción de protección y reconocimiento -desde lo jurisprudencial- de los Derechos Humanos.

En la jurisprudencia del TJUE, relativa a la protección de los Derechos Fundamentales, éste: i) incluyó el principio del respeto de los Derechos Humanos entre los principios generales del Derecho de la UE inspirado en las tradiciones constitucionales comunes a los países miembros, pues "el respeto de los Derechos Humanos es una de las condiciones de la legalidad (*lawfulness*) de los actos comunitarios"; además, ii) afirmó su competencia para garantizar su respeto; y, iii) estableció nuevas obligaciones a cargo de los Estados para encontrar respuestas compatibles con las exigencias convencionales.[494]

Vale decir que la adhesión de la UE ha sido un tema controvertido entre los académicos. Hay quienes enfatizan el "valor agregado" de un control externo de los Derechos Humanos de la UE -lo cual ha brindado

---

[492] La versión consolidada del Tratado de la Unión Europea (2016), se encuentra disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12016M/TXT.

[493] Tribunal de Justicia de la Unión Europea: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es/.

[494] *Cfr.* Bou Franch, V., & Castillo Daudí, M. (2014), *Op. cit.* pp. 199 y ss.

resultados satisfactorios desde hace más de medio siglo-, y otros advierten de la amenaza a la autonomía del orden jurídico de la UE, considerando que dicha adhesión resultaba innecesaria y superflua, dado que la jurisprudencia del TJUE ya reconocía y adoptaba los Derechos Humanos, articulándolos a su vez de manera armónica con los ordenamientos nacionales a través de su técnica de *interpretación concurrente*, herramienta hermenéutica que se expondrá específicamente en los capítulos octavo y noveno.[495]

Sin embargo, la adhesión prevista de la UE al CEDH ha suscitado la esperanza de i) establecer una supervisión externa en materia de Derechos Humanos y un seguimiento del desempeño a los órganos de la UE, para ii) hacer frente a la falta de rendición de cuentas de las instituciones de la UE, y para iii) remediar el acceso limitado de las personas al TJUE; todo ello en el contexto de los principios que rigen el funcionamiento de los mecanismos de control establecidos por el Convenio Europeo, en especial el principio de subsidiariedad.

Por lo tanto, la adhesión de la UE al CEDH ha llevado a reconocer la existencia de una protección equivalente de los Derechos Humanos en el Derecho de la Unión i) constitucionalizando su contenido en el plano normativo, ii) reafirmando el compromiso unilateral de la Unión en relación con las disposiciones del CEDH, y iii) llenando varios vacíos, pues sus estándares serían aplicables a las decisiones y acciones de las instituciones de la UE, incluido el acceso directo al TEDH.[496]

En consecuencia, en el sistema jurisdiccional de la Unión (en la forma establecida por los Tratados), el TJUE es competente, en virtud de su función de control de la legalidad de los actos de las instituciones, para declarar la invalidez de un acto de la UE, garantizando así el respeto

[495] *Vid.* Alonso García, R. (2014). *Sistema Jurídico… Op. cit.*

[496] *Ibídem.*

de los Derechos Humanos en su interpretación y aplicación en la región.[497]

Así pues, se puede afirmar que el SEDH se ha ido enriqueciendo. Además, tanto los Tratados como los Protocolos complementarios son instrumentos permanentemente actualizados, debido a las disposiciones protectoras y a la labor de interpretación dinámica realizada por sus órganos multinivel de aplicación.

6.3 El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

6.3.1 Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En 2023 se cumplieron 78 años del nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas y 75 años de la Declaración Universal, y, como se ha referido, el marco jurídico internacional en materia de Derechos Humanos ha ido evolucionando, aumentando y se ha ido ajustando a los nuevos procesos de formación de identidad conforme a las realidades y reclamos antropológico-jurídicos.[498]

Objetivamente, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* significó un antes y un después en la historia de la humanidad, representando también para esta área del Derecho un gran *parteaguas*.

Sin embargo, en el contexto de la internacionalización de los Derechos Humanos, convendría acreditar también dicha condición

[497] El Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos está indisolublemente vinculado al Consejo de Europa. Por una parte, porque sólo los Estados miembros del Consejo de Europa pueden ser Partes en el Convenio y en sus Protocolos, así como en la Carta Social Europea y en sus Protocolos. Y, por otra parte, por las funciones que los órganos del Consejo de Europa ejercen en relación con la protección de los Derechos Humanos.

[498] Häberle, P. (2003). México y los contornos de un Derecho Constitucional común americano: un Ius Commune Americanum. En P. Häberle, & M. Kotzur, *De la soberanía al Derecho Constitucional Común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano* (H. Fix Fierro, Trad.). México: UNAM.

precursora a la -desde sus mismos orígenes progresiva- *Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre.*[499]

Ello porque esta Declaración regional precede por casi ocho meses a la Declaración Universal de la ONU y, por lo tanto, constituye el primer Instrumento de Derechos Humanos en el ámbito internacional.[500] Aunque, justamente, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* se consagró como universal y no como regional.

Para contextualizar, hay que recordar que la Declaración Universal fue adoptada por la Asamblea General de la ONU reunida en París, a través de la Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948; en tanto que la Declaración Americana lo fue por la Resolución XXX de la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá el 2 de mayo de 1948 (entrando en vigor en diciembre de 1951).[501]

En el marco de dicha Conferencia Internacional también se adoptó la *Carta*[502] fundacional de la *Organización de los Estados Americanos*[503],

---

[499] Progresiva porque la misma proclamó en sus Considerandos: "Que la protección internacional de los Derechos del hombre debe ser guía principalísima del Derecho americano en *evolución*; Que la consagración americana de los *Derechos esenciales* del hombre unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establece el sistema *inicial* de protección que los Estados americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, *a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias*".

[500] En medio de una circunstancia violenta ("el Bogotazo") la Conferencia concretó: la Carta de los Estados Americanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales; esta última está disponible en: https://www.dipublico.org/3517/carta-internacional-americana-de-garantias-sociales-1948/.

[501] La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre está dividida en dos capítulos (Derechos y Deberes) y está compuesta por 38 artículos, disponible en: https://oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp.

[502] La Carta de la OEA está compuesta actualmente de 146 artículos divididos en tres partes, la primera: tiene siete capítulos, la segunda: once capítulos (del VIII al XVIII), y la tercera: cuatro capítulos (del XIX al XXII); disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp.

[503] De conformidad con el artículo 52.1 de la Carta de las Naciones Unidas (San Francisco 1945), los Estados del continente americano crearon la OEA como una

misma que proclamó los "Derechos Fundamentales de la persona humana", y previó, en su artículo 106, la existencia de una Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH o la Comisión). En dicho artículo también se anticipó que existiría una "Convención Interamericana sobre Derechos Humanos", la cual determinaría la estructura, competencia y procedimiento de esa Comisión.[504]

Con el tiempo, la Carta de la OEA ha sido reformada y actualizada por diversos Protocolos, para incorporar otras disposiciones sobre Derechos Humanos, a saber: el "Protocolo de Buenos Aires"[505] (1967), el

organización internacional, para lograr un orden de paz y justicia, fomentar su solidaridad y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia, para así atender específicamente las cuestiones de Derechos Humanos. El artículo 2 de la Carta de la OEA señala que sus "propósitos esenciales son: i) afianzar la paz y seguridad del Continente; ii) promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención; iii) prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de las controversias que surjan entre los Estados miembros; iv) organizar la acción solidaria de éstos en caso de agresión; v) procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre ellos; vi) promover por medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico, social y cultural; vii) erradicar la pobreza crítica, que constituye un obstáculo al pleno desarrollo democrático; y vii) alcanzar una efectiva limitación de armamentos convencionales que permita dedicar el mayor número de recursos al desarrollo económico y social de los Estados miembros".

[504] El artículo 106 de la Carta de la OEA reza así: "Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los Derechos Humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia. Una convención interamericana sobre Derechos Humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia".

[505] El "Protocolo de Buenos Aires" fue suscrito en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria en Buenos Aires, Argentina, el 27 de febrero de 1967, disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-31_Protocolo_de_Buenos_Aires.htm.

"Protocolo de Cartagena de Indias"[506] (1985), el "Protocolo de Washington"[507] (1992), y el "Protocolo de Managua"[508] (1993).[509]

Igualmente, si se tuviera que establecer un punto de partida en el trabajo de construcción del SIDH, correspondería citar la "Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz", auspiciada en 1945 por el Gobierno de México, realizándose en Chapultepec del 21 de febrero al 8 de marzo de ese año.[510]

De esta Conferencia Interamericana resultó la *Carta de Chapultepec* con sesenta y una resoluciones de carácter político, económico, social y jurídico. La Resolución IX, conocida como Acta de Chapultepec, lleva el título de "Reorganización, consolidación y fortalecimiento del Sistema Interamericano"; este acuerdo se basaba en todos los principios establecidos por los Estados americanos desde la primera Conferencia de Washington de 1889. Por otra parte, la Resolución XI, aprobada en la sesión del día 6 de marzo de 1945, que recibió el nombre de *Declaración de México*, expone en diecisiete puntos

---

[506] De acuerdo con la Resolución IX de la Conferencia sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, reunida en la Ciudad de México, el "Protocolo de Cartagena de Indias" fue suscrito durante el Decimocuarto Periodo Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General en la República de Colombia, ciudad de Cartagena de Indias, el 5 de diciembre de 1985, disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-50_Protocolo_de_Cartagena_de_Indias.htm.

[507] El "Protocolo de Washington" fue adoptado en Washington, D.C., el 14 de diciembre de 1992, durante el decimosexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-56_Protocolo_de_Washington.htm.

[508] El "Protocolo de Manuagua" fue adoptado en Managua, Nicaragua, el 10 de junio de 1993, en el decimonoveno período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-58_Protocolo_de_Managua.htm.

[509] La OEA también promulgó la *Carta Democrática Interamericana*, que establece que "la democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los Derechos Humanos". *Vid.* Gómez-Robledo Verduzco, A. (Sep-Dic de 1995). La carta de la OEA y los protocolos de Buenos Aires, Cartagena de Indias, Washington y Managua. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (84). Obtenido de https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/issue/view/93.

[510] Moreno Pino, I. (1977). *Orígenes y evolución del Sistema Interamericano* (Primera ed.). México: Secretaría de Relaciones Exteriores, pp. 80 y ss.

los “principios esenciales” que se consideran como normativos de las relaciones entre los Estados de la Comunidad Americana, consiguiendo una solidaridad y cooperación política no alcanzadas hasta entonces en la historia de la convivencia regional.[511]

6.3.2 La Comisión Interamericana

En ese proceso formativo y evolutivo del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, es preciso mencionar -en función de la cronología- la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al ser el principal -y al haber sido el primer- órgano autónomo instituido por la Carta de la OEA.[512]

La Comisión está compuesta por siete “personas de alta autoridad moral”; celebró su primer periodo de sesiones en 1960 y su Estatuto fue aprobado ese mismo año.[513]

Sin embargo, durante la Octava Reunión de Consulta, celebrada en Punta del Este (Uruguay, enero de 1962), los Ministros de Relaciones Exteriores consideraron que “no obstante los nobles y perseverantes esfuerzos cumplidos por dicha Comisión, eran insuficientes las facultades y atribuciones consignadas en su Estatuto”.

---

[511] Documento disponible en: https://www.dipublico.org/106504/declaracion-de-mexico-conferencia-interamericana-sobre-problemas-de-la-guerra-y-de-la-paz-ciudad-de-mexico-1945/.

[512] La OEA se creó para promover la cooperación e integración a través de una sociedad interestatal hemisférica basada en los intereses comunes de todos sus Estados miembros Para conocer el Plan estratégico de la CIDH, el cual se puede consultar en: https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/planestrategico/2022/default.asp#

[513] La CIDH está compuesta por: Roberta Clarke, de Barbados (01/01/2022 al 31/12/2025); Edgar Stuardo Ralón Orellana, de Guatemala (01/01/2020 al 31/12/2027); Carlos Bernal Pulido, de Colombia (01/01/2022 al 31/12/2025); José Luis Caballero Ochoa, de México (05/09/2023 al 31/12/2025); Andrea Pochak, de Argentina (01/01/2024 al 31/12/2027); Arif Bulkan, de Guyana (01/01/2024 al 31/12/2027); Gloria Monique de Mees, de Suriname (01/01/2024 al 31/12/2027). *Cfr.* https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/composicion.asp#c87.

Por lo tanto, se tuvo que reformar dicha Disposición con el objetivo de fortalecer sus atribuciones y facultades, de manera que se le permitiera llevar a cabo efectivamente la promoción del respeto a los Derechos Humanos en la región.[514]

Fue durante la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria celebrada en Río de Janeiro (Brasil, noviembre de 1965), cuando se resolvió modificarla, ampliándose las funciones y facultades de la Comisión[515].

De conformidad con lo resuelto por los Estados en esa Conferencia, la Comisión reformó su Estatuto durante el período de sesiones celebrado en abril de 1966. El principal cambio fue la atribución de la facultad de examinar peticiones individuales y, en dicho marco, formular recomendaciones específicas a los Estados miembros.[516]

Así pues, en tanto entrase en vigor la "Convención Interamericana", se le asignó a la CIDH la función de velar por la observancia de los derechos (artículo 145), promoviendo el respeto y salvaguarda de los Derechos Humanos -en particular los consagrados en la Declaración

[514] La Comisión IDH se compone de siete miembros elegidos en un periodo de cuatro años y reelegibles una sola vez. Son escogidos a título personal y son considerados como representantes de todos los Estados miembros de la OEA.

[515] "3. Autorizar a la Comisión para que examine las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible, para que se dirija al gobierno de cualquiera de los Estados americanos con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y para que les formule recomendaciones, cuando lo considere apropiado, con el fin de hacer más efectiva la observancia de los Derechos Humanos fundamentales. 4. Solicitar de la Comisión que rinda un informe anual a la Conferencia Interamericana o a la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores que incluya una exposición sobre el progreso alcanzado en la consecución de los objetivos señalados por la Declaración Americana. Tal informe deberá contener una relación sobre los campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los Derechos Humanos conforme lo prescribe la citada Declaración, y formulará las observaciones que la Comisión considere apropiadas respecto de las comunicaciones que haya recibido y sobre cualquiera otra información que la Comisión tenga a su alcance".

[516] Todas las Actas de las Reuniones de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, pueden ser consultadas en: https://www.oas.org/consejo/sp/RC/RCactas.asp.

Americana de Derechos y Deberes del Hombre de mayo de 1948- en todos los Estados miembros de la OEA.[517]

El actual Estatuto que rige el funcionamiento de la Comisión fue aprobado en Bolivia mediante la Resolución 447 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su Noveno Período Ordinario de Sesiones, celebrado en La Paz en octubre de 1979, el cual refleja importantes innovaciones introducidas por la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (en lo sucesivo CADH).[518]

Es importante mencionar que las funciones y atribuciones que tiene la Comisión frente a los Estados miembros de la OEA (artículo 18), están diferenciadas según sean parte (artículo 19) o no (artículo 20) de la CADH.[519]

---

[517] Dreier, J. (1962). *La Organización de los Estados Americanos.* Buenos Aires: Poligrafía, p. 156.

[518] El Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, está disponible a través de: https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/estatutocidh.asp.

[519] Respecto a los Estados miembros, la CIDH tiene las siguientes atribuciones: "a. estimular la conciencia de los Derechos Humanos en los pueblos de América; b. formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados para que adopten medidas progresivas en favor de los Derechos Humanos, dentro del marco de sus legislaciones, de sus preceptos constitucionales y de sus compromisos internacionales, y también disposiciones apropiadas para fomentar el respeto a esos Derechos; c. preparar los estudios o informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones; d. solicitar que los gobiernos de los Estados proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de Derechos Humanos; e. atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la OEA, le formule cualquier Estado miembro sobre cuestiones relacionadas con los Derechos Humanos en ese Estado y, dentro de sus posibilidades, prestar el asesoramiento que le soliciten; f. rendir un informe anual a la Asamblea General de la OEA, en el cual se tenga debida cuenta del régimen jurídico aplicable a los Estados parte en la CADH y de los Estados que no son Partes; g. practicar observaciones in loco en un Estado, con la anuencia o a invitación del gobierno respectivo, y h. presentar al Secretario General el programa-presupuesto de la CIDH para que éste lo someta a la Asamblea General". En relación con los Estados parte en la CADH, la Comisión ejercerá, además de las atribuciones señaladas anteriormente, las siguientes funciones: "a. diligenciar las peticiones y otras comunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la CADH; b. comparecer ante la Corte IDH en los casos previstos en la CADH; c. solicitar a la Corte IDH que tome las medidas provisionales que considere pertinentes en asuntos graves y urgentes que aún no estén sometidos a su conocimiento, cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas; d. consultar a la Corte IDH acerca de la interpretación de la CADH o de otros Tratados sobre la protección de los Derechos Humanos en los Estados americanos; e. someter a la consideración de la Asamblea General proyectos de protocolos adicionales a la CADH, con el fin de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros Derechos y libertades, y f. someter a la Asamblea

Por lo que respecta al Reglamento de la CIDH, éste fue aprobado durante el 137° Período Ordinario de Sesiones (celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009) y entró en vigor el 31 de diciembre de 2009.[520]

Esta última reforma reglamentaria de la CIDH refleja aspectos relacionados con i) el mecanismo de medidas cautelares, ii) el trámite de peticiones y casos, iii) el envío de casos a la jurisdicción de la Corte IDH, y iv) las audiencias sobre situación de los Derechos Humanos en los Estados miembros, estando armonizada con el Reglamento de la Corte Interamericana y con la resolución del Consejo Permanente de la OEA que adopta el Reglamento para el funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal del SIDH.[521]

Es preciso señalar que la CIDH ha recibido críticas referentes a que, aunque se presume que es un órgano imparcial, en ocasiones esa

---

General, para lo que estime conveniente, por conducto del Secretario General, propuestas de enmienda a la CADH". En relación con los Estados miembros que no son Partes de la CADH, la CIDH tendrá las siguientes: "a. prestar particular atención a la tarea de la observancia de los Derechos Humanos mencionados en los artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; b. examinar las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible; dirigirse al gobierno de cualquiera de los Estados miembros no Partes en la CADH con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y formular las recomendaciones, cuando lo considere apropiado, para hacer más efectiva la observancia de los Derechos Humanos fundamentales; c. verificar, como medida previa al ejercicio de la atribución prescrita en el inciso b. anterior, si los procesos y recursos internos de cada Estado miembro no parte en la CADH fueron debidamente aplicados y agotados".

[520] En cumplimiento de las atribuciones que le confiere el artículo 22 de su Estatuto, la CIDH modificó el artículo 11 del Reglamento el 2 de septiembre de 2011. El Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, está disponible en: http://portal.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/ReglamentoCIDH2011.pdf.

[521] *Vid*. Reglamento para el Funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos de 11 de noviembre de 2009, disponible en: http://www.oas.org/consejo/sp/resoluciones/res963.asp. *Vid*. Resolución de la Asamblea General de la OEA AG/RES/2426 de 3 de junio de 2008 "creación del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos". *Vid*. CIDH, Comunicado de Prensa No .17/11 Entra en vigor el Reglamento del Fondo de Asistencia Legal , 1 de marzo de 2011, disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/017.asp.

imparcialidad puede encontrarse viciada al ejercer una discrecionalidad que puede llegar a poner en peligro el equilibrio que debe existir entre el denunciante y el Estado denunciado, pues para la admisibilidad de una demanda, su apreciación se basa en sus propios criterios (es decir, no existe otro órgano que sirva de contrapeso).[522]

Ahora bien, conforme al art. 44 de la CADH, las personas pueden presentar su denuncia ante la Comisión sin condiciones (por ejemplo, no es necesario haber agotado los recursos en su país). Empero, si bien se reconoce una legitimación activa ante la CIDH, a la persona, a los grupos de personas y a las organizaciones no gubernamentales, lamentablemente no existe la misma apertura ante la Corte IDH; es decir, de conformidad con el art. 61 de la CADH, sólo la Comisión Interamericana y el Estado interesado son los únicos que pueden someter un asunto ante dicha Corte. A tal respecto, conviene adelantar que, antes del Protocolo No. 11 de 1994-1998, el SEDH se encontraba organizado de modo enteramente semejante al actual en Latinoamérica.[523]

La competencia de la Comisión es automática y obligatoria respecto de todos los Estados parte de la OEA (lo que supone un avance a diferencia de otros sistemas y Tratados Internacionales que requieren o exigen la aceptación previa de la competencia del órgano contemplado para ello). Sin embargo, respecto de las *demandas interestatales*, la

[522] Así lo ha manifestado la propia Corte IDH en su opinión consultiva OC-19/05 de 28 de noviembre de 2005, solicitada por la República Bolivariana de Venezuela en relación con el control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión (arts. 41 y 44 a 51 de la CADH). Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_19_esp1.pdf.

[523] Por un lado, podría decirse que es momento de hacer un llamado de atención a toda persona interesada en el tema, para re-formar y re-direccionar el camino por el que transita el SIDH en pleno siglo XXI; en todo caso sería necesaria una reforma y reestructuración para dotar de más recursos a la Corte IDH y simplificar los mecanismos para interponer denuncias directamente al Tribunal sin necesidad de pasar previamente por la CIDH. Esto quizá abriría la posibilidad de retroceder en varios aspectos ya superados, pero no estaría de más explorar la propuesta de un Protocolo Adicional a la CADH.

CADH sí exige la aceptación previa de la competencia de la Comisión Interamericana (art. 45).[524]

Más allá de las controversias y oposiciones mostradas por varios Estados, sobre todo en los albores de su trabajo, la Comisión ha realizado -de forma progresiva entre octubre de 1961 y febrero de 2020- 106 visitas *in loco* para investigar y observar en profundidad la situación por la que atraviesan los Derechos Humanos. En marzo y abril 2023 se realizaron dos visitas *in loco* a Bolivia y a Honduras respectivamente.[525]

Debido a que la CIDH desempeña sus funciones de observación y monitoreo de temáticas específicas de Derechos Humanos, basadas en el art. 41 de la CADH, en el art. 18 de su Estatuto y en el art. 15 de su Reglamento, en este momento la Comisión cuenta con once Relatorías temáticas: la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (1990); la Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres (1994); la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Migrantes (1996); la Relatoría sobre los Derechos de la Niñez (1998); la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad (2004); la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial (2005);

[524] De hecho se considera al recurso individual como instrumento de activación primaria de las funciones de inspección de la Comisión, mientras que la apelación interestatal se considera excepcional. *Cfr.* Faúndez Ledesma, H. (2004). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales* (Tercera ed.). San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 32 y ss. Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/tablas/23853.pdf.

[525] Durante 2020 y 2022, la Comisión no realizó visitas *in loco* debido a que, por razones de emergencia sanitaria, las que estaban programadas fueron reprogramadas. En general, estas visitas dan lugar a la preparación de un informe, el cual es publicado y presentado ante el Consejo Permanente y la Asamblea General de la OEA. Las visitas realizadas por país han sido: Argentina 1, Bahamas 1, Barbados 0, Bolivia 2, Brasil 2, Chile 2, Canadá 1, Colombia 7, Dominica 0, Costa Rica 0, Ecuador 1, El Salvador 6, Estados Unidos de América 9, Granada 0, Guatemala 13, Guyana Francesa 1, Haití 15, Honduras 7, Jamaica 2, México 3, Nicaragua 7, Panamá 4, Paraguay 2, Perú 6, Puerto Rico 1, Rep. Dominicana 6, Rep. de Suriname 4, Trinidad y Tobago 0, Uruguay 0, Venezuela 3, Total de casos: 106. Las visitas No. 5, 16, 20 y 87 abarcaron dos países a la vez. La web se visitó por última vez el 26 de diciembre de 2023 y no se encontró información más actualizada con excepción de lo hallado en el Informe Anual 2022 y en los comunicados de prensa oficiales. Todas las visitas *in situ* se encuentran disponibles en: https://www.oas.org/es/cidh/actividades/visitas_todas.asp.

la Relatoría sobre Defensoras y Defensores de Derechos Humanos (2011); la Relatoría sobre Derechos de las Personas LGBT (2014); la Relatoría sobre Memoria, Verdad y Justicia (2019); la Relatoría sobre Personas Mayores (2019); y la Relatoría sobre Personas con Discapacidad (2019). Téngase en cuenta que la CIDH tiene la facultad de crear Relatorías Especiales.

Actualmente, la Comisión ha delineado sus labores a mediano plazo en el principal instrumento de ruta o gestión institucional denominado "Plan Estratégico para el período 2023-2027" en el cual se señalan los mecanismos prioritarios que permitirán enfrentar los desafíos actuales y futuros que exige la atención y protección de los Derechos Humanos en el continente, con la colaboración de actores clave, internos y externos.[526]

6.3.3 La Convención Americana

Continuando en esa línea de tiempo, aunque los antecedentes de la CADH se remontan a la ya mencionada Conferencia Interamericana celebrada en Chapultepec en 1945, tuvieron que transcurrir catorce años (agosto de 1959), hasta que en Santiago de Chile se llevó a cabo la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, logrando impulsar la preparación de una convención de Derechos Humanos para la región.

En esos momentos se encomendó al Comité Jurídico Interamericano la elaboración del Estatuto de un *supra-tribunal* destinado a la protección de los Derechos Humanos (una "Corte Interamericana para proteger los Derechos del Hombre"), idea que, en palabras del jurista español y mexicano Modesto Seara Vázquez (†2022),

[526] *Vid*. Plan Estratégico 2023-2027 de la CIDH, disponible en: https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/planestrategico/2023/default.asp.

"enfrentaba el temor de los Estados a la operación de una instancia supranacional, para conocer de cuestiones generalmente captadas por la jurisdicción nacional".[527]

Fue hasta 1969 que el Consejo Permanente de la OEA, reunido en San José (Costa Rica) -inspirado muy probablemente en los antecedentes de construcción del Constitucionalismo hispanoamericano, en los múltiples instrumentos de Derechos Humanos de la ONU y en la Convención Europea de 1950-, aprobó la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José). Una vez suscrita, transcurriría casi una década para que entrase en vigor (1978), tras haber sido ratificada por el número requerido de Estados americanos conforme al artículo 47.2.[528]

Cabe subrayar que, al 22 de diciembre de 2023, de los treinta y tres Estados miembros de la OEA (no se está contando a Cuba), sólo veintitrés son Estados parte de la CADH, éstos son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay.[529]

Lamentablemente Trinidad y Tobago y Venezuela, que habían sido Estados parte, denunciaron la Convención Americana; primero Trinidad y Tobago el 26 de mayo de 1998 y luego Venezuela el 10 de septiembre de 2012, con efectos a partir del 26 de mayo de 1999 y 10 de septiembre

---

[527] Seara Vázquez, M. (1985). *Tratado General de la Organización Internacional.* México: Fondo de Cultura Económica, pp. 839 y 840. Seara Vázquez, M. (1993). *Op. cit.* pp. 179-185.

[528] La Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, está disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.

[529] Estos países independientes de las Américas han ratificado la Carta de la OEA y son miembros de la Organización: https://www.oas.org/es/estados_miembros/default.asp.

de 2013 respectivamente; situación que es preocupante, pues a lo largo de dos décadas el número de Estados parte disminuyó en lugar de haber aumentado.[530]

Si bien el SIDH se benefició de la experiencia europea, en realidad tuvo que forjar su propia práctica y procedimientos conforme a las propias circunstancias, realidad social, inestabilidad política, así como a las tradiciones jurídica y cultural de la región.[531]

Ello fue así porque, aunque los Estados latinoamericanos se sintieron obligados a desarrollar, establecer y aplicar los principios de consolidación democrática, soberanía nacional y autodeterminación como parte del ya existente proceso de integración regional basado en seguridad común; más bien fueron los Derechos Humanos, y no motivaciones de naturaleza económica, los que permitieron la construcción de un espacio común judicial-convencional en el Sistema de Protección supranacional de la región.[532]

Junto con el Convenio Europeo de 1950, la Convención Americana se sitúa como el instrumento internacional-regional más importante en materia de Derechos Humanos, la cual -desde la perspectiva de los derechos protegidos- contiene algunas novedades si se le compara con el texto europeo.

---

[530] *Cfr.* Estado de firmas y ratificaciones de los Tratados Multilaterales, Departamento de Derecho Internacional de la OEA: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Argentina.

[531] Caballero Harriet, F. (2012). El "sueño latinoamericano": la esperanza en el futuro. *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, 14(27), pp. 78-100. Obtenido de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3915509.

[532] Olmos Giupponi, M. (2017). *Rethinking Free Trade, Economic Integration and Human Rights in the Americas*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, pp. 87-116.

Ello se puede reconocer porque el texto americano contiene, al menos, siete derechos explícitos[533] que no fueron ponderados por el Consejo de Europa al elaborar su CEDH. Otra novedad es la contemplada en la CADH en el art. 48.2, al señalar que la Comisión "en casos graves y urgentes, puede realizar una investigación previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido la violación, tan sólo con la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad".

Asimismo, conforme a los matices de la tradición latinoamericana, la Declaración de Bogotá (1948) ya contaba con un plan de "Derechos" y "Deberes"; además, la CADH (1969/1978) ratificó la interdependencia irrevocable entre la democracia y los Derechos Humanos, abogando por la promoción y protección de los derechos y libertades fundamentales, con un fuerte énfasis en los derechos civiles y políticos, pues tradujo la protección efectiva de los Derechos Humanos proclamada en la región, al establecer, por una parte, los "Deberes de los Estados y los Derechos protegidos" (Parte I); y, por otra parte, los "Medios de protección" (Parte II). Dichos medios de protección fueron precisamente la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, a las que declaró como órganos "competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte de esta Convención" (art. 33).

Lo que se puede apreciar en la Convención Americana, es que los Derechos Humanos están marcados por una concepción no positivista de los derechos, es decir, con una apertura a la idea de un fundamento moral del orden jurídico, pues la CADH -al igual que la Declaración

[533] Tal es el caso de: el Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3), el Derecho de rectificación o respuesta (art. 14), el Derecho al nombre (art. 18), los Derechos del niño (art. 19), el Derecho a la nacionalidad (art. 20), el Derecho a la igualdad ante la ley (art. 20) y el Derecho de asilo (art. 22.7).

Americana de 1948[534]- menciona en su Preámbulo el concepto de "Derechos esenciales" de la persona:

> "Reafirmando su 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;
>
> Reconociendo 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".

En otras palabras, el pensamiento expresado en dicho documento reconoce un origen pre-político de los Derechos Humanos, por lo que equivale a afirmar que en la actualidad también se reconoce que existen Derechos Fundamentales e inherentes que la persona posee por el hecho de serlo, por su propia naturaleza y dignidad; y que, "lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados, protegidos y garantizados por un Estado de derecho".[535]

6.3.4 La Corte Interamericana

En lo que concierne a la Corte Interamericana de Derechos Humanos[536], poco después de la entrada en vigor de la CADH, la

---

[534] En el Preámbulo de la Declaración Americana de Derechos Humanos, se señala: "Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y Derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros. El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del Derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad. Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan. Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría. Es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu. Y puesto que la moral y buenas maneras constituyen la floración más noble de la cultura, es deber de todo hombre acatarlas siempre".

[535] Truyol y Serra, A. (1982). *Op. cit.* p. 11.

[536] La Corte IDH es un Tribunal permanente, pues desempeña "permanentemente" sus funciones jurisdiccionales, aunque sus integrantes no estén "constantemente" reunidos en la sede de San José, tal como lo hacía el Tribunal Europeo hasta antes del Protocolo No. 11 del CEDH (1994-1998).

Asamblea General de la OEA no aprobó presupuesto para el recién creado Tribunal Internacional. De no haber sido por los fondos aportados por Costa Rica, la Corte IDH habría quedado paralizada incluso antes de empezar a desempeñar sus funciones.[537]

A pesar de las dificultades, la Corte IDH se instaló oficialmente en la capital de la República de Costa Rica, el 3 de septiembre de 1979, siendo el único órgano judicial autónomo del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

Esta Corte internacional-regional ejerce principalmente tres funciones: i) de litigio o contenciosa, ii) de dictar Medidas Provisionales y iii) de consulta; aunque también podría agregarse la de Supervisión de Cumplimiento de Sentencias.[538]

Actualmente, la Corte IDH está integrada por siete juristas[539] con reconocida competencia, trayectoria y formación en Derechos Humanos, quienes son nacionales de alguno de los países que son miembros de la OEA. Son elegidos en votación secreta y por mayoría absoluta de votos, teniendo un mandato de seis años con la posibilidad de ser reelegidos por un periodo más.[540]

---

[537] *Vid.* Informes financieros anuales de la Corte IDH: https://corteidh.or.cr/informes_anuales.cfm.

[538] La Corte IDH impulsa diversos programas de capacitación y formación en Derechos Humanos, programas de pasantías y visitas profesionales, difusión a través de publicaciones institucionales, memorias, infografías y cuadernillos de jurisprudencia. Las labores que la Corte IDH realiza anualmente pueden ser consultadas a través de: https://www.corteidh.or.cr/informes_anuales.cfm.

[539] Para el año 2022 la composición de la Corte IDH fue la siguiente: Juez Ricardo C. Pérez Manrique (Uruguay), Presidente; Juez Humberto Antonio Sierra Porto (Colombia), Vicepresidente; Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (México); Jueza Nancy Hernández López (Costa Rica); Jueza Verónica Gómez (Argentina); Jueza Patricia Pérez Goldberg (Chile), y Juez Rodrigo Mudrovitsch (Brasil).

[540] *Vid.* Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 52. Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículo 4 y 12.

Un aspecto que vale la pena destacar del sistema regional americano -a diferencia de otras instancias internacionales-, es la posibilidad que la CADH concede a la Corte IDH para que ordene a los Estados -como ya se mencionó- Medidas Provisionales (art. 63.2), las cuales no tienen la sola finalidad de proteger a la víctima, a los testigos o a los miembros que participen como asociaciones de defensa de los Derechos Humanos, sino que tiene el objetivo de asegurar el desarrollo efectivo del procedimiento interamericano, al requerir al Estado demandado que garantice la protección de todos éstos si se encuentran en una situación de i) extrema gravedad, ii) urgencia y iii) daño irreparable.[541]

Podría decirse que la Corte IDH es el árbitro final de los Derechos Humanos para los Estados que han ratificado la CADH (sólo nueve Estados han aceptado la competencia de la CIDH[542]) y que han aceptado la jurisdicción suprarregional (veinte han aceptado la jurisdicción de la Corte IDH[543]).

Esto deja sólo a un pequeño número de Estados miembros de la OEA fuera del sistema establecido por la Convención (países caribeños de la *Commonwealth*, así como Estados Unidos de América y Canadá).[544]

---

[541] *Vid*. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 63.2. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículo 27. Desde enero de 1988 hasta el 19 de diciembre de 2023, la Corte IDH ha emitido 729 Resoluciones de Medidas Provisionales. https://www.corteidh.or.cr/medidas_provisionales.cfm.

[542] Conforme al art. 45 de la CADH: Argentina (09/08/1984), Chile (08/21/1990), Colombia (06/21/1985), Costa Rica (07/02/1980), Ecuador (08/13/1984), Jamaica (08/07/1978), Nicaragua (02/06/2006), Perú (01/21/1981) y Uruguay (04/19/1985).

[543] Conforme al art. 62 de la CADH: Argentina (09/05/1984), Barbados (06/04/2000), Bolivia (07/27/1993), Brasil (12/10/1998), Chile (08/21/1990), Colombia (06/21/1985) Costa Rica (07/02/1980), Ecuador (07/24/1984), El Salvador (06/06/1995), Guatemala (03/09/1987), Haití (03/20/1998), Honduras (09/09/1981), México (12/16/1998), Nicaragua (02/12/1991), Panamá (05/09/1990), Paraguay (03/11/1993), Perú (01/21/1981), Rep. Dominicana (03/25/1999), Rep. de Suriname (11/12/1987 y Uruguay 04/19/1985.

[544] Cuba fue suspendida de su participación en la OEA por haber adoptado una forma de gobierno marxista-leninista. El 3 de junio de 2009, la Asamblea General de la OEA votó por aclamación para revocar la resolución de la OEA de 1962 que suspendía a Cuba. Para ello la OEA estableció ciertas condiciones para la reincorporación de Cuba: en primer lugar, Cuba deberá solicitar la readmisión en la OEA, y en segundo lugar,

En lo concerniente a las sentencias de la Corte IDH, éstas son definitivas e inapelables y, en caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, dicha Corte puede interpretarlo a solicitud de cualquiera de las Partes del asunto.[545]

Así pues, el interés radica no sólo ni únicamente en que el procedimiento finalice con una sentencia judicial internacional, sino que además ésta sea ejecutada en el orden interno del Estado denunciado; es decir, que exista una recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos efectiva, seria, justa, pronta, cierta y real.

En cuanto a la competencia consultiva, la Corte IDH se puede pronunciar sobre la compatibilidad de la legislación interna respecto del *corpus iuris* interamericano, conformado por i) la propia CADH, ii) otros Tratados concernientes a la protección de los Derechos Humanos, incluidos los que se hayan producido fuera del marco de la OEA, y iii) la jurisprudencia de la misma Corte (art. 64).[546]

Equivalentemente, es válido exponer que, en comparación con el Sistema Europeo, la práctica consultiva de la Corte IDH ha sido más activa y cuantiosa, la cual "difiere de la competencia contenciosa porque

deberá participar en las negociaciones. Hasta noviembre de 2023, Cuba no ha cumplido con estas condiciones. Si Cuba decide volver a participar en la OEA, se espera que también desempeñe un papel más activo en el SIDH, ratificando los Tratados de Derechos Humanos, nombrando a los miembros de la Comisión y a los jueces de la Corte IDH, y aceptando la jurisdicción de dicha Corte.

[545] Al 5 de septiembre de 2023, la Corte IDH ha emitido 93 Interpretaciones de Sentencias. *Cfr.* https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm.

[546] En cuanto al ejercicio de la competencia consultiva sobre normas internas que todavía no están en vigor, la Corte IDH la ejerce utilizando la "regla del efecto útil" y apoyándose sobre el objeto y fin de la CADH; así lo fundamentó en la OP 4/84, de 19 de enero de 1984. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp. pdf.

no existen “Partes” involucradas en el procedimiento consultivo, y no existe tampoco un litigio a resolver”.[547]

Al respecto, conforme al procedimiento y requisitos formales regulados en los artículos 70 al 73 de su Reglamento, la primera opinión consultiva que emitió la Corte IDH sucedió el 24 de septiembre de 1982 y la última más reciente disponible fue fechada el 30 de mayo de 2022, sumando un total de 29 opiniones consultivas.[548]

En ese sentido, la Corte IDH ha formulado la interpretación de numerosos preceptos del *corpus iuris* interamericano en dirección hacia el principio *pro homine* o *pro personae*.

Esa interpretación trae consigo un proceso en la comprensión, evolución e importancia de los Derechos Humanos y en numerosas cuestiones conexas a éstos, con el fin de impulsar la promoción y protección de todos los Derechos Humanos por ser universales, interdependientes, indivisibles y progresivos, además de ir construyendo un -mejor- Derecho Común regional en la materia.[549]

---

[547] El profesor y jurista español Ricardo Alonso refiere que “el enfoque es diferente: a diferencia de la amplitud con la que la solicitud de emisión de opiniones consultivas es contemplada por el art. 64 de la CADH, el CEDH de 4 de noviembre de 1950 reserva en exclusiva esa facultad al Comité de Ministros del Consejo de Europa (art. 47). Esto podría explicar el diferente uso que de la facultad de emisión de opiniones consultivas se da en ambos sistemas regionales de protección internacional de los Derechos Humanos.” *Cfr.* Alonso García, R. (2014). *Sistema Jurídico… Op. cit.*

[548] Pueden solicitar opiniones consultivas todos los órganos de la Organización de Estados Americanos y todos los Estados miembros de la Carta de la OEA, sean o no Partes de la CADH. Los órganos del SIDH reconocidos en la Carta de la OEA son: “a) La Asamblea General; b) La Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores; c) Los Consejos; d) El Comité Jurídico Interamericano; e) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos; f) La Secretaría General; g) Las Conferencias Especializadas; y h) Los Organismos Especializados”. Todas las OP están disponibles en: https://www.corteidh.or.cr/opiniones_consultivas.cfm. (Fecha de última consulta: 26 de diciembre de 2023).

[549] En junio de 2022 se llevó a cabo el Congreso Internacional “Construyendo un mejor Derecho”, en el cual participaron cuarenta destacados juristas provenientes de dieciséis países. En el evento se compartieron interesantes propuestas alrededor de los Derechos Humanos. *Vid.* https://www.rijia.org/congreso-internacional/. *Vid.* Ledezma Castro, C., & Pampillo Baliño (Coords.), J. (2023). *Construyendo un mejor Derecho. Perspectivas internacionales y comparadas.* México: Tirant lo Blanch.

No está de más hacer notar que, tanto en el procedimiento relativo al ejercicio de la competencia consultiva, como de la contenciosa, conforme al artículo 45 No. 1 del Reglamento de la Corte IDH, el SIDH ha introducido un novedoso y revolucionario elemento al Derecho Internacional regional de los Derechos Humanos: el *amicus curiae*, institución que permite al Presidente de dicha Corte invitar, autorizar y admitir a cualquier persona interesada u organizaciones no-gubernamentales -que no sean Partes en el procedimiento-, a presentar su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta e intervenir antes de que la Corte IDH emita su opinión; lo cual también da cuenta de la participación de la sociedad en esta construcción de un Derecho Común regional.[550]

Por último, también hay que decir que a la Corte IDH se la ha reprochado en parte, porque parece encarnar la fórmula de la "juristocracia" o gobierno de los jueces. En primer lugar como un Tribunal en "estado puro", es decir, no contrapesado por otros órganos de gobierno. Pero además, "sus miembros no son elegidos popularmente y tampoco son removibles por la ciudadanía". A esta crítica se suma el activismo de dicho Tribunal Internacional -invasivo, según algunos de sus críticos- y el supuesto "problema de legitimidad como expresión del carácter jurídicamente obligatorio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos" señalado -entre otros- por el jurista argentino Roberto Gargarella.[551]

---

[550] La figura del *amicus curiae* proviene del Derecho anglosajón e implica la intervención de un tercero que es autorizado para participar en el procedimiento, con el propósito de ofrecer información, o de argumentar en defensa del interés general a fin de que, más allá de los intereses de las Partes, éste también pueda ser considerado por la Corte IDH, o para desarrollar los argumentos jurídicos de una de las Partes. *Cfr.* Faúndez Ledesma, H. (2004). *Op. cit.* pp. 716 y 984.

[551] *Cfr.* Martinón Quintero, R. (enero-abril de 2020). La legitimidad normativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal internacional. *Andamios, 17*(42), pp. 121-145. Obtenido de https://andamios.uacm.edu.mx/index.php/andamios/article/view/737. *Vid.* Lambert, E. (2010). *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*. (F. Fuente, Trad.) Madrid: Tecnos.

Con todo, la Corte IDH ha mantenido una independencia que caracteriza a un verdadero Tribunal supranacional; de hecho, en palabras de García Ramírez, "la Corte ha sabido, sabe y sabrá explorar nuevos avances, actualizar su jurisprudencia, actuar con valor y prudencia, sin incurrir en aventuras, ni desbordar sus atribuciones con golpes de imaginación".[552]

[552] García Ramírez, S. (2007). *Op. cit.* p. X. *Vid*. García Ramírez, S. (2016). La navegación americana de los Derechos Humanos: hacia un *Ius Commune*. En A. Bogdandy, H. Fix-Fierro, & M. Morales Antoniazzi (Coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades, desafíos.* México: IIJ-UNAM.

TERCERA PARTE

INSTRUMENTOS INTERPRETATIVOS PARA UNA MEJOR RECEPCIÓN DEL DERECHO SUPRANACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y PARA UN NUEVO IUS COMMUNE LATINOAMERICANO

Capítulo 7. La Interpretación Conforme y el Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

7.1 La Interpretación Conforme

Muchos de los países de América Latina, en un ejercicio de integración regional y de apertura-recepción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, han abordado en sus reformas constitucionales, o en sus nuevas "Constituciones convencionalizadas", un conjunto de principios y valores relacionados con la persona -como la dignidad del ser humano y sus Derechos Fundamentales-, colocándolos en la dinámica jurídica como eje rector y centro de análisis para la actuación del Estado.[553]

Ello ha sido enfatizado los últimos treinta y cinco años[554], porque han establecido en su Derecho interno:

i) la primacía del "mejor Derecho" en el sentido de hacer prevalecer una regla o norma -nacional o internacional- que sea más beneficiosa al individuo; y ii) la presencia de un Derecho Internacional regional de los Derechos Humanos de naturaleza evolutiva, considerado como un Derecho Convencional; lo que implica, para los operadores del SIDH, una

[553] Sagüés, N. (2016). De la Constitución nacional a la constitución "convencionalizada". En E. Ferrer Mac-Gregor, *Derecho Procesal Constitucional Transnacional. Interacción entre el Derecho nacional y el Derecho internacional.* México: Porrúa, pp. 4 y ss.

[554] Constituciones y últimas Reformas*: Argentina (1853, 1994*); Bolivia (2009); Brasil (1988, 2020*); Chile (1980-81, 2022*); Colombia (1991, 2015*); Costa Rica (1949, 2020*); Cuba (2019); Ecuador (2008, 2021*); El Salvador (1983, 2014*); Guatemala (1985, 1993*); Haití (1987, 2012*); Honduras (1982, 2013*); Jamaica (1962, 2017*); México (1917, 2021*); Nicaragua (1987, 2021*); Panamá (1972, 2004*); Paraguay (1992, 2011*); Perú (1993, 2021*); República Dominicana (2015); Trinidad y Tobago (1976, 2007*); Uruguay (1967, 2004*); y Venezuela (1999, 2009*). Las páginas web oficiales fueron consultadas por última vez el 19 de octubre de 2022.

constante capacitación y actualización normativa y jurisprudencial, así como un prudente "activismo judicial transformador".[555]

Bajo ese tenor, dicha recepción-transformación ha sido viable porque la mayoría de los países integrantes del SIDH, se han referido en sus ordenamientos jurídicos, cada vez más, a las Convenciones, Tratados y/o Pactos Internacionales.

Además, la mayoría de los Estados latinoamericanos han introducido gradualmente el criterio de que dichos instrumentos deben ser interpretados conforme al progresivo principio *pro homine* o *pro personae*, pues, al ser un referente rector-fundamental de amplio alcance, éste constituye un "principio hermenéutico o interpretativo nacido en el seno del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", convirtiéndose en un elemento de integración y armonización, y no siendo solamente un principio aislado, autónomo e indeterminado.[556]

Dado que los derechos contenidos en las Constituciones y en los Tratados Internacionales constituyen el parámetro de control de

---

[555] *Vid.* Pampillo Baliño, J. (2022). Revaloración del Constitucionalismo Latinoamericano. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Año 28), pp. 381-424, obtenido de: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/41159/37909. Además, Bidart Carmpos señala que un "activismo judicial que, sin evadir el marco del ordenamiento jurídico, pero también sin quedar atrapado en un normativismo que no encuentra nada fuera de las normas escritas, sabe otorgar interpretación aplicativa ágil y eficaz al sistema de derechos que, además de normas, se nutre de principios, valores, fines y razones históricas en el estado democrático, y que ensambla en y para la completitud que da cierre al sistema, esa dualidad de fuentes armónicas en retroalimentación: la interna propia de cada Estado, y la internacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos". *Cfr.* Bidart Campos, G. (1998). La interpretación de los Derechos Humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna. En VV. AA., *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (Primera ed., pp. 93-105). México: IIJ-UNAM. Obtenido de https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/113-v-congreso-iberoamericano-de-derecho-constitucional.

[556] Mónica Pinto señala que "Una interpretación *pro persona*, unida a otras pautas hermenéuticas, permiten que las libertades y derechos entren en una dinámica de expansión permanente". *Cfr.* Pinto, M. (1997). El principio pro homine. En M. Abregú, & C. Courtis, *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales* (pp. 163-171). Buenos Aires: Editores del Puerto.

regularidad y evolucionan en su contenido (en la dirección de su mayor protección y desarrollo), al traer a colación distintas fuentes de Derecho, como las Convenciones, Pactos y Tratados (fuente internacional) y las Constituciones -y hasta costumbres constitucionales- (fuente nacional), es necesario que las autoridades nacionales realicen en el ámbito de sus competencias, para hacer operativo el principio de primacía de la CADH, un "control de constitucionalidad-convencionalidad multinivel", pues el mecanismo de protección jurisdiccional que se ha instaurado para la defensa y vigencia de los Derechos Humanos, se sintetiza precisamente en el llamado "bloque de constitucionalidad" que viene a ser la pieza esencial e inseparable del Estado de derecho.[557]

A partir de dicho parámetro, bloque-control o "test de constitucionalidad *ius*-humanista", será posible -y hasta necesario- argumentar y diligenciar diversos principios como, por ejemplo y para citar algunos, los de: legalidad, ponderación, proporcionalidad, idoneidad, integración, progresividad, subsidiariedad y margen de apreciación nacional, teniendo presente que estos principios expresan la idea de una continua optimización, pues "la progresividad es una característica esencial de los mismos"; lo que constituye la antesala de una verdadera operación, una estricta aplicación y una cabal efectividad del principio *pro personae* como vertiente interpretativa y normativa.[558]

En ese sentido, dado que el principio *pro homine* ha enriquecido la jurisprudencia de cada país y ha conseguido que los Derechos Humanos tengan una vigencia concreta, además de que dicho principio *pro personae* depende necesariamente del ejercicio y desarrollo de una "interpretación conforme", el juez nacional tiene -dentro de los límites de

[557] Sánchez Gil, R. (2016). El principio *pro persona* y la contradicción de tesis. En E. Ferrer Mac-Gregor (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional Transnacional. Interacción entre el Derecho Nacional y el Derecho Internacional* (pp. 91-101). México: Porrúa, p. 98.

[558] Salgado Pesantes, H. (2016). El Principio *pro persona* y la Interpretación en Derechos Humanos. En E. Ferrer Mac-Gregor (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional Transnacional. Interpretación entre el Derecho Nacional y el Derecho Internacional* (pp. 79-90). México: Porrúa, p. 80.

competencia- la obligación de tratar de encontrar una interpretación de la norma interna que sea conforme con la norma desarrollada en la misma materia en el ámbito supranacional.

Es decir, los jueces necesitan interpretar la norma interna a la luz del Derecho Convencional a fin de garantizar la plena eficacia de la norma interamericana. Precisamente, en esto consiste la "interpretación conforme".

En la práctica, cuando no se pudiera resolver el conflicto, haciendo valer el efecto de la interpretación conforme, se deberían inaplicar aquellas disposiciones nacionales que puedan poner en peligro el disfrute de los derechos concedidos por el *corpus iuris* interamericano, debido a que la construcción jurisprudencial elaborada por la Corte IDH proporciona ciertamente herramientas útiles -además de obligatorias- al juez nacional.

7.2 El Control de Convencionalidad

Para abordar esta doctrina, es conveniente comprender en primer lugar que el concepto de "control de convencionalidad" debe entenderse en un sentido muy amplio y precisamente dentro del contexto histórico del desarrollo, recepción, integración, interpretación y armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el orden jurídico nacional de cada uno de los Estados miembros del SIDH.[559]

A su vez, cabe apuntar que dado que el control de convencionalidad constituye una "herramienta" o "medio" definido desde el ámbito internacional por la Corte IDH, cuyo objetivo es el de que "cada una de las autoridades estatales garanticen el efecto útil de las normas reconocidas" en el robusto *corpus iuris* interamericano; dicha doctrina se

[559] *Vid*. Corcuera Cabezut, S. (2007). *Op. cit*.

ha convertido en uno de los elementos más importantes en la conformación de un auténtico *Ius Commune* en Latinoamérica de los Derechos Humanos, pues la CADH "representa el piso mínimo y no la cobertura máxima de protección, dado que la intención es la de promover e incentivar avances a nivel doméstico y evitar retrocesos" en la región.[560]

También hay que tener claro que el control de convencionalidad, aunque tiene su antecedente europeo (en la Decisión núm. 74-54 DC del 15 de enero de 1975 emitida por el Consejo Constitucional francés[561]), en el ámbito americano recién surgió como un desarrollo jurisprudencial pretoriano de la Corte IDH, mediante un proceso de desarrollo jurisdiccional que se fue modelando en la práctica de las últimas décadas (específicamente a partir de la sentencia No. 154 de septiembre de 2006[562]).

Es decir, si bien se ha generado una suerte de doctrina judicial interamericana, el control de convencionalidad no ha sido definido con precisión y no posee tampoco una fundamentación teórica propia y previa a su creación, implementación, expansión e interpretación, sino que se fue desarrollando "a golpe de sentencias".[563]

---

[560] Morales Antoniazzi, M. (2016). La vulnerabilidad como principio transnacional. Aportes de la Corte IDH a la luz del Ius Constitutionale Commune democrático. En E. Ferrer Mac-Gregor (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional Transnacional. Interacción entre el Derecho Nacional y el Derecho Internacional* (pp. 295-334). México: Porrúa, p. 299.

[561] *Vid.* Decision no. 74-54 DC of 15 January 1975. Voluntary Interruption of Pregnancy Act. Disponible en: https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/1975/7454DC.htm.

[562] Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. No. 154. Para ver todas las Sentencias de la Corte IDH, acceder a: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm.

[563] Morales Antoniazzi, M. (2016). *Op. cit. passim.* Actualmente concurrimos en una convergencia gradual de los sistemas codificado y jurisprudencial. Por un lado, la jurisprudencia desempeña un papel más activo, mientras que, por otro lado, en los países del *Common Law*, la regla del precedente ya no se aplica tan estrictamente como en el pasado. Recordemos que existen una serie de características que distinguen el precedente anglosajón de la jurisprudencia continental. Una diferencia radica en su origen: mientras que la existencia de jurisprudencia en los sistemas continentales exige que la decisión emane de un órgano jurisdiccional jerárquicamente superior, el

Además, dado su mismo carácter expansivo-progresivo aún no posee definitividad y exhaustividad en sus postulados, por lo que el término de control de convencionalidad es esencialmente un concepto en evolución, cambiante, maleable, ajustado a la realidad del momento y a sus mismas posibilidades, lo que trae como consecuencia que la última palabra no haya sido aún expresada, pues -aunque se encuentra ya bastante perfilado- no se ha llegado todavía a una definición única, compartida, común y perdurable.[564]

Ahora bien, a pesar de esta falta de definición precisa y concreta, dicho control ha sido caracterizado como "un procedimiento de congruencia o de armonización entre los órdenes jurídicos" nacional e internacional, con "efectos vinculantes, no meramente declarativos o programáticos, sino vinculantes y obligatorios, ejercido tanto en el plano internacional por la Corte IDH, como en el plano nacional a través de los tribunales nacionales".[565]

Así, el concepto de control de convencionalidad no se encuentra exento de polémicas y detractores, pues evidentemente es un concepto controvertido, o al menos no muy nítido -inclusive entre los mismos funcionarios estatales aplicadores de dicho control-, ya que "su desarrollo no ha sido vertical, unipersonal o concentrado" (en donde, por ejemplo,

---

precedente anglosajón puede proceder de cualquier juez o tribunal, independientemente de su posición jerárquica; en este ámbito, el principio que rige es el de *stare decisis*. No obstante, esta regla admite excepciones cuando la decisión anterior es claramente contraria a la razón, y más aún si se opone a la "ley divina". En consecuencia, estamos asistiendo a una asimilación progresiva de los dos modelos. *Vid*. Falcón y Tella, M. (2010). *La jurisprudencia en los Derechos romanos, anglosajón y continental.* Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, pp. 80, 83 y ss.

564 García Ramírez, S. (2015). *Op. cit*. pp. 40 y ss. Sagüés, N. (2010). El "control de convencionalidad" como instrumento para la elaboración de un *Ius Commune* interamericano. En A. Bogdandy, M. Morales Antoniazzi, & E. Ferrer Mac-Gregor (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius constitucionale commune en América Latina?* (pp. 449-468). México: IIJ-UNAM, p. 451.

565 García Ramírez, S. (julio-diciembre de 2011). El Control Judicial interno de convencionalidad. *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, V*(28), 123-159.

una sola fuente autónoma y autorizada lo defina, lo delimite y -sobre todo- lo aplique) con atribuciones jurisdiccionales bien definidas y reglamentadas. Por el contrario -con sus pros y sus contras-, "ha tenido un desarrollo horizontal, visto el Derecho como práctica judicial, democrático y plural, desarrollado en la lógica del Constitucionalismo Multinivel".[566]

De hecho, también hay que considerar que, dado que el control de convencionalidad se ha venido configurando por la vía pretoriana, su doctrina podría llegar a ser contradictoria, oscilante, vaga u oblicua si en un momento dado la Corte IDH modificase su sentido abarcativo, alcance o efectos.

En realidad, a través de dicho control se lleva adelante una suerte de depuración dentro de cada Estado, para que no sea necesario llevar fuera de sus fronteras el debate sobre su conducta y su conformidad con las normas internacionales. Es decir, el objetivo del control de convencionalidad es que haya congruencia y armonía entre los actos de autoridades internos y las disposiciones del Derecho Convencional-Internacional de Derechos Humanos a las que se encuentran vinculados los Estados por el hecho de haber contraído determinadas *obligaciones*, a través de la ratificación y el reconocimiento de competencia, en este caso de la CADH y la Corte IDH.

Lo anterior implica un reconocimiento "de la fuerza normativa de tipo convencional que se extiende a los criterios jurisprudenciales" emitidos por la Corte IDH, cuyo objetivo es ir estableciendo un "estándar mínimo" en el continente americano o, cuando menos, en los "países que han aceptado la competencia contenciosa"[567] de dicha instancia supranacional.

---

[566] Ledezma Castro, C. (2023). *Op. cit.*

[567] *Vid.* citas a pie de página No. 538 y 539.

Por eso, tal como se expresó en páginas anteriores, establecer estándares mínimos en esta materia (al menos en el marco jurídico regional), supone la existencia de una plena seguridad jurídica en cuanto a la aplicación del principio *pro personae*, con la finalidad de lograr una unidad dentro del espacio nacional y, como consecuencia, dentro del SIDH. Sistema que -por cierto- no opera de forma aislada, pues no sólo está compuesto por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, sino que también lo integran los países que son parte de la OEA y sus respectivas instancias de gobierno.

Por lo tanto, "el control de convencionalidad sirve para darle unidad al Derecho" desde el punto de vista de dicho Sistema, al mismo tiempo de que tal "control" -como argumento o discurso- no puede ser ilimitado, pues debe estar basado -y ser aceptado- constitucional y convencionalmente.[568]

Así pues, para ilustrar y ayudar a comprender la fuerza normativa y evolución que ha ido asumiendo el criterio jurisprudencial multicitado -en sus breves diecisiete años de existencia (2006-2023)-, a continuación se planteará un esquema sobre su desenvolvimiento con tres etapas:

En la primera, que se puede denominar como de "los precedentes de la definición original", se destacan los parágrafos de cinco sentencias donde se aprecia su evocación, concretamente en las reflexiones que se hicieron a través de los votos razonados del entonces juez mexicano de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, quien hizo una serie de acercamientos al término e implicancias del uso del "control de convencionalidad".[569]

[568] García Ramírez, S. (30 de octubre de 2011).*Op. cit.*

[569] El fundamento normativo de la doctrina del control de convencionalidad se encuentra principalmente en los arts. 1.1, 2, 29 y 68.1 de la Convención Americana y en los arts. 26, 27, 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Posteriormente, en una segunda etapa, en la "enunciación original", se esboza el caso paradigmático -*leading case- Almonacid Arellano y otros contra Chile*, en que la Corte IDH utilizó por primera vez el término, volviéndose un nuevo punto de partida para la ciencia jurídica latinoamericana, pues el "control de convencionalidad" trascendió y se traspasó del ámbito internacional al nacional, dando paso al advenimiento de una novedosa perspectiva en la recepción del Derecho Internacional regional de los Derechos Humanos y en la construcción de un *Ius Commune* Latinoamericano en la materia.

Por último, en la tercera, llamada "configuración y evolución jurisprudencial", se aprecia cómo ha sido su desarrollo y alcance -después del caso *Almonacid-*, mediante la exposición de algunas sentencias que a la fecha han reiterado la doctrina, pudiéndose observar algunos aspectos y particularidades que ha ido adoptando dicho "control de convencionalidad".[570]

7.2.1 Primera etapa: precedentes de la definición original

A través de diversos análisis académicos y de la recepción y armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en concordancia con el Derecho Procesal Constitucional (como fuentes de un único Sistema de Protección jurisdiccional de los Derechos Humanos basado en la *dignidad* como valor innato, inviolable e intangible de la persona, fundamento que "representa un límite a la soberanía"[571]), es que

[570] Desde el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* de 2006, hasta noviembre de 2023, el Control de Convencionalidad ha sido señalado y reiterado en 113 sentencias (de 505 que hay en total a la fecha) y en 7 interpretaciones de sentencia (de 93 que hay a la fecha); además en 26 sentencias la doctrina fue expuesta en los Votos de distintos jueces. Asimismo, el término ha sido referenciado en 9 opiniones consultivas (de las 29 que hay a la fecha). *Cfr.* OP´s: No. 29 § 30, § 56, § 229 y en el voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor; No. 28 § 41 y § 44; No. 27 § 36 y § 109; No.25 § 58; No. 24 § 26, § 171 y en el voto del juez Vio Grossi; No. 23 § 28; No. 22 § 26; No. 21 § 31; y No. 20 § 9. Todas las opiniones consultivas están disponibles en: https://www.corteidh.or.cr/opiniones_consultivas.cfm.

[571] Morales Antoniazzi, M. (2016). *Op. cit. passim.*

se fueron orientando las opiniones de los jueces y juristas interamericanos hacia lo que posteriormente vino a denominarse como "control de convencionalidad" interamericano.

Lo anterior en virtud de que la Corte IDH, desde siempre, ha revisado y contrastado los actos estatales a la luz de la CADH y ha resuelto acerca de si son o no son convencionales[572]; siendo el quehacer constante, cotidiano y original de la Corte IDH, y de cualquier otra Corte Internacional encargada de velar por la protección y tutela de los Derechos Humanos (como el control que realiza el Tribunal de Estrasburgo, según se advierte en el siguiente capítulo).[573]

En Latinoamérica, las iniciales expresiones de este tipo de control convencional fueron abordadas y expuestas de manera explícita, por primera vez -desde el 2001- por el jurista mexicano García Ramírez, al haberse referido al "Derecho Procesal Constitucional Transnacional", "control de internacionalidad", "control de juridicidad" y -como en Europa- "control de comunitariedad", quien fue el primero que planteó esta tesis en el espacio jurisdiccional interamericano.[574]

Así pues, la inaugural aparición o precedente oficial del término como tal, ocurrió el 25 de noviembre de 2003, pues en la sentencia del caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, el entonces juez interamericano García Ramírez en su voto concurrente razonado 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 puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar

[572] Por ejemplo, pueden revisarse los casos Suárez Rosero vs Ecuador, resuelto el 12 de noviembre de 1997; o Barrios Altos vs Perú, resuelto el 30 de noviembre de 2001.

[573] *Vid*. Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales.* (E. Garzón V., & R. Zimmerling, Trads.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

[574] *Cfr*. García Ramírez, S. (2002). Temas de Derecho. *Serie Doctrina Jurídica*(128), p. 435.

> 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 internacional".[575]

En ese sentido, queda más que claro que, en caso de violación a los Derechos Humanos (sea por acción u omisión), "la responsabilidad internacional recae en todo el Estado y no únicamente sobre alguno de sus órganos o poderes".[576]

Al año siguiente, el 7 de septiembre de 2004, el voto concurrente otorgado por el Dr. García Ramírez en la sentencia contra Ecuador del caso *Tibi*, se refirió al control de convencionalidad en su razonamiento sobre las funciones de la Corte IDH:

> "§ 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 parte en ejercicio de su soberanía".[577]

En este asunto, el renombrado juez realizó un análisis y comparó a la Corte IDH (garante de la CADH) con los tribunales constitucionales nacionales (garantes de las Constituciones). Sin embargo, aunque tienen cierto tenor de familia jurídica, sus puntos difieren porque, por ejemplo,

---

[575] Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. No. 101.

[576] Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). *Op. cit.* pp. 531-622.

[577] Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. No. 114.

el conglomerado de países no forman una federación ni existe -aún- una matriz constitucional común en América Latina.[578]

Asimismo, como fue señalado en el sexto capítulo, la Corte IDH tiene una atribución contenciosa y otra consultiva; no obstante, de igual forma García Ramírez sostiene que "el cotejo es útil en muchos extremos, entre ellos para fijar la trascendencia de los pronunciamientos de estos órganos con respecto al conjunto del orden jurídico y las decisiones judiciales que se pronuncian a su amparo"[579].

En otra ocasión, si bien no se hizo una alusión directa al término "control de convencionalidad", sí se puede apreciar que, en el caso *Yatama Vs. Nicaragua* de 23 de junio de 2005, el ex juez mexicano se refirió al "quehacer de un tribunal internacional de "convencionalidad"… como una instancia única de carácter internacional", como se puede observar en su voto concurrente:

> "§ 3. Por lo demás, la idea de que la orientación jurisprudencial razonablemente formada, ponderada, reiterada -hasta constituir una "jurisprudencia constante"-, puede proyectarse sobre situaciones en las que aparecen las mismas condiciones de hecho y de derecho que han determinado aquélla, es perfectamente consecuente con el quehacer de un tribunal internacional de "convencionalidad", como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada a aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos multilaterales que le confieren competencia material.
>
> § 4. El Tribunal regional de Derechos Humanos no constituye una nueva instancia para revisar las resoluciones de los órganos judiciales, sino una instancia única, de carácter internacional, dispuesta para definir el alcance de los Derechos Humanos contenidos en la Convención Americana, mediante la aplicación e interpretación de ésta. Así lo resuelve la propia Convención Americana, así lo ha entendido la Corte misma y así lo reconocen, con creciente uniformidad y énfasis, los más altos tribunales de países americanos, cuya recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana constituye uno de los

[578] Hay que tener presente que la invalidación de normas nacionales con efectos generales, es una facultad típica de un tribunal constitucional que ejerce el control judicial, no de un tribunal internacional que determina la responsabilidad internacional de un Estado. *Vid*. Pampillo Baliño, J., *et al*. (Coords.) (2016). *Op. cit*.

[579] García Ramírez, S. (julio-diciembre de 2011). *Op. cit*. De hecho, "para que la democracia exista es necesaria la Constitución, y para que ésta se realice plenamente es necesario un órgano que, actuando con una racionalidad distinta a la política, garantice su observancia"; de la misma forma aplicaría este razonamiento en el Sistema supranacional en observancia de la CADH. *Cfr*. Cossío Díaz, J. (2007). *Op. cit.* p. 95.

rasgos más recientes, valiosos y alentadores en el desenvolvimiento de la tutela jurisdiccional de los Derechos Humanos en el plano continental".[580]

Posteriormente, para el primer día de febrero de 2006, el mismo ex juez, en su voto razonado hecho a la sentencia del caso *López Álvarez vs. Honduras,* hizo referencia al término:

> "§ 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 Americana -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".[581]

Unos meses después, el 26 de septiembre de 2006, nuevamente, el jurista García Ramírez mencionó que el "control de convencionalidad" se da en primer lugar en el ámbito supranacional -pues lo ejerce la Corte IDH-, manifestando en su voto razonado en el caso *Vargas Areco Vs. Paraguay* que:

> "§ 6. La Corte Interamericana, que tiene a su cargo el "control de convencionalidad" fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana, no puede, ni pretende -jamás lo ha hecho-, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno. La expresión de que el Tribunal interamericano constituye una tercera o cuarta instancia, y en todo caso una última instancia, obedece a una percepción popular, cuyos motivos son comprensibles, pero no corresponde a la competencia del Tribunal, a la relación jurídica controvertida en éste, a los sujetos del proceso respectivo y a las características del juicio internacional sobre Derechos Humanos".[582]

Aunque en estos últimos casos parecería un tanto confusa su configuración (en relación a su voto en el caso *Yatama* referente a que la Corte IDH "no constituye una nueva instancia" "ni pretende convertirse

---

[580] Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. No. 127.

[581] Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. No. 141.

[582] Caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. No. 155.

en una última instancia", por ende no constituye una "tercera -o cuarta- instancia", sino más bien ser "una instancia única" y a la vez suprema en su respectivo ámbito de competencia -internacional-, algo así como una especie de "super-instancia"), en realidad este jurista colocó -de forma visionaria- la base sobre la cual se iría construyendo un *consenso interamericano multinivel* que resultaría ser la base de un *Ius Commune* Latinoamericano en materia de Derechos Humanos.

Lo que es verdad es que fue ese mismo día -coincidencia no casual según el relato el Dr. García Ramírez-,[583] en que el pleno de la Corte IDH asumió por primera vez la doctrina del control de convencionalidad en el conocido caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, que desarrolló y divulgó, con efectos muy plausibles, el conocimiento de esta materia en las jurisdicciones nacionales tal y como se podrá apreciar a continuación.

7.2.2 Segunda etapa: enunciación original

Como ha sido expuesto, a lo largo de tres años se hizo mención -concretamente cuatro veces- al término "control de convencionalidad" en los votos emitidos por el entonces juez y ex presidente (2004-2007) de la Corte IDH, Dr. Sergio García Ramírez. Pero, a partir del caso *Almonacid Arellano vs. Chile* de 26 de septiembre de 2006, la Corte IDH lo adoptó como tal, colegiadamente en su sentencia, otorgándole una dimensión distinta al término.

Bajo la presidencia del jurista mexicano -principal promotor, como se ha visto, del control de convencionalidad- dicha instancia supranacional afirmó:

> "§ 124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un Tratado Internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar

[583] García Ramírez, S. (julio-diciembre de 2011). *Op. cit.* pp. 123-159.

> porque los efectos de las disposiciones de la Convención Americana 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".[584]

Como se puede observar, con esa sentencia se confirió a los "jueces interamericanos"[585] la facultad y responsabilidad de ejercer "una especie" de control entre i) todo el *corpus iuris* interamericano -incluidas las sentencias y las opiniones consultivas- y ii) la normatividad y jurisprudencia nacional.

Esta sentencia marcó un antes y un después en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (con la natural existencia de un Derecho Procesal Internacional de Derechos Humanos y un Derecho Constitucional Transnacional[586]). Pero, sobre todo, mostró un marco de referencia y de aplicación de este tipo de control de "compatibilidad" entre las normas internas y la CADH, motivando una evolución del término que con el tiempo ha ido teniendo mayor alcance y precisión (aunque a la fecha no ha logrado ser definitiva).

7.2.3 Tercera etapa: configuración jurisprudencial

Progresivamente la Corte IDH ha ido desarrollando el concepto de "control de convencionalidad" así como otras líneas jurisprudenciales que con el tiempo fue perfeccionando y matizando. Como muestra de ello, a partir del célebre caso antes aludido, su doctrina judicial fue evolucionando y enriqueciéndose rápidamente.

---

[584] Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. No. 154.

[585] El entonces Juez ad hoc Ferrer Mac-Gregor señaló, en su voto razonado, que los jueces nacionales terminaron convirtiéndose en jueces interamericanos. *Cfr.* Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, No. 220 § 6.

[586] *Ibíd.* p. 171.

Sólo habían pasado dos meses cuando, en el caso conocido como Trabajadores Cesados del Congreso *(Aguado Alfaro y otros vs. Perú)*, la Corte IDH tuvo ocasión de precisar más el ejercicio de dicho control, pues enfatizó que "los órganos del poder judicial" deben ejercer ya no un cierto control o "una especie de control" -como se señaló en *Almonacid Arellano*-, sino directamente un control de convencionalidad, como exigencia jurídica derivada del cumplimiento de la CADH, pues:

> "§ 128. Cuando un Estado ha ratificado un Tratado Internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención Americana no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del poder judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "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. Esta 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".[587]

En este fallo se invocó y se reiteró el criterio del caso *Almonacid Arellano*; pero además se lo precisó en dos aspectos, al señalar que dicho control de convencionalidad: i) procede "de oficio" (de *motu proprio* por el tribunal) sin necesidad de que las Partes lo soliciten, en el ejercicio del principio *Iura novit curia*[588], y ii) debe ejercerse con apego a regulaciones procesales correspondientes, a normas del procedimiento, presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia, es decir, conforme al principio de legalidad y dentro del marco de sus "respectivas competencias" (aunque estas, en la realidad de muchos países, no

[587] Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. No. 158 § 128.

[588] Este principio no fue usado por los romanos pero sí por los glosadores del medioevo para formar el *Ius Commune* de su época. *Vid.* Capítulos 1 y 2 del presente trabajo.

siempre son las mismas ni están en todos los casos suficientemente definidas).[589]

Continuando con esta configuración expansionista del control de convencionalidad, aunque el término se reiteró en los casos: *Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú* de 25 de noviembre de 2006[590], *La Cantuta Vs. Perú* de 29 de noviembre de 2006[591], *Boyce y otros Vs. Barbados*. de 20 de noviembre de 2007[592] y en la Solicitud de Interpretación de la Sentencia del caso *Trabajadores Cesados del Congreso* de 30 de Noviembre de 2007[593]; no fue sino hasta el 12 de agosto de 2008, cuando el concepto trascendió al aclarar que se "debe velar por el efecto útil de

[589] Los casos que han reiterado que el Control de Convencionalidad debe hacerse *ex officio* son los siguientes: Sentencia de 24 de marzo de 2023, No. 487 § 175; Sentencia de 25 de enero de 2023, No. 482 § 177, 289 y 303; Sentencia de 24 de noviembre de 2022, No. 481 § 175 y resolutivo 98; Sentencia de 18 de octubre de 2022, No. 469 § 316; Sentencia de 17 de octubre de 2022, No. 467 § 197; Sentencia de 27 de julio de 2022, No. 456 § 2, 13, 14 y 18; Sentencia de 27 de julio de 2022, No. 455 § 430; Sentencia de 30 de junio de 2022, No. 454 § 180; Sentencia de 11 de mayo de 2022, No. 450 § 202; Sentencia de 4 de febrero de 2022, No. 449 § 156 y 184; Sentencia de 1 de febrero de 2022, No. 448 § 99; Sentencia de 11 de mayo de 2022, No. 450 § 202; Sentencia de 4 de febrero de 2022, No. 449 § 156; Sentencia de 23 de septiembre de 2021, No. 437 § 193; Sentencia de 24 de noviembre de 2021, No. 446 § 180; Sentencia de 15 de noviembre de 2021, No. 444 § 251 y 252; Sentencia de 1 de septiembre de 2020, No. 411 § 100; Sentencia de 12 de marzo de 2020, No. 402 § 269; Sentencia de 4 de febrero de 2019, No. 373 § 129; Sentencia de 29 de noviembre de 2018, No. 372 § 135; Sentencia de 8 de febrero de 2018, No. 348 § 191; Sentencia de 8 de febrero de 2018, No. 348 § 192; Sentencia de 29 de febrero de 2016, No. 312 § 242; Sentencia de 30 de noviembre de 2016, No. 328 § 289; Sentencia de 20 de octubre de 2016, No. 318 § 408; Sentencia de 28 de agosto de 2014, No. 282 § 311; Sentencia de 14 de mayo de 2013, No. 260 § 221; Sentencia del 24 de febrero de 2012, No. 239 § 282; Sentencia de 4 de septiembre de 2012, No. 250 § 262; Sentencia de 20 noviembre de 2012, No. 253 § 330; Sentencia de 31 de agosto de 2012, No. 246 § 305; Sentencia de 31 de agosto de 2012, No. 246 § 303; Sentencia de 24 de febrero de 2011, No. 221 § 193; Sentencia de 31 de agosto de 2010, No. 216 § 220; Sentencia de 31 de agosto de 2010, No. 216 § 222; Sentencia de 23 de noviembre de 2010, No. 218 § 287; Sentencia de 31 de agosto de 2010, No. 216 § 219; Sentencia de 24 de noviembre de 2010, No. 219 § 177; Sentencia de 24 de noviembre de 2010, No. 219 § 176; Sentencia de 26 de noviembre de 2010, No. 220 § 225; Sentencia de 24 de agosto de 2010, No. 214 § 311; Sentencia de 30 de agosto de 2010, No. 215 § 237; Sentencia de 30 de agosto de 2010, No. 215 § 236; Sentencia de 1 de septiembre de 2010, No. 217 § 202; Sentencia de 23 de Noviembre de 2009, No. 209 § 339; Sentencia de 24 de noviembre de 2006, No. 158 § 128; Sentencia de 26 de septiembre de 2006, No. 154 § 124.

[590] *Vid*. Voto Razonado del juez Sergio García Ramírez, § 17.

[591] *Vid*. Sentencia, § 173 y Voto Razonado del juez Sergio García Ramírez, § 7.

[592] *Vid*. Sentencia, § 78.

[593] *Vid*. Interpretación de Sentencia, § 5, 6, 9, 10, 12, 45 y 49.

los instrumentos internacionales", tal como se indica en la sentencia del caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, pues:

> "§ 179. En relación con la obligación general de adecuar la normativa interna a la Convención Americana, la Corte ha afirmado en varias oportunidades que "[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas". En la Convención Americana este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado parte de adecuar su Derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de Derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*).
>
> § 180. La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención Americana o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los Derechos Humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina "control de convencionalidad", según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los Derechos Humanos".[594]

Lo que se puede observar es que la Corte IDH interpretó que debe -obligatoriamente- existir una promoción más activa de los Derechos Humanos en el Derecho interno; es decir, se le exigió a los Estados i) una acción derogatoria-abrogatoria ("supresión" de normas contrarias al *corpus iuris* interamericano), ii) una acción reformatoria ("expedición" de normatividad que permitan la adopción del Derecho Convencional), y iii) un ensanchamiento del concepto al hablar no sólo de "jueces", sino también de "operadores de justicia" [jueces, fiscales y defensores; "labor que se vuelve aún más compleja y genera mayor tensión no sólo entre Poderes, sino entre ámbitos de aplicación de las normas"[595]]; obligaciones

[594] Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. No. 186.

[595] López Sánchez, R. (2018). El Juez Constitucional: su responsabilidad social e institucional. En M. Nuñez Torres, S. Ortega, M. Neria Govea, & R. Santacruz Lima (Eds.), *Justicia Constitucional: Problemática en torno a la crisis del concepto de constitución* (pp. 177-215). Perú: Universidad Privada de Ica.

todas ellas contraídas con la adhesión a los Tratados Internacionales en apego al principio de efecto útil.

En ese mismo sentido, poco más de un año después, en el caso *Radilla Pacheco vs. México* de 23 de noviembre de 2009, la Corte IDH amplió aún más sus fronteras, al señalar:

> "§ 338. Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el Derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención Americana".[596]

Apreciando así, por una parte, que no es suficiente la "supresión o expedición de normas", sino que, para "ser coherente con los principios" y con el *corpus iuris* regional-universal, se necesita de una implementación de políticas públicas y "prácticas estatales", pues "no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas" y preventivas.

Lo anterior repercute directamente en la organización y métodos que emplean todos los niveles de gobierno, pues la inserción de la CADH es integral, transversal y multinivel. Por otra parte, los Estados tienen el "deber" de interpretar su Constitución y todo su Derecho interno *conforme* al Pacto de San José y con todo lo que de él se desprenda (de forma unidireccional).[597]

La precisión que hizo la Corte IDH, implicó que dicho órgano jurisdiccional supranacional pueda -salvo que se hubiera formulado una

---

[596] Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. No. 209.

[597] Morales Antoniazzi, M. (2016). *Op. cit. passim.*

reserva a la hora de suscribir la CADH[598]- obligar a un Estado a: i) modificar su Derecho y sus políticas públicas incluso adoptando las mejores prácticas estatales conforme al principio *pro homine*, teniendo que crear, derogar o abrogar normas para garantizar la seguridad jurídica en la conformidad del mismo con el Derecho Interamericano; ii) ordenar que sus poderes constituidos procedan conforme a la propia interpretación unilateral y vinculante de dicho tribunal supranacional; y iii) adecuar el funcionamiento de sus autoridades y servidores públicos conforme a las disposiciones regionales en materia de Derechos Humanos.

Así pues, no obstante todos los casos antes mencionados (omitiendo a propósito -por mencionar en sus sentencias semejantes argumentos que los de la sentencia *Radilla Pacheco*- los casos: *Comunidad Indígena Xákmok Kásek*[599], *Fernández Ortega*[600], *Rosendo Cantú*[601], *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*[602], *Vélez Loor*[603], *Gomes Lund y otros "Guerrilha do Araguaia"*[604]), en 2010 la Corte IDH fue más específica en relación a las resoluciones anteriores, tratando de consolidar la esencia de la doctrina al haberla llevado a otro nivel (y, quizá, perdiendo la buena ductilidad hasta entonces construida, como se podrá apreciar en el análisis hecho en el capítulo noveno).

---

[598] Porque a eso se comprometió cuando suscribió la Convención Americana como nación soberana, no a costa de su soberanía, sino en ejercicio de la misma.

[599] Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. No. 214 § 311.

[600] Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. No. 215 § 236 y 237.

[601] Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. No. 216 § 219 y 220.

[602] Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. No. 217 § 202.

[603] Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. No. 218 § 287.

[604] Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. No. 219 § 49, 176, 177, y en el Voto Roberto de F Caldas § 4.

En la Sentencia de 26 de noviembre de 2010 del caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, se hicieron precisiones de gran relevancia, pues se sustituyó la expresión "poder judicial" por la de "todos sus órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles", conmoviendo verdaderamente al orden jurídico, como se puede observar a continuación:

> "§ 225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un Tratado Internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención Americana no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben 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".[605]

Por ende, tanto los poderes, órganos y autoridades del Estado ("órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles", incluidos los jueces de primer instancia, pues el control queda en manos de todos los tribunales "cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos"), deberán averiguar si existe el así denominado "estándar interpretativo mínimo" y aplicar, de manera obligatoria y de oficio, el control de convencionalidad, evitando la aplicación de la normatividad que sea contraria a la CADH y a todo el *corpus iuris* interamericano, que pueda hacer ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones contraídas por el Estado.[606]

---

[605] Este § es casi idéntico al enunciado en el caso Almonacid § 124. *Cfr.* Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. No. 220.

[606] "Los operadores jurídicos deben ejercer dicho control de oficio en base al deber constitucional de velar por el cumplimiento de la supremacía constitucional, defensa y protección de los Derechos Humanos". *Vid.* Gómez Vásquez, A. (2016). Consideraciones sobre el Control Difuso de Constitucionalidad. En E. Ferrer Mac-Gregor (Coord.),

No está de más hacer notar que la propia Corte, a través del voto razonado del entonces juez mexicano *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en relación con la misma Sentencia de 2010, también puntualizó:

> "§ 19. La intencionalidad de la Corte IDH es clara: definir que la doctrina del "control de convencionalidad" se debe ejercer por "todos los jueces", independientemente de su formal pertenencia o no al poder judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización".

Sin embargo, aunque quedó clara la intención de la definición que se hizo respecto del control judicial de convencionalidad, el cual se encuentra necesariamente relacionado con el quehacer de los juzgadores (jueces interamericanos) en la debida, puntual y eficaz interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales, no lo fue tanto -según la opinión que aquí se sustenta- cuando se refirió a que dicho control debía ser aplicado y ejercido de forma obligatoria por "todos sus órganos vinculados a la administración de justicia", imprimiendo -de forma errada, ya que debiera encontrarse circunscrito exclusivamente al poder judicial- una extensión ilimitada de la potestad de ejercer dicho control.[607]

Continuando con la evolución y el progreso que esa doctrina ha tenido a través de la jurisprudencia interamericana, si bien en el caso

---

Derecho Procesal Constitucional Transnacional. Interacción entre el Derecho Nacional y el Derecho Internacional (pp. 135-150). México: Porrúa.

[607] De hecho, el mismo García Ramírez se cuestiona si el director de un centro de salud público -quien es un funcionario del Estado, un órgano del Estado- ¿Va a ejercer control de convencionalidad de todo el aparato normativo sanitario frente a todo el orden de la salud a escala internacional y las normas nacionales? O, asentando otro ejemplo, si el policía que está cuidando alrededor de la colonia/barrio ¿Es capaz de aplicar control de convencionalidad, de realizar un ejercicio de confrontación del cual se desprenda su razonamiento al esgrimir la Convención Americana o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como una parte, y las normas y los códigos nacionales con la propia Constitución?, quien podría decir y decidir "ah, esa norma no es convencional y por lo tanto no la aplico"…, causando una violación a las garantías de seguridad jurídica y al principio de legalidad, entre otros. *Cfr.* García Ramírez, S. (2014). *El futuro de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Reunión de expertos sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, convocada por el profesor Douglass Cassel, Center for Civil and Human Rights, Indiana, University of Notre Dame.* Estados Unidos de América: The Center for Civil and Human Rights.

Gelman Vs. Uruguay de 2011[608] se dejó "muy claro que ningún juez podrá negarse a investigar invocando prescripción del delito, cosa juzgada o *ne bis in idem*, ya que estos elementos pueden ser obstáculo para la responsabilidad penal de quienes cometieron estos delitos, pero no pueden tener incidencia alguna sobre el derecho a la verdad y a las investigaciones"[609], en la supervisión de cumplimiento de dicha sentencia del 20 de marzo de 2013, se señaló que:

> "§ 68. Cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte 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 este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención Americana 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. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. Por ello, precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma".[610]

Reiterando así esta obligación de cumplimiento de las normas de Derecho Internacional -contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana- desde el Derecho interno, cuya eficacia supone que deba ser *erga omnes* (hacia todos los Estados parte de la CADH, y más allá de los casos contenciosos como son las "opiniones consultivas"), el entonces juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot insistió en su voto razonado realizado a esta misma resolución:

---

[608] Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. No. 221.

[609] Bazán, V., & Nash, C. (2011). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales.* Chile: Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, Konrad Adenauer Stiftung, p. 184.

[610] Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf.

> "§ 89. Los principios de Derecho Internacional Público de *buena fe* y *effet utile*, que involucra a su vez al principio *pacta sunt servanda*, constituyen fundamentos internacionales para que los Tratados Internacionales sean cumplidos por parte de los Estados nacionales y han sido reiterados de manera constante por la jurisprudencia del Tribunal Interamericano. La obligación del cumplimiento del Derecho Convencional obliga a todas las autoridades y órganos nacionales, toda vez que el Estado responde en su conjunto y adquiere responsabilidad internacional ante el incumplimiento de los instrumentos internacionales que ha asumido".[611]

Es de ahí que se produce en el Derecho interno "una reestructuración de la comprensión de los Derechos Fundamentales que podría conllevar, en ciertos casos, discrepancias respecto a la forma como se conciben los mismos en un Estado determinado o, incluso, puede implicar la incompatibilidad entre las normas del ordenamiento jurídico de un Estado y la interpretación de las normas convencionales".[612]

Cabe señalar que, aunque la Corte IDH emite un número reducido de sentencias[613], con sentido y vocación de trascendencia, impacto, empuje y consecuencias, su jurisprudencia ha logrado permear e influir en el orden jurídico nacional de los Estados miembros de la región, cuyo impacto positivo va más allá de los límites específicos de cada caso en concreto.

Así pues, se instauró la doctrina del control de convencionalidad en el SIDH, construida para "compensar el déficit de los sistemas nacionales" como un concepto híbrido (Derecho Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y debiendo ser aplicado -hasta ahora- por cualquier persona funcionaria pública de cualquier nivel "evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes") para -tratar de- i) resolver la

---

[611] *Ibídem*.

[612] Rabanales de la Roca, A. (2019). El margen de apreciación ante casos de desacuerdo razonable. Mecanismo dialógico entre la Corte IDH y los tribunales constitucionales. En VV.AA., *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (pp. 517-536). Colombia: Konrad Adenauer Stiftung.

[613] Al 23 de mayo de 2023, en total se han emitido 491 sentencias. *Cfr*. Sentencias de la Corte IDH, disponibles en: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm.

tensión o el conflicto entre normas nacionales e internacionales, y para ii) conformar un *Ius Commune*, o al menos un *corpus iuris commune* de Derechos Humanos regional.[614]

7.3 El principio de Complementariedad en la aplicación del Control de Convencionalidad

Aunque tradicionalmente el SIDH ha sido concebido como un "sistema de garantía colectiva"[615] (donde, de conformidad con el mecanismo de garantía colectiva subyacente a la CADH, corresponde a todos los Estados del Sistema Interamericano cooperar entre sí para cumplir con sus obligaciones internacionales, tanto regionales como universales), el cual operaría de forma subsidiaria y complementaria al ordenamiento jurídico nacional,[616] conforme lo señala la propia Convención Americana en su preámbulo,[617] pues dicho sistema sirve

[614]Morales Antoniazzi, M. (2016). *Op. cit. passim.*

[615] En la Supervisión de Cumplimiento de Sentencia del Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2012, se señala que "§ 45. …los Estados Americanos han dispuesto un sistema de garantía colectiva en donde todos los Estados parte deben realizar todos los esfuerzos para que no haya un evidente abandono de cumplir y acatar las Sentencias de la Corte. § 46. El importante rol de la noción de garantía colectiva para la implementación de las decisiones internacionales de órganos de derechos humanos ha sido resaltada en otros casos emitidos por esta Corte, por el Comité de los Derechos Humanos y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La noción de garantía colectiva también ha sido utilizada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa al valorar el incumplimiento de algunas sentencias y constituye uno de los fundamentos de la enmienda del artículo 46 del CEDH, establecida en 2009 con el objeto de fortalecer el mecanismos de supervisión e implementación de las sentencias a través de la asignación de nuevas facultades al Comité de Ministros y al Tribunal Europeo". Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/aptiz_23_11_12.pdf.

[616] García Ramírez refiere que "la justicia internacional no desplaza a la justicia nacional, sino la complementa". Ya que antes de acudir al mismo se deben agotar los recursos internos destinados a remediar, a nivel doméstico, una violación a los Derechos Humanos, de esta forma el SIDH sólo puede intervenir cuando la jurisdicción interna no protege correctamente los Derechos Humanos y por lo tanto viole lo estipulado en el *corpus iuris* interamericano. *Cfr.* García Ramírez, S. (2004). El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma. *Anuario Mexicano de Derecho, IV*, 149-188. Obtenido de https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/view/4.

[617] "Reconociendo 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

para garantizar que el "juego" se desarrolle en el marco de las reglas -no para dictarlas-, en realidad la herramienta del control de convencionalidad no ha actuado de manera supletoria o subsidiaria, sino que más bien dicha doctrina colocó a la CADH y a su intérprete judicial interamericano -la Corte IDH-, en la cúspide de los ordenamientos jurídicos nacionales de la región.

Por supuesto, queda claro que la Corte IDH interviene cuando un Estado no cumple, pues el carácter complementario de la jurisdicción internacional significa que el Sistema de Protección instaurado por la Convención Americana no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa, y por lo tanto "no debe considerarse una intromisión sino un complemento o corrección de aquellos sistemas legales domésticos que, en caso de cumplir, no serían susceptibles de dicha intervención".[618]

Pero la cuestión que se plantea dentro del presente trabajo, como se puede apreciar en el capítulo noveno, es específicamente la herramienta hermenéutica que dicho Tribunal supranacional dispuso e impulsó para que se aplicara de forma obligatoria -el control de convencionalidad- pues, en lugar de conceder un necesario margen de acción a los tribunales nacionales latinoamericanos (para decidir cómo y cuándo aplicar e incorporar las interpretaciones surgidas de la Corte IDH, o cómo modular los precedentes jurisprudenciales, luego de haber considerado jurídicamente las implicaciones de una posible desviación), éstos deben obligatoriamente aplicar la interpretación que hizo dicha Corte IDH sin apartarse de ella. Por ende, puede afirmarse que la CADH dejó de ser un Tratado subsidiario y se convirtió en una norma integral,

naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el Derecho interno de los Estados americanos".

[618] Morales Antoniazzi, M. (2016). *Op. cit.* p. 329.

fundamental, unidireccional, y jerárquicamente superior a los ordenamientos jurídicos nacionales.[619]

Sin embargo, también es importante destacar que en los últimos cinco años, en al menos dieciséis oportunidades (sentencias[620]), el Tribunal supranacional parecería estar ajustando o modulando su propia función y alcance, al referir, reiterar y recordar que ese supra-tribunal no es una "cuarta instancia"[621] sino que más bien es "coadyuvante o complementario de la protección que ofrece el Derecho interno de los Estados americanos" conforme al principio de complementariedad (o subsidiariedad) del Sistema Interamericano, pues la Corte IDH, en agosto de 2022:

> "§ 82. …recuerda que en el Sistema Interamericano existe un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar los Derechos Humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión, y los mecanismos de protección, tanto los nacionales como los internacionales, puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, en aplicación del principio de complementariedad (o subsidiariedad), la Corte ha señalado que la responsabilidad estatal bajo la Convención Americana sólo puede ser exigida a

---

[619] Toro Huerta, M. (2007). El principio de subsidiariedad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con especial referencia al Sistema Interamericano. En M. Becerra Ramírez, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento* (pp. 23-61). México: IIJ-UNAM. Obtenido de http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11409.

[620] Aunque desde antes ya lo había hecho, a partir de 2018 -y hasta la última sentencia publicada No. 486- la Corte IDH ha señalado la importancia del principio de complementariedad en los casos: Aroca Palma y otros Vs. Ecuador de 8 de noviembre de 2022, No. 471 § 23; Caso Tzompaxtle Tecpile y otros Vs. México de 7 de noviembre de 2022, No. 470 § 194 y 195; Cortez Espinoza Vs. Ecuador de 18 de octubre de 2022, No. 468 § 92; Benites Cabrera y otros Vs. Perú de 4 de octubre de 2022, No. 465 § 134; Habbal y otros Vs. Argentina de 31 de agosto de 2022, No. 463 § 82; Profesores de Chañaral y otras municipalidades Vs. Chile de 10 de noviembre de 2021, No. 443 § 204; Vera Rojas y otros Vs. Chile de 1 de octubre de 2021, No. 439 § 137; Familia Julien Grisonas Vs. Argentina de 23 de septiembre de 2021, No. 437 § 193; Urrutia Laubreaux Vs. Chile de 27 de agosto de 2020, No. 409 § 90 y 93; Petro Urrego Vs. Colombia de 8 de julio de 2020, No. 406 § 102 y 107; Rosadio Villavicencio Vs. Perú de 14 de octubre de 2019, No. 388 § 166; Rodríguez Revolorio y otros Vs. Guatemala de 14 de octubre de 2019, No. 387 § 57; Colindres Schonenberg Vs. El Salvador de 4 de febrero de 2019, No. 373 § 73; Órdenes Guerra y otros Vs. Chile de 29 de noviembre de 2018, No. 372 § 118; Villamizar Durán y otros Vs. Colombia de 20 de noviembre de 2018, No. 364 § 128; Amrhein y otros Vs. Costa Rica de 25 de abril de 2018, No. 354 § 97 y 281.

[621] Caso *Urrutia Laubreaux Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020. No. 409.

> nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de reconocer, en su caso, una violación de un derecho, y de reparar por sus propios medios los daños ocasionados…"[622]

Y por lo tanto, tal como lo refirió dos años antes el juez de la Corte IDH, Ricardo Pérez Manrique, en su voto disidente dado al caso *Spoltore vs. Argentina* de junio de 2020, "el principio de complementariedad se hace efectivo cuando se exige el previo agotamiento de recursos internos y estos sean adecuados para brindar una reparación a la violación de la Convención Americana"[623].

Será pues necesario reflexionar sobre la pertinente interpretación de tan amplios señalamientos que ha realizado la Corte IDH, en forma que permita la contribución a la vigencia del SIDH, así como la buena operación y aplicación del control de convencionalidad, pues no se trata únicamente de realizar un ejercicio lógico al confrontar normatividad -nacional con internacional-, para saber si existe conformidad, congruencia o consecuencia para que prevalezca la CADH y otros Tratados y Convenciones, Pactos e instrumentos del orden jurídico regional americano, por sobre el marco nacional.

Más bien debemos centrarnos en que el objetivo de dicho control es brindar una mejor protección -la más amplia, la mejor, la más adecuada- al ser humano, a sus derechos y a sus libertades, pues "los Tratados de Derechos Humanos son instrumentos vivos cuya interpretación debe considerar las modificaciones en el tiempo y las condiciones actuales" de cada Estado y caso en concreto.[624]

---

[622] Caso *Habbal y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 31 de agosto de 2022. No. 463.

[623] Caso Spoltore Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de junio de 2020. No. 404 § 6.

[624] *Vid.* Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999). El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-1699 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16 , Corte IDH.

Todo ello implica un importante replanteamiento de estructuras de pensamiento y argumentaciones utilizadas por juristas (jueces, abogados y administradores de justicia), quienes debemos aplicarlas -cuando corresponda y por quien tenga la facultad- de modo adecuado, para garantizar que las disposiciones convencionales alcancen los fines para los cuales han sido diseñadas.

Capítulo 8. La Interpretación Concurrente y el Margen de Apreciación Nacional en Europa

8.1 El Tribunal de Luxemburgo y la Interpretación Concurrente

8.1.1 La primacía del Derecho Comunitario y su Tribunal de Justicia

En virtud de lo dispuesto por el Título segundo, Capítulo IV del Tratado de París (en vigor a partir de julio de 1952), se creó la "Corte de Justicia" de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. Para 1957 se transformó en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Y posteriormente, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en 2009 (año de la adhesión de la UE al CEDH[625]), su denominación cambió al de Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)[626].

Según refiere el Protocolo No. 6 del TUE, el TJUE tiene su sede en Luxemburgo (art. único, inciso d)), y actualmente está integrado por dos órganos jurisdiccionales: el Tribunal de Justicia y el Tribunal General[627] (creado este último en 1988), siendo ambos los "garantes de la tutela de los derechos" en la región.[628]

---

[625] Tras la adhesión, el Tribunal de Justicia seguirá siendo la autoridad final en la interpretación del Derecho de la UE y el TEDH será la autoridad final en la interpretación del CEDH.

[626] *Vid.* Tribunal de Justicia de la Unión Europea: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/fr/.

[627] Conforme al artículo 48 del Protocolo No. 3 conocido como el "Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea previsto en el artículo 281 del TFUE" (en la versión consolidada que contempla la última modificación de abril de 2019), a partir del 1 de septiembre de 2019, el Tribunal General estará compuesto por: dos Jueces por Estado miembro. *Cfr.* https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/tra-doc-es-div-c-0000-2016-201606984-05_01.pdf.

[628] El Tribunal de la Función Pública de la UE (creado en 2004) puso fin a sus actividades el 1 de septiembre de 2016, traspasando sus competencias al actual Tribunal General, en el contexto de la reforma de la estructura jurisdiccional de la Unión. Por otra parte, los tribunales especializados -que estarán adjuntos al Tribunal General- podrán ser creados por el Parlamento Europeo y el Consejo, conforme al artículo 257 del TFUE. *Cfr.* https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016E/TXT&from=EN.

Es importante referir *grosso modo* su evolución en las más de siete décadas de su labor, durante las cuales el TJUE ha sido un gran impulsor del proceso de integración jurídica en la región, además de ser una de las siete instituciones de la actual Unión Europea.[629]

En este momento el TJUE tiene jurisdicción para, principalmente: i) garantizar la correcta interpretación, validez y aplicación uniforme del Derecho primario y derivado de la UE en su territorio, ii) controlar la legalidad de los actos de las instituciones de la UE, iii) sancionar a las instituciones de la UE por actos de acción u omisión que causen daños y perjuicios, iv) anular actos jurídicos de los países de la UE, v) interpretar o clarificar cuestiones relativas a la validez del Derecho de la Unión a solicitud de los órganos jurisdiccionales nacionales a través de procedimientos prejudiciales, y vi) vigilar que los Estados miembros respeten las obligaciones establecidas en los Tratados.[630]

Es necesario aclarar que en el SIDH no existe un Tribunal de estas características. Por lo que, salvando las distancias y diferencias, se puede decir que el TJUE ejerce las funciones de i) un Tribunal cuasi-Constitucional, pues sobre la base de los Tratados puede anular los actos normativos de los países miembros y hacer declaraciones sobre incumplimientos y omisiones relacionadas con cualquier materia; de ii) un Tribunal de Justicia Administrativa; de iii) coordinación concentrada entre las jurisdicciones nacionales, a través de la técnica de las cuestiones prejudiciales; pero, sobre todo, de iv) un Tribunal Internacional (poder judicial supranacional regional) genuinamente autónomo y supremo, ya que los Estados miembros pueden acudir al

[629] El artículo 13 del TUE (2016) señala que las instituciones de la Unión son: El Parlamento Europeo, El Consejo Europeo, El Consejo, La Comisión Europea, El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, El Banco Central Europeo y El Tribunal de Cuentas.

[630] *Vid*. Tratado de la Unión Europea, versión consolidada 2016, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016M/TXT&from=EN.

Tribunal para resolver diferencias relativas a la interpretación y aplicación del Derecho de la UE en su Derecho interno.[631]

Ahora bien, para un adecuado reconocimiento de la aplicación y efecto que tienen las normas de la UE, es necesario traer a colación la doctrina de la *supremacía* del Derecho de la Unión -o como lo denomina el TJUE "primacía" o "precedencia"-, pues al ser un pilar fundamental o característica inherente del Derecho Comunitario, tiene por objeto garantizar la unidad y la coherencia del Derecho de la Unión en toda la región (al igual que otros sistemas, la UE no habría podido funcionar si sus Tratados no hubieran primado sobre las leyes y Constituciones de los Estados miembros).[632]

Es decir, dado que el Derecho Comunitario procede de una fuente autónoma y forma parte integrante de los ordenamientos jurídicos nacionales, el *corpus iuris* europeo no puede ser anulado judicialmente por disposiciones jurídicas nacionales -aún si fueran constitucionales-, sino que más bien, como refiere el Auto del Tribunal de Justicia de 7 de noviembre de 2022:

> "§ 131. …en virtud del principio de primacía, cuando no resulte posible interpretar la normativa nacional conforme a las exigencias del Derecho de la Unión, el juez nacional encargado de aplicar, en el ámbito de su competencia, las disposiciones del Derecho de la Unión tiene la obligación de garantizar la plena eficacia de las exigencias de ese Derecho en el litigio del que conoce dejando inaplicada si fuera necesario [por conflicto], y por su propia iniciativa [*ex oficio*], toda normativa o práctica nacional, aun posterior, que sea contraria a una disposición del Derecho de la Unión que tenga efecto directo, sin que deba solicitar o esperar la previa eliminación de dicha normativa o práctica nacional por vía legislativa o mediante cualquier otro procedimiento constitucional".[633]

---

631 *Vid.* Falcón y Tella, M. (2011). Case Law in Roman, Anglosaxon and Continental Law. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 75 y ss.

632 Claes, M. (2006). The National Courts´ Mandate in the European Constitution. Oregon: Hart Publishing, *passim*.

633 *Vid.* en particular las sentencias de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, 106/77, EU:C:1978:49, § 21 y 24; de 22 de junio de 2010, Melki y Abdeli, C-188/10 y C-189/10, EU:C:2010:363, § 43; y de 4 de junio de 2015, Kernkraftwerke Lippe-Ems, C-5/14, EU:C:2015:354, § 2; y de 9 de febrero de 2017. M. S. contra P. S. Petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Justice (England and Wales), Family Division. Asunto C-283/16. EU:C:2017:104. *Cfr.* Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 7 de noviembre de 2022. Procedimiento penal entablado contra FX y otros. Asuntos

Ante tal situación, la profesora Mónica Claes acota que "el juez nacional está obligado a no aplicar dicha norma, siempre que esta obligación no limite la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales competentes de aplicar, de entre los distintos procedimientos disponibles en el Derecho nacional, aquellos que sean adecuados para proteger los derechos individuales conferidos por el Derecho Comunitario".[634]

En ese mismo sentido, unos pocos meses antes del caso mencionado, la sentencia del 22 de febrero de 2022 por una parte, reiteró al Tribunal de Justicia como el único que tiene competencia exclusiva para dar la interpretación definitiva del Derecho de la Unión al existir un posible conflicto entre éste y una norma nacional (por ende, el Tribunal de Justicia es el único que puede aplicar un control de convencionalidad europeo); y, por otra parte, en el caso de que un "órgano jurisdiccional [de rango inferior] nacional que no esté facultado para examinar la compatibilidad con el Derecho de la Unión de una normativa nacional declarada conforme con la Constitución del Estado miembro de que se trata", la Gran Sala señaló que:

> "§ 88. …el menoscabo de la independencia de los jueces nacionales que se deriva de la normativa o práctica nacional es también incompatible con los principios de *igualdad* entre los Estados miembros y de *cooperación leal* entre la Unión y los Estados miembros, reconocidos por el artículo 4 TUE, apartados 2 y 3, con el artículo 267 TFUE y con el principio de *primacía del Derecho de la Unión*, cuando la responsabilidad disciplinaria de un juez nacional se genere por el hecho de que éste se haya abstenido de aplicar una resolución del Tribunal Constitucional del Estado miembro de que se trate, al haberse negado a atenerse a una sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en un procedimiento prejudicial.
>
> § 89. Esta interpretación se impone tanto más cuanto que la exigencia de responsabilidad disciplinaria[635] a un juez nacional puede reforzar el carácter

acumulados C-859/19, C-926/19 y C-929/19. EU:C:2022:878: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62019CO0859&qid=1678734745949.

634 Claes, M. (2006). *Op. cit.* pp. 97-103.

635 El asunto C-430/21 (Efectos de las Sentencias de un Tribunal Constitucional) señala que el órgano jurisdiccional de Rumanía expuso que si los jueces nacionales decidieran atenerse a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y además llevaran a cabo una valoración de la compatibilidad de dicha normativa con el Derecho de la Unión, se expondrían a un procedimiento disciplinario y a una eventual inhabilitación, puesto que

> contrario a los requisitos del Derecho de la Unión de una normativa nacional en virtud de la cual los órganos jurisdiccionales ordinarios de un Estado miembro no están facultados para examinar la compatibilidad con el Derecho de la Unión de una disposición nacional que el Tribunal Constitucional de ese Estado miembro, negándose a atenerse a una sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en un procedimiento prejudicial, ha declarado conforme con un precepto constitucional nacional que prevé la primacía del Derecho de la Unión".[636]

Al respecto, los efectos de la supremacía del Derecho de la Unión en cada uno de los Estados miembros, en general, implica para los supremos órganos jurisdiccionales nacionales llevar a cabo funciones y obligaciones adicionales al tener que convertirse en tribunales de control supra-jurisdiccional o supra-comunitario y ejercer como "*Jueces comunitarios de Derecho Común*"[637].

Por lo tanto, desde el punto de vista del Derecho Comunitario, más allá de los múltiples estudios académicos que pueden encontrarse alrededor de los *leading cases* que condujeron a un sistema único de soberanía compartida multinivel en la Unión Europea (Van Gend & Loos

---

el incumplimiento de una resolución del Tribunal Constitucional constituye una infracción disciplinaria. El órgano jurisdiccional remitente expresó dudas acerca de la compatibilidad con el Derecho de la Unión, en particular con el principio de independencia judicial, de una normativa nacional que permite imponer sanciones disciplinarias a un juez que, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, ha examinado la conformidad de una disposición nacional con el Derecho de la Unión dejando de lado una resolución del Tribunal Constitucional del Estado miembro.

[636] *Vid*. Proceedings brought by RS. Request for a preliminary ruling from the Curtea de Apel Craiova. Reference for a preliminary ruling – Rule of law – Independence of the judiciary – Second subparagraph of Article 19(1) TEU – Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union – Primacy of EU law – Lack of jurisdiction of a national court to examine the conformity with EU law of national legislation found to be constitutional by the constitutional court of the Member State concerned – Disciplinary proceedings. Case C-430/21. EU:C:2022:99: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62021CJ0430&qid=1678647313714.

[637] El término fue utilizado por primera vez por el Tribunal de Justicia, en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) de 24 de enero de 1995. Bureau européen des médias de l'industrie musicale contra Comisión de las Comunidades Europeas. EU:T:1995:11: "60. …Según la Comisión, son por el contrario dichos órganos jurisdiccionales quienes, en su calidad de Jueces comunitarios de Derecho Común, deben determinar por sí mismos si el comportamiento de…" *Cfr*. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61992TJ0114&qid=1678984483811.

de 1963[638], Costa contra E.N.E.L. de 1964[639], y Simmenthal de 1976[640] y 1978[641]), sólo el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse sobre la validez del Derecho Comunitario, incluida la cuestión de si un acto comunitario ha sido adoptado legalmente o no.[642]

Ahora bien, además del principio de *supremacía*, es necesario señalar, en concordancia con el principio de *cooperación leal*, que los órganos jurisdiccionales "adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas que aseguren el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados…" y las contenidas en las normas comunitarias (art. 4.3 TUE).

Es decir, en aquellos casos en los que no es posible hacer valer los derechos conferidos por las normas comunitarias, los jueces nacionales tienen la obligación de interpretar -con un cierto margen de apreciación comunitario- la norma interna de conformidad con el Derecho de la Unión, velando por que "los términos utilizados en el Derecho

638 *Vid*. Judgment of the Court of 5 February 1963. NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming Van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration. Case 26-62. Edición especial española 1963 00001. EU:C:1963:1: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61962CJ0026.

639 *Vid*. Judgment of the Court of 15 July 1964. Flaminio Costa v E.N.E.L. Reference for a preliminary ruling: Giudice conciliatore di Milano - Italy. Case 6-64. Edición especial española 1964 00585. EU:C:1964:66: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61964CJ0006.

640 *Vid*. Judgment of the Court of 15 December 1976. Simmenthal SpA v Ministero delle Finanze italiano. Reference for a preliminary ruling: Pretura di Susa - Italy. Sanitary inspections. Case 35-76. European Court Reports 1976 -01871. EU:C:1976:180: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61976CJ0035&qid=1678647034908.

641 *Vid*. Judgment of the Court of 9 March 1978. Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA. Reference for a preliminary ruling: Pretura di Susa - Italy. Discarding by the national court of a law contrary to Community law. Case 106/77. Recopilación de Jurisprudencia 1978 -00629. EU:C:1978:49: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61977CJ0106.

642 *Vid*. Poiares Maduro, M., & Azoulai (Eds.), L. (2010). The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty. Oregon: Hart Publishing.

Comunitario sean interpretados de manera uniforme"[643]. Así lo confirma la sentencia de 25 de junio de 2020:

> "§ 53. Como resulta de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión de una *interpretación* autónoma y uniforme que ha de buscarse teniendo en cuenta no sólo su tenor literal, sino también el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretenda alcanzar".[644]

Sin embargo, hay que dejar claro que la obligación de interpretación conforme, uniforme y autónoma no puede extenderse hasta el punto de violar principios generales del Derecho. Por tanto, no sería admisible una interpretación *contra legem* del propio Derecho nacional.[645]

El principio de interpretación conforme implica que los órganos jurisdiccionales nacionales deben hacer todo lo posible para garantizar la plena eficacia de la norma europea de que se trate y llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta, dentro de los

---

[643] *Cfr.* Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 18 de enero de 1984. Ekro BV Vee- en Vleeshandel contra Produktschap voor Vee en Vlees. Asunto 327/82, apartados 11 y 14. EU:C:1984:11: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61982CJ0327&qid=1678737830177.

[644] *Vid.* especialmente las sentencias de 18 de enero de 1984, Ekro, 327/82, EU:C:1984:11, apartado 11, y de 7 de noviembre de 2019, K.H.K. (Retención de cuentas), C-555/18, EU:C:2019:937, apartado 38. *Cfr.* Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 25 de junio de 2020. Asunto C-36/20 PPU. EU:C:2020:495: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62020CJ0036&qid=1678733888354&from=ES.

[645] La sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de noviembre de 2016, Procedimiento penal entablado contra Atanas Ognyanov, señala que: "el principio de interpretación conforme no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional. No obstante, dicho principio requiere que el órgano jurisdiccional nacional tome en consideración, en su caso, todo el Derecho nacional para apreciar en qué medida puede éste ser objeto de una aplicación que no lleve a un resultado contrario al perseguido por la decisión marco (véanse las sentencias de 16 de junio de 2005, Pupino, C-105/03, EU:C:2005:386, apartado 47, y de 5 de septiembre de 2012, Lopes Da Silva Jorge, C-42/11, EU:C:2012:517, apartados 55 y 56). *Cfr.* EU:C:2016:835 apartados 58 y 66: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62014CJ0554&qid=1678747568592.

límites de sus competencias, teniendo en cuenta los mecanismos que sean adecuados y acordes con el Derecho interno en su conjunto, para evitar incurrir en un incumplimiento de las obligaciones internacionales.[646]

8.1.2 Interpretación Concurrente como Diálogo inter-jurisdiccional bidireccional multinivel

Debido a que el Derecho Internacional orienta y, en algunos aspectos, determina la práctica de los tribunales nacionales, se puede deducir -y reiterar- que éstos siguen desempeñando un papel activo en la construcción del *Ius Commune* regional (no sólo en el Sistema Europeo, sino también en el Interamericano), a través de la interpretación, determinación, desarrollo y aplicación del Derecho vigente supranacional, con el fin de garantizar la conformidad con las normas comunitarias-convencionales.

Justamente, para asegurar una aplicación e interpretación uniforme del Derecho de la UE, es fundamental que -de conformidad con el principio de unidad del Derecho Comunitario- el mismo concepto jurídico se interprete de igual manera por los órganos judiciales de los distintos Estados miembros que vayan a aplicar la misma norma jurídica en que aquél se encuentre contenido.

De lo contrario, como refiere el jurista mexicano Rojas Amandi, "el significado, ámbito y efectos de un concepto comunitario podrían ser determinados y modificados unilateralmente por las autoridades nacionales, lo que implicaría que el significado del término podría variar

646 *Vid.* Alonso García, R. (mayo-agosto de 2020). El control de convencionalidad: cinco interrogantes. *Revista Española de Derecho Constitucional*(119), 13-51. Obtenido de https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/82939.

de un Estado a otro, poniendo en peligro la unidad del Derecho Comunitario".[647]

Es conveniente mencionar que el principio de *interpretación conforme* o consistente, fue definido por el TJCE, a partir de uno de los asuntos más importantes de dicho Tribunal. Fue el caso *Marleasing* de 13 de noviembre de 1990 el que estableció que el juez nacional, para interpretar su Derecho interno, debe hacer todo lo posible para encontrar una interpretación del mismo conforme con el Derecho Comunitario, esfuerzo que debe llevar hasta el límite del *contra legem*; esto es, habilitando al juez nacional a forzar la interpretación hasta el máximo, pues:

> "…cuando no se dan las condiciones que permiten a la directiva producir plenos efectos en Derecho interno, el mecanismo de la interpretación de conformidad con el Derecho Comunitario de las disposiciones del Derecho nacional permite salvaguardar los principios del Derecho Comunitario. El efecto de dicho mecanismo puede determinar que la interpretación del Derecho nacional de conformidad con el Derecho Comunitario prime sobre las normas de interpretación comúnmente admitidas en el ordenamiento interno, pero, precisamente en virtud del principio de la primacía del Derecho Comunitario, deben considerarse excluidas todas las reglas de interpretación que pudieran impedir el resultado querido…"[648]

Como se explica en dicho asunto, la obligación surge como una cuestión de Derecho de la UE, principalmente de la obligación de los Estados miembros en virtud del principio de cooperación leal.

Este principio hermenéutico (interpretación conforme), visto desde la perspectiva de los derechos nacionales europeos, se ha convertido en una especie de directriz "transversal", pues -como ya se dijo- la primacía del Derecho de la Unión supone la necesidad de ajustar "en la medida de

---

[647] Rojas Amandi, V. (1er. semestre de 2003). La interpretación del Derecho de la Unión Europea. *Revista de Derecho de la Unión Europea*(4), 47-64. Obtenido de http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:1217/IntDchoUE.pdf.

[648] *Cfr*. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 13 de noviembre de 1990. Marleasing SA contra La Comercial Internacional de Alimentación SA. Asunto C-106/89. EU:C:1990:395: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61989CJ0106&qid=1678751863589.

lo posible" todo el Derecho nacional al mismo, posibilitando a su vez la aplicación de todos los métodos tradicionales de interpretación, "desde el literal e histórico o genético, hasta el teleológico-finalista y el estructural-sistemático".[649]

No obstante, algunos tribunales han precisado que este imperativo de interpretar la normativa interna "en el mismo sentido" que dicta el Derecho Convencional o Comunitario pertinente, sólo se aplica si los términos de la propia ley [nacional] pueden razonablemente tener ese sentido; de lo contrario, por un lado, estarían realizando una suplantación del poder legislativo al exceder sus "facultades concurrentes"[650] (llámense judiciales, jurisdiccionales y/o administrativas), y por otro lado, irían en contra del mismo instrumento convencional al no garantizar el espíritu y finalidad general del propio CEDH.

Esa interpretación, por supuesto, debe estar en consonancia con los principios generales de Derecho Internacional, así como con las nuevas metodologías interpretativas aplicadas por los tribunales supranacionales y por los tribunales nacionales, en concordancia con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados la cual da prioridad al "objeto y fin" de cada uno de los Tratados, es decir, hace una especie de llamamiento a la moderación en la interpretación ejecutada en la estructura estatal; más aún cuando el Tratado es -por decirlo de algún modo- "especial" al referirse a los Derechos Humanos.[651]

---

[649] Nollkaemper, A. (2011). *National Courts and the International Rule of Law* (First ed.). United Kingdom: Oxford University Press, pp. 27-31; Savigny, F. (1879). *Sistema del Derecho Romano actual.* (M. Guenoux, J. Mesía, & M. Poley, Trads.) Madrid: F. Góngora y Compañía, Editores, pp. 187 y 188.

[650] Las facultades concurrentes son aquellas mediante las cuales, las jurisdicciones estatales y supranacionales pueden actuar respecto de una misma materia -como los Derechos Humanos-, es decir, que en su regulación ambos niveles participen de forma conjunta en su desarrollo e implementación. Será en las Constituciones y leyes generales donde se determinarán las formas de coordinación de cada ámbito de competencia, pero permitiendo la participación "al mismo nivel".

[651] El vínculo entre las intenciones de los redactores y la interpretación judicial siempre ha sido una cuestión controvertida en la filosofía jurídica. *Vid.* Fitzmaurice, M., Olufemi,

Sin embargo, cabe destacar que, naturalmente, además de los Estados miembros, también los órganos políticos de la UE poseen un margen de discrecionalidad que les permite recurrir a la interpretación del Derecho nacional de los Estados miembros para determinar con mayor precisión el alcance de las normas europeas que deban ser aplicadas al caso concreto, aconteciendo de esta manera una *interpretación concurrente* (bilateral), pues, como lo indicó el propio Tribunal en 1982, "cada disposición de Derecho Comunitario debe ser situada en su contexto e interpretada a la luz del conjunto de las disposiciones de ese Derecho [nacional], de sus finalidades y de su grado de evolución…".[652]

Pero, en la sentencia de 9 de marzo de 1990, el Tribunal de Justicia refirió que:

> "§ 27. …el ordenamiento jurídico comunitario no pretende, en principio, definir sus conceptos inspirándose en un ordenamiento jurídico nacional o en varios de ellos, si no se establece expresamente. Una norma de Derecho Comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance, debe normalmente ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme que debe realizarse teniendo en cuenta el contexto de la norma y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate".[653]

Por lo que el principio de interpretación uniforme conlleva a que los conceptos contenidos en el *corpus iuris* de la UE tengan un significado propio, distintivo y autónomo que debería ser interpretado a la luz de los principios y objetivos del propio Derecho Comunitario, renunciando a dar

E., & Panos , M. (Edits.). (2010). *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years On.* Netherlands: Brill.

652 *Cfr*. Judgment of the Court of 6 October 1982. Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health. Case 283/81, apartado 20. EU:C:1982:335: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61981CJ0283.

653 *Vid*. entre otras, las sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de enero de 1982, Corman contra Hauptzollamt Gronau, 64/81, Rec. 1982, p. 13; de 18 de enero de 1984, Ekro contra Produktschap voor Vee en Vlees, 327/82, Rec. 1984, p. 107. *Cfr*. Judgment of the Court of First Instance (Fifth Chamber) of 8 March 1990. Georg Schwedler v European Parliament. EU:T:1990:19: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:61989TJ0041.

un significado "nacional" que, en pensamiento de algunos, podría resultar diferente, pues en Europa -al igual que en Latinoamérica- cada ordenamiento jurídico tiene desiguales concepciones y singulares matices lingüísticos.[654]

Al respecto, el Tribunal de Justicia, en la sentencia de 12 de noviembre de 1969, ya había aclarado que:

> "§ 3. …cuando se dirige una sola Decisión a todos los Estados miembros, la necesidad de una aplicación y, por consiguiente, de una interpretación uniforme implica que dicha norma no sea considerada aisladamente en una de sus versiones, sino que exige que se interprete tanto en función de la voluntad real de su autor como de la finalidad perseguida por el mismo, a la luz especialmente de las versiones adoptadas en todas las lenguas;
> § 4. …que debe prevalecer la interpretación menos rígida si es suficiente para garantizar los objetivos que se propone dicha Decisión…"[655]

De hecho, en la actualidad, en ocasiones "el supra Tribunal ha venido a alterar su propia jurisprudencia en cuanto a la determinación del contenido de un Derecho, teniendo en cuenta la evolución de las condiciones existentes en el contexto regional", lo que ha resultado en un evolutivo consenso relacionado con las circunstancias cambiantes o imprevistas en un momento dado; por ende, se considera al CEDH como un instrumento "vivo", que aspira a mantener su vigencia y efectividad a través de los cambios y ajustes que exige la sociedad.[656]

---

654 Rojas Amandi señala que "Los problemas que en la aplicación del método gramatical plantea la naturaleza plurilingual del Derecho Comunitario, se han resuelto por el Tribunal de Justicia comparando las diferentes versiones de la disposición en cuestión, tomando en cuenta el contexto y la finalidad que persigue y, adoptando la interpretación del texto que resulte más liberal. Cuando sean los tribunales nacionales de los Estados miembros quienes interpreten las normas comunitarias, deben comparar todas las versiones y, asimismo, deben renunciar a interpretar los conceptos del Derecho Comunitario de igual forma a como los mismos se interpreten en el Derecho nacional respectivo." *Cfr*. Rojas Amandi, V. (1er. semestre de 2003). *Op. cit*. p. 63. *Vid*. Pampillo Baliño, J., *et al*. (Coords.) (2016), *Op. cit*.

655 *Cfr*. Judgment of the Court of 12 November 1969. Erich Stauder v City of Ulm - Sozialamt. EU:C:1969:57: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61969CJ0029.

656 Ejemplo de la necesidad de extender la protección que brindan los instrumentos Convencionales en materia de Derechos Humanos, es la invasión del domicilio por agentes nocivos y molestos, como los malos olores o los ruidos (derecho al "medio ambiente domiciliario"). *Vid*. López Guerra, L. (2015). Interpretación del Derecho y

De esta forma, el Tribunal de Justicia se ha encargado de proporcionar un *estándar mínimo* "común" -no único- al suplir lagunas jurídicas de los Estados miembros, contribuyendo a un progresivo desarrollo jurisprudencial común cuyo objetivo es que aproveche a toda la comunidad, independientemente del idioma y significado que se le pueda dar en cada país, interpretando y aplicando las directrices en favor de las personas y sus intereses, conforme al principio *pro personae*.[657]

Pero, para establecer una sólida y continua cooperación interinstitucional jurisdiccional multinivel, es necesario proveer y sostener un diálogo constructivo inter-jurisprudencial, *concurrente* multilateral, sobre la base de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales nacionales (generalmente como resultado del planteamiento de una cuestión prejudicial, como se verá más adelante) y de la pertinente respuesta que provea el Tribunal de Justicia, pues conforme al artículo 13.2 del TUE:

> "Cada institución actuará dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados, con arreglo a los procedimientos, condiciones y fines establecidos en los mismos. Las instituciones mantendrán entre sí una cooperación leal".[658]

Habría que decir además que -sobre todo mediante las cuestiones prejudiciales[659]- el Tribunal de Justicia ha tenido la oportunidad de hacer

---

Sistema Europeo de Derechos Humanos. *Revista Ex legibus* (2), 63-78. Obtenido de https://libreria.tirant.com/es/detalle?new=73&articulo=E000020004397.

[657] El Tribunal de Justicia, al ser una institución judicial multilingüe, debe ser capaz de tramitar un asunto cualquiera que sea la lengua oficial de la Unión en que se haya planteado. Posteriormente publica su jurisprudencia en todas las lenguas oficiales de la Unión, lo que facilita la comparación de versiones en los distintos idiomas y permite a la sociedad civil conocer las sentencias de otros países en el idioma de su preferencia.

[658] Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea (2016). Título III. Disposiciones sobre las instituciones: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12016M/TXT.

[659] El procedimiento prejudicial de urgencia (PPU) está previsto en el artículo 23 bis, § primero, del Estatuto del TJUE y en el artículo 107 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

frente a diversos cuestionamientos y a los problemas a los que se enfrenta la sociedad del siglo XXI, al afirmar y reiterar principios que pueden considerarse característicos de la evolutiva integración (de carácter comunitario o supranacional) en el ámbito de la UE.

8.1.3 Colaboración e Integración multinivel a través del Procedimiento Prejudicial

Necesariamente es el diálogo inter-jurisprudencial multinivel que se entable entre los jueces de los órganos jurisdiccionales nacionales y los jueces del Tribunal de Justicia, junto con la elaboración de principios y normas armonizadas con los retos y objetivos que se tengan vigentes, lo que puede incidir en el desarrollo de mecanismos *ius*-protectores para la consolidación de un *Ius Commune* regional.

De hecho, así como ha sucedido en otros sistemas supra-jurisdiccionales, el Tribunal de Justicia ha contado con la colaboración fundamental de los jueces comunitarios, pues, al estar en la "primera línea" dentro de ese sistema judicial, son los tribunales nacionales los primeros llamados a interpretar y aplicar el acervo comunitario y mantener una cooperación judicial que "velará por un correcto y uniforme desenvolvimiento del Derecho europeo".[660]

Esta colaboración muestra que en la práctica hay un margen de apreciación nacional y una interpretación concurrente bidireccional (implícita o permitida para el mejoramiento del Derecho y la búsqueda de la prevalencia del principio *pro personae*).

Básicamente, en los litigios que les son sometidos, los órganos jurisdiccionales nacionales suspenden el procedimiento interno y solicitan al Tribunal de Justicia, mediante procedimientos de remisión

[660] Alonso García, R. (2014). *Sistema Jurídico… Op. cit.* p. 204.

prejudicial, que se pronuncie sobre la interpretación de una norma del Derecho de la Unión o sobre la validez de un acto de Derecho derivado, conforme a las facultades conferidas al supra-tribunal (art. 267 TFUE)[661].

Así pues, con el fin de evitar divergencias en la interpretación del Derecho Comunitario y producir un mismo efecto en todos los sistemas jurisdiccionales nacionales de la región, luego de que el Tribunal de Justicia emprendiera, juntamente con el Tribunal General, un examen general de las competencias que ambos ejercen, el Parlamento Europeo modificó, el 17 de abril de 2019, el Protocolo No. 3 (Estatuto del TJUE) y enfatizó que "las peticiones de decisión prejudicial constituyen, en efecto, la piedra angular del sistema jurisdiccional de la Unión…".[662]

Por lo tanto, la importancia de la remisión prejudicial se debe a que, al menos en el año 2021, más de la mitad de los litigios presentados ante el TJUE se introdujeron a través de este instrumento (838 asuntos planteados de los cuales 567 fueron procedimientos prejudiciales[663], en 2022 fueron casi 800 las peticiones de decisión prejudicial), además de reconocer la significativa contribución que ha aportado a la definición de principios cardinales para el desarrollo del Derecho Comunitario vigente.[664]

---

[661] Actualmente no está prevista la posibilidad de una doble instancia; cuando el TJUE conoce de una cuestión prejudicial, ésta puede ser ejercida exclusivamente por el Tribunal de Justicia. No obstante, debe señalarse que el artículo 256.3 TFUE establece que las resoluciones que el Tribunal General pueda dictar en el futuro sobre cuestiones prejudiciales podrán excepcionalmente estar sujeta al control del Tribunal de Justicia en caso de riesgos graves para la unidad o la coherencia del Derecho de la Unión.

[662] Reglamento (UE) 2019/629 del Parlamento Europeo y del Consejo, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32019R0629.

[663] Alemania fue el país que más procedimientos prejudiciales presentó (106). En ese año se resolvieron 547 cuestiones prejudiciales, de los cuales 9 fueron procedimientos prejudiciales de urgencia. Información, disponible en: https://curia.europa.eu/panorama/2021/es/index.html.

[664] *Vid*. Pascual-Vives, F. (2019). Consensus-based interpretation of regional human rights treaties (First ed.). Leiden; Boston: Brill.

Es interesante mencionar que, durante el año 2021, la Gran Sala emitió dos sentencias de gran importancia. La primera precisó que "los órganos jurisdiccionales nacionales que resuelven en última instancia no están sujetos a la obligación de remisión prejudicial"[665]; y la segunda sentencia se refirió a "la potestad de un órgano jurisdiccional superior de declarar ilegal una petición de decisión prejudicial formulada al Tribunal de Justicia por un órgano jurisdiccional de rango inferior"[666], apreciando con ello que no todos los jueces de todos los niveles pueden acceder a la instancia supranacional.

Más recientemente, como ya se mencionó, en 2022 el Tribunal de Justicia celebró su septuagésimo aniversario de existencia y labores jurisdiccionales, las cuales han acompañado la evolución jurídica de toda la Unión Europea (desde 1952).

Particularmente, después del balance que se hizo ante la afectación que sufrió la actividad judicial derivada de la crisis sanitaria de los años anteriores, se hizo hincapié a los Estados miembros para que hagan un mayor uso de las "Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales" de 2019, pues en tiempos de la globalización y la tecnología, dada la "necesidad de garantizar una tramitación rápida del asunto y una comunicación óptima con el órgano jurisdiccional remitente, el Tribunal de Justicia recomienda que se utilice la aplicación *e-Curia*, la cual

---

665 *Vid*. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de octubre de 2021. Consorzio Italian Management y Catania Multiservizi SpA contra Rete Ferroviaria Italiana SpA. EU:C:2021:799: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62019CJ0561&qid=1679006892025. Este caso hizo referencia a la Sentencia de 6 de octubre de 1982, Cilfit y otros. EU:C:1982:335: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61981CJ0283&qid=1679007021023.

666 *Vid*. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 23 de noviembre de 2021. Procedimiento penal entablado contra IS. EU:C:2021:949: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62019CJ0564&qid=1679007245767.

permite la presentación y notificación de los escritos procesales por vía electrónica".[667]

Así pues, los tribunales multinivel son, en conjunto, los guardianes tanto del funcionamiento de la Unión Europea como de los Derechos Fundamentales, pues el Tribunal de Justicia ha afirmado progresivamente la necesidad de que el sistema regional respete los Derechos Humanos conforme a los principios generales del Derecho Comunitario (con efectos vinculantes para las instituciones de la organización) convirtiéndose en un parámetro de legitimidad de la acción reguladora a escala regional.[668]

Más adelante se podrá apreciar cómo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, además de iniciar las reformas que permitieron consagrar la protección de los Derechos Fundamentales a nivel de los Tratados, ha contribuido a la consolidación y desarrollo de una unidad jurídica, en el espíritu del *Ius Commune* multinivel regional.

8.2 El Tribunal de Estrasburgo y el Margen de Apreciación Nacional

En el capítulo sexto (apartado 6.2) se expuso la reestructuración que se dio en el Sistema de Protección de Derechos Humanos debido a la natural evolución que tuvo el Consejo de Europa, a partir de haberse proclamado, en 1948, la *Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*.[669]

---

[667] Publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea el 8 de noviembre de 2019, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32019H1108%2801%29&qid=1678993118064.

[668] *Vid*. Teruel Lozano, G., Pérez Miras, A., & Rafiotta, E. (2017). Constitución e Integración Europea. Derechos fundamentales y sus garantías jurisdiccionales. Madrid: Dykinson.

[669] El Convenio se encuentra disponible en 42 idiomas: https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/convention.

Hay que recordar que dicha Convención estableció, en su artículo 19, como único órgano íntegramente judicial al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, haciéndolo competente para decidir si se han violado los derechos reconocidos en el CEDH y sus Protocolos.[670]

En ese sentido, debido a la necesidad de una modificación radical del Convenio Europeo, a partir de la entrada en vigor del Protocolo No. 11 del CEDH[671], el cual vino a consolidar la dimensión del Convenio como instrumento de protección de derechos individuales, se reestructuró el aparato de control en un nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con jurisdicción obligatoria, con competencias *contenciosa* -demandas interestatales (art. 33 CEDH) e individuales (art. 34 CEDH)- y *consultiva*, y con una operación permanente y cotidiana (antes se reunía físicamente sólo unos días al mes -como actualmente lo hace la Corte IDH-); dicho Protocolo permitió a los particulares acudir directamente al Tribunal.[672]

---

[670] *Vid*. Los textos oficiales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pueden ser consultados en: https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=.

[671] Este Protocolo (traducido del inglés) "tiene por objeto racionalizar los mecanismos de observancia de los Derechos y libertades garantizados por el Convenio. Todas las supuestas violaciones de los Derechos de las personas se remiten directamente a la nueva Corte permanente. En la mayoría de los casos, la Corte se reunirá en Salas de siete jueces. La Corte se ocupa de las peticiones individuales e interestatales. Los casos manifiestamente infundados pueden ser declarados inadmisibles por voto unánime de un comité de tres jueces. Si la Corte declara admisible la demanda, proseguirá el conocimiento del caso, junto con los representantes de las Partes, y en su caso, iniciará una investigación. Se pondrá a disposición de las Partes con miras a lograr una solución amistosa del asunto sobre la base del respeto de los Derechos Humanos. En un plazo de tres meses a partir de la fecha de la sentencia de la Sala, cualquiera de las Partes podrá, en casos excepcionales (cuestiones graves que afecten a la interpretación o aplicación del Convenio o de sus protocolos, o cuestiones graves de importancia general), solicitar que el caso sea remitido a la Gran Sala. Si se acepta la solicitud, la sentencia resultante de la Gran Sala será firme. En caso contrario, las sentencias de las Salas quedarán firmes cuando las Partes declaren que no solicitarán la remisión del asunto a la Gran Sala, o no hayan formulado solicitud de remisión transcurridos tres meses desde la fecha de la sentencia; o, si se hace tal solicitud, cuando el panel de la Gran Sala rechace la solicitud de remisión. El Comité de Ministros ya no está facultado para tratar el fondo de los casos, aunque mantiene su importante función de asegurar que los gobiernos cumplan con las sentencias de la Corte". *Cfr*. Protocolo No. 11 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por el que se reestructuran los mecanismos de control establecidos por el mismo. Disponible en: https://rm.coe.int/168007cda9.

[672] El Protocolo No. 11 se promulgó en Estrasburgo, el 11 de mayo de 1994 y entró en vigor el 1° de noviembre de 1998; por lo tanto, el 31 de octubre de 1998, el antiguo sistema de dos niveles o "viejo" Tribunal Europeo de Derechos Humanos dejó de existir.

Una segunda reforma trascendental para hacer frente al considerable aumento de solicitudes, y al consecuente atraso del TEDH, se produjo en junio de 2010 con la entrada en vigor del Protocolo No. 14 del CEDH, el cual complementó los mecanismos de control y proporcionó al Tribunal los recursos de procedimiento y la flexibilidad necesaria para examinar las demandas dentro de plazos más aceptables, estableciendo así un nuevo criterio de admisibilidad al haber instaurado la intervención de un juez único en la fase de admisión de la demanda (antes era un Comité de tres jueces).[673]

Aunado a ello, dado que la eficacia del SEDH está basada, fundamentalmente, en el mecanismo jurisdiccional, desde el año 2010 ha habido varias conferencias de alto nivel en las que se trató sobre el futuro del TEDH, para identificar métodos que garanticen la eficacia a largo plazo del sistema de la Convención. Algunas de las conferencias condujeron, en particular, a la adopción de los Protocolos 15 y 16 del Convenio.[674]

El Protocolo No. 15 del CEDH, que entró en vigor el 1° de agosto de 2021, añadió al preámbulo del CEDH una referencia -clara y directa- al

---

El "nuevo" Tribunal empezó a funcionar el 1º de noviembre de 1998; su sede está en Estrasburgo (artículo 19 del Reglamento del Tribunal).

673 Este Protocolo (traducido del inglés) "pretende realizar los cambios tales como la introducción de un nuevo criterio de admisibilidad, el tratamiento de casos repetitivos o casos claramente inadmisibles, para un funcionamiento más satisfactorio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En virtud del Protocolo, el Comité de Ministros estará facultado, si así lo decide por mayoría de dos tercios, para entablar acciones ante la Corte cuando un Estado se niegue a cumplir una sentencia. El Comité de Ministros también tendrá una nueva facultad para solicitar al Tribunal la interpretación de una sentencia. Esto es para ayudar al Comité de Ministros en su tarea de supervisar la ejecución de sentencias y particularmente en determinar qué medidas pueden ser necesarias para cumplir con una sentencia. Otras medidas del Protocolo incluyen cambiar el mandato de los jueces a un mandato único de nueve años y una disposición que permita la adhesión de la Unión Europea al Convenio". *Cfr.* Protocolo No.14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, por el que se modifica el sistema de control del Convenio. Disponible en: https://rm.coe.int/1680083711.

674 Bou Franch, V., & Castillo Daudí, M. (2014). *Op. cit.* pp. 122 y ss.

principio de subsidiariedad y a la doctrina del *margen de apreciación nacional*, hecho que se traduce en la gran responsabilidad que tienen los Estados para proteger los Derechos Fundamentales de todas las personas bajo su jurisdicción. También redujo de 6 a 4 meses el plazo para presentar una demanda ante el Tribunal (el nuevo plazo entró en vigor el 1° de febrero de 2022).[675]

A diferencia del Protocolo No. 15, el Protocolo No. 16 del CEDH[676] (en vigor desde 2018 luego de haber alcanzado las diez ratificaciones) no alteró materialmente el contenido del Convenio, pero sí "instauró una vía incidental de *diálogo* entre los jueces nacionales y los de Estrasburgo en el marco de procesos nacionales vinculados al control de convencionalidad de normas internas".[677]

El documento consideró que gracias a la ampliación de la competencia del TEDH para emitir opiniones consultivas (dictámenes consultivos que podrían funcionar como una especie de "opiniones prejudiciales" o fuente de inspiración de interés general -*erga omnes*- en materia de Derechos Humanos), se mejoraría y se consolidaría la

[675] Para mantener la eficacia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, este Protocolo introdujo los siguientes cambios en el Convenio (traducido del inglés): "Agregar una referencia al principio de subsidiariedad y la doctrina del margen de apreciación al Preámbulo del Convenio; Acortar de seis a cuatro meses el plazo dentro del cual se debe presentar una demanda ante el Tribunal; Modificar el criterio de admisibilidad de "desventaja significativa" para eliminar la segunda salvaguardia que impide el rechazo de una solicitud que no haya sido debidamente considerada por un tribunal nacional; Retirar el Derecho de las Partes de un caso a oponerse a la renuncia de jurisdicción sobre el mismo por parte de una Sala a favor de la Gran Sala; Reemplazar el límite máximo de edad para los jueces por el requisito de que los candidatos para el puesto de juez tengan menos de 65 años de edad en la fecha en que la Asamblea Parlamentaria haya solicitado la lista de candidatos". *Cfr*. Protocolo No. 15 por el que se modifica el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Disponible en: https://rm.coe.int/1680084831.

[676] Este Protocolo (traducido del inglés) "permite a las cortes y tribunales superiores solicitar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos que emita opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relacionadas con la interpretación o aplicación de los Derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos. *Cfr*. Protocolo No. 16 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Disponible en: https://rm.coe.int/1680084832.

[677] Alonso García, R. (2014). Epílogo: la novedosa opinión consultiva del Protocolo No. 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. *European inklings* (4), 179-186.

interacción y diálogo entre dicha Corte y los más altos tribunales nacionales, y con ello se reforzaría la aplicación y vigilancia del Convenio Europeo, a través de la observancia de ejecución de sentencias que el TEDH emita (su ejecución es supervisada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa), de conformidad a su vez con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad enunciados en el artículo 1° del Protocolo No. 2 del TFUE (2016).[678]

A continuación se expondrá primeramente la doctrina del margen de apreciación nacional, según la cual los Estados miembros disponen -conforme al principio de subsidiariedad-, respecto de la interpretación y aplicación de determinados derechos y libertades, de un margen de acción y determinación de la amplitud del Derecho o de sus límites; posteriormente se abordará la relevancia del principio de subsidiariedad.[679]

8.2.1 Margen de Apreciación Nacional

Como se verá más adelante, debido a la discrecionalidad, la proporcionalidad y la ponderación que ejercen los jueces nacionales al aplicar las normas y sentencias emitidas por un órgano supranacional, porque naturalmente pueden existir diferencias y matices al interpretarlas, es que se ha hecho necesario crear lo que se conoce como "margen de apreciación nacional", herramienta procesal o criterio hermenéutico del cual disponen los Estados miembros, como un margen de maniobra que les permite adaptar sus compromisos internacionales al contexto nacional, para una adecuada acción y determinación respecto

[678] El único órgano legitimado para solicitar un Dictamen al Tribunal de Estrasburgo es el Comité de Ministros. La opinión consultiva será leída en audiencia pública por el Presidente del Tribunal o por otro juez delegado por él, previa comunicación al Comité de Ministros (artículo 49 del Convenio) y a las Partes Contratantes (artículo 89 del Reglamento). La opinión consultiva deberá estar motivada.

[679] Rodríguez Díaz, B. (2015). *Op. cit.* p. 94.

de la amplitud del Derecho o de sus límites, según lo estipule cada Estado miembro de la UE.[680]

Valga señalar que, obviando a los distintos órganos que componen a los Estados y organismos internacionales, tanto los tribunales internacionales como los nacionales, además de minimizar conflictos interpretativos, están actuando como agentes de unidad jurídica, ya que al perseguir líneas jurisprudenciales supra-*ius*-protectoras coherentes y conforme a sus propios regímenes jurídicos competenciales, al mirar hacia distintas fuentes de Derecho (como los principios generales del Derecho, los Tratados, la supra-jurisprudencia, la propia Constitución y las tradiciones comunes de los países miembros), están dando sentido a la conformación e integración de un *Ius Commune*, al menos en materia de Derechos Humanos.

En ese sentido, en este primer cuarto del siglo XXI, se está construyendo gradualmente un sistema jurídico común (inter-nacional, común-regional, e incluso común-global), cuyas redes multinivel verticales y horizontales se extienden, principalmente, gracias a la labor de armonización y recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que hacen los legisladores y jueces nacionales (muy similar a como lo hicieron los juristas del *Mos Italicus* y sus sucesores, tal como ha sido expuesto en los primeros capítulos de este trabajo).

Esta doctrina o técnica del margen de apreciación nacional surgió en un contexto de integración regional en Europa y ha sido desarrollada y practicada más continua y enfáticamente a través de la jurisprudencia del TEDH.[681]

---

[680] García Belaunde, D. (2016). *Op. cit.* pp. 151-184.

[681] En el Recurso No. 176/56 presentado por el Reino de Grecia contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la Comisión Europea de Derechos Humanos mencionó en su Informe el 26 de septiembre de 1958 (Volumen II, página 326) que "…la Comisión opinó, no obstante, que debía concederse un cierto margen de apreciación a las autoridades nacionales". Disponible en:

Aunque el concepto aún es sometido a críticas por ser un criterio controvertido o parámetro de decisión no regulado, por considerar posibles excesos de discrecionalidad en la decisión judicial, por producir una sensación de inseguridad jurídica e imprevisibilidad, y por creer que se pueda poner en riesgo la efectividad de un determinado sistema, al menos en la práctica europea ha permitido mejorar el cumplimiento estatal de las normas internacionales en el ámbito de los Derechos Humanos, al considerar que dicho margen es un eslabón complementario entre la jurisdicción nacional y la supranacional.[682]

Al respecto, dado el extendido uso del margen de apreciación nacional, o margen de acción, o margen de discrecionalidad, que el Tribunal de Estrasburgo reconoce y reserva a cada uno de los Estados miembros, se puede decir que, desde la primera sentencia que menciona la doctrina ("Caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica"[683], sentencia 1474/62 de 23 de julio de 1968), hasta la última más reciente consultada ("Caso X vs. República Checa"[684], sentencia 64886/19 de 30 de marzo de 2023), más de 2.500 sentencias han reiterado el reconocimiento e importancia que tiene el uso de esta herramienta hermenéutica por parte de los Estados miembros (al 31 de marzo de 2023 existen 67.233 juicios en total).[685]

---

file:///C:/Users/Carly/Downloads/GREECE%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%20(Volume%20II)%20(1).pdf.

682 *Cfr*. Alonso García, R. (2014). *Sistema* Jurídico… *Op. cit.* p. 232.

683 Sentencia disponible en: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:[%22document%22],%22itemid%22:[%22001-57525%22]}.

684 Sentencia consultada el 31 de marzo de 2023, disponible en: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:[%22document%22],%22itemid%22:[%22001-223719%22]}.

685 Todas las sentencias del TEDH están disponibles en la base de datos HUDOC. Al elegir como palabra clave "Margin of appreciation", el resultado obtenido es de 2508 casos, si en lugar de seleccionar palabra clave, se escribe "Margin of appreciation", el resultado arroja 2745 sentencias, así como si de escribe "Margin of" el resultado que da es de 2865 casos. Información disponible en: https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw&c=.

Sólo para ejemplificar con una de las ya varias sentencias más citadas en la historia del Tribunal que aborda el tema en cuestión, en el Caso Marckx vs. Bélgica (sentencia 6833/74 de 13 de junio 1979) se expuso que, al actuar dentro de ese marco con "buena voluntad" o de "buena fe" por parte de los Estados miembros, el margen de apreciación nacional serviría para equilibrar y flexibilizar posturas ante diversos conflictos, pues:

> "Derecho belga: la cuestión en abstracto; la cuestión del «margen de apreciación»
>
> § 29. …No obstante, …continuaría estimando que el Gobierno belga no debería ser condenado por la aplicación de una ley a la que, pese a que algunos la consideran defectuosa o poco equitativa, tiene en realidad grandes méritos (como se ha constatado claramente en el curso del procedimiento) y en todo caso se sitúa dentro del margen de libre apreciación o discrecionalidad reconocido a todo Gobierno que actúe de buena fe; no veo cómo se podría exigir a todos los Estados que formulasen leyes uniformes en materias de esta naturaleza... En cualquier caso, los Estados deben tener la posibilidad de cambiar de actitud en el momento que juzguen oportuno, de la forma que estimen conveniente y por los medios que juzguen razonables. Debe reconocérseles un cierto margen de actuación".[686]

No hay que perder de vista que el propio TEDH consideró al CEDH como "un instrumento vivo que… debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales",[687] por lo tanto "la interpretación del Convenio evoluciona, sin necesidad de que se modifique la formulación del Derecho"[688]. De ahí la necesidad de adaptar e interpretar la normativa con el contexto de cada individuo y nación, a través del tipo de herramientas hermenéuticas propuestas en este trabajo.

Es verdad que aún no existe una teoría general al respecto y que el concepto continúa evolucionando -como en el caso del control de

---

[686] Sentencia disponible en: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22\%22CASE%20OF%20MARCKX%20v.%20BELGIUM\%22%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57534%22]}.

[687] Caso Tyrer vs. The United Kingdom, sentencia 5856/72 de 25 de abril de 1978. Disponible en: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57587%22]}.

[688] García Belaunde, D. (2016). *Op. cit.*

convencionalidad en Latinoamérica-; sin embargo, el margen de apreciación interpretativo nacional permite, por un lado, el respeto a la soberanía al poner un límite a la intervención de los órganos de supervisión supranacional, y, por otro lado, conforme al principio de subsidiariedad, supone el reconocimiento de que las autoridades nacionales puedan ("por su cercanía al conocimiento de los hechos, y por ser las más capacitadas para la interpretación y aplicación de las normas nacionales"), apreciar mejor cuáles son las necesidades de los gobernados teniendo en cuenta sus propias circunstancias.[689]

Este margen hermenéutico, por supuesto, "no puede ser abordado o entendido sin limitación alguna" y no siempre debería ser aplicado pues debe ser entendido como un instrumento de carácter excepcional, es decir, debe utilizarse en el caso que lo amerite, además de ser coherente con lo que estipule el Derecho nacional e internacional, a través de las líneas desarrolladas por los entes e instrumentos regionales, en este caso el TEDH y dentro de los límites señalados por el propio Convenio Europeo y sus derivados (en el caso del SIDH, con lo que circunscriba la Corte IDH, la CADH y, en sí, todo el *corpus iuris* interamericano).[690]

A la luz de estas ideas, se puede concluir que es mejor permitir y reconocer que los Estados miembros cuenten válidamente con un margen de apreciación nacional, para i) ayudar a mitigar conflictos y divergencias ante circunstancias cambiantes o imprevistas (las cuales son típicas de los escenarios de pluralismo constitucional e inevitables en todo sistema multinivel), ii) evitar la sobrecarga de asuntos al órgano jurisdiccional

[689] López Guerra, L. (2013). El Sistema Europeo de Derechos Humanos. Manual. En G. Bandeira Galindo, R. Ureña, & A. Torres Pérez, *Protección Multinivel de Derechos Humanos* (pp. 165-186). Barcelona: Programa financiado por la Comisión Europea. Programa coordinado por la Universitat Pompeu Fabra.

[690] Barbosa Delgado, F. (enero-junio de 2011). Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales. *Revista Derecho del Estado*, 107-135. Obtenido de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1874735.

supranacional, y iii) permitir ponderar diversas realidades, en lugar de insistir e imponer una uniformidad jurídica rígida en casos concretos.

8.3 Principio de Subsidiariedad

Aunque el principio de subsidiariedad fue un importante desarrollo de la ciencia política aristotélica (el cual remonta sus orígenes a la Grecia clásica, pues se inspiró en la crítica de Aristóteles a la teoría del comunismo de Platón, y fue retomada posteriormente por Tomás de Aquino y la escolástica medieval[691]), en realidad apareció por primera vez en el pensamiento político europeo moderno, luego de haberse establecido como un principio del pensamiento apostólico escrito por Pío XI en 1931, con motivo de la 40° conmemoración de la primera encíclica social[692] de 1891.[693]

En la carta encíclica *Quadragesimo anno* "Sobre la restauración del orden social"[694], el papa[695] Pío XI (†1939) refirió que dicho principio debería servir a un fin público que sea coherente con la preocupación por cultivar las virtudes del pueblo. Además señaló que la autoridad superior comete una injusticia cuando priva a la autoridad inferior de la discreción que ésta es competente de hacer (§ 79) "ya que toda acción de la sociedad,

---

691 *Vid*. Touchard, J. (1963). *Op. cit*.

692 León XIII. (15 de mayo de 1981). *Vaticano.* Obtenido de Carta Encíclica Rerum Novarum, Sobre la situación de los obreros: https://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html

693 El profesor Alvear Téllez publicó un interesante artículo donde señala que "el *corpus* político de Pío XI ofrece particular importancia en nuestros tiempos, dada la crisis que afecta a los sistemas contemporáneos". *Vid*. Alvear Téllez, J. (2022). La doctrina política de Pío XI: una interpretación antimoderna. *Revista de Estudios Jurídicos [Sección historia del pensamiento político]*(44), 769-793. Obtenido de https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552022000100769&script=sci_arttext#fn68.

694 Pío XI. (15 de mayo de 1931). *Vaticano.* Obtenido de carta encíclica Quadragesimo anno de Pío XI "Sobre la restauración del orden social en perfecta conformidad con la ley evangélica" al celebrarse el 40° aniversario de la Encíclica "Rerum Novarum" de León XIII: https://www.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html.

695 *Vid*. nota a pie de página No. 34.

por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social" en aras de una "autoridad y eficacia social más fuertes" y próspera del Estado.[696]

En la misma línea o doctrina que ha desarrollado el Vaticano, el "Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia" de 2004 señala que, junto con los principios del bien común y la solidaridad, el de subsidiariedad tiene como consecuencia "la participación del ciudadano, como individuo o asociado a otros, ya que es un deber que todos hemos de cumplir libre y conscientemente, en modo responsable, a fin de contribuir a la vida cultural, económica, política y social de la comunidad civil a la que se pertenece".[697]

Hay muchos académicos que han abordado el tema desde perspectivas históricas, comparadas, sociales y jurídicas, y la mayoría concuerda en el sentido de que -al igual que el jurista australiano Finnis- el principio de subsidiariedad "es un principio de justicia" que significa asistencia o ayuda (que viene del latín "*subsidium*" como "subvención"), debido a que ayuda a garantizar un cierto grado de independencia a una autoridad inferior respecto de una instancia superior, por lo tanto "se trata de un sentido positivo de la justicia que obliga a los gobiernos y a otras "asociaciones" a cultivar la capacidad de sus miembros para elegir y hacer realidad sus compromisos".[698]

La idea de la subsidiariedad en materia socio-política es que los asuntos deben tratarse -conforme al principio de proximidad (art. 10,

---

[696] Fleming, J., & Levy, J. (Eds.) (2014). *Federalism and Subsidiarity.* New York and London: New York University Press, *passim*.

[697] Card. Sodano, A. (2 de abril de 2004). *Vaticano*. Obtenido de Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia: https://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_sp. html#PRESENTACI%C3%93N.

[698] Finnis, J. (2011). *Natural Law & Natural Rights* (Second ed.). (P. Craig, Ed.) United States: Oxford University Press. Obtenido de https://archive.org/details/NaturalLawAndNaturalRightsClarendonLaw2011/page/n3/mode/2up?view=theater, pp. 146, 159 y 169.

apartado 3 TUE)- y decidirse en el nivel de gobierno competente más cercano a la persona, problema o situación que requiera un pronto auxilio y atención; por ende, conforme al reparto de funciones y competencias entre los múltiples niveles de gobierno (local, regional, nacional o comunitario), los entes supranacionales deberían desempeñar un papel de apoyo subsidiario en la gobernanza de cada Estado, interviniendo únicamente cuando las instituciones gubernamentales sean incapaces de actuar por sí mismas o resulte insuficiente su mediación o intervención.[699]

Por lo tanto, dada la colaboración eficaz entre administraciones de distinto nivel, tanto internamente como entre éstas y las comunitarias regionales, podría interpretarse que el principio de subsidiariedad concede primacía a las administraciones públicas locales, frente a administraciones públicas de ámbito estatal o supranacional.[700]

Este principio se puede decir que también está íntimamente ligado con los deberes de justicia distributiva, pues al entender que su fundamento global conlleva a la percepción de una analogía entre las circunstancias de justicia de las esferas estatal y global, automáticamente "presupone y genera un sentido de unidad o comunidad que garantiza las expectativas de justicia social, o que el sentido de sus principios sólo cobra contenido en un marco social y cultural determinado" para contribuir al bien común.[701]

---

[699] *Vid*. Achá, D. (2013). El principio de subsidiariedad. Clave jurídica de la integración. Quito: Corporación Editora Nacional, *passim*; Suñé Cano, J., & Abellán Salort, J. (2022). Derechos humanos y doctrina social de la Iglesia. En A. Herrera Fragoso, *Derechos Humanos: Perspectivas de Juristas Iusnaturalistas. Tomo I: Sustento Histórico, Antropológico y Filosófico de los Derechos* (pp. 435-472). México: Tirant lo Blanch.

[700] *Vid*. Ferrer Mac-Gregor, E., & Herrera García (Coords.), A. (2013). *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales.* México: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Corte Interamericana de Derechos Humanos, UNAM y Tirant lo Blanch.

[701] *Cfr*. Turégano, I. (2022). La Justicia Social Global: un paradigma ético-político. En Juan Pablo Pampillo Baliño, & Santiago Botero Gómez (Coords.), *Justicia Social Global. Perspectivas, reflexiones y propuestas desde Iberoamérica.* México: Tirant Lo Blanch, pp. 172, 174 y ss. *Vid*. Martínez-Sicluna y Sepúlveda, C. (2012). Las falsificaciones ideológicas del bien común. *Verbo (Madrid): Revista de formación cívica y de acción*

En ese sentido, el aplicar el principio de subsidiariedad es conveniente porque reconoce implícitamente el Derecho Natural de las personas a que sus problemas sean tratados de forma justa y expedita por el nivel de gobierno más cercano a ellas, pero permitiendo que también el sector privado se involucre, de manera tal que la subsidiariedad fomente la diversidad haciendo que el gobierno sea más flexible para responder mejor a las necesidades reales de las personas a las que sirve en su territorio soberano.

Además, con la intención de concretar un desarrollo sostenible en la dimensión global (supranacional e internacional), el principio de subsidiariedad podría ser una guía de actuación de las administraciones públicas multinivel que repercuta en todas las políticas y actuaciones, gestione de forma eficaz los recursos y preserve la cohesión social.[702]

Por lo que hace al principio de subsidiariedad, particularmente encontrado en la legislación europea, se codificó formalmente en el Tratado de Maastricht de 1992 y se reafirmó en el Tratado de Lisboa en 2007. Actualmente, la versión consolidada de junio 2016 del TUE lo cita:

En el Preámbulo:

> "RESUELTOS a continuar el proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la que las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos, de acuerdo con el principio de subsidiariedad".

En el artículo 5, apartados:

> "1. La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.
> 2…

cultural, según el derecho natural y cristiano(509-510), 721-732. Obtenido de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4118736.

[702] *Vid*. García Jaramillo, L. (2016). Activismo judicial y Dogmática de los márgenes de acción: una discusión en clave neoconstitucional (Primera ed.). Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales.

> 3. En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.
>
> Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo.
>
> 4…
>
> Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de proporcionalidad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad".

Y en el artículo 12, inciso b):

> "Los Parlamentos nacionales contribuirán activamente al buen funcionamiento de la Unión, para lo cual: b) velarán por que se respete el principio de subsidiariedad de conformidad con los procedimientos establecidos en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad…"

Concretamente, los Estados miembros de la UE dedicaron todo un Protocolo (No. 2) a la subsidiariedad por temor a que, con el tiempo, no se protegieran suficientemente sus prerrogativas. Este Protocolo define las circunstancias en las que es preferible la actuación de la UE en lugar de los Estados miembros.[703]

De hecho, tanta ha sido la preocupación por que este principio permita i) alcanzar "a las autoridades locales y regionales, y a los Parlamentos nacionales un papel más destacado", a través de una "subsidiariedad activa", ii) situar al principio "en el centro del proceso democrático europeo", y iii) admitir una mejor "interpretación común en la labor de las instituciones de la UE", que el Parlamento Europeo publicó, el 18 de febrero de 2022, una Resolución que recordó que es de vital importancia "elaborar una legislación preparada para el futuro que

[703] *Vid*. Protocolo No 2. Sobre la aplicación de los Principios de Subsidiariedad y Proporcionalidad, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12016M/TXT.

siga el ritmo de la innovación digital, sin perjuicio de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad".[704]

Por lo que respecta al ámbito de los Derechos Humanos -fuera del contexto de la UE-, el principio de subsidiariedad se concibe como una tarea conjunta y complementaria (como ha sido señalado tanto en el Convenio Europeo como en la Convención Americana[705]), sin establecer límites exclusivos a los niveles nacional e internacional, pues colaboran de forma complementaria (no excluyente) y reconocen un límite a la intervención de cada tribunal (al ser subsidiarios).

Al respecto, resulta especialmente destacada la reforma que se hizo al Preámbulo del CEDH (elaborado en 1950[706]), en vigor a partir de agosto 2021, el cual destaca:

> "Afirmando que las Altas Partes Contratantes, de conformidad con el principio de subsidiariedad, tienen la responsabilidad principal de garantizar los derechos y libertades definidos en el presente Convenio y sus Protocolos, y que al hacerlo disfrutan de un margen de apreciación, bajo el control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos establecido por el presente Convenio".

También, el principio de subsidiariedad ha sido citado:

En el artículo 35, primer § del Convenio, donde el TEDH desempeñará un papel subsidiario, pues:

---

[704] *Vid.* Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de junio de 2021, sobre la adecuación de la normativa de la Unión Europea y la subsidiariedad y la proporcionalidad, informe "Legislar mejor» correspondiente a los años 2017, 2018 y 2019. Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 18 de febrero de 2022, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021IP0316&from=ES.

[705] El artículo 46 de la Convención Americana dispone que, "para que una petición o comunicación sea admitida por la Comisión, se requerirá que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos".

[706] *Vid.* Convenio Europeo de Derechos Humanos, modificado por los Protocolos 11, 14 y 15, y completado por el Protocolo adicional y los Protocolos 4, 6, 7, 12, 13 y 16; está disponible en español: https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf. En 42 idiomas: https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/convention.

> "Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de Derecho Internacional generalmente reconocidos y en el plazo de cuatro meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva".

Y en el Preámbulo del Protocolo No. 16 del CEDH:

> "Considerando que la ampliación de la competencia del Tribunal para emitir opiniones consultivas reforzará la interacción entre el Tribunal y las autoridades nacionales y consolidará así la implementación del Convenio, de conformidad con el principio de subsidiariedad".

Consecuentemente, el principio de subsidiariedad da muestra de su importancia tanto para la legislación de la UE, como para las Constituciones de muchos países -incluidos los del SIDH-.

8.4 Diálogo inter-supra-jurisprudencial entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Aunque el TJUE y el TEDH son instituciones con historias diferentes, con objetivos distintos, dentro de organizaciones disímiles, en los que cada uno cuenta con su autonomía[707], perspectiva jurídica, límites y fronteras, en la práctica ambos son competitivos, cooperativos y constructivos en el actual *Ius Commune* de la Unión Europea.

Asimismo, dado que existen interacciones e influencias recíprocas, los Tribunales de Justicia y Europeo de Derechos Humanos han llevado a cabo una tarea de diálogo, precisión y delimitación constante de la extensión y significado de los distintos derechos reconocidos en sus respectivos instrumentos, lo que conlleva a su vez a experimentar algunos conflictos y desacuerdos en las posturas al momento de dictaminar los casos que se les presentan.

[707] *Vid.* Miraut Martín, L. (2022). La legitimidad democrática del poder judicial. Revista Internacional de Pensamiento Político(17), pp. 389-405. Obtenido de https://www.upo.es/revistas/index.php/ripp/article/view/7524/6602.

Precisamente, tanto el Tribunal de Luxemburgo como el de Estrasburgo son instituciones de control de sus respectivas organizaciones regionales, y su configuración institucional enmarca la interacción de los Estados miembros con cada institución.

Por una parte, el TEDH es una institución de control del Consejo de Europa (con 47 Estados miembros), y su objetivo es supervisar el cumplimiento de los Derechos Humanos consagrados en el CEDH.

Por otra parte, el TJUE es una institución de control de la UE (con 27 Estados miembros), y su objetivo es supervisar el sistema jurídico de la Unión. Aunque éste no es principalmente un Tribunal que trate cuestiones de Derechos Humanos, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE es jurídicamente vinculante y un número creciente de casos en el TJUE tocan cuestiones en esta materia.

Comprensiblemente, no es posible llevar a cabo un análisis pormenorizado del intercambio de opiniones o diálogo inter-supra-jurisprudencial (confirmativo, corrector o discrepante) que ha coexistido en la historia de ambos Tribunales, pues dicho estudio requeriría una exposición más extensa y detallada[708]. Sin embargo, a continuación se intentará mostrar *grosso modo* la labor que han hecho estas dos Cortes Europeas en conjunto, en lo concerniente a los Derechos Humanos y Fundamentales.

[708] Muchos son los juristas y académicos que han hecho referencia a los múltiples casos al respecto, por ejemplo puede consultarse: Alonso García, R. (2014). *Sistema* Jurídico… *Op. cit*; Ferrer Mac-Gregor, E., & Herrera García (Coords.), (2013). *Op. cit*; López Guerra, L. (2013). *Op. cit*; Binder, C. (2016). El Diálogo Jurisdiccional en materia de Derechos Humanos: Zolotukhin contra Rusia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Cámara, 10 de febrero de 2009. En Ferrer Mac-Gregor, *Derecho Procesal Constitucional Transnacional. Interacción entre el Derecho Nacional y el Derecho Internacional* (pp. 249-276). México: Porrúa; Brito Melgarejo, R. (2016). *Diálogo jurisprudencial y protección de los Derechos Humanos.* México: CNDH; Ferrer Mac-Gregor, E., & Herrera García (Coords.), A. (2013). *Op. cit*; García Jaramillo, L. (2016). *Op. cit*; Häberle, P. (2003). *Op. cit*; Pascual-Vives, F. (2019). *Op. cit*; Silverio Salgueiro, J. (2016). *Op. cit.* pp. 335-360.

8.4.1 Por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Por un lado, es de reconocerse que gran parte de la historia de la Unión Europea está nutrida con sentencias del TJUE, pues al tener que responder (a través de sus fallos, dictámenes e interpretaciones) a los actos jurídicos de los países de la región, éste ha creado -y continúa haciéndolo- un renovado ordenamiento jurídico europeo que va más allá de las competencias de, por ejemplo: fiscalidad, unión bancaria, Estado de derecho, medio ambiente, propiedad intelectual, política extranjera o del espacio penal europeo, pues se ha tenido que enfrentar a situaciones que se impugnan por violación de los Derechos Fundamentales en las legislaciones nacionales.[709]

Acotando en este capítulo la labor que esta institución supra-judicial ha realizado en materia de Derechos Fundamentales, es preciso señalar que dicho Tribunal señaló por primera vez, en 1969, que:

> "§ 7. …[habiendo sido] interpretada la disposición controvertida, no ha revelado ningún elemento que permita cuestionar los Derechos Fundamentales de la persona en los principios generales del Derecho Comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia".[710]

Con el correr de los años, desde 1969 y hasta el 31 de marzo de 2023, el TJUE se ha referido puntualmente -en al menos 1447 casos- a la importancia y repercusión que tiene la protección de los Derechos Fundamentales, porque forman parte integrante de los principios que estructuran la Unión Europea. Así pues, a raíz de los cambios introducidos por el Tratado de Lisboa, dentro de ese cúmulo de casos, al menos 438 sentencias corresponden al periodo 2010 a marzo de 2023.[711]

---

[709] La actividad judicial puede ser conocida en un recorrido de las sentencias más relevantes del año 2021, a través de: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7000/es/.

[710] *Cfr.* Judgment of the Court of 12 November 1969. Erich Stauder v City of Ulm - Sozialamt. EU:C:1969:57: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61969CJ0029.

[711] *Cfr.* https://eur-lex.europa.eu/search.html?qid=1680303688407&name=browse-by%3Anew-case-

Ahora bien, por lo concerniente al "diálogo inter-supra-jurisprudencial" cada vez mayor que se ha entablado, cabe señalar que el TJUE sustentó sus propias sentencias con la cita de diversa jurisprudencia del TEDH en al menos 113 casos (septiembre 2011 a marzo 2023).[712]

Por lo tanto, el sistema del CEDH se ha visto delimitado en las sentencias del Tribunal de Luxemburgo, gracias a los razonamientos que el TEDH ha expuesto en sus interpretaciones, a través de la exposición de citas en las sentencias, en la sección de "Derecho internacional y europeo relevante", por ser de apoyo o refuerzo, tácito o implícito.

8.4.2 Por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Por otro lado, así como el TJUE se ha enfrentado a temas de Derechos Fundamentales, el TEDH también lo ha hecho ante cuestiones de la entonces Comunidad (CE) y de la actual Unión Europea, teniendo en cuenta que las Declaraciones de Derechos pronunciadas en el marco de un diálogo inter-judicial no son órdenes jurídicamente vinculantes, sino más bien incorporan opiniones o recomendaciones que la otra parte puede elegir seguir o no, de forma discrecional.

Como muestra del diálogo entablado ahora por el TEDH, en los casos que se pudieron analizar, particularmente a partir de 2002 con el "Caso Société Colas Est y otros vs. Francia"[713], puede apreciarse un

law&type=named&RJ_NEW_2_CODED=1.04&AU_CODED=CJ&RJ_NEW_1_CODED=1&FM_CODED=JUDG&sortOne=DD&sortOneOrder=desc.

712 *Cfr.* https://eur-lex.europa.eu/search.html?textScope0=tite&qid=1680303688407&name=browse-by%3Anew-case-law&type=named&andText0=ECtHR&AU_CODED=CJ&FM_CODED=JUDG&sortOne=DD&sortOneOrder=desc.

713 Sentencia disponible en: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:[%22document%22],%22itemid%22:[%22001-60431%22]}. § 26.

incremento de la frecuencia de citas que éste hace hacia la jurisprudencia del Tribunal de Justicia; específicamente -al 31 de marzo de 2023-, al menos hay 138 juicios que se remiten a las sentencias dictadas por el TJUE (la última más reciente consultada, es la de 4 de octubre de 2022, referente al "Caso De Legé vs. Países Bajos"[714]).

Lógicamente, "el TEDH tendrá en cuenta progresivamente no sólo los mandatos propios de la Carta de los Derechos Fundamentales, sino también la jurisprudencia del TJUE por contener la interpretación de la Carta". Por lo que, tanto el CEDH como la Carta "son expresión de una realidad común, que exige la acción [coordinación y diálogo] también común de los mecanismos de ambos sistemas".[715]

De manera que, en una progresiva judicialización de la implementación de las sentencias, ésta ya no es una competencia exclusiva de los Estados miembros, sino que se percibe como una competencia compartida entre tribunales internacionales, y entre éstos y las Cortes de cada país.

De hecho, el TEDH ha definido un nivel mínimo de protección de Derechos Humanos que los Estados miembros de la región deben respetar, conforme a las obligaciones que les impone el CEDH (art. 46), independientemente de que formen parte de otra organización de la UE, basándose en lo que también ha sido garantizado por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[716], la cual -reiterando- deja un margen de apreciación para ofrecer una protección coherente con el principio *pro personae* (art. 52, apartado 3).

---

[714] Sentencia disponible en: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:[%22document%22],%22itemid%22:[%22001-219556%22]}. § 40 y 41.

[715] López Guerra, L. (2013). *Op. cit.*

[716] La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su versión consolidada, a partir de junio de 2016, se encuentra disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=EN.

En ese sentido, con la propuesta ofrecida para contar con un nivel mínimo de protección o "estándar europeo", que repercute en el surgimiento de una comunidad jurídica común, "la difusión de conceptos e ideas en una sociedad globalizada ha dado lugar también a relaciones de coordinación entre instancias jurisdiccionales que pertenecen a ordenamientos jurídicos completamente separados, y que no están sujetos a ninguna institución reguladora de orden superior".[717]

Por ende, además de tener en cuenta los desarrollos jurídicos que se han producido fuera de sus respectivas jurisdicciones, los supra-tribunales Europeos -al igual que el Interamericano- "ofrecen la peculiaridad de haber representado una auténtica revolución en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos".[718]

Así pues, la evolución jurisprudencial europea ha ido creando, en forma progresiva y acelerada, un elenco común de principios, valores y conceptos compartidos en base a su respectivo papel garante de los Derechos Fundamentales en la región.

Por tanto, en general, ha coexistido un verdadero "diálogo judicial" o incluso -aunque haya momentos de tensión- un "compromiso judicial mutuo" entre el TJUE y el TEDH -e inclusive entre éstos y la Corte IDH- donde alguna discrepancia de jurisprudencia entre estas instituciones europeas se limita a unos pocos casos.[719]

---

[717] López Guerra, L. (2013). *Op. cit.*

[718] *Ibíd.* pp. 165-186.

[719] *Cfr.* Wouters, J., Nowak, M., Chané, A.-L., & Hachez, N. (eds.) (2021). *Op. cit.* pp. 125 y ss.

Capítulo 9 Algunas propuestas hermenéuticas para un Derecho Común Latinoamericano de los Derechos Humanos

9.1 Generalidades en torno a la Interpretación Jurídica

En concordancia con el planteamiento de reconstrucción de un *Ius Commune* Latinoamericano, luego de lo expuesto principalmente en los dos capítulos precedentes, los cuales hacen referencia a la protección supranacional de los Derechos Humanos en los Sistemas Interamericano y Europeo respectivamente, resulta evidente que cada Estado -en su conjunto- se encuentra obligado a administrar justicia a través de sus jueces y, por ende, a *interpretar* -y aplicar- su normativa interna precisamente conforme al *corpus iuris* convencional y comunitario.

Por lo que, partiendo de la premisa de que toda norma jurídica (nacional o internacional) requiere de una *interpretación* para poder ser *aplicada*, necesariamente debe realizarse una tarea hermenéutica, aunque sea mínima, pues es precisamente en el campo de los Derechos Humanos donde la interpretación que hacen los jueces multinivel -intraestatales, estatales y supranacionales- toma una dimensión trascendental y fundamental que puede contribuir a que los derechos de la persona mantengan su efectiva vigencia, apelando al conjunto de valores, principios, fines y razones, que vayan acorde al contexto[720] y época de cada caso en particular.[721]

---

[720] *Vid.* Lorca Martín de Villodres, M. (2011). Interpretación Jurídica e Interpretación Constitucional: La Interpretación evolutiva o progresiva de la Norma Jurídica (El Derecho como instrumento del Cambio Social). En J. Narváez, & J. Espinoza de los Monteros, *Interpretación jurídica: modelos históricos y realidades* (pp. 241-313). México: IIJ-UNAM. Obtenido de https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3015-interpretacion-juridica-modelos-historicos-y-realidades?c=107971.

[721] Salgado Pesantes, H. (2016). *Op. cit.* pp. 85 y ss. Además, "si queremos dar sentido a las normas jurídicas y dotarlas de sustancia, es necesario acudir a la hermenéutica jurídica y a las distintas pautas para su aplicación en el Derecho. La hermenéutica jurídica puede mostrarnos la estructura del proceso de comprensión, así como las condiciones de posibilidad de los textos jurídicos". *Cfr.* López Sánchez, R., & Espinosa Leal, J. (2018). *Ética Judicial en Iberoamérica: una Aproximación Desde la Argumentación Jurídica.* Madrid: Dykinson S. L., Universidad Autónoma de Coahuila, Academia Libre de Derechos Humanos.

Por lo tanto, la *interpretación* de las normas jurídicas ocupa un lugar especial, tanto en la *aplicación* como en la *integración* del Derecho, y adquiere especiales caracteres o sentidos específicos en consideración del objeto y fin que tienen las normas protectoras de los derechos del individuo. En ese sentido, siempre que se "aplica" una norma jurídica legislada o convencional a un caso concreto, se debe "interpretar" ese mandato previa o simultáneamente.

Sin embargo, el hecho de que los procesos de *interpretación* y *aplicación* estén íntimamente unidos o vayan de la mano, no significa que sean lo mismo.[722]

Por un lado se puede distinguir que el objetivo de la *interpretación legal o convencional* -que en principio deberían hacer únicamente los jueces[723]-, es dar pleno efecto a la intención o voluntad que tuvo el legislador, pero "sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas por aquél en el ejercicio de sus propias facultades" en un cierto momento y mediante un procedimiento legislativo, pues de lo contrario el poder judicial terminaría desplazando al poder legislativo, con lo que se transgrediría la división de poderes.[724]

---

[722] Dado que la combinación de leyes no es más que un número indefinido de posibilidades interpretativas, o de normas potenciales, se puede decir que "la interpretación es el proceso intelectual mediante el cual, partiendo del lenguaje de la redacción, se obtiene el contenido normativo de una ley. Además, la interpretación jurídica se sitúa entre dos polos: el "caso a regular" y la "norma reguladora"; por ello es una actividad que pretende unir el uno con el otro, conduciendo a un resultado satisfactorio en ambos sentidos. El intérprete se comporta de forma elíptica, partiendo y volviendo al caso en cuestión para encontrar una solución, y armonizando las exigencias de la realidad y las del Derecho". *Cfr.* Falcón y Tella, M. (2011). *Op. cit.* pp. 100 y ss.

[723] Tradicionalmente la interpretación la han hecho los Tribunales Constitucionales y Supranacionales en materia de Derechos Humanos; sin embargo, la Corte IDH ha señalado que el 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". *Vid.* Capítulo siete (7.2.3) y también el Caso *Liakat Ali Alibux vs. Surinam* 2014, § 124.

[724] *Vid.* Atienza, M. (2017). *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica* (Primera (quinta reimpresión) ed.). México: IIJ-UNAM. Obtenido de

Por otro lado, el objetivo de la *aplicación* es ver si un caso entra en el ámbito de una norma -válida y vigente-, con el fin de aplicar los efectos jurídicos correspondientes, además de colmar las lagunas jurídicas nacionales e internacionales, propiciando una determinación convergente y optimizadora de los Derechos Fundamentales, a través de la labor de integración del ordenamiento jurídico multinivel, y ejerciendo un acotado margen de apreciación "individual-personal" (pues al final de cuentas, la discrecionalidad la ejercerá un sólo sujeto -juez-), cuando sea conveniente y justificado.[725]

En ese sentido, se reitera que la Lógica, la Interpretación y la Argumentación Jurídica han sido asignaturas fundamentales tanto en la formación de los juristas dentro de la Tradición Jurídica Occidental, como -más específicamente-, en los ámbitos del Derecho Estatal, Supranacional e Internacional de los Derechos Humanos y Fundamentales.

Al respecto se puede recordar, como punto de partida de la historia de la doctrina de la interpretación, de manera puramente ilustrativa, la importancia que tuvo el método hermenéutico (*interpretatio iuris* o su equivalente *interpretatio prudentium*) desarrollado por los juristas romanos a la luz de i) la gramática, al aproximar objetivamente el significado de las palabras legales; ii) la dialéctica, a través de las técnicas de la lógica y de la tópica; y iii) la retórica, que ejercían las Partes -opinión

---

http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9680. Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (2009). *Op. cit.* p. 272.

[725] *Ibíd.* p. 284. Como observa Radbruch, "entre estos métodos de interpretación, es el juez el llamado a elegir", con lo cual, se quiera o no, aquel acaba por situarse en el centro de la escena, consecuencia que, según se ha puesto de relieve en los primeros capítulos de este trabajo, es exactamente lo que el positivismo pretendía evitar. Asimismo, "desde el momento en que ningún orden jurídico se crea atendiendo a un sólo fin unitario, es evidente que la aplicación de la *ratio iuris* deja ya un margen a las valoraciones del juez". *Vid.* Radbruch, G. (1974). *Introducción a la filosofía del Derecho* (Primera ed.). Madrid: Fondo de Cultura Económica de Argentina, pp. 96, 97 y 122.

de los expertos- al exponer sus argumentos basados en el Derecho Romano clásico.[726]

Así también, como se puede observar en el primer capítulo de este trabajo, el estudio o interpretación de la jurisprudencia medieval tuvo gran desarrollo por parte de los juristas del *Mos Italicus* (glosadores, ultramontanos y comentaristas) quienes reivindicaron al Derecho Romano como fuente de inspiración, y trataron "la discusión de problemas, aduciendo argumentos a favor y en contra de las posibles soluciones a los mismos, y no tanto en la configuración de un sistema", por ello sus glosas fueron de gran importancia para la aplicación y sentido de aquel *Ius -Commune-*.[727]

De hecho, como señala el abogado Pampillo, "el razonamiento tópico-aporético-problemático-dialéctico-retórico de la jurisprudencia antigua y medieval, no partía de principios ciertos para llegar a conclusiones necesarias sino, por el contrario, partía de la realidad misma y argumentaba horizontalmente a partir de casos similares".[728]

Igualmente, más allá de la evolución histórica que ha tenido el concepto de Derecho y las técnicas del razonamiento jurídico (que también fueron desarrolladas por los teóricos iusracionalistas de los siglos XVII y XVIII), en la Modernidad, caben recordar -además de lo expuesto en el capítulo tercero (3.4)- las aportaciones de la *Escuela Histórica Alemana* (en sus dos principales corrientes: la romanista y la

---

[726] Si el objetivo es dar sentido al Derecho que se delimita en las sentencias, entonces se puede decir que el sustantivo abstracto *sententia* se relaciona con *sentire* por medio del participio *sentens* ("el que siente"), por lo que al final de cuentas la sentencia daba cuenta de lo que los juristas-jueces "sienten", interpretan y argumentan cada caso. *Vid.* Guzmán Brito, A. (2000). *Historia de la interpretación de las normas en el Derecho Romano.* Santiago de Chile: Ediciones del Instituto Juan de Solórzano y Pereyra, especialmente ver la segunda parte sobre "La interpretación de las leyes en la época clásica", *passim.*

[727] Atienza, M. (2017). *Op. cit.* p. 35.

[728] Pampillo Baliño, J. (2008). *Op. cit.* p. 57.

germanista[729]), la cual fue una corriente doctrinal que dominó sobre todo en el primer tercio del siglo XIX, en la que se afirmaba que el Derecho debía entenderse conforme a las costumbres y tradiciones de cada pueblo.[730]

De hecho, a Savigny se debe el origen de una metódica interpretativa, según la cual, por intermedio de ciertos cánones exegéticos (o elementos de interpretación: gramatical, lógico, histórico, sistemático) se puede, por una parte, "alcanzar el sentido auténtico del texto normativo", y por otra, "facilitar la tarea del juez, de la doctrina y hasta la del propio legislador".[731]

Asimismo, la gran manifestación teórica del paradigma positivista del siglo XIX, que tuvo lugar a partir de la Revolución francesa y del Código de Napoleón (Código civil de 1804), fue la *Escuela de la Exégesis Francesa* (que engloba una serie de parámetros jurídicos poco claros si no se comprende lo expuesto en el capítulo tercero, el cual hace referencia a la época y contexto del modelo ideológico de la Codificación), pues con el fin de salvaguardar el marco legal y dar seguridad jurídica, "las lagunas del sistema jurídico debían ser colmadas por la plenitud y exactitud que proporcionaba el Derecho codificado" ("autointegración de la ley en la ley").[732]

Más recientemente (hacia mediados del siglo XX), habría que considerar las aportaciones de las diversas teorías de la Argumentación

---

[729] Pampillo Baliño puntualiza en que "los romanistas reclamaron, como la más idónea, la perspectiva jurídico-dogmática, mientras que los germanistas reivindicaron en contrapartida, los fueros de una perspectiva más bien histórico-social". *Cfr.* Pampillo Baliño, J. (2008). *Op. cit.* pp. 43 y ss.

[730] Esa época está configurada sobre todo por Savigny y Puchta, y sus discípulos inmediatos. En la segunda mitad predominó la Jurisprudencia de Conceptos, que fue desarrollada sobre todo en los años cincuenta por Ihering, Gerber y Kuntze. *Cfr.* Coing, H. (1996). *Op. cit.* pp. 47-68.

[731] *Apud.* Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (2009). *Op. cit.* p. 270.

[732] *Cfr.* Atienza, M. (2017). *Op. cit.* p. 63.

Jurídica, las cuales se puede decir que fueron manifestadas -siguiendo al jurista y filósofo español Manuel Atienza- por tres precursores de las actuales, a saber: la *Tópica y Jurisprudencia* del alemán Theodor Viehweg (†1988), la *Nueva Retórica* del belga de origen polaco Chaïm Perelman (†1984) y la *Lógica informal* del inglés y estadounidense Stephen Edelston Toulmin (†2009), quienes tuvieron en común el rechazo hacia el modelo de la lógica-deductiva.[733]

Entre las diversas concepciones de la teoría "estándar e integradora" de la Argumentación Jurídica que han aparecido en los últimos años, se destacan dos que fueron elaboradas una por el político escocés Neil MacCormick (†2009)[734] y otra por el filósofo y jurista alemán Robert Alexy[735], siendo ambas las más desarrolladas, difundidas y discutidas inclusive al día de hoy.[736]

Y, por supuesto, al anterior marco conceptual evolutivo de las teorías histórico-jurídicas y científico-prácticas de la Argumentación e Interpretación jurídicas, debiera añadirse i) el formalismo jurídico (racionalidad lógico-formal) e inclusive ii) el positivismo normativista que exponencialmente estuvo visible a partir de la segunda mitad del siglo XX, además de iii) la interpretación que se desarrolló en el ámbito del Derecho Internacional, como en el de los Derechos Humanos, luego del nacimiento de las Naciones Unidas y de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, entre otros organismos jurisdiccionales y

[733] También hay que considerar la *Lógica Jurídica* de 1951 del alemán Ulrich Klug (†1993) y la *Lógica Deóntica* -también llamada lógica normativa- publicada en la Revista Mind en 1951 del finlandés Goerge Henric von Wright (†2003). *Cfr*. Atienza, M. (2017). *Op. cit. passim*.

[734] *Vid*. MacCormick, N. (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Clarendon Press.

[735] *Vid*. Alexy, R. (1978) (1991 primera edición en castellano). *Teoría de la Argumentación Jurídica* (Tercera ed.). (M. Atienza, & I. Espejo, Trads.) Madrid: Palestra Editores S.A.C.

[736] Atienza expone y compara cada una de las cinco concepciones seleccionadas y, sobre todo, propone un "Proyecto de una Teoría de la Argumentación" completando las teorías que a su parecer son correctas pero incompletas. *Cfr*. Atienza, M. (2017). *Op. cit.* pp. 203-219. *Vid*. Iturralde Sesma, V. (2006). Justificación judicial y valoraciones. Isegoría: Revista de filosofía moral y política(35), pp. 207-220. Obtenido de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2309686.

acontecimientos que fomentaron una interpretación postpositivista-constitucional, garantista y *ius*-protectora, basada en los múltiples instrumentos convencionales y universales que fueron surgiendo.[737]

En ese sentido, cabe destacar que los principios de interpretación contemporáneos elaborados en el ámbito internacional serán un tanto diferentes de los que se aplican normalmente en el nacional; de ahí se deriva un enfoque jurisprudencial totalmente nuevo y dinámico, porque -como ya se ha hecho mención- un Tratado es un instrumento vivo que debe: i) interpretarse a la luz de las condiciones actuales, ii) ajustarse a principios amplios de aceptación general, iii) aplicarse en el marco general del ordenamiento jurídico vigente en el momento de dicha interpretación, iv) armonizarse conforme a los distintos principios rectores comunitarios-convencionales-internacionales, y v) no regirse -o al menos no única ni principalmente- por normas técnicas de Derecho nacional o convencional.

9.2 Aciertos y desaciertos del Control de Convencionalidad

Aunque el Sistema Interamericano fue concebido para el continente en su conjunto, actualmente vive una situación heterogénea dentro de este inmenso espacio geográfico, debido a su gran riqueza y diversidad sociocultural (la región comprende más de veinte millones de kilómetros cuadrados de superficie, con una población estimada de más de 660 millones de habitantes[738]).

---

[737] Atienza Rodríguez, M. (2008). *El Derecho como Argumentación.* Barcelona: Ariel, p. 24 a 59. No está de más decir que las teorías de la Argumentación Jurídica continúan desarrollándose y, para tratar de comprender la gran trascendencia que han tenido en el mundo jurídico del siglo XXI, sería necesario estudiar más a fondo lo expuesto por el alemán Jurgen Habermas, el estadounidense Ronald Myles Dworkin (†2013), los argentinos Genaro Rubén Carrió (†1997) y Carlos Santiago Nino (†1993), e inclusive el inglés Herbert Lionel Adolphus Hart (†1992), por mencionar algunos.

[738] La publicación fue elaborada por el Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE), a través de la División de Población de la CEPAL. El Observatorio se basa en la revisión 2022 de las estimaciones y proyecciones de población. *Cfr.* https://www.cepal.org/es/noticias/mundo-alcanza-8-mil-millones-habitantes-cuales-662-millones-viven-america-latina-caribe.

Latinoamérica todavía está en vísperas de una total aceptación, armonización y ejecución del ordenamiento interamericano de Derechos Humanos (Pacto de San José, Protocolos, Tratados, Declaraciones, o incluso normas consuetudinarias) y de un completo despliegue regional de jurisdicción interamericana.[739]

Particularmente, en el capítulo séptimo se expuso la importancia y evolución que ha ido experimentando la multicitada herramienta hermenéutica desarrollada por el SIDH, pero intentando dejar claro que, desde que se adoptó la CADH en 1969, siempre ha existido el compromiso internacional de dar cabal cumplimiento a las obligaciones adquiridas por los Estados parte.

Así pues, en correlación con lo expuesto en el apartado 7.2.3, a partir del caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México* de 26 de noviembre de 2010, la Corte IDH hizo precisiones de gran relevancia, pues sustituyó la expresión "poder judicial" por la de "todos sus órganos" y por ende todas las autoridades -administrativas, ejecutivas, judiciales y legislativas- de cada Estado parte deberán ejercer el control de convencionalidad ("evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes"[740]).

Lo anterior supondría el efecto directo de las obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos para todas las autoridades, facultándolas en consecuencia a inaplicar "de oficio"[741] las normas nacionales que pudieran ser *in*convencionales o

[739] En Europa la experiencia ha sido diferente. "Hoy en día se ha conseguido la cobertura del continente, bajo la Convención de 1950 y la jurisdicción del Tribunal Europeo". *Cfr.* García Ramírez, S. (2007). *Op. cit.* pp. 42-48.

[740] Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013 § 193.

[741] Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. No. 158 § 128.

*anti*convencionales, lo que implica una suerte de "control difuso" de la convencionalidad confiada ya no solamente a los jueces nacionales (o interamericanos), sino también a las dependencias y entidades de las administraciones públicas nacionales.

Aparentemente, para minimizar divergencias debidas a la pluralidad jurídica existente en el continente americano, puesto que los Estados son multifacéticos y no monolíticos, la Corte IDH resolvió no atribuir (o imponer a los Estados) un método único para ejercer la "interpretación conforme" a través del control de convencionalidad[742], lo que ha alentado a que cada Estado desarrolle y disponga su propio modelo de control -difuso, concentrado o mixto- (pero siempre y cuando, de *motu proprio*, se aplique dicho control de convencionalidad, basándose en el particular análisis e interpretación que haga la propia Corte IDH sobre el voluminoso *corpus iuris* regional o internacional en la materia).

Por otro lado, es necesario recordar, como fue señalado en el capítulo octavo, que dentro del ámbito de la Unión Europea "sólo el TJUE es competente para pronunciarse sobre la validez del Derecho Comunitario europeo, incluida la cuestión de si un acto comunitario ha sido adoptado legalmente o no"[743]; es decir, el "control de comunitariedad" no se ejerce en automático en sede nacional sino que existe la posibilidad de consultar al Tribunal supranacional, a través de las cuestiones prejudiciales, si tal o cual hecho puede ser contrario al *corpus iuris* de la UE. Por su parte, en Latinoamérica -al no existir un

[742] *Vid.* Caso *Liakat Ali Alibux vs. Surinam* 2014, § 124 "Finalmente, en relación con los argumentos del representante y de la Comisión sobre la vulneración del derecho a la protección judicial con motivo de la ausencia de un Tribunal Constitucional, si bien la Corte reconoce la importancia de estos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la CADH no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la CADH le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles".

[743] Poiares Maduro, M., & Azoulai (Eds.), L. (2010). *Op. cit.*

Tribunal "regional-comunitario" y sólo en lo que respecta al ámbito de los Derechos Humanos-, la Corte IDH debería ser la única competente para ejercer, en monopolio, un control de convencionalidad y pronunciarse sobre la posible violación por parte de un Estado a la CADH (ya que la Corte supranacional es cuidadora de la Convención Americana, y las cortes nacionales son guardianas de su Constitución[744]).

Empero, dado que dicho criterio jurisprudencial (de que el control de convencionalidad debe ser ejercido no sólo por la propia Corte supranacional, sino por los jueces interamericanos y, además, por toda autoridad de cada uno de los Estados parte) ya ha sido impuesto por la Corte IDH (de forma unidireccional o "conforme" con lo que ésta exponga), sin existir "parámetros precisos que permitan operar con predictibilidad", se podría argumentar que i) esto sería una contradicción por lo señalado por la propia Corte[745] y ii) se estaría restringiendo la posibilidad de que cada jurisdicción nacional adopte criterios más protectores de los Derechos Humanos que aquellos previstos en la CADH y sus derivados, aunque haya sido "dictaminado" con la intención de, entre otras, impedir "un caos interpretativo internacional", pues "es lo menos deseado para un *corpus iuris*" regional.[746]

Tal interpretación resultaría, sin embargo, desnaturalizadora del control de constitucionalidad, pues la determinación de la inconstitucionalidad (o inconvencionalidad en este caso) no es una función administrativa ni legislativa, sino que más bien es una función eminentemente jurisdiccional (aunque nuevamente sostengo e insisto que correspondería ser una potestad únicamente supra-jurisdiccional) que únicamente debería ser ejercida por los jueces, y no por "todos los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles",

---

[744] *Cfr.* § 3 del Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. No. 114.

[745] *Ibídem.*

[746] Silverio Salgueiro, J. (2016). *Op. cit.* p. 347.

pues sólo los jueces y tribunales como tales, tienen dicha autoridad, pues en caso contrario, se quebrantaría también el principio de división de poderes.

En suma, dicho posicionamiento supra-jurisprudencial implica la existencia de un cierto descontrol, al haber transferido el monopolio del control de convencionalidad de tipo internacional hacia todas las autoridades de todos los Estados parte.

Pero además y por lo tanto, de ejercerse -el control de convencionalidad- e interpretarse en los términos y dirección que indique la propia Corte IDH, por un lado, se estaría reconociendo una potestad "invasiva y/o excesiva" por cuanto que la interpretación del *corpus iuris* interamericano en el Derecho interno se basa sobre el sólo criterio de la Corte IDH, sin tomar en cuenta las modulaciones que sobre su interpretación pudieran realizar los jueces nacionales a la luz de los propios ordenamientos jurídicos y de los problemas de los Estados parte del SIDH; por otro lado, habría concedido automáticamente [y de oficio] la "misión de *control* a [todas] las personas servidoras públicas (aunque no todas sean juristas) de todos los rangos, especialidades y competencias: desde miembros de la fuerza pública, hasta docentes y funcionarios de salud, desde empleados del servicio postal hasta operarios de órganos de la Administración Pública central y descentralizada, y así sucesivamente".[747]

En esta investigación se considera que hubiera sido mejor que la Corte IDH acotara y reiterara -y por lo menos resulta indispensable que la judicatura y la doctrina afirmen- que existe más bien una obligación para cumplir con lo estipulado en la CADH y el deber de estar "sujetos o

[747] García Ramírez, S. (2014). *El futuro de la Corte… Op. cit.* p. 26. *Vid.* García Ramírez, S. (2014). Relación entre la jurisdicción Interamericana y los Estados (sistemas nacionales): Algunas cuestiones relevantes ("El futuro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos"). Indiana: Center for Civil and Human Rights,. Obtenido de https://klau.nd.edu/assets/134036/garciaramireziaspan.pdf.

subordinados" a los instrumentos internacionales conforme al principio *pacta sunt servanda* (y a los demás principios reconocidos por la Convención de Viena); es decir, debió recordar a los Estados -en su conjunto- que tienen la compromiso de conocer y aplicar los Tratados Internacionales -en especial los del SIDH- que más favorezcan al ser humano y al goce de sus derechos, instándoles a que adopten dichos instrumentos internacionales para evitar violaciones en su territorio.

Evidentemente, bajo tal razonamiento, todos los órganos de los Estados deben dar cumplimiento a las normas convencionales (como se hace con las normas nacionales), pero teniendo muy presente que "una cosa es este deber general de cumplimiento -que no hace excepciones-, y otra es la misión de "control" de los actos de otras autoridades", como bien lo ha señalado el propio Sergio García Ramírez.[748]

Entonces, cada una de las naciones -en su conjunto- (como las personas de la sociedad civil), están sometidas-sujetas a los Tratados Internacionales y a la Constitución, y a toda la normatividad nacional e internacional vigentes, pero eso no quiere decir que cualquiera pueda estar capacitado y deba ejercer -de oficio- un *control* de constitucionalidad o uno de convencionalidad, ya que esto podría incluso resultar en arbitrariedades y violaciones del debido proceso.[749]

Así pues, a diecisiete años de haber sido instaurado en instancia supranacional, el control de convencionalidad trajo consigo una estricta obligación y compromiso hacia cada Estado parte que ha ratificado la CADH; por lo que se hizo inevitable modificar o armonizar el sistema de control constitucional-convencional en sede nacional, pues derivó en una

---

[748] *Ibídem.*

[749] Por ejemplo, los conductores de autotransporte están obligados a conocer y respetar el Reglamento de Tránsito, obviamente no pueden controlar a otros conductores ni mucho menos imponerles una infracción, pues esa es una facultad exclusiva del agente o policía de tránsito (que ni siquiera -en algunos países- podría hacer la policía preventiva o de seguridad nacional).

dimensión con carácter "difuso", por tener una fuerza expansiva de su jurisprudencia al estar dirigida con mayor intensidad hacia todos los Estados que han reconocido la jurisdicción de la Corte IDH.

Si bien existe un reconocimiento de la CADH como suprema en relación a los órdenes jurídicos nacionales (incluyendo las mismas Constituciones), al tener que "derogar y abrogar legislación interna"[750] (ver apartado 7.3), resulta ya cuestionable si se considera que los Estados carecen, en cierto sentido, de la posibilidad de interpretar su Derecho por tener que ajustarlo e interpretarlo sí o sí de conformidad con dicho *corpus iuris* interamericano.[751]

Por consiguiente los jueces nacionales interamericanos están obligados a efectuar de oficio un control a través de una interpretación convencional o -equivocada y limitadamente- una interpretación "conforme", derivada únicamente de la exégesis que hace la propia Corte IDH por ser "intérprete última de la Convención Americana", evitando incompatibilidades con la CADH y con todo el *corpus iuris* regional. De lo contrario se provocaría una violación internacional, pues "la aplicación de una ley inconvencional produce por sí misma una responsabilidad internacional del Estado".[752]

---

[750] Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. No. 209.

[751] La Corte IDH se ha pronunciado sobre la incompatibilidad de leyes con la CADH, por ejemplo en el Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. No. 75; o sobre la inconvencionalidad de normas constitucionales, por ejemplo está el caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. No. 73. De hecho, la Corte IDH reconoció positivamente la labor jurisprudencial que ha realizado Chile pues: "§ 101. En conclusión, ciertamente la jurisprudencia de los últimos años de la Corte Suprema de Justicia chilena ha variado notablemente hacia una interpretación razonable y adecuada con su deber de ejercer un efectivo control de convencionalidad. La Corte IDH valora positivamente tal cambio jurisprudencial." *Cfr.* Caso Órdenes Guerra y otros Vs. Chile. Sentencia de 29 de noviembre de 2018, No. 372.

[752] Olano García, H. (2016). Teoría del Control de Convencionalidad. *Estudios constitucionales*(1), 61-94. Obtenido de: https://www.semanticscholar.org/paper/TEOR%C3%8DA-DEL-CONTROL-DE-CONVENCIONALIDAD-Garc%C3%ADa-Alejandro/6b68e1de977620bdd3f3dd8940f4d97be905cf7d.

Sin embargo, cabe enfatizar que algunos académicos y juristas han alertado que realizar una interpretación convencional en sede nacional -a través de la interpretación *conforme* y la aplicación del control de convencionalidad- sería prácticamente "inoperable, inservible, inefectivo e ineficiente" si se debe tomar en cuenta todo el -extensísimo y creciente- *corpus iuris* en materia de Derechos Humanos (interamericano y universal), que incluye todo lo que se vaya desprendiendo de las incesantes sentencias, las diversas interpretaciones y las especializadas opiniones consultivas, así como la observancia del extenso elenco de Tratados Internacionales (tanto de carácter universal como regional), que abarquen diversos temas en específico.[753]

De ahí que la propuesta específica del presente trabajo es buscar la integralidad maximizadora del sistema actualmente asimétrico de Derechos esenciales o Humanos en la región, para hacer prevalecer lo que más favorezca al individuo según el principio: *odiosa sunt restringenda, favorabilia, sunt amplianda.*[754] Es decir, lo que se debería observar y cuidar es que la normatividad aplicable nacional no sea elegida e interpretada según la máxima de hacer prevalecer un *corpus iuris* supra-convencional determinado a partir de un principio de jerarquía normativa, sino que lo que debe primar es el Derecho que otorgue mayor protección a los intereses de la persona -principio *pro homine*-, ya sea que se encuentre en el marco jurídico nacional-constitucional, en el regional-convencional o inclusive en el

[753] García Belaunde señala que "la idea original del "bloque" tal como se establece en la doctrina y en la jurisprudencia francesa, es algo relativamente pequeño y sobre todo granítico; es decir, sólido y permanente. Y eso no es lo que sucede con este concepto, que al ser trasladado al ámbito interamericano ["bloque de convencionalidad"] se desnaturaliza y se vuelve inútil." *Cfr.* García Belaunde, D. (2016). El Control de Convencionalidad y sus problemas. En E. Ferrer Mac-Gregor (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional Transnacional. Interacción entre el Derecho Nacional y el Derecho Internacional* (pp. 151-184). México: Porrúa.

[754] Bogdandy, A., Ferrer Mac-Gregor Poisot, E., & Morales, M. (2010). La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina? (Vol. II). México: IIJ-UNAM.

extraterritorial regional (otra región o sistema) y universal, explorando vías como los procedimientos prejudiciales.

Este mismo razonamiento interpretativo debería regir tanto mediante los jueces nacionales, como los de las Cortes supranacionales -y por toda autoridad que requiera una base *ius*-protectora-, favoreciendo con ello la construcción, fortalecimiento y continuidad de un *Ius Commune* en Derechos Humanos.

Eso significa que los jueces nacionales, al haberse ubicado como actores esenciales en el proceso de recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cumplen un rol neurálgico i) al dejar de ser simples repetidores del marco jurídico que utilicen, ii) al determinar la congruencia entre los actos nacionales y las normas multinivel-transfronterizas con la concreta realidad de la sociedad, y iii) al ser en una fuente de legitimidad como autoridad que administra justicia.[755]

Por ello resulta importante recordar que la comprensión interpretativa jurídica de los Derechos Humanos en los diversos instrumentos internacionales, así como su codificación-constitucionalización en el Derecho interno, se puede volver potencialmente contradictoria, pudiendo apreciar ahora sí y más claramente que el control de convencionalidad -al ser aplicado tanto en el ámbito nacional como en el internacional- es una institución jurídica peculiar y distinta, cuyo desenvolvimiento futuro aún es incierto, ya que "todavía hace falta construir los parámetros de racionalidad jurídica, a partir de los cuales tal control habrá de llevarse a cabo" en sede local e inter-nacional.[756]

---

[755] *Vid.* Mejía Rivera, J., & Flores, R. (2016). *El Control de Convencionalidad en México, Centro América y Panamá.* Honduras: Casa San Ignacio & Guaymuras.

[756] *Vid.* Cossío Díaz, J. (2007). *Op. cit.* p. 88. Desde el caso *Almonacid* hasta el caso *Álvarez Vs. Argentina* de 24 de marzo de 2023, la Corte IDH ha reiterado 113 veces este control de convencionalidad y en multitud de casos ha utilizado dicha institución jurídica de forma generalizada, independientemente de las particularidades del caso.

En razón de lo anterior, se puede decir que el pilar esencial que se espera con la doctrina del control de convencionalidad, además de i) implicar una purificación del SIDH al provocar una menor congestión judicial, ii) legitimar el rol de la Corte IDH, iii) incrementar el nivel de cumplimiento de la CADH a nivel nacional, iv) robustecer los sistemas normativos nacionales e interamericano, v) elevar la calidad de la justicia al expandirse y compartir la cultura de derechos en la región, vi) promover el cambio social basado en las normas de Derechos Humanos, vii) impedir la concentración de las funciones que pueden tender a la acumulación de poder (sobre el cual existen pocos controles institucionales o democráticos), es el de viii) desarrollar un diálogo coevolutivo transnacional "judicial" (no entre todos los funcionarios públicos de todos los niveles), el cual debería ser practicado de forma concurrente, bidireccional y multinivel, y no monodireccional o unilateral como ha venido sucediendo.

9.3 La Interpretación Concurrente y el Margen de Apreciación Nacional como auxiliares de la Interpretación Conforme

La configuración unilateral de parte de un tribunal supranacional, consistente en la determinación de criterios respecto de los cuales sólo cabe la denominada "interpretación conforme", puede derivar en una intrusión invasiva y/o arbitraria, que en los referidos casos europeos (capítulo octavo) se encuentra modulada por las herramientas hermenéuticas de la "interpretación concurrente" y del "margen de apreciación nacional".

Hay que dejar claro que lo "interpretativo-progresivo" no es sinónimo de permitir la arbitrariedad de la autoridad para violentar el texto de la ley, para apartarse de sus términos u obligaciones internacionales, para malinterpretar o incumplir las sentencias de la Corte IDH, o para considerar que se puede gozar de gran imaginación o

entusiasmo por interpretar y aplicar liviana y libremente cualquier norma jurídica en materia de Derechos Humanos; más bien "se trata de establecer un marco *ius*-protector [cardinal común, pero no único] que dé seguridad jurídica y homogeneidad", que tenga el mismo sentido para todas las personas y abarque a todos los Estados miembros… pero para ello es necesario construir en cada sistema regional dicho estándar, además de fortalecer autonomía y la capacidad de decisión de los jueces supremos en Estados democráticos.[757]

Considerando lo anteriormente expuesto, se considera en este trabajo que la *interpretación conforme* (a la que están obligados actualmente los Estados que conforman el SIDH), resulta un tanto restrictiva y unidireccional si se le compara con el principio de *interpretación concurrente* que es más bien bidireccional, pues los derechos nacionales deberían coexistir con la pauta que vaya marcando el Derecho supranacional regional-comunitario, pero también el *corpus iuris* regional debería actualizarse y avanzar conforme al desarrollo de los derechos nacionales, flexibilizándose -mediante una hermeneusis *ius*-protectora regional- para no separarse demasiado de los derechos nacionales, dando lugar así a un auténtico *Ius Commune* (no impuesto, sino construido).[758]

Recordemos lo expuesto en el apartado 8.1.2: naturalmente, además de los Estados miembros, también los órganos políticos de la UE poseen un margen de discrecionalidad que les permite recurrir a la interpretación del Derecho nacional de los Estados miembros para determinar con mayor precisión el alcance de las normas europeas que deban ser aplicadas al caso concreto, aconteciendo de esta manera una interpretación concurrente (bilateral), pues "cada disposición de Derecho

[757] García Ramírez, S. (30 de octubre de 2011). Última Instancia. (V. Chorny Elizalde, & P. Barrera Rosales, Entrevistadores) Obtenido de https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/justicia-electoral/article/view/12173.

[758] Alonso García, R. (2014). *Sistema* Jurídico… *Op. cit.* pp. 303 y 322.

Comunitario debe ser situada en su contexto e interpretada a la luz del conjunto de las disposiciones de ese Derecho [nacional], de sus finalidades y de su grado de evolución…", como lo indicó el propio Tribunal en 1982.

Debido a lo cual, la interpretación y aplicación del *corpus iuris* interamericano a la situación examinada internamente por los jueces nacionales, no debería ser hecha de forma "mecánica, lógica o formal", sino más bien a través de un *margen* de creatividad que permita una mejor *apreciación* jurídica y eleve el estándar *ius*-protector, así como con cierto "ajustamiento recíproco", *concurrente*, flexible y armónico, "como consecuencia de la prudente valoración", ponderación, discrecionalidad y fundamentación que haga el intérprete y aplicador -juez-, porque la elección de "la precedencia de un principio sobre otro, en un caso determinado, no puede llevarse a cabo según una interpretación lógico-deductiva, sino a través de una ponderación de los principios en juego, en las circunstancias específicas en las que éstos se dan cita".[759]

De hecho, en este nuevo modelo de integración regional en Derechos Humanos que se ha venido planteando, los jueces estatales y supranacionales deberían tener una prudente autoridad interpretativa independiente (autonomía), a través de un margen de apreciación regional delimitado, para ser verdaderos intérpretes, guardianes y ejecutores del *corpus iuris* supranacional (comunitario y convencional), de lo contrario sólo tendrían inequitativamente cierta "libertad de interpretación" los órganos supranacionales pero no los estatales.

---

[759] Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (2009). *Op. cit.* pp. 284, 285 y 288. Como lo manifiesta Cappelletti, sobre el juez que dicta una sentencia pesa una responsabilidad moral y política mucho más grande porque "elegir una norma significa ejercer discrecionalidad, aunque esto no entrañe un acto de arbitrariedad; significa apreciar y buscar un equilibrio, tener presente los resultados prácticos y las implicaciones morales de la elección que se va a hacer; para esto hay que tomar en consideración los argumentos de la lógica abstracta o hacer un análisis formal del lenguaje". *Apud*. Bidart Campos, G. (1989). *Teoría General de los Derechos Humanos*. México: IIJ-UNAM. Obtenido de http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9888.

Bajo ese contexto, específicamente la interpretación y aplicación del *corpus iuris* interamericano, en concordancia con mi propuesta de aplicación de diversas herramientas hermenéuticas como son, por ejemplo, la interpretación concurrente y el margen de apreciación (a nivel nacional, regional y multinivel), se tendría que emplear y permitir -dentro de un marco jurídico bien definido[760]- una adaptación normativa e interpretativa conforme a las circunstancias, transformaciones y exigencias de la realidad actual de cada Estado.

De ahí la importancia de ejercer -en el SIDH- una interpretación *concurrente* (de ida y vuelta, como un efecto búmeran, como se hace en el ámbito de la Unión Europea por el Tribunal de Luxemburgo) que incite activamente al *diálogo inter-judicial bidireccional multinivel* como expresión optimizadora para la protección transnacional de los Derechos Humanos, pues sería una forma de compartir fundamentos y estándares mínimos, y de atemperar los posibles excesos de una doctrina jurisprudencial supranacional que parece establecer un campo limitado[761] de acciones para el juez nacional interamericano.[762]

---

[760] El ex Ministro de la Suprema Corte de Justicia de México, José Ramón Cossío Díaz, señaló que "Todavía hace falta construir los límites de las decisiones de los órganos de control constitucional". *Cfr.* Cossío Díaz, J. (2007). Sobre Jueves y Política. En R. Vázquez, *Corte, Jueces y política* (Primera ed., pp. 85-95). México: Doctrina Jurídica Contemporánea, Nexos, Fontamara.

[761] Actualmente, para que sea considerado válido el control de convencionalidad, se debe asumir acríticamente una jurisprudencia mono-lógica a nivel local, incapaz de la discusión dia-lógica que se requeriría como parte de un auténtico diálogo constructivo jurídico y jurisdiccional multinivel, es decir se tiene que aplicar de forma estricta, vertical y unidireccional a través de una especie de *monólogo* "repetidor" o sumisión mecánica hacia la jurisprudencia de la Corte IDH).

[762] Silverio Salgueiro advierte que "Desde otro punto de vista, el diálogo judicial es, sencillamente, citar jurisprudencia, referirse a otros casos, reproducir pareceres, traer a colación argumentos aislados de casos similares. Pero, también podría significar copiar ideas, negarse a pensar soluciones creativas y buscar respuestas ya dadas, plagiar razonamientos, mandar a los secretarios que busquen la forma en cómo rellenar la sentencia. Todo ello en el fondo también implica cierto esfuerzo y dedicación, pero ningún mérito dado que evidencia cierta pereza de razonar e incapacidad técnica y en algunos casos hasta negligencia judicial. Por ello, no todo diálogo puede ser valorado positivamente *per se*". *Cfr.* Silverio Salgueiro, J. (2016). *Op. cit.* pp. 335-360.

Si en el SIDH la interpretación fuera multidireccional, consistente, coherente y valorativa, y si se hicieran de forma equilibrada, extensiva y elástica, esta pauta hermenéutica pudiese proporcionar, por una parte, una mayor fuerza expansiva, permanencia y durabilidad al marco jurídico regional-convencional en materia de Derechos Humanos; y, por otra parte, una mejor compenetración entre los Sistemas de Protección y los ordenamientos nacionales, a través de un marco y vínculo multilateral dinámico y más eficaz que resulte a su vez en una mejor gobernanza regional.[763]

Como contrapartida, si no se aplicara de ese modo, por un lado se estaría terminando con la pluralidad jurídica y el multiculturalismo[764] que forman parte de una riqueza propia de la diversidad antropológica y cultural que existe en la mayoría de los países y, por otro lado, se estaría propiciando una especie de candado debido a que el único "control" o interpretación válidos serían sólo los que coincidiesen con las propias decisiones de los tribunales supranacionales.[765]

Por eso es indispensable saber utilizar las diversas reglas y métodos que ofrecen la hermenéutica y la argumentación jurídica, pero sobre todo se debe reconocer que las normas sobre los Derechos Humanos se desenvuelven en un rico contexto de principios y valores trascendentales que requieren de criterios específicos de razonabilidad, progresividad y ponderación, a través de un adecuado margen de interpretación o de apreciación nacional.[766]

---

[763] *Cfr*. Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (2009). *Op. cit*. p. 270; *Vid*. Savigny, F. (1879). *Op. cit*.

[764] *Vid*. Martínez Muñoz, J. (2015). *Multiculturalismo y Derechos Humanos*. México: Porrúa.

[765] *Vid*. Duquette, M., 1999. *Building New Democracies: Economic and Social Reform in Brazil, Chile, and Mexico*. Toronto, Bufalo, London: University of Toronto Press.

[766] Alexy, R. (1993). *Op. cit*.

De suerte que, para interpretar los Derechos Humanos, podría ser conveniente seguir la tesis del profesor Alexy, para quien los Derechos Humanos "se deberán tratar como requisitos de optimización, es decir, como principios y no simplemente como reglas, pues requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas fácticas" (proporcionalidad).[767]

En tal sentido, así como la actual realidad del Derecho Convencional deriva de una interconexión entre el Derecho Constitucional (y todo el *corpus* nacional) y el Derecho Internacional regional de los Derechos Humanos (incluyendo el universal) -amalgamándose entre sí-, también se debería armonizar la función que realizan los jueces (comunitarios, interamericanos, supranacionales y multinivel), al interpretar y aplicar el conjunto de Derechos Humanos vigentes, quienes deberían pre-ponderar racionalmente y en todo momento el principio *pro personae*[768], pues es precisamente este principio el que "permitirá determinar qué Derecho será aplicable al caso (si el Convencional-internacional o el Constitucional-nacional), prefiriendo y aplicando aquel que conceda una protección más benéfica" a la persona como fin último del Derecho.[769]

El sistema interpretativo sustentado por los principios de interpretación concurrente y *pro personae* -como criterios hermenéuticos

---

[767] Alexy menciona que "la ponderación no es más que la optimización relativa a principios contrapuestos" y "la optimización es encontrar mediante la ponderación la mejor solución para estos conflictos". *Vid.* Alexy, R. (s.f.). Ponderación, Control de Constitucionalidad y Representación. (R. Vega, Trad.) Obtenido de https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2196/4.pdf. *Vid.* Ferrajoli, L. (2005). Derechos fundamentales. En A. d. Cabo, G. Pisarello, & (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales.* Madrid: Trotta.

[768] Caballero Ochoa, J., & García Huerta, D. (2016). El principio pro persona en el marco del sistema de interpretación sobre los Derechos Humanos en México. En E. Ferrer Mac-Gregor (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional Transnacional. Interacción entre el Derecho nacional y el Derecho internacional* (pp. 57-78). México: Porrúa.

[769] Bogdandy, A. (2019). El ius constitutionale commune en América Latina a la luz de El concepto de lo político de Carl Schmitt. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (núm. extraordinario), 131-173; Pinto, M., (1997), *Op. cit.* Vigo, R. (1993). *Interpretación constitucional.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pp. 205 y 206.

para la resolución de conflictos entre normas de Derechos Humanos de fuente constitucional y de fuente internacional-, constituye la base de la interrelación normativa, de la construcción del pluralismo jurídico y del verdadero relato de diálogo inter-jurisprudencial multinivel, más allá de sus limitaciones.

Para ello, la *interpretación concurrente* y el *margen de apreciación nacional* posibilitarían la interpretación de las normas convencionales no sólo a la luz del Derecho nacional, sino también del Derecho internacional regional y viceversa, lo que favorecería una aplicación más ordenada, perdurable y previsible, ante la necesidad de i) ponderar principios en cada caso concreto y ii) atender a las circunstancias y exigencias de la sociedad.[770]

Así pues, para lograr establecer una cooperación interinstitucional jurisdiccional multinivel, es necesario crear, mantener y fortalecer un diálogo inter-jurisprudencial *concurrente*, constructivo y multilateral, entre los órganos jurisdiccionales nacionales, y entre éstos y el supranacional, junto con la elaboración de principios y normas armonizadas con los retos y objetivos que se tengan vigentes, lo que puede incidir en el desarrollo y la consolidación de un *Ius Commune* regional.

Justamente la supra-jurisprudencia entra en juego como un mecanismo que ayuda a configurar la plenitud de un sistema jurídico multinivel -un *Ius Commune*-, y como un medio auxiliar empleado por el intérprete-juez nacional, pues la jurisprudencia puede "evolucionar" sin necesidad de tener que esperar a que se modifique la formulación del Derecho y asuma los cambios y transformaciones ocurridos en el paso del tiempo.[771]

---

[770] Ledezma Castro, C. (2023). *Op. cit.*

[771] Hay que recordar que, durante el *Ius Commune* Europeo, la *iuris-prudentia* romana buscaba un resultado "práctico", en términos de administración de la justicia en las

Además hay que tener presente que las condiciones internas pueden desenvolverse antes de que los tribunales supranacionales emitan una decisión, y por lo tanto, al requerir una nueva interpretación, "ésta podría ser iniciada por un juez nacional", lo que les evitaría quedar condicionados hasta el surgimiento de un estándar *ius*-protector regional desarrollado por el Tribunal supranacional correspondiente.[772]

En realidad la jurisprudencia de la Corte IDH debería servir como una *guía interpretativa* que los tribunales nacionales puedan seguir en la medida de lo posible (como marco de referencia, como la base o punto de partida). También hay que señalar que sería erróneo suponer que el "control de convencionalidad" o que la Corte IDH y su jurisprudencia solucionarán instantáneamente los problemas y violaciones de Derechos Humanos por los que atraviesan los países latinoamericanos, a los que corresponde en primer lugar velar por el respeto, protección y garantía de los mismos, conforme al principio de subsidiariedad.[773]

En todo caso, las cortes estatales deberían ser vistas y valoradas como agentes que utilizan el *corpus iuris* supranacional para fortalecer y

---

relaciones sociales. El *iurisprudens* era una persona que, además de ser una especie de hombre modelo, "dotado de virtudes como la fortaleza, la templanza, la generosidad, la caridad y el decoro", actuaba con prudencia, con sabiduría en el ámbito del Derecho, y con cierta experiencia en casos análogos concretos. La clave residía en encontrar la solución ideal aplicable al problema específico. Es más, las respuestas y/o soluciones a los problemas que iban surgiendo en aquella época, no provenían del legislador ni de los jueces, sino principalmente de la labor de los jurisconsultos, quienes trabajaban sobre un Derecho flexible que podía adaptarse a las circunstancias cambiantes y a favor de cada caso o persona concreta. En la época de la República, las opiniones de los jurisconsultos no eran vinculantes para los jueces, sino que su fuerza derivaba del prestigio o la autoridad del autor; aunque con el tiempo adquirieron fuerza de ley. Asimismo, la *prudentia* se consideraba una cualidad aristocrática que se esperaba de los hombres que desempeñaban funciones públicas -ya fueran jueces, legisladores o jurisconsultos- y que debía poseerse para obtener justicia. *Vid.* Falcón y Tella, M. (2011). *Op. cit. passim.*

[772] Dulitzky, A. (2015). An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal, 50*(1), pp. 45-93.

[773] Sagüés, N. (2010). Obligaciones Internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales, Año 8*(1), 117-136.

complementar el marco jurídico de su país (y región), y no para hacer a un lado su propio ordenamiento como si fueran seguidoras autómatas del Tribunal de Estrasburgo o de la Corte de Interamericana, porque "una aplicación ciega de las decisiones socava el carácter dinámico y evolutivo" de los Tratados, de las Convenciones y de los nuevos ordenamientos de protección que se vayan generando nacional, regional e internacionalmente.[774]

En ese sentido, dado que los tribunales internacionales son (o deberían ser) subsidiarios y complementarios, de carácter universal y/o regional, la interpretación de la supra-jurisprudencia convendría entenderse y aplicarse con una perspectiva equilibrada, "en clave colaborativa" y constructiva -mediante la comparación jurídica-, para que no entre en contradicción con el *corpus iuris* nacional.[775]

Básicamente se puede decir que la supra-jurisprudencia debería ser considerada como una herramienta modelo, como un marco común mínimo o como una guía que proporcione a los jueces multinivel fundamentos complementarios y subsidiarios, para que su recepción (y la de todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos) no sea una sumisión ciega (al ser una imposición establecida por un supra-organismo), pues podría sobrellevar una contradicción directa o implícita contra la legislación y jurisprudencia nacional.

9.4 Propuestas adicionales para la consolidación de un Mos Latinoamericanum Iura Legendi

Con motivo del estudio comparativo de los esquemas supranacionales europeo y americano de protección de Derechos Humanos, que ha resultado indispensable para los planteamientos

[774] *Ibídem.*

[775] *Vid.* Alonso García, R. (2014). *Sistema Jurídico… Op. cit.*

metodológicos y hermenéuticos hechos en las páginas precedentes, se han podido identificar algunos otros elementos, de diverso tipo, que podrían contribuir también al establecimiento, difusión y maduración de un *Ius Commune* Latinoamericano de los Derechos Humanos.

9.4.1 Los números de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Haciendo una remembranza de la labor que ha realizado la Corte IDH, es posible indicar que, pese a los variados obstáculos que tradicionalmente ha enfrentado el SIDH, desde 1987 y hasta septiembre de 2023[776], este supra-tribunal ha emitido un total de 505 casos contenciosos (correspondientes a 404 sentencias de fondo y 93 sobre interpretación), de los cuales el histórico total de casos por país se puede apreciar a continuación (figura 1):

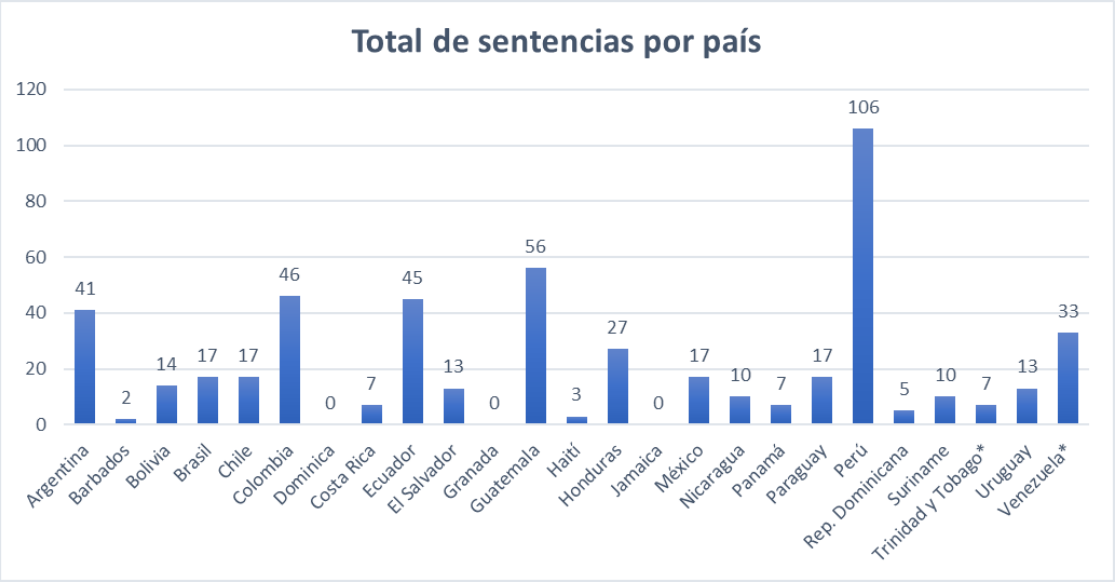


Figura 1: Total de sentencias por país a noviembre de 2023 (Elaboración propia. Vid. pie de pág. 776)

Las sentencias que la Corte IDH ha emitido por año son (figura 2):

[776] Durante el año 2023, al 22 de diciembre de 2023 (fecha de última visita y con información oficial aún faltante o no actualizada), se puede observar que al menos la Corte IDH habrá emitido 32 sentencias durante dicho año (casos del 482 al 513).

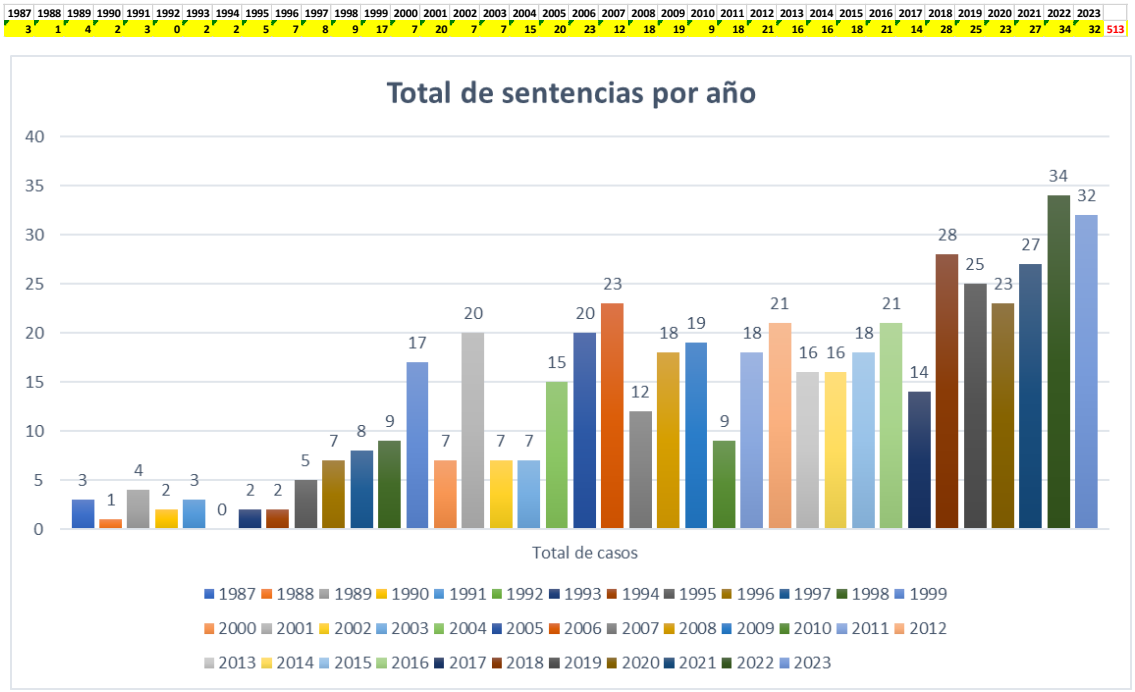


Figura 2: Incremento de la emisión de sentencias por año. El 2023 no está actualizado (Elaboración propia. Vid. pie de pág. 776)

Durante el año 2021 se sometieron a conocimiento de la Corte IDH 40 nuevos casos Contenciosos, lo cual marca un incremento sin precedentes, pues en 2020 se contabilizaron sólo 23 casos y en 2019 se tuvieron 32 casos. Asimismo, al 31 de diciembre de 2021, dicha Corte contaba con 63 casos por resolver habiendo emitido en ese año un total de 27 sentencias bajo el principio de plazo razonable que se desprende de la CADH y de la jurisprudencia constante de la Corte IDH.

En el 2022 fueron sometidos 24 nuevos casos Contenciosos, habiendo emitido 34 sentencias (25 fueron sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, y 9 fueron sobre Interpretación).[777]

Ello es una clara evidencia de la tendencia e importancia que está teniendo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la región,

[777] Al 31 de agosto de 2023, se encuentran disponibles los Informes Anuales desde el año 1980 hasta el año 2022. *Vid.* Corte IDH, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/informes_anuales.cfm.

lo cual -además- da un panorama general de los avances y obstáculos respecto de un mismo Estado.

Por lo que respecta a los recursos financieros, a continuación se pueden apreciar cuáles han sido los ingresos totales recibidos por la Corte IDH en los últimos cinco años, conforme a la información declarada en los Informes Anuales correspondientes[778] (figura 3):

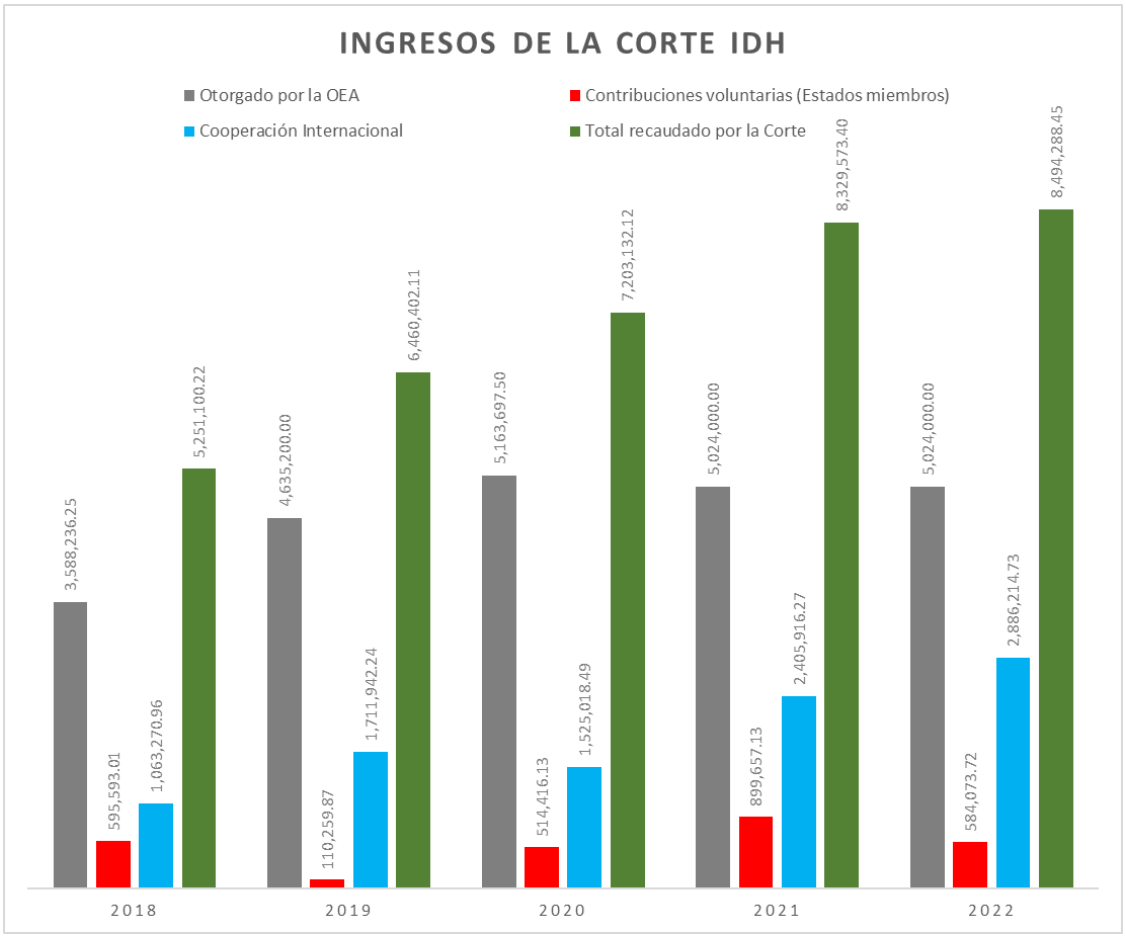


Figura 3: Ingresos totales recibidos por la Corte IDH en los últimos cinco años (Elaboración propia)

Independientemente de los recursos financieros que maneje la Corte IDH, a lo largo de esta investigación y de su propia función, se puede observar su poder de influencia, de reconstrucción, de orientación y de información, con lo cual se puede confirmar la existencia de un *Ius Commune* en materia de Derechos Humanos en Latinoamérica.

[778] Los Informes Anuales de la Corte IDH se encuentran disponibles en: https://corteidh.or.cr/informes_anuales.cfm.

9.4.2 Ética e Integridad, gestión financiera y transparencia

Un tema crucial por considerar es el combate a la corrupción, pues es bien sabido que las estructuras organizacionales que promuevan la integridad pública, la transparencia y la rendición de cuentas en las instituciones que, principalmente, hacen uso de recursos públicos, fortalecerán la gobernanza pública tanto de los Estados como de los órganos suprarregionales, en este caso europeos e interamericanos.

En ese sentido, a fin de proporcionar una perspectiva general sobre la optimización de los recursos -económicos, materiales y humanos-, los órganos e instituciones suelen compilar y procesar la información referente a las actividades desempeñadas, las cuales son difundidas a través de informes cíclicos y anuales.

Particularmente, tanto la Comisión[779] como la Corte[780] Interamericanas de Derechos Humanos, difunden anualmente los informes que dan cuenta de la labor judicial, administrativa, operacional y financiera que realizaron durante cada año.

Para entender mejor esta propuesta, en la siguiente gráfica (figura 4) se puede observar el presupuesto que la OEA destinó, durante los últimos cinco años, a la CIDH y a la Corte IDH, otorgando a cada órgano un porcentaje para su funcionamiento (equivalente entre el cinco y nueve por ciento):

[779] Los Informes anuales, por país y temáticos que emite la CIDH, están disponibles en: https://www.oas.org/es/cidh/informes/IA.asp.

[780] Los Informes anuales que publica la Corte IDH, están disponibles en: https://www.corteidh.or.cr/informes_anuales.cfm.

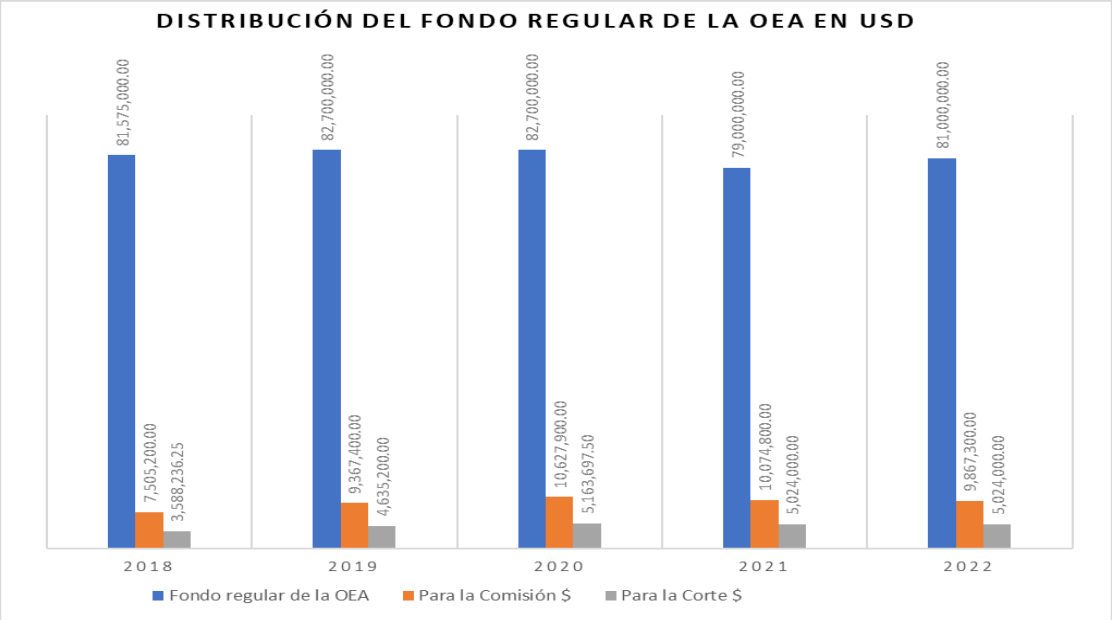
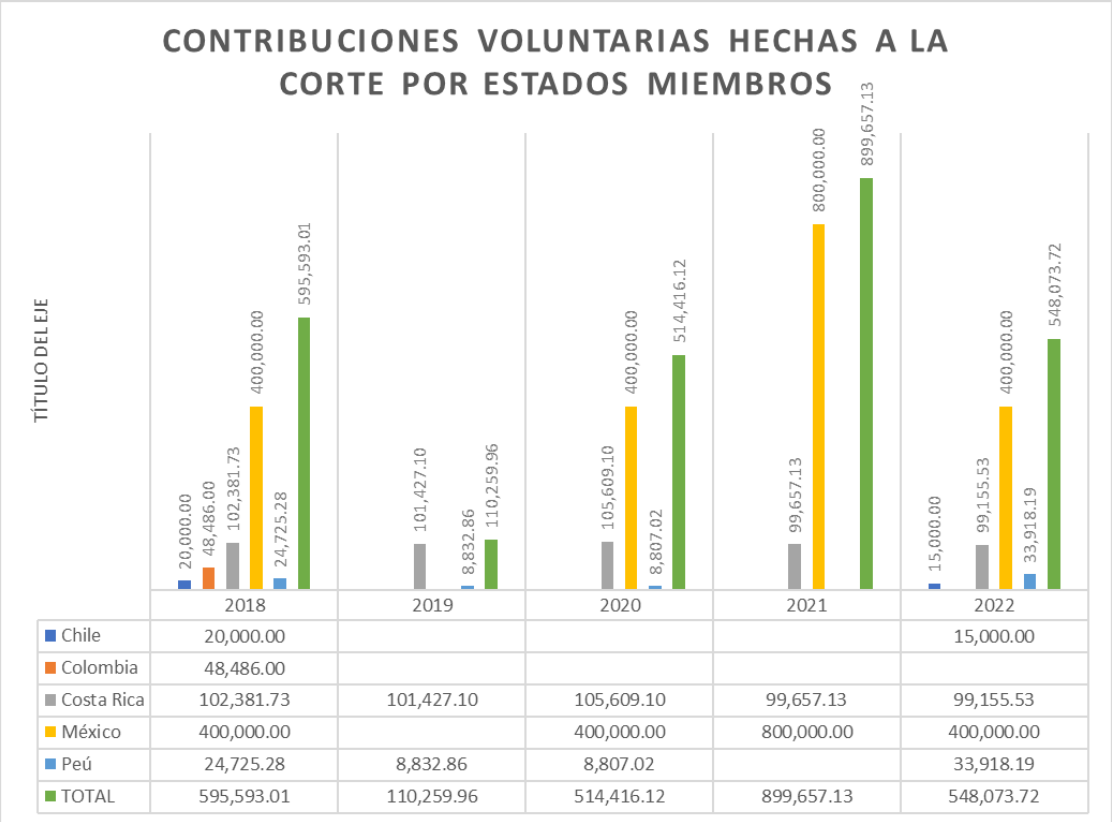


Figura 4: Distribución del Fondo Regular de la OEA a la CIDH y a la Corte IDH (Elaboración propia)

Específicamente, respecto de los ingresos que tuvo la Corte IDH, además de los fondos recibidos por la OEA, también obtuvo ingresos por parte de las contribuciones voluntarias que hicieron algunos de los Estados miembros, así como de otros rubros conocidos como convenios interinstitucionales de asistencia y donaciones de países latinoamericanos y europeos, para llevar a cabo diversas actividades y mecanismos impulsores del conocimiento y acceso a la justicia interamericana (véase la figura 3).

Ahora bien, por lo que concierne a las contribuciones que voluntariamente han hecho los Estados miembros a la Corte IDH, llama la atención que, durante estos últimos cinco años, en promedio han sido sólo dos o tres los países que han aportado recursos económicos, como se aprecia en la figura 5:



	2018	2019	2020	2021	2022
Chile	20,000.00				15,000.00
Colombia	48,486.00				
Costa Rica	102,381.73	101,427.10	105,609.10	99,657.13	99,155.53
México	400,000.00		400,000.00	800,000.00	400,000.00
Peú	24,725.28	8,832.86	8,807.02		33,918.19
TOTAL	595,593.01	110,259.96	514,416.12	899,657.13	548,073.72

Figura 5: Contribuciones hechas a la Corte IDH por los Estados miembros (Elaboración propia)

Lo anterior permite sugerir algunos aspectos que podrían mejorarse en el SIDH: En los informes anuales que presenta la CIDH se pueden apreciar las distintas categorías (específicas, permanentes e institucionales) en las cuales se hace uso de los recursos, además de divulgar informes de las variaciones en el saldo de fondos correspondiente a los proyectos no ejecutados con sus respectivos reembolsos, además de describir las costas que se hacen en salarios, becas, viajes, equipo y suministro, edificio y mantenimiento, entre otros.

En contrapartida, en los informes anuales (gestión financiera) que presenta la Corte IDH sólo se tiene acceso a la información proporcionada respecto de los ingresos que se obtuvieron tanto por parte de la OEA como de los otros rubros antes mencionados, sin embargo no están publicados los egresos. Ello impide valorar objetivamente si los recursos han sido utilizados por completo, si se tiene algún "ahorro", si existe subejercicio o si por ejemplo se sufre de alguna carencia para llevar a cabo su

importante labor en materia de Derechos Humanos en la región, o cuáles y cómo son las erogaciones específicas o permanentes.

Aunque "cada proyecto de cooperación internacional es sometido a una auditoría independiente para asegurar la más efectiva utilización de dichos recursos", aunado a que supuestamente se practican "auditorías externas a los estados financieros de la Secretaría de la Corte IDH, que comprenden todos los fondos administrados por el Tribunal, fondos provenientes de la OEA, del aporte del Gobierno de la República de Costa Rica, de la cooperación internacional, del Fondo sobre Asistencia Legal de Víctimas, y de los aportes de Estados, universidades y otros organismos internacionales", no estaría de más que los resultados de dichas autorías fueran públicos, o bien que se pudiera acceder a una versión como la que difunde la propia Comisión Interamericana.

Al respecto, como propuesta concreta, se sugiere elaborar un calendario de aportaciones económicas donde participen periódicamente todos los Estados miembros, y no sólo dos o tres como se puede apreciar en la figura 5. Esto permitiría una participación regional equilibrada, equitativa y comprometida con la justicia y protección de los Derechos Humanos, tanto interna como internacionalmente. El aporte económico podría ser proporcional al número de sentencias que ha acumulado cada Estado miembro, o bien, independientemente de la cantidad de sentencias, se podría fijar una cuota "estándar" (todo conforme al principio de proporcionalidad).

9.4.3 Diálogo inter-regional

Un tema fundamental es el fortalecimiento del diálogo (verdaderamente dialéctico y no monologal) entre tribunales multinivel, es decir, la Corte IDH en diálogo con las Cortes Supremas, además del diálogo entre las mismas Cortes Supremas y las Locales (figura 6):

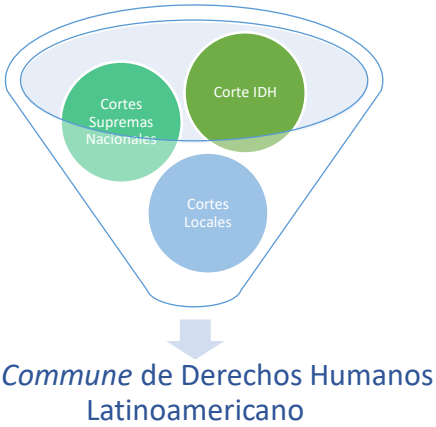


Figura 6: Diálogo inter-judicial multinivel en Latinoamérica (Elaboración propia)

En ese sentido, cabe destacar que "los Presidentes de las Cortes Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Europea de Derechos Humanos e Interamericana de Derechos Humanos, con motivo del cuadragésimo aniversario de la entrada en vigor de la CADH y la creación de la Corte IDH", el 18 de julio de 2018 firmaron la "Declaración de San José"[781], en la que decidieron establecer un "Foro Permanente de Diálogo Institucional" entre las tres Cortes supranacionales.

En consecuencia, los días 28 y 29 de octubre de 2019 se llevó a cabo una reunión en Kampala, República de Uganda, con motivo del "Primer Foro Internacional de Derechos Humanos de los tres tribunales regionales", en la que firmaron la "Declaración de Kampala", la cual hace énfasis -entre otros objetivos- en "mejorar el diálogo y el intercambio de jurisprudencia con los tribunales nacionales, como uno de los mecanismos para garantizar que los tribunales nacionales hagan referencia a las sentencias de los tribunales regionales y para contribuir a la ejecución de estas sentencias a largo plazo". Esta Declaración de Kampala es conocida como "Memorando de Entendimiento entre las tres

[781] Para ver la "Declaración de San José" de 2018, ingresar a: https://www.corteidh.or.cr/docs/Declaracion_SJ/declaracionsj_spa.pdf.

cortes para hacer operativo el Foro Internacional de Derechos Humanos".[782]

El Segundo Foro Internacional de Derechos Humanos se llevó a cabo el 25 de marzo de 2021, organizado por el TEDH, con el apoyo del Comité de Ministros del Consejo de Europa.[783]

Así pues, debido a que se acordó que dicho Foro Internacional se lleve a cabo cada dos años, recientemente, los días 25 y 26 de mayo de 2023 se realizó el Tercer encuentro en San José (Costa Rica), en el que se reafirmaron los compromisos a través de la Segunda Declaración que fue firmada el 26 de mayo de 2023 (Declaración de San José II).[784]

Como resultado también de estos encuentros, se tienen los "Informes de Ley Conjunta de AfCHPR, TEDH y CIDH". La Declaración de Kampala señala que se deberá publicar un "anuario electrónico/digital sobre las principales sentencias de los tres tribunales con comentarios, cuando sea necesario, teniendo en cuenta los idiomas de trabajo de los tres tribunales".

Sin embargo, más allá de que no muestran un "diálogo" sino que únicamente presenta cada Corte sus *leading cases* del año, al 30 de noviembre de 2023 (fecha de última consulta) sólo están disponibles los informes de: 2019, 2020 y 2021 (éste último ha sido recientemente publicado el 27 de noviembre de 2023).[785]

---

[782] Para ver la "Declaración de Kampala" de 2019, ingresar a: https://www.corteidh.or.cr/docs/declaraciones/Kampala_declaration_29_october_2019_ES.pdf.

[783] Para ver la grabación del evento, ingresar a: https://vodmanager.coe.int/cedh/webcast/cedh/2021-03-25-1/lang.

[784] Para ver la "Declaración de San José II" de 2023, ingresar a: https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/declaracion-san-jose-2023.pdf.

[785] El Informe de 2019, está disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Joint_Report_2019_AfCHPR_ECHR_IACHR_ENG.pdf. El Informe de 2020, está disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Joint_Report_2020_AfCHPR_ECHR_IACHR_EN

9.4.4 Transjudicialismo

Ante la "internacionalización de las relaciones legales", el transjudicialismo[786] podría ser una vía que fortalezca, en el contexto transnacional y transconstitucional, un diálogo judicial transversal entre los sistemas de protección de Derechos Humanos nacionales e internacionales (sin dar preponderancia o privilegio a una instancia específica).

Además, respecto de la intención de entablar dicho diálogo jurisprudencial, el cruce de las referencias de los precedentes judiciales[787] multinivel serían un buen remedio contra la posible y potencial fragmentación jurídica regional (como consecuencia de tener múltiples cortes -o autoridades- estatales, las cuales actualmente tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad respecto del *corpus iuris* y de la propia interpretación que haya emitido la Corte IDH).

Como una futura línea de investigación, podrían esquematizarse los diversos casos que se aprovecharon de la fundamentación y sentido de otros, a fin de comprender cuáles han sido las motivaciones que conllevaron a los jueces citar un caso y no otro, pues se presume que más bien los asuntos se eligen con la finalidad de sustentar únicamente el mismo sentido del caso que se está resolviendo; evidentemente no existe normativa, obligación o necesidad de justificar por qué se eligió un

G.pdf. El Informe de 2021, está disponible en: https://bibliotecacorteidh.winkel.la/Product/ViewerProduct/2370#page=1.

[786] Transjudicialismo fue un término que utilizó la jurista Sandra Day O´Connor (primera mujer jueza asociada a la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el año 2003, ante la preocupación de "aumentar la armonía mundial ante el riesgo de que la globalización suprima las diferencias". *Cfr.* Discurso: https://oconnorlibrary.org/speeches-writings/speech-to-the-southern-center-for-international-studies.

[787] *Vid.* Iturralde Sesma, V. (2013). Precedente Judicial. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*(4), pp. 194-201. Obtenido de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5100783.

caso y no otro (lo que deriva a su vez en que se evite citar los casos que sean contrarios a la postura decidida).

Así pues, debido a que hay insuficientes estudios que aborden el tratamiento de los precedentes en los tribunales a manera de "diálogo" regional, es decir, se tienen escasas pruebas comparativas, cualitativas y cuantitativas sobre la frecuencia de los préstamos judiciales jurisprudenciales, es por lo que sería necesario robustecer el debate teórico y los estudios que den cuenta y fundamento de las variaciones en las interpretaciones y diálogos mantenidos entre los tribunales multinivel.

9.4.5 Traducciones

Aunque en la página web oficial de la Corte IDH se pueden consultar cada una de las sentencias que ha emitido por país, así como la supervisión de su cumplimiento, las opiniones consultivas y las medidas provisionales (entre otra información), lamentablemente el sitio sólo permite navegar en tres idiomas (español, inglés y portugués, pero la mayoría de los documentos no están traducidos al portugués).

Al respecto, es preciso recordar que la ONU ha adoptado seis lenguas oficiales: el árabe, el chino, el inglés, el francés, el ruso y el español. En tanto que la Unión Europea tiene veinticuatro lenguas oficiales: el alemán, el búlgaro, el checo, el croata, el danés, el eslovaco, el esloveno, el español, el estonio, el finés, el francés, el griego, el húngaro, el inglés, el irlandés, el italiano, el letón, el lituano, el maltés, el neerlandés, el polaco, el portugués, el rumano y el sueco.

En ese sentido, se proponen concretamente (conforme al principio de integración regional, dado que la Corte IDH debe operar de forma subsidiaria y complementaria a los ordenamientos jurídicos nacionales) formular "competencias de atribución compartidas" entre dicha Corte y

los Estados parte, a fin de que, en los puntos resolutivos de las sentencias, se inste al Estado que resultó responsable para que, además de cumplir con las disposiciones de reparación del daño, se comprometa a traducir la sentencia en al menos los seis idiomas oficiales de la ONU (para que esté disponible no sólo en dos -o tres- idiomas como actualmente se hace), a través de la asistencia de peritos traductores oficiales o certificados.

El contar con la colaboración y compromiso de todos los Estados miembros, específicamente a través de la traducción de las sentencias -e idealmente de toda la información que maneja y publica la Corte IDH en su portal oficial-, conllevaría una mayor expansión, recepción y conocimiento de lo que acontece en el continente americano en materia de Derechos Humanos, lo cual puede ser de utilidad para personas con distinto idioma residentes en otras partes del mundo, incitando además a que los gobiernos establezcan políticas de pronta acción, colaboración y transformación de las organizaciones, con el fin de difundir y salvaguardar los derechos universales y libertades fundamentales que repercuten en el principio de acceso a la justicia, a la información y a la no discriminación por raza, etnia, nacionalidad, lengua, edad, o cualquier otra condición.

9.4.6 Involucramiento social, empresarial y académico

Muchas veces puede parecer que la cuestión de la integración regional depende únicamente de los órganos supranacionales, o de cuestiones políticas. Sin embargo, su resultado se logra también gracias al desarrollo de proyectos comunes que involucran la actuación de los sectores públicos y privados, así como, por supuesto, del ámbito académico. Es decir, para que la integración regional como proyecto común siga adelante, es necesario que toda la sociedad comparta un conocimiento y lenguaje común más allá de las fronteras y profesiones,

de lo contrario se estaría frenando la construcción del *Ius Commune* en Latinoamérica.

Entonces, en lo que respecta a la capacitación, independientemente de la que toman los jueces y el personal administrativo de las distintas instituciones gubernamentales, sería necesario potencializar una estrategia de cambio a fin de consolidar dicho *Ius Commune* en Latinoamérica, a través de un constante y actualizado marco *ius*-protector en la región, que involucre a otras disciplinas -no sólo la jurídica-, que abarque temas de conducta, ética, principios y valores, pero que además contemple un modelo de respeto a los Derechos Humanos globalizante, para gozar de la esperada prosperidad común.

Concretamente, se propone establecer una Institución académica de enseñanza superior e investigación especializada en *Ius Commune* regional del siglo XXI (como la que en su momento existió en Bolonia inicialmente con el *Mos Italicus*), donde se enseñe y aprenda el Derecho Común práctico Latinoamericano (*Mos latinoamericanum jura docendi*) con una perspectiva de Derechos Humanos, la cual forme a estudiantes de distintos países, no sólo del continente americano, sino de todo el mundo.

Muestra de esta intención es lo que han venido desarrollando, por ejemplo, el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público junto con la Universidad de Los Andes, a través de la fundación, en 2020, de la *Escuela Virtual de Constitucionalismo Transformador en América Latina* en donde han trabajado diversas líneas de investigación alrededor del proyecto denominado "*Ius Constitutionale Commune* en Derechos Humanos para América Latina".[788]

[788] La información del Instituto y del Proyecto, está disponible en: https://www.mpil.de/de/pub/forschung/nach-rechtsgebieten/oeffentliches-recht/ius-constitutionale-commune.cfm.

Otro ejemplo es la labor que realiza el Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (OSIDH)[789] con sede en el propio Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en México. De igual forma, la Red Interdisciplinaria Justicia Global e Integración Americana (RIJIA), desde 2012, ha desempeñado un papel activo en diversos espacios académicos con la finalidad de fortalecer la integración regional a través de múltiples actividades (publicaciones, convenios de colaboración, congresos, doctorados, entre otras).[790]

Aunado a lo anterior, más allá del "diálogo" inter-jurisprudencial que se propuso oportunamente, es necesario comunicar, compartir y discutir (dialogar en diversos espacios -*inter se*-) las "buenas prácticas" que cada Estado miembro ha desarrollado, permitiendo a las personas profesionistas que acumulen conocimientos prácticos y tengan una formación más sólida y actualizada, a fin de que se frene el empobrecimiento de la calidad argumentativa jurídica.

Por lo tanto, siguiendo al profesor español Antonio Pérez Martín, "es momento de recuperar el protagonismo que nuestros antepasados tuvieron en la elaboración del *lus Commune* [Europeo o medieval]. No es posible conformarnos con ser meros intérpretes pasivos y repetidores de la ley (o de lo que la mayoría repite doctrinalmente), sino que también debemos ser verdaderos creadores del Derecho", lo que nos incita a seguir aportando a la ciencia jurídica desde cada una de nuestras "trincheras".[791]

---

[789] La información del Observatorio está disponible en: https://osidh.juridicas.unam.mx/.

[790] La información de la Red está disponible en: https://www.rijia.org/.

[791] Pérez Martín, A. (1999). El *Ius Commune*: Artificio de Juristas. En F. Tomás y Valiente, *História del Pensamient Jurídic* (pp. 69-93). Barcelona: Universitat Pompeu Fabra.

9.4.7 Evaluaciones de impacto

Otra propuesta de futura línea de investigación podría ser estudiar el impacto que han tenido en la sociedad las diversas actividades judiciales, administrativas, de capacitación, de asistencia, de difusión y culturales, así como de las visitas que se hacen a cada uno de los países a fin de evidenciar de qué manera se puede obtener un mejor aprovechamiento de los recursos -pues siempre es perfectible-, así como proponer una distribución estratégica de los mismos para que se aprovechen las fortalezas de las distintas instituciones multinivel (en apego al principio de subsidiariedad).

9.4.8 Responsabilidad estatal vs. responsabilidad de la persona servidora pública

También se podría analizar hasta qué punto se puede hacer responsable internacionalmente a la persona servidora pública tras haber violentado los Derechos Humanos de la ciudadanía, pues si un Estado -en su conjunto- resulta responsable ante una sentencia internacional, dado que los recursos que éste utiliza para hacer frente y pagar las penas impuestas son extraídos -presumiblemente- del pago de los impuestos, entonces toda la ciudadanía estaría "pagando" por la mala praxis de las autoridades (de una o varias personas, o de una o varias instituciones).

Por supuesto, dicho estudio conllevaría el planteamiento de la situación en la que, al hacer responsable a la persona funcionaria pública ante un órgano supranacional, se estaría fragmentando al Estado internacionalmente. Quizá se deba considerar contar con una legislación nacional que atienda el problema desde una perspectiva del Derecho Procesal Internacional de los Derechos Humanos, además del propio proceso de responsabilidad administrativa al que se incurra.

9.4.9 Acceso a la justicia

Muchas sentencias -nacionales o supranacionales- están compuestas con lenguaje jurídico-farragoso, incomprensible en gran medida para el público general (situación que precisamente se quería evitar con el impulso de la Codificación), además de tener varias decenas y hasta cientos de páginas que sólo transcriben todo el expediente procesal y reproducen completas las tesis aisladas o jurisprudencia citadas.

En ese sentido hace falta simplificar el estilo y lenguaje legalista-formalista, así como tratar de abreviar la extensión (aunque no siempre es posible), imprimiendo una mejor calidad argumentativa (y no repetitiva).

Esto se podría mejorar al tener una estrategia de litigio en el sentido "*ius*-protector internacional", aplicada desde el principio del asunto y no sólo cuando lleguen a las Supremas Cortes, tanto por los abogados litigantes como por los jueces de primera instancia, a fin de que desde la sede local comiencen a familiarizarse, citen y usen criterios *ius*-protectores supranacionales.

Por otro lado, dada la escasa tradición de discusión y el mínimo debate público de las sentencias judiciales trascendentales, se hace difícil estudiar las decisiones y tendencias jurisprudenciales en el ámbito académico y hasta en el profesional, de hecho llama la atención que en algunos países latinoamericanos no se haga hincapié al escrutinio de los fundamentos razonados de los jueces supremos. Sería necesario contar periódicamente con más publicaciones editoriales privadas especializadas y comentadas en la región.

9.4.10 Agenda regional

Para finalizar estas propuestas adicionales, a fin de generar una cultura latinoamericana común de paz y Derechos Humanos, sería conveniente dar mayor difusión al instrumento de ruta o gestión institucional denominado "Plan Estratégico para el período 2023-2027" en el cual se señalan los mecanismos prioritarios que permitirán enfrentar los desafíos actuales y futuros que exige la atención y protección de los Derechos Humanos en el continente americano[792], con el objetivo de impulsar una agenda con compromisos regionales con sentido innovador (como tiene Europa, a través de la "Conferencia sobre el Futuro de Europa"[793]), que i) posibilite la construcción y puesta en marcha de diversos Protocolos adicionales a la CADH, ii) mapee la posible mejor implementación de las sentencias supranacionales en cada Estado, iii) promueva la resolución de conflictos regionales en materia de Derechos Humanos, iv) estimule el diálogo concurrente entre los órganos supranacionales y nacionales, a través de técnicas de tipo "prejudiciales", y v) dé seguimiento a las reflexiones, debates y propuestas ofrecidas durante una posible "Conferencia sobre el Futuro de Latinoamérica".

[792] *Vid*. Plan Estratégico 2023-2027 de la CIDH, disponible en: https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/planestrategico/2023/default.asp.

[793] La Conferencia más reciente finalizó el 9 de mayo de 2022 y se abordaron temas referentes al cambio climático y medio ambiente; salud; justicia social y empleo; valores y derechos, Estado de derecho y seguridad; transformación digital; democracia; migración; educación, cultura, juventud y deporte; entre otras muchas ideas que presentaron los ciudadanos de la Unión Europea y diversas instituciones públicas y privadas. *Vid*. https://futureu.europa.eu/?locale=es.

Conclusiones

Las siguientes conclusiones se presentan ordenadas conforme a la exposición realizada a lo largo de esta tesis doctoral, con el objetivo de, por un lado, guiar al lector para que pueda consultar más detalles en cada uno de los capítulos correspondientes, y, por el otro, mostrar por cada una de las tres partes, una especie de resumen conclusivo en conjunto, dejando evidencia de los resultados (cumplimiento de objetivos o argumentación de hipótesis) alcanzados a través de la presente investigación.

PRIMERA PARTE
DERECHO COMÚN, DERECHOS NACIONALES Y DERECHO SUPRANACIONAL

Se puede concluir, conforme a lo expuesto en los primeros cuatro capítulos que comprenden la Primera Parte de esta investigación, que:

1º. La importancia del *Ius Commune* Europeo medieval es mayúscula dentro de la Tradición Jurídica Occidental, porque por un lado, conformó las bases de un ordenamiento y, por el otro, constituyó el núcleo común de una ciencia jurídica europea y después occidental (abarcando también a América), además de ejercer una influencia mundial en virtud de la Globalización.

2º. El *Ius Commune* Europeo estuvo vigente al menos durante ocho siglos (desde la Baja Edad Media hasta la época de la Revolución Francesa), y logró regir durante todo ese periodo gracias al reconocimiento de su autoridad y amplia aceptación.

3º. El *Ius Commune* fue prácticamente el Derecho por antonomasia, pues, a pesar de su reconocimiento y sanción de los *iura propria* como expresión de las diversas autonomías locales, era el Derecho armonizador, supletorio y, en definitiva, subyacente a todos los demás ordenamientos jurídicos a través de sus diversos procesos de recepción.

4º. Tanto la posición de poder y autoridad de la Iglesia latina en la Edad Media, la comprensión del latín -al ser una lengua jurídica universal-, la dogmática jurídica promovida en las universidades, la aplicación en la práctica de diversos tipos de técnicas interpretativas, como su amplia "recepción", permitieron al Derecho Común, además de perdurar durante un prolongado periodo, gozar de una gran riqueza compartida.

5º. En un balance general, se puede decir que gracias a la independencia o autonomía que existía para con el "Estado", el *Ius Commune* permitió armonizar las particularidades de cada caso al hallar un equilibrio entre los principios, la *lex* y la evolución natural de las necesidades de la sociedad.

6º. A pesar de sus altibajos, el *Ius Commune* se constituyó como un "Derecho de juristas", pues éstos se formaban en las universidades sobre la base de este Derecho Común (*peregrinatio academica*) quienes teniendo una sólida y completa preparación podían interpretar los casos y proporcionar soluciones científicas, prudentes, éticas y -sobre todo- fundamentadas en una vasta gama de fuentes del Derecho, por ende lo "universal" no representaba ninguna dificultad, porque el método de la ciencia jurídica también era común.

7º. En sus funciones de abogados, jueces y servidores públicos, estos juristas trataban con frecuencia el Derecho local como una excepción al *Ius Commune* y, por tanto, como algo que requería una interpretación restrictiva o una reinterpretación conforme al mismo Derecho Común.

8º. Existía una cuantiosa literatura jurídica internacional que se había conformado desde diversas latitudes; de hecho, la mayoría de las obras estaban escritas en latín, que hasta entrado el siglo XVIII constituyó la lengua de nuestra ciencia. Los tribunales superiores acogían esa literatura y adjudicaban conforme a dicho Derecho, modelado también para entonces en numerosas leyes y sentencias.

9º. En ninguna época ha sido tan importante la actividad de los intérpretes de la ley en la construcción de un sistema jurídico, como lo fue en la época del *Mos Italicus*, al haberse tenido que enfrentar a la enorme tarea de forjar herramientas jurídicas adecuadas a sus circunstancias.

10º. Debido a la recuperación del Derecho Romano y Canónico, y dada la fusión que hubo entre el *Ius Commune* y los derechos locales, es que se dio lugar a una comunidad de principios y métodos jurídicos que comparte Occidente, los cuales después se difundieron a lo largo y ancho de todo el mundo, proyectándose incluso hasta la actualidad en este primer cuarto del siglo XXI.

11º. Durante siglos, los países de Europa Central y Occidental tuvieron una ciencia jurídica común que se fue construyendo y perfeccionando con el correr del tiempo (tal como se está intentando en la actualidad).

12º. La ciencia jurídica siguió al proceso nacionalizador y quedó aprisionada en sus fronteras; se extinguió el *Ius Commune* a lo largo del siglo XIX quedando únicamente el Derecho de cada uno de los Estados, si bien -paradójicamente- el mismo se habría desarrollado a partir de dicho Derecho Común, de ahí su huella todavía presente y característica.

13º. El *Ius Commune* se convirtió en Derecho vigente en gran parte de Europa; continuó como tal hasta la Era Moderna de la Codificación nacional. Incluso estas codificaciones nacionales del Derecho no supusieron una ruptura total con el pasado, porque conservaron como su base el marco conceptual y las principales instituciones jurídicas del *Ius Commune*.

14º. En el siglo XIX (como secuela de la Codificación, del Constitucionalismo y de otros motivos expuestos) la ciencia jurídica comunitaria-supranacional perdió su unidad por haberse dividido en "jurisdicciones" o zonas jurídicas particulares y fronterizas, por estar orientada hacia el Derecho de cada uno de los Estados, por ende sus leyes dejaron de ser universales y/o europeas.

15º. A partir de entonces -aparentemente- no existió más el Derecho Común y se debió -posiblemente y al menos- a seis razones:

i) en el siglo XIX el latín perdió su importancia como lengua jurídico-científica (se publicaba en cada una de las lenguas nacionales), lo que representó un obstáculo para la conservación de una disciplina supranacional;

ii) declinó el intenso intercambio jurídico universitario internacional porque no hacía falta enriquecer el estudio de un

Derecho nacional, pues se enseñaba y aprendía la legislación y el Código estatal;

iii) el fenómeno de la Codificación "nacional" de Derecho Privado se presentaba como ley general y exigía vigencia territorial exclusiva y limitada;

iv) las leyes sólo podían ser promulgadas en cada uno de los Estados; lo que significó

v) la falta de una organización política com-unitaria internacional que legislara; asociado con

vi) el cambio de la concepción del *Derecho* introducido por las ideas de la Ilustración, al creer que éste se encontraba en la ley y no en los resultados de la jurisprudencia-interpretación.

16º. Los teólogos juristas españoles constituyeron un importante paso hacia la configuración del nuevo paradigma jurídico iusnaturalista moderno racionalista que habría de sustituir al *Ius Commune* medieval.

17º. La configuración de un nuevo pensamiento fue fluctuante durante algún tiempo como consecuencia de la crítica humanística y de la continuidad que daban algunos juristas al legado del *Mos Italicus*.

18º. El *Mos Italicus* fue objeto de progresivas revalorizaciones críticas por los juristas del *Mos Gallicus* y por los filósofos-juristas de la Escuela Moderna del Derecho Natural.

19º. No todos los seguidores del *Mos Gallicus* -que publicaron en la segunda mitad del siglo XVI- expusieron sus doctrinas sistemáticamente. La corriente sistematizadora llegó hasta el final de ese siglo y alcanzó a la corriente racionalista del siglo XVII.

20º. El Derecho Natural racionalista existía junto al Derecho Común, pero desde el siglo XVII, permanentemente aumentó su influencia, pues era también una disciplina europea.

21º. En el último tercio del siglo XVIII los seres humanos vivieron un verdadero cambio de concepción o de época, traduciéndose en el ascenso de la Modernidad Contemporánea, racionalista e ilustrada, cuyas características individualistas y subjetivistas, racionalistas y secularistas, voluntaristas y contractualistas, igualitaristas y liberalistas, así como reformistas, fueron preparando el campo donde fraguaría la transformación social.

22º. Las anteriores ideas -junto con las expuestas en cada uno de los capítulos- fueron el repertorio ideológico de la Ilustración en los terrenos jurídico y político, e instituyeron, al amparo del iusnaturalismo racionalista, los presupuestos fundamentales del movimiento codificador y constitucional (al sustituir la autoridad del Derecho Romano por la autoridad de la razón).

23º. La convergencia del iusnaturalismo racionalista y la Ilustración fue introduciendo la aspiración a ordenar las sociedades, a través de una legislación que positivase el Derecho Natural, conduciendo posteriormente a la -aún más ambiciosa aspiración- de desarrollar leyes completas que abarcasen la totalidad de una disciplina jurídica (Derecho Civil, Mercantil, Penal, Procesal, etc.), para lo que se fueron sentando las bases de la teoría de la Codificación con las dogmáticas: *Legalista*, *Estatalista* y *Formalista*.

24º. Se puede observar que en un primer momento se rechazó el Derecho de la Baja Edad Media en nombre de la recuperación

del Derecho Romano "puro", después se objetó este Derecho Romano a raíz del Derecho Natural, posteriormente se refutó al Derecho Natural por el Derecho racional, para terminar negándolo a causa del Derecho legal (estatalista, formalista, positivista), cuyo único salvavidas fueron los principios generales del Derecho, reducidos a su mínima expresión.

25º. El Constitucionalismo, como conjunto de ideas que inspiraron y acompañaron al proceso de Codificación del Derecho Público Fundamental, se desarrolló, por una parte, como resultado del surgimiento y progreso de los Parlamentos y, por otra parte, a partir de la evolución de un pensamiento político inspirado en el mismo.

26º. En la configuración del Estado contemporáneo, habrían de confluir una serie de planteamientos más bien propios de la filosofía política, entre los cuales estuvo la *separación de poderes*, convirtiéndose éste en dogma y piedra angular del Constitucionalismo, influyendo también en la posterior configuración de los Derechos Humanos.

27º. El movimiento constitucionalista no sólo reivindicó derechos y nuevas formas de organización, sino también una legitimidad que descansaría sobre el principio de soberanía nacional y mandato representativo.

28º. El Derecho francés fue influido y a su vez repercutió en la culminación del iusnaturalismo moderno propiciando -paradójicamente- el comienzo del iuspositivismo formal contemporáneo por medio de la Escuela de la Exégesis Francesa. De igual modo, ejerció una influencia decisiva también fuera de Europa, por ejemplo en Iberoamérica.

29º. El Derecho positivado consolidó un absolutismo jurídico desde el cual el Estado, en vez de verse limitado, robusteció aún más su potestad, pues se volvió más rígido para el mismo gobernado y no se consiguió la consumación del triunfo anhelado, pues el Derecho acabó por convertirse en un instrumento al servicio del Estado. Paradójicamente, la ley se convirtió en el "más sofisticado mecanismo en manos del poder para controlar -en muchos sentidos- la vida en sociedad del hombre", resultando ser un laberinto sin salida, pues negaba el pasado y bloqueaba al futuro.

30º. El Derecho Estatal Positivo legislado empezó a reconocer, a través de las Constituciones, ciertos Derechos Fundamentales, sin embargo dicho reconocimiento pasó a convertirse más bien en una concesión -derechos otorgados, más que reconocidos- sobre cuya configuración y límites, el propio Estado se atribuía la última palabra.

31º. El péndulo del auge del Positivismo Legalista Estatalista fue encontrando su contrapunto en un nuevo Derecho Internacional y Supranacional, cuya peculiar dinámica hace conveniente en la actualidad repensar las virtudes que tuvo el "Derecho Común bajomedieval".

32º. La abundancia y diversidad de Tratados Internacionales que se sucedieron en la segunda mitad del siglo XVII y durante el siglo XVIII, tuvieron por resultado la elaboración de un importante patrimonio de Derecho Público que, en buena medida, preparó el camino para el Constitucionalismo estatalista del siglo XIX, pero también para la configuración de un ordenamiento jurídico internacional, cuya madurez permitió, ya en el siglo XX, la configuración de una "sociedad

de naciones" regida por un Derecho de gentes bastante consolidado.

33º. Los principales desarrollos del Derecho Internacional durante el siglo XX consistieron en:

i) la configuración de organismos internacionales, con personalidad jurídica propia y facultades delegadas aunque sujetas al principio intergubernamental;

ii) la creación de organismos supranacionales -a partir de la segunda mitad del siglo XX-, donde la delegación de facultades se convirtió en una auténtica cesión de soberanía; y en

iii) el efecto directo y aplicación inmediata que alcanzaron algunas normas internacionales -y, en general, las supranacionales-, que aunque originalmente fueron aplicables exclusivamente a los Estados signantes de un Tratado o participantes en un organismo internacional, estableciendo cuando mucho, obligaciones a los mismos para modificar su Derecho interno, posteriormente en ciertos casos, dieron lugar a normas internacionales que no requirieron ser internalizadas, recibidas o transpuestas al Derecho interno para gozar de eficacia jurídica dentro del Estado en cuestión.

34º. Tanto los mecanismos internacionales de protección de Derechos Humanos cuanto los esquemas de integración, han venido desarrollándose siguiendo una lógica más bien supranacional, superadora de la dinámica intergubernamental característica de las primeras organizaciones internacionales. Bajo esa tesitura, se puede decir que el verdadero cambio de paradigma se produjo con la creación de sistemas jurídicos supranacionales.

35º. Evidentemente están surgiendo diversos problemas internacionales, con cierta gravedad y efecto creciente, que

ya no parecen tener solución en la sociedad interestatal y que requieren decisiones compartidas a nivel global-regional. Este planteamiento no sólo lleva a una limitación de la soberanía, sino más bien a una extensión de la misma, por ello puede esbozarse una especie de "intersoberanía" en la transición hacia la integración, y una tendencia hacia -lo que denomino aventuradamente- una "soberanía de los Derechos Humanos" con la consecuente construcción de otro tipo de legitimidad.

36º. La realidad social está presentando situaciones y conductas que reclaman, por un lado, un intercambio de técnicas de protección de Derechos Fundamentales entre distintos sistemas y ordenamientos jurídicos y, por el otro, la puesta en marcha de un procedimiento eficaz de creación y aplicación del Derecho, para llenar un vacío jurídico que requiere de un tratamiento multilateral, multidisciplinario, multinivel y democrático.

37º. Estas tendencias tendrán una repercusión directa en la teoría y práctica de las relaciones internacionales y en el rumbo que podría tomar -o que ya está experimentando- el futuro del Derecho y sus ordenamientos, dado que, en la actualidad, el Estado es una institución que habrá de permanecer, aunque con importantes limitaciones en su soberanía, la cual podría estar erosionándose desde afuera así como desde su interior.

38º. Por ello mismo, hoy los Derechos Humanos consagrados en varios conjuntos normativos empiezan a constituir ya una verdadera excepción al principio de soberanía y se está llegando a los límites de la intervención "*causa humanitatis*",

dando paso a la edificación de un nuevo y flexible "ordenamiento jurídico plural".

39º. Con el objetivo de tratar de comprender la crisis por la que actualmente atraviesa el Positivismo Legalista Formalista, se hizo necesario señalar que el *Ius Commune* Europeo sirvió -como ejemplo- precisamente para enfrentar el pluralismo jurídico medieval (derechos germánicos, de las ciudades, de los dominados agrícolas, feudal, *mercatorum* y canónico).

40º. La esencia de lo que fue el Derecho Común medieval puede servir como brújula en la construcción de un nuevo *Ius Commune* Latinoamericano, al menos en materia de Derechos Humanos.

SEGUNDA PARTE

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO NUEVO DERECHO COMÚN

Respecto de las conclusiones pertinentes a la Segunda Parte (capítulos quinto y sexto), se puede decir que:

1º. El entendimiento del Derecho Natural como orden jurídico, hacia los derechos naturales como derechos subjetivos -inherentes, inalienables y sagrados del individuo-, fue un muy importante embrión de los "Derechos Humanos" y de los "Derechos Fundamentales".

2º. Las bases iusfilosóficas y la naturaleza universal de los Derechos Humanos, en su configuración actual, se encuentran en la reflexión iusnaturalista occidental, ya que el iusnaturalismo filosófico de la reflexión griega antigua se encarnó en el Derecho Romano, en sus ideas, métodos e instituciones que recogieron tanto las concepciones estoicas como las aristotélicas. Con el tiempo, la tradición iusnaturalista, también fue retomada y elevada por el cristianismo desde la Antigüedad, durante la Edad Media y, posteriormente, por los teólogos juristas de la Escuela de Salamanca, desarrollando así elementos de una teoría jurídica enfocada en principios generales de *justicia* con el ser humano en su centro.

3º. Dado que el Derecho Natural precede -tanto filosófica como lógicamente desde su concepción jurídica- al Derecho Positivo Estatal y las libertades preceden al poder, es por lo que de esa naturaleza se derivó el núcleo esencial de derechos que después fueron susceptibles de desarrollos y determinaciones conforme a cada época de la historia, y en

su última fase lo fue a través del contractualismo, pues la evolución histórica de los Derechos Humanos está vinculada también a la construcción del Estado de derecho, por ser el entorno en el que estos derechos, mediante un sistema de equilibrios y sanciones políticas y jurídicas, pueden desarrollarse y protegerse.

4º. Desde el incipiente racionalismo (iusnaturalismo racionalista) del siglo XVII, se pensó que lo común a todos los seres humanos era su naturaleza racional; a partir de entonces el Derecho Natural se secularizó. Aunque por otro lado, según la filosofía política de dicha época, era necesario que un poder político fuera sólido y tuviera suficiente autoridad para garantizar los derechos ya existentes.

5º. Como consecuencia del impulso optimista del progreso y perfeccionamiento del ser humano, se produjo el paradójico fenómeno de la *positivación voluntarista del Derecho Natural racionalista* lo cual permitió avanzar hacia lo que hoy conocemos como Declaraciones de Derechos Humanos positivados en sustitución del Derecho Natural de la razón.

6º. Las primeras Declaraciones de Derechos Humanos en el Constitucionalismo moderno fueron: la *Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia* de 1776, la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, y las Declaraciones de Derechos Fundamentales desarrolladas en Hispanoamérica (la tunjana de 1811, la gaditana de 1812, la colombiana de 1821 y la mexicana de 1824).

7º. Tras el ciclo de los nacionalismos, el péndulo *ius*-protector fue regresando hacia lo "común universal y regional" a través de la configuración del Derecho Internacional de los

Derechos Humanos. La malograda Sociedad de las Naciones (o Liga de las Naciones), constituida como consecuencia de la I Gran Guerra, pretendió organizar la paz sobre la base del principio clásico de soberanía. La II Guerra Mundial, reveló no obstante que la paz era incompatible con el antiguo principio de soberanía absoluta sobre sus ciudadanos.

8º. A partir del periodo de la II Gran Guerra, es que se vigorizó la idea de protección y garantía de los derechos del individuo, por lo que se hizo explícita la propuesta de judicializar su tutela, repercutiendo en el posterior surgimiento del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* contemporáneo.

9º. La evolución de los Derechos Humanos, de principios éticos y pautas generales en la legislación, a verdaderos derechos de defensa del ciudadano, estuvo estrechamente ligada con: i) el Constitucionalismo moderno -entendido como técnica específica de limitación del poder con finalidad de garantía-, y con ii) la construcción de la tutela jurisdiccional a través de los distintos medios de defensa. Aunque hay que tener presente que ni el Constitucionalismo ni la Codificación surgieron únicamente de teorías o principios dogmáticos, sino de la evolución histórica de una sociedad y de la interpretación y aplicación del propio Derecho, así como de las mismas instituciones políticas y la propia evolución social.

10º. Múltiples hechos conllevaron a la necesidad de establecer técnicas de control constitucionales-convencionales, a fin de evitar su vulneración y de respetar la dinámica político-institucional y normativa-constituconal; todo ello mediante la elaboración de normas internacionales y domésticas -y de

su recíproca influencia-, en el contexto de la actuación de la ONU y demás instancias inter y supranacionales.

11º. Los reconocimientos internacionales confirieron a los Derechos Humanos un rango supranacional, por lo tanto correspondió establecer con mayor solidez y efectividad -en el plano universal y en los sistemas regionales- los medios de reclamación y tutela, e instrumentos de protección más amplios para garantizar las libertades.

12º. La tutela judicial y administrativa de los derechos es necesaria en la esfera de competencia tanto de los órganos estatales como de los supranacionales, pues los derechos son ilusorios sin la capacidad procesal para hacerlos valer y para garantizarlos, por ello conviene que a través de un sistema de jurisdicciones plurales o de instancias multinivel se lleve a cabo la protección y garantía de los mismos.

13º. Históricamente, la intervención judicial encontró ocasión y elementos propicios para prosperar a través del *Judicial Review* y del amparo (influyendo primeramente en el control de constitucionalidad y, posteriormente, en el control de convencionalidad). Ello ha dado la posibilidad de un intercambio y desarrollo de técnicas de protección de Derechos Humanos y Fundamentales entre distintos sistemas y ordenamientos jurídicos, conducente a una mejora tanto de los propios ordenamientos nacionales como transnacionales.

14º. En las distintas etapas que han marcado la evolución del proceso de integración y recepción del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, la protección de los Derechos Humanos ha adquirido progresivamente un establecimiento

jurídico firme con una proyección globalizante, la cual ha sido valorada por diversos Sistemas de Protección regionales.

15º. Particularmente, es pertinente reconocer la importante creación contractual de las dos jurisdicciones regionales más trascendentales en asuntos de Derechos Humanos: la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1959) y la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1979). Ambas Cortes tienen un alto significado para la unificación de los estándares mínimos de Derechos Humanos en su respectiva jurisdicción, teniendo por ello la misión implícita de definir el Derecho Común de los Derechos Humanos en sus regiones.

16º. El actual reconocimiento y garantía internacional y supranacional de los Derechos Humanos ha conducido incluso a su extensión hacia ámbitos hasta hace poco tiempo inimaginables, como lo demuestra -por ejemplo- la "Declaración de Derechos del Ciberespacio", la cual refiere una nueva generación de Derechos Humanos; por lo cual ha llegado el momento de re-plantearnos una re-forma sustancial de la arquitectura judicial inter-nacional coherente con el proceso de constitucionalización e internacionalización de los Derechos Humanos en curso, para dar paso al criterio de la armonización, en lugar del de uniformidad, del cual emane una especie de "lengua franca" regional, vertida en una doctrina jurisprudencial modelo y transformadora en la materia, propiciando con ello la construcción de estándares base y comunes, que instaure sí un Derecho Común, más no un Derecho único.

17º. La articulación y construcción de un *Ius Commune* de Derechos Humanos (al menos para Latinoamérica) es ya una

realidad que hace imperiosa la necesidad de -eventualmente- acoger un criterio *ius*-protector fundamental común multinivel:

i) que sea vinculante y no sólo declarativo;

ii) que refine los instrumentos procesales, orientándose en lo adjetivo y en lo sustantivo por fórmulas de entendimiento a través de reglas y principios de interpretación -conforme y concurrente-;

iii) que su máxima sea la de fortalecer y tutelar ampliamente el principio *pro personae*;

iv) que enfáticamente ponga límite jurídico a los órganos constituyentes estatales que vayan -o pudieran ir- en contra del respeto absoluto de los Derechos Fundamentales;

v) que sirva de guía (inclusiva y no limitada) tanto para el legislador como para el juzgador;

vi) que sea claro y fácil de entender y aplicar, para evitar interpretaciones disonantes y arbitrarias;

vii) que recoja lo que jurisprudencialmente se ha construido y avanzado;

viii) que sea realista y reivindicador;

ix) que establezca diálogos y caminos dinámicos que hagan posible la pronta recepción y armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho nacional;

x) que concilie y consolide la variedad y diferencia de legislaciones nacionales con el bienestar de la persona (limitando las posibilidades de proliferación y capacidad de deterioro institucional de regímenes autoritarios que pudieran llegar alcanzar una mayoría democrática y devengan reacios y reticentes en la observancia y respeto de los Derechos Humanos);

xi) que permita e incite a que las decisiones que amplían el patrimonio jurídico de los individuos cuenten con el suficiente y perene apoyo en la práctica estatal;

xii) que prevenga la reincidencia de violación a los Derechos Humanos; y

xiii) que asegure su permanencia "a largo plazo".

18º. La solución ante el desorden, conflicto y discordancia que pueda hallarse en el cúmulo de legislación multinivel existente en la actualidad (una especie de entropía jurídica), no se encuentra en seguir reproduciendo un ciclo permanente de *inflación* y *deflación* normativa, ni mucho menos en limitar (esclavizar) la labor del jurista y juez a "lo que dice la letra" -que es también el riesgo de la sola interpretación *conforme*-, sino más bien es contribuir a la consolidación y desarrollo de una unidad jurídica en el espíritu de un nuevo *Ius Commune* multinivel regional, que destaque y rescate lo mejor y funcional del pasado para cada caso, corrigiendo lo que se tiene en el presente y proponiendo mejoras para el futuro.

19º. Hay que tener presente que la perspectiva multinivel posibilita la interpretación de las normas convencionales no sólo a la luz del Derecho nacional, sino también del Derecho Internacional regional y viceversa, para favorecer una aplicación más ordenada y previsible.

20º. Así pues, la multiplicación de los Tratados sustantivos e instrumentos procesales internacionales, junto con la consolidación de jurisdicciones regionales, representa ya un fenómeno de integración supranacional progresiva, que confirma que ya estamos enfrentándonos ante un nuevo *Ius Commune* de los Derechos Humanos, pero es importante encauzarlo correctamente y aprovechar la coyuntura contemporánea.

TERCERA PARTE

INSTRUMENTOS INTERPRETATIVOS PARA UNA MEJOR RECEPCIÓN DEL DERECHO SUPRANACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y PARA UN NUEVO IUS COMMUNE LATINOAMERICANO

Tal como ha sido expuesto en los últimos tres capítulos de esta investigación (séptimo, octavo y noveno), existen diversas herramientas hermenéuticas que han sido desarrolladas particularmente tanto en el Sistema Europeo como en el Interamericano de Derechos Humanos -con mayor o menor intensidad y profundidad en uno y en otro-; por lo tanto, en esta Tercera Parte se puede concluir que:

1º. En este primer cuarto del siglo XXI, se está presenciando y construyendo gradualmente un sistema jurídico común (inter-nacional, común-regional, e incluso común-global), cuyas redes multinivel están siendo extendidas a través de la labor de armonización y recepción del Derecho Internacional regional de los Derechos Humanos que hacen los legisladores, jueces y juristas nacionales (muy similar a como lo hicieron los juristas del *Mos Italicus* y sus sucesores). Es decir, evidentemente estamos transitando por la historia de un doble proceso relevante en el mundo de lo jurídico: por una parte, la internacionalización del Derecho Constitucional; y, por otra parte, la Constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

2º. Más allá de la labor que llevan a cabo los distintos órganos que componen a los Estados y organismos intergubernamentales, tanto los tribunales internacionales como los nacionales, además de minimizar conflictos interpretativos, están actuando como agentes de unidad jurídica en la conformación e integración de un *Ius Commune*, al menos en materia de Derechos Humanos en su

propia región, porque en una progresiva judicialización de la implementación de las sentencias, ésta ya no es una competencia exclusiva de los Estados miembros, sino que se percibe como una competencia compartida entre tribunales internacionales, y entre éstos y las Cortes de cada país.

3º. Debido a que el Derecho Internacional orienta y, en algunos aspectos, determina la práctica de los tribunales nacionales, se puede deducir -y reiterar- que éstos siguen desempeñando un papel activo en la construcción del *Ius Commune* regional, a través de la interpretación, determinación, desarrollo y aplicación del Derecho vigente supranacional, con el fin de garantizar la conformidad con las normas comunitarias-convencionales.

4º. Partiendo de la premisa de que toda norma jurídica (nacional o internacional) requiere de una *interpretación* para poder ser *aplicada*, debe realizarse una tarea hermenéutica, aunque sea mínima, pues es precisamente en el campo de los Derechos Humanos donde la interpretación que hacen los jueces multinivel toma una dimensión trascendental y fundamental. Aunque claro está que lo "interpretativo-progresivo" no es sinónimo de permitir la arbitrariedad de la autoridad para violentar el texto de la ley, para apartarse de sus términos u obligaciones, o para considerar que se puede gozar de gran imaginación o entusiasmo por interpretar y aplicar liviana y libremente cualquier norma jurídica en materia de Derechos Humanos. Más bien "se trata de establecer un marco *ius*-protector [cardinal común, pero no único] que dé seguridad jurídica y homogeneidad", que tenga el mismo sentido para todas las personas y abarque a todos los Estados miembros.

5º. La supra-jurisprudencia entra aquí en juego i) como un mecanismo que ayuda a configurar la plenitud de un sistema jurídico multinivel -un *Ius Commune*-, y ii) como un medio auxiliar empleado por el intérprete-juez nacional, pues la jurisprudencia puede "evolucionar" sin necesidad de tener que esperar a que se modifique la formulación del Derecho -nacional o internacional- y asuma los cambios y transformaciones ocurridos en el paso del tiempo. Por ello es necesario permitir poner en marcha novedosas propuestas jurídicas edificadas sobre terrenos conocidos (como el *Ius Commune* medieval y los principios de subsidiariedad y margen de apreciación nacional contemporáneos).

6º. Dado que los derechos contenidos en las Constituciones y en los Tratados Internacionales constituyen el parámetro de control de regularidad y evolucionan en su contenido, al traer a colación distintas fuentes de Derecho, es necesario -conforme lo ha señalado la Corte Interamericana- que las autoridades nacionales realicen en el ámbito de sus competencias, para hacer operativo el principio de primacía convencional, un "control de constitucionalidad-convencionalidad multinivel". A partir del bloque-control o "test de constitucionalidad *ius*-humanista", será posible -y hasta necesario- argumentar y diligenciar diversos principios como los de: legalidad, ponderación, proporcionalidad, idoneidad, integración, progresividad, subsidiariedad y margen de apreciación nacional, teniendo presente que estos principios expresan la idea de una continua optimización, pues "la progresividad es una característica esencial de los mismos"; lo que constituye la antesala de una verdadera operación, una estricta aplicación y una cabal efectividad del principio *pro personae* como vertiente interpretativa y normativa.

7º. El entonces juez y ex presidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, colocó la base sobre la cual se iría construyendo un *consenso interamericano multinivel*. En el robusto *corpus iuris* interamericano, el "control de convencionalidad" se ha convertido en uno de los elementos más importantes en la conformación de un auténtico *Ius Commune* en Latinoamérica de los Derechos Humanos, pues la interpretación y aplicación de la Convención Americana representa la base mínima -el piso- y no la cobertura máxima -el techo- de protección de derechos en la región.

8º. La Corte IDH utilizó por primera vez el término "control de convencionalidad" en 2006, volviéndose un nuevo punto de partida para la ciencia jurídica latinoamericana, pues trascendió y se traspasó del ámbito internacional al nacional, dando paso al advenimiento de una novedosa perspectiva. Al respecto, dicha doctrina debe entenderse en un sentido muy amplio y precisamente dentro del contexto histórico del desarrollo, recepción, integración, interpretación y armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el orden jurídico nacional de cada uno de los Estados miembros del SIDH.

9º. Para minimizar divergencias debidas a la pluralidad jurídica existente en el continente americano, la Corte IDH resolvió no atribuir (o imponer a los Estados) un método único y definitivo para ejercer la "interpretación conforme" a través del control de convencionalidad, lo que ha alentado a que cada Estado desarrolle y disponga su propio modelo de control -difuso, concentrado o mixto- (pero siempre y cuando, de *motu proprio,* se aplique dicho control de convencionalidad, basándose en el particular análisis e

interpretación que haga la propia Corte IDH sobre el voluminoso *corpus iuris* regional o internacional en la materia).

10º. Así también, la doctrina es esencialmente un concepto en evolución, cambiante, maleable y ajustado a la realidad del momento y sus mismas posibilidades, lo que trae como consecuencia que la última palabra no haya sido aún expresada, pues -aunque se encuentra ya bastante perfilado- no se ha llegado todavía a una definición única, compartida, común y perdurable. De hecho, algunos juristas han referido que realizar una interpretación convencional -a través de la interpretación *conforme* y la aplicación del control de convencionalidad- sería prácticamente "inoperable, inservible, inefectivo e ineficiente" si se debe tomar en cuenta todo el -extensísimo y creciente- *corpus iuris* en materia de Derechos Humanos, que incluye todo lo que se vaya desprendiendo de las incesantes sentencias, las diversas interpretaciones y las especializadas opiniones consultivas, así como la observancia del extenso elenco de Tratados Internacionales, (tanto de carácter universal como regional), que abarquen diversos temas en específico.

11º. A partir del caso *Cabrera García* de 2010, la Corte IDH hizo precisiones de gran relevancia, pues se sustituyó la expresión "poder judicial" por la de "todos sus órganos" ("todo el Estado tiene la obligación de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad"), conmoviendo verdaderamente -y como se sustenta en este trabajo erradamente- al orden jurídico regional y su misma penetración en los diversos países parte del Sistema (véase enfáticamente el apartado 9.2). Creemos que erróneamente porque la determinación de la "inconvencionalidad" -al tenerse que ejercer un control de

convencionalidad- no es una función administrativa ni legislativa sino que es, más bien, una función eminentemente judicial que únicamente debería ser ejercida (se piensa que debería ser en monopolio por la Corte IDH) por los jueces -supremos-, y no por "todos los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles", pues sólo los jueces y tribunales como tales, deben ejercer dicha potestad, pues en caso contrario, se quebrantaría también el principio de la división de poderes y hasta entraría en contradicción con la propia Convención Americana.

12º. Asimismo, la obligación que se tiene de *interpretar* el Derecho nacional *conforme* al Derecho Convencional resulta unidireccional si se le compara con el principio europeo de la *interpretación concurrente,* donde éste es más bien bidireccional. En este trabajo se considera que la *interpretación conforme* (a la que están obligados actualmente los Estados que conforman el SIDH), resulta un tanto restrictiva y unidireccional, además de que pudiera estar limitando la posibilidad de que en cada jurisdicción se adopten criterios más protectores que aquellos previstos únicamente en el *corpus iuris* interamericano.

13º. Los derechos nacionales deberían coexistir con la pauta que vaya marcando el Derecho supranacional regional-comunitario, pero también el *corpus iuris* regional debería actualizarse y avanzar conforme al desarrollo de los derechos nacionales, flexibilizándose -mediante una hermeneusis *pro personae*- para no separarse demasiado de los derechos nacionales, dando lugar así a un auténtico *Ius Commune* (no impuesto, sino construido); por ende lo que se debería observar y cuidar es que la normatividad nacional no sea interpretada según la máxima de hacer prevalecer al *corpus*

iuris supra-convencional, sino que lo que debería primar es el Derecho que otorgue mayor protección a los intereses de la persona -principio *pro homine*-, ya sea que se encuentre en el marco jurídico nacional-constitucional, en el regional-convencional o inclusive en el extraterritorial regional (otra región o sistema) y universal.

14º. Los diversos instrumentos convencionales en esta materia deberían ser interpretados conforme al progresivo principio *pro homine* o *pro personae*, pues, al ser un referente rector-fundamental de amplio alcance, éste constituye un principio hermenéutico o interpretativo nacido en el seno del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, convirtiéndose en un elemento de integración, complementación y armonización, y no siendo solamente un principio aislado, autónomo e indeterminado. Asimismo, la interpretación y aplicación del *corpus iuris* interamericano a la situación examinada internamente por los jueces nacionales, no debería ser hecha de forma "mecánica, lógica o formal", sino más bien a través de un *margen* de creatividad que permita una mejor *apreciación* jurídica, y eleve el estándar *ius*-protector, así como con cierto "ajustamiento recíproco", *concurrente*, flexible y armónico, "como consecuencia de la prudente valoración", ponderación, discrecionalidad y fundamentación que haga el intérprete y aplicador -juez-.

15º. Si en el SIDH la interpretación convencional fuera multidireccional (concurrente) y si se hiciera de forma elástica, esta pauta hermenéutica pudiese proporcionar, por una parte, una mayor fuerza expansiva, permanencia y durabilidad al marco jurídico regional-convencional en materia de Derechos Humanos; y, por otra parte, una mejor compenetración entre los Sistemas de Protección y los

ordenamientos nacionales, a través de un marco y vínculo multilateral dinámico y más eficaz que resulten a su vez en una mejor gobernanza regional. De lo contrario se estaría terminando con la pluralidad jurídica y el multiculturalismo que forman parte de una riqueza propia de la diversidad antropológica y cultural que existe en la mayoría de los países, además de que se estaría propiciando una especie de candado debido a que el único "control" o interpretación válidos serían sólo los que coincidiesen con las propias decisiones de los tribunales supranacionales en materia de Derechos Humanos, debiéndose asumir -mecánica y acríticamente- una jurisprudencia mono-lógica a nivel local, incapaz de la discusión dia-lógica que se requeriría como parte de un auténtico diálogo constructivo jurídico y jurisdiccional multinivel.

16º. La configuración unilateral de parte de un tribunal supranacional, consistente en la determinación de criterios respecto de los cuales sólo cabe la denominada "interpretación conforme", puede derivar en una intrusión invasiva y excesiva.

17º. En el nuevo modelo de integración regional en Derechos Humanos, los jueces estatales y supranacionales deberían tener una prudente autoridad interpretativa independiente (autonomía), a través de un margen de apreciación regional delimitado, para ser verdaderos intérpretes, guardianes y ejecutores del *corpus iuris* supranacional (comunitario y convencional), de lo contrario sólo tendrían inequitativamente cierta "libertad de interpretación" los órganos supranacionales pero no los estatales.

18º. Recordemos que a diferencia del SIDH, en el Sistema Europeo -en ciertos casos- también los órganos políticos de la UE poseen un *margen de discrecionalidad* que les permite recurrir al Derecho nacional de los Estados miembros para determinar con mayor precisión el alcance de las normas europeas que deban ser aplicadas al caso concreto, aconteciendo de esta manera una interpretación concurrente (bilateral).

19º. La doctrina o técnica del margen de apreciación nacional surgió, precisamente, en un contexto de integración regional en Europa y ha sido desarrollada y practicada más enfáticamente por el Tribunal de Estrasburgo desde 1968, señalando desde entonces y continuamente que dicha herramienta procesal sirve para equilibrar y flexibilizar posturas ante diversos conflictos; es decir, es un criterio hermenéutico del cual disponen los Estados como un margen de maniobra que les permite adaptar sus compromisos internacionales al contexto nacional (sin desviarse de lo estipulado en el marco jurídico vigente), para una adecuada acción y determinación respecto de la amplitud del Derecho o de sus límites.

20º. Particularmente, dado que la eficacia del SEDH está basada fundamentalmente en el mecanismo jurisdiccional, desde el año 2010 ha habido varias conferencias de alto nivel en las que se trató sobre el futuro del TEDH, para identificar métodos más efectivos que garanticen la eficacia a largo plazo del sistema de la Convención Europea. Algunas de las conferencias condujeron, en particular, a la adopción de los Protocolos 15 y 16 del Convenio. El Protocolo No. 15 del CEDH, añadió al preámbulo del CEDH una referencia -clara y directa- al *principio de subsidiariedad* y a la doctrina del

margen de apreciación nacional, hecho que se traduce en la gran responsabilidad que tienen los Estados para proteger los Derechos Fundamentales de todas las personas bajo su jurisdicción. A diferencia del Protocolo No. 15, el Protocolo No. 16 del CEDH no alteró materialmente el contenido del Convenio, pero sí instauró una vía incidental de diálogo entre los jueces nacionales y los de Estrasburgo en el marco de procesos nacionales vinculados al control de convencionalidad de normas internas. Los diversos Protocolos modificatorios complementarios, evidencian la necesidad de contar con un mayor dinamismo y capacidad de diálogo y armonización que debe existir en este proceso de integración y adopción-recepción del Derecho Internacional regional de los Derechos Humanos, el cual sigue edificándose y fortaleciéndose.

21º. La herramienta del margen de apreciación no ha sido recepcionada -normativamente hablando- en el SIDH, por considerar posibles excesos de discrecionalidad en la decisión judicial. De hecho, el concepto aún es sometido a críticas por ser un criterio o parámetro controvertido de decisión no regulado, por producir una sensación de inseguridad jurídica e imprevisibilidad, y por creer que se pueda poner en riesgo la efectividad de un determinado sistema; sin embargo, al menos en la práctica europea ha permitido mejorar el cumplimiento estatal de las normas internacionales en el ámbito de los Derechos Humanos al considerar que dicho margen es un eslabón complementario entre la jurisdicción nacional y la supranacional.

22º. Aún no existe una teoría general al respecto y continúa evolucionando -como es caso del control de convencionalidad en Latinoamérica-; sin embargo, el margen de apreciación

interpretativo nacional permite, por un lado, el respeto a la soberanía al poner un límite a la intervención de los órganos de supervisión supranacional y, por otro lado, conforme al principio de subsidiariedad, supone el reconocimiento de que las autoridades nacionales puedan apreciar mejor cuáles son las necesidades de los gobernados teniendo en cuenta sus propias circunstancias y costumbres. Además, este margen hermenéutico (al igual que el control de convencionalidad) "no puede ser abordado o entendido sin limitación alguna" y no siempre deberían ser aplicados, sino que más bien debe utilizarse en el caso que lo amerite, además de ser coherente con lo que estipule el Derecho nacional e internacional, a través de las líneas desarrolladas por los entes e instrumentos regionales.

23º. Por lo anterior, los Estados deberían contar válidamente con un holgado y prudente margen de apreciación regional y nacional, para i) ayudar a mitigar conflictos y divergencias ante circunstancias cambiantes o imprevistas (las cuales son típicas de los escenarios de pluralismo constitucional e inevitables en todo sistema multinivel), ii) evitar la sobrecarga de asuntos al órgano jurisdiccional supranacional, y iii) permitir ponderar diversas realidades, en lugar de insistir e imponer una uniformidad jurídica rígida en casos concretos.

24º. Por lo que respecta al principio de subsidiariedad, éste reconoce implícitamente el Derecho Natural de las personas a que sus problemas sean tratados de forma justa y expedita por el nivel de gobierno más cercano a ellas, pero permitiendo que también el sector privado se involucre, de manera tal que la subsidiariedad fomenta la diversidad haciendo que el gobierno sea más flexible para responder mejor a las

necesidades reales de las personas a las que sirve en su territorio soberano. Además, con la intención de concretar un desarrollo sostenible en la dimensión global (supranacional e internacional), este principio podría ser una guía de actuación de las administraciones públicas multinivel que repercuta en todas las políticas y actuaciones, para que permita gestionar de forma eficaz los recursos y preserve la cohesión social.

25º. De hecho, los Estados miembros de la UE dedicaron todo un Protocolo (No. 2) a la subsidiariedad por temor a que, con el tiempo, no se protegieran suficientemente sus prerrogativas. Tanta ha sido la preocupación por que este principio permita i) alcanzar "a las autoridades locales y regionales, y a los Parlamentos nacionales un papel más destacado", a través de una "subsidiariedad activa", ii) situar al principio "en el centro del proceso democrático europeo", y iii) admitir una mejor "interpretación común en la labor de las instituciones de la UE", que el Parlamento Europeo publicó, el 18 de febrero de 2022, una Resolución que recordó que es de vital importancia "elaborar una legislación preparada para el futuro que siga el ritmo de la innovación digital, sin perjuicio de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad".

26º. Por lo que respecta al ámbito de los Derechos Humanos -fuera del contexto de la UE-, el principio de subsidiariedad se concibe como una tarea conjunta y complementaria (así lo señala tanto el Convenio Europeo como la Convención Americana), sin establecer límites exclusivos a los niveles nacional e internacional, pues colaboran de forma complementaria (no excluyente) y reconocen un límite a la intervención de cada tribunal (al ser subsidiarios). En el SIDH, haría falta crear algún Protocolo que defina las

circunstancias en las que sea preferible la actuación supranacional en lugar de los Estados miembros y viceversa.

27º. Así pues, para establecer una sólida y continua cooperación interinstitucional jurisdiccional multinivel, es necesario proveer y sostener un diálogo constructivo jurisprudencial concurrente, sobre la base de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales nacionales y entre éstos y el supranacional (posiblemente a través de la instauración de procedimientos prejudiciales). Tanto el diálogo inter-jurisprudencial multinivel (transjudicialismo) que se entable entre los jueces de los órganos jurisdiccionales nacionales y los jueces supranacionales, como la elaboración de principios y normas armonizadas con los retos y objetivos que se tengan vigentes, es lo que puede incidir en el desarrollo de mecanismos *ius*-protectores para la consolidación de un *Ius Commune* regional.

28º. El sistema interpretativo sustentado por los principios de *interpretación concurrente*, *margen de apreciación, subsidiariedad* y *pro personae* -como criterios hermenéuticos para la resolución de conflictos entre normas de Derechos Humanos de fuente constitucional y de fuente internacional-, constituye la base de la interrelación normativa, de la construcción del pluralismo jurídico y del verdadero relato de diálogo inter-jurisprudencial multinivel.

29º. De ahí la importancia de ejercer -en el SIDH- una interpretación *concurrente* (de ida y vuelta, como un efecto búmeran, como se hace en el ámbito de la Unión Europea por el Tribunal de Luxemburgo) ajustada al razonable margen de apreciación nacional (como lo permite e incentiva el mismo TEDH a través de los Protocolos 15 y 16 del

Convenio y de la propia reiteración supra-jurisprudencial europea) que incite activamente al *diálogo judicial bidireccional multinivel* como expresión optimizador para la protección transnacional de los Derechos Humanos.

30º. Consecuentemente, se perciben ciertas cuestiones que están relacionadas actualmente con la interacción entre el Derecho internacional y el nacional, como lo es:

i) la subsidiariedad, como principio caracterizador del diálogo político y jurídico multinivel;

ii) el diálogo inter-jurisdiccional concurrente, que puede convertirse en un fuerte incentivo para la armonización normativa y la construcción de un *Ius Commune* regional;

iii) el debate sobre el pluralismo jurídico, desde el punto de vista de las Constituciones nacionales y sus tribunales que sirven de garantes y escudos a normativas internacionales;

iv) la enseñanza superior especializada alrededor del *Ius Commune* regional del siglo XXI (*Mos latinoamericanum jura docendi*) como la que en su momento existió en Bolonia inicialmente con el *Mos Italicus*, con una perspectiva de Derechos Humanos.

Fuentes consultadas

Achá, D. (2013). *El principio de subsidiariedad. Clave jurídica de la integración.* Quito: Corporación Editora Nacional.

Alam-Pérez, B. (2020). La evolución de la legítima defensa de los Estados en el Derecho Internacional. En M. Montalvo Romero, & C. Fernández Abad (Coords.), *Transformaciones de Los Conceptos Claves en Distintas Áreas Del Conocimiento Jurídico-Social* (págs. 71-95). Madrid: Dykinson, S.L.

Alexy, R. (1978 (1991 primera edición en castellano)). *Teoría de la Argumentación Jurídica* (Tercera ed.). (M. Atienza Rodríguez, & I. Espejo, Trads.) Madrid: Palestra Editores S.A.C.

Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales.* (E. Garzón V., & R. Zimmerling, Trads.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Alexy, R. (s.f.). Ponderación, Control de Constitucionalidad y Representación. (R. Vega, Trad.) Obtenido de https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2196/4.pdf

Alonso García, R. (2014). Epílogo: la novedosa opinión consultiva del Protocolo No. 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. *European inklings*(4), 179-186.

Alonso García, R. (2014). *Sistema Jurídico de la Unión Europea* (Cuarta ed.). Madrid: Editorial Civitas.

Alonso García, R. (2016). *Treinta años de "ius publicum commune" europeo en España.* Recuperado el 24 de marzo de 2020, de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5635324

Álvarez Londoño, S. J., L. (2006). *Historia del Derecho Internacional Público.* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Álvarez Román, J. (1983). *El Derecho en las Culturas Orientales.* México: Jus.

Álvarez-Pedrosa, J., López Salvá, M., Sánchez Madrid, N., & Sanz Extremeño (Eds.), I. (2018). *Los orígenes del Cristianismo en la Literatura, el Arte y la Filosofía (II).* Madrid: Dykinson, S.L.

Alvear Téllez, J. (2022). La doctrina política de Pío XI: una interpretación antimoderna. *Revista de Estudios Jurídicos [Sección historia del pensamiento político]*(44), 769-793. Obtenido de https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552022000100769&script=sci_arttext#fn68

Arbuet-Vignali, H. (2004). *Claves Jurídicas de la Integración.* Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Arellano García, C. (1992). *Derecho Internacional Privado* (Décima ed.). México: Porrúa.

Arnaud, A.-J. (2000). *Entre la Modernidad y la Globalización.* (N. González, Trad.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Atienza Rodríguez, M. (2008). *El Derecho como Argumentación.* Barcelona: Ariel.

Atienza, M. (2017). *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica* (Primera (quinta reimpresión) ed.). México: IIJ-UNAM. Obtenido de http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9680

Barbosa Delgado, F. (enero-junio de 2011). Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales. *Revista Derecho del Estado*, 107-135. Obtenido de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1874735

Barrientos Grandón, J. (1993). *La Cultura Jurídica en la Nueva España.* México: UNAM.

Baudon, H. (Septiembre de 1915). Origen y Evolución del "Ius Gentium" en Roma. *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*(7), 21-54. Obtenido de https://revistas.unc.edu.ar/index.php/REUNC/article/download/3377/6196/16277

Becerra Ramírez, M. (1991). *Derecho Internacional Público.* México: IIJ-UNAM.

Becerra Ramírez, M., & Müeller Uhlenbrock, K. (2010). *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales.* México: IIJ-UNAM.

Bernal Gómez, B. (2010). *Historia del Derecho.* México: IIJ-UNAM.

Betanzos Torres, E. (2015). Apuntes sobre las Cortes Gaditanas, la participación de los diputados novohispanos en la Constitución de Cádiz de 1812 y el problema de la negritud. En J. Soberanes Fernández, & E. López Sánchez, *La Constitución de Cádiz de 1812 y su impacto en el Occidente Novohispano* (págs. 133-151). México: IIJ-UNAM.

Bialostosky, S. (2005). *Panorama del Derecho Romano* (Séptima ed.). México: Porrúa.

Bidart Campos, G. (1989). *Teoría General de los Derechos Humanos.* México: IIJ-UNAM. Obtenido de http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9888

Bidart Campos, G. (1998). La interpretación de los Derechos Humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna. En VV.AA., *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (Primera ed., págs. 93-105). México: IIJ-UNAM. Obtenido de https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/113-v-congreso-iberoamericano-de-derecho-constitucional

Binder, C. (2016). El Diálogo Jurisdiccional en materia de Derechos Humanos: Zolotukhin contra Rusia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Cámara, 10 de febrero de 2009. En E. (. Ferrer Mac-Gregor, *Derecho Procesal Constitucional Transnacional. Interacción entre el Derecho Nacional y el Derecho Internacional* (págs. 249-276). México: Porrúa.

Bobbio, N. (1997). *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política.* (J. Fernández Santillán, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.

Bogdandy, A. (2011). *Hacia un nuevo Derecho Público. Estudios de Derecho Público Comparado, Supranacional e Internacional.* México: IIJ-UNAM.

Bogdandy, A. (enero-junio de 2015). Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un Constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*(34). Obtenido de https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4198

Bogdandy, A. (2019). El ius constitutionale commune en América Latina a la luz de El concepto de lo político de Carl Schmitt. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*(núm. extraordinario), 131-173.

Bogdandy, A., Ferrer Mac-Gregor Poisot, E., & Morales, M. (2010). *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* (Vol. II). México: IIJ-UNAM.

Bogdandy, A., Ferrer Mac-Gregor, E., Morales Antoniazzi, M., Piovesan, F., & Soley (eds.), X. (2017). *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune.* New York: Oxford University Press.

Bou Franch, V., & Castillo Daudí, M. (2014). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.* Valencia: Tirant Lo Blanch.

Bremer, J. (2013). *De Westfalia a post-Westfalia. Hacia un nuevo orden internacional.* México: IIJ-UNAM.

Bremer, J. (2017). *Tiempos de guerra y paz: Los pilares de la diplomacia: de Westfalia a San Francisco* (Tercera ed.). Debolsillo.

Brito Melgarejo, R. (2016). *Diálogo jurisprudencial y protección de los Derechos Humanos.* México: CNDH.

Buigues Oliver, G., & Bernad Segarra, L. (2008). *Las ideas jurídico-políticas de Roma y la formación del pensamiento jurídico.* Valencia: Universitat de Valéncia.

Burckhardt, J. (1961). *Reflexiones sobre la Historia universal* (Segunda ed.). (W. Roces, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.

Caballero Harriet, F. (2012). El "sueño latinoamericano": la esperanza en el futuro. *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales, 14*(27), 78-100. Obtenido de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3915509

Caballero Ochoa, J., & García Huerta, D. (2016). El principio pro persona en el marco del sistema de interpretación sobre los Derechos Humanos en México. En E. Ferrer Mac-Gregor (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional Transnacional. Interacción entre el Derecho nacional y el Derecho internacional* (págs. 57-78). México: Porrúa.

Cafiero, I., & Cerono, E. (2017). Memorias del resplandor: relatos de sobrevivientes de Hiroshima y Nagasaki y de sus familias. *XVI Jornadas Interescuelas Universidad Nacional de Mar del Plata*, 1-15.

Calduch, R. (1991). Capítulo 10. La Organización de las Naciones Unidas. En *Relaciones Internacionales.* Madrid: Ediciones Ciencias Sociales.

Cannata, C. (1996). *Historia de la ciencia jurídica europea.* (L. Gutiérrez-Masson, Trad.) Madrid: Tecnos.

Carbonell, M. (2003). Globalización y Derecho: siete tesis. En L. Díaz Müller, *Globalización y Derechos Humanos.* México: UNAM.

Card. Sodano, A. (2 de abril de 2004). *Vaticano.* Obtenido de Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia: https://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_sp.html#PRESENTACI%C3%93N

Cárdenas Gracia, J. F. (2017). *Del Estado absoluto al Estado neoliberal.* México: IIJ-UNAM. Obtenido de https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4310/10.pdf

Caroni, P. (2012). *Escritos sobre la codificación.* (A. Mora Cañada, & M. Martínez Neira, Trads.) Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.

Caroni, P. (2013). *Lecciones de historia de la Codificación.* (A. Mora Castañeda, & M. Martínez Neira, Edits.) Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.

Carpintero Benítez, F. (1977). *"Mos Italicus", "Mos Gallicus" y el Humanismo racionalista: una contribución a la historia de la metodología jurídica.* (V. Klosterman, Ed.) Alemania: Frankfurt am Main.

Carpintero Benítez, F. (1977). *Del Derecho Natural Medieval al Derecho Natural Moderno: Fernando Vázquez de Menchaca.* Salamanca: Universidad de Salamanca.

Carpintero Benítez, F. (1999). *Historia del Derecho natural. Un ensayo.* México: IIJ-UNAM.

Carpintero Benítez, F. (2005). Norma y principio en el "Jus Commune". *Revista de estudios histórico-jurídicos*(27), 283-308.

Carpintero, F. (1985). Voluntarismo y Contractualismo: una visión sucinta de la Escuela del Derecho Natural. *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, XIII*, 61-109.

Carrasco García, C. (2011). *¿Legado de deuda? A vueltas con la Pandectística.* Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.

Carrera, S., & Geyer, F. (enero/abril de 2008). El Tratado de Lisboa y un espacio de la libertad, seguridad y justicia: excepcionalísimo y fragmentación de la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*(29), 133-162. Obtenido de https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=1142

Carrillo Salcedo, J. (2001). *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo* (Segunda ed.). Madrid: Tecnos.

Carro, V. (1944). *La teología y los teólogos juristas españoles ante la conquista de América. 2 Volúmenes.* Madrid: CSIC.

Cascajo Castro, J. (2008). Interpretación Constitucional y Constitucionalismo Multinivel. En E. Ferrer Mac-Gregor, & A. Zaldívar Lelo de Larrea, *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho* (Vol. VI. Interpretación Constitucional y Jurisdicción Electoral, págs. 197-210). México: IIJ-UNAM.

Cassirer, E. (1932). *Filosofía de la Ilustración* (Tercera ed.). (E. Ímaz, Trad.) España: Fondo de Cultura Económica.

Castañeda, M. (2015). *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su recepción nacional.* México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Castro Camero, R. (Mayo - Agosto de 2010). Ius Commune: fundamento del Derecho Común Europeo e Iberoamericano. Breve aproximación. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*(128), 671-700.

Chaunu, P. (1964). *Historia de América Latina.* (F. Monjardin, Trad.) Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.

Cippitani, R. (enero-junio de 2015). Las situaciones jurídicas que surgen de los procesos de integración. *Rev. Fac. Direito São Bernardo do Campo, 1*(21), 1-22.

Claes, M. (2006). *The National Courts´ Mandate in the European Constitution.* Oregon: Hart Publishing.

Clavero, B. (1994). *Historia del Derecho. Derecho común.* Salamanca: Universidad de Salamanca.

Coing, H. (1996). *Derecho Privado Europeo: Derecho común más antiguo (1500-1800)* (Vol. I). (A. Pérez Martín, Trad.) Madrid: Fundación Cultural del Notariado.

Corcuera Cabezut, S. (2007). *Derecho Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos.* México: Oxford University Press.

Cossío Díaz, J. (2007). Sobre Jueces y Política. En R. Vázquez, *Corte, Jueces y política* (Primera ed., págs. 85-95). México: Doctrina Jurídica Contemporánea, Nexos, Fontamara.

Crossman, R. (2014). *Biografía del Estado Moderno* (Cuarta ed.). (J. Fernández de Castro, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.

Cruz Barney, Ó. (2004). *La Codificación en México: 1821-1917.* México: IIJ-UNAM.

Cruz Barney, Ó., & Caballero Juárez, J. (2005). *Historia del Derecho. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados.* México: IIJ-UNAM.

De Schutter, O. (2011). The New Architecture of Fundamental Rights Policy in the EU. En B. Wolfgang, *European Yearbook on Human Rights.* European Academic Press.

Díez de Urdanivia, X. (2018). *Los Derechos Humanos en el Tercer Milenio.* México: Porrúa.

Diez de Velasco Vallejo, M. (2007). *Instituciones de Derecho Internacional Público* (Décimo Sexta ed.). Madrid: Tecnos.

Dippel, H. (Septiembre de 2005). Constitucionalismo moderno. Introducción a una historia que necesita ser escrita. *Historia constitucional*(6), 181-199.

Domingo Oslé, R. (2009). *¿Qué es el Derecho Global?* Navarra: Universidad de Navarra.

Domingo Oslé, R. (2023). *Derecho y Trascendencia* (Primera ed.). España: Aranzadi.

Dreier, J. (1962). *La Organización de de los Estados Americanos.* Buenos Aires: Poligrafía.

Dulitzky, A. (2015). An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal, 50*(1), 45-93.

Dull, J. (2015). *The Miracle of American Independence : Twenty Ways Things Could Have Turned Out Differently.* USA: Potomac Books.

Duquette, M. (1999). *Building New Democracies: Economic and Social Reform in Brazil, Chile, and Mexico.* Toronto, Bufalo, London: University of Toronto Press.

Durkheim, E. (2000). *Montesquieu y Rousseau. Precursores de la Sociología* (Tercera ed.). (Miño y Davila, Ed., & M. Ruiz de Azúa, Trad.) España: Tecnos.

Escobar Hernández, C. (2002). La protección internacional de los Derechos Humanos. En M. Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público.* Madrid: Tecnos.

Falcón y Tella, M. (2010). *La jurisprudencia en los Derechos romanos, anglosajón y continental.* Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Falcón y Tella, M. J. (2011). *Case Law in Roman, Anglosaxon and Continental Law.* (S. Chrunin, Trad.) Madrid-Buenos Aires: Brill, Marcial Pons.

Faúndez Ledesma, H. (2004). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales* (Tercera ed.). San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/tablas/23853.pdf

Fear, A., & Wood, J. (2016). *Isidore of Seville and His Reception in the Early Middle Ages.* Amsterdam University Press.

Fernández de Buján Fernández, A. (2017). *La Deuda Histórica Del Arbitraje Moderno.* Madrid: Dykinson, S.L.

Fernández De Casadevante Romani, C. (2013). El Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En C. Fernández De Casadevante Romani, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Cuarta ed., págs. 67-98). Madrid: Dilex.

Fernández García, E. (2001). La aportación de las teorías contractualistas. En G. Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, & A. De Asís Roig, *Historia de los Derechos Fundamentales* (Vol. II: La filosofia de los Derechos Humanos, págs. 3-43). Madrid: Editorial Dykinson, S.L.

Fernández, T., & Tamaro, E. (2004). *Biografia de Juan Bodino*. Obtenido de Biografías y Vidas. La enciclopedia biográfica en línea: https://www.biografiasyvidas.com/biografia/b/bodin.htm

Ferrajoli, L. (2005). Derechos fundamentales. En A. d. Cabo, G. Pisarello, & (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales.* Madrid: Trotta.

Ferrante, R. (julio-diciembre de 2013). Los orígenes del modelo de codificación entre los siglos XIX-XX en Europa con particular atención al caso italiano. *Derecho Privado, 25*, 29-53.

Ferrer Mac-Gregor, E. (2002). *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica.* Querétaro: Fundap-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales, Año 9*(2), 531-622.

Ferrer Mac-Gregor, E. (2016). Diálogo Judicial y Control de Convencionalidad: Aportaciones de la Corte Interamericana en la Construcción de un Ius Constitutionale Commune para América Latina (ICCAL). En E. Ferrer Mac-Gregor, *Derecho Procesal Constitucional Transnacional. Interacción entre el Derecho Nacional y el Derecho Internacional* (págs. 277-294). México: Porrúa.

Ferrer Mac-Gregor, E., & Herrera García (Coords.), A. (2013). *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales.* México: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Corte Interamericana de Derechos Humanos, UNAM y Tirant lo Blanch.

Ferrer Mac-Gregor, E., Bogdandy, A., & Morales Antoniazzi (Coords.), M. (2010). *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius constitutionale commune en América Latina?* (Vol. I y II). México: IIJ-UNAM, Max-Planck-Institut, Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Ferrer Mac-Gregor, E., Bogdandy, A., & Morales Antoniazzi (Coords.), M. (2017). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión. Colección Constitución y Derechos.* México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro y Max Planck Institute for Comparative Law and International Law.

Ferrer Mac-Gregor, E., Morales Antoniazzi, M., & Flores Pantoja (Coords.), R. (2018). *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos. Colección Constitución y Derechos.* México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

Figueroa Mejía, G. (2022). *Tipología y Efectos de las sentencias constitucionales, regionales y supranacionales* (Primera ed.). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales. Obtenido de https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2022-12/TIPOLOGIAS%20TOMO%20I_DIGITAL.pdf?mibextid=Zxz2cZ&fbclid=IwAR3w0CFMsCe7LeFgqib6EC-z6SVFHgVnJ16r8mddm22KqmU2nKrHHrvmNls

Finnis, J. (2011). *Natural Law & Natural Rights* (Second ed.). (P. Craig, Ed.) United States: Oxford University Press. Obtenido de https://archive.org/details/NaturalLawAndNaturalRightsClarendonLaw2011/page/n3/mode/2up?view=theater

Fioravanti, M. (2007). *Constitución. De la antigüedad a nuestros días.* (M. Martínez Neira, Trad.) Madrid: Trotta.

Fioravanti, M. (2009). *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones* (Sexta ed.). (M. Martínez Neira, Trad.) Madrid: Trotta.

Fix Fierro, H., Bogdandy, A., & Morales Antoniazzi (Coords.), M. (2014). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos.* México: IIJ-UNAM, Max-Planck-Institut, Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Fix-Zamudio, H. (2001). *Justicia constitucional. Ombudsman y Derechos Humanos* (Segunda ed.). México: CNDH.

Fix-Zamudio, H., & Ferrer Mac-Gregor (coords.), E. (2017). *México y la Constitución de 1917. Influencia extranjera y trascendencia internacional. Derecho Comparado.* México: Senado de la República, Secretaría de Cultura, INEHRM e IIJ-UNAM.

Fleming, J., & Levy, J. (2014). *Federalism and Subsidiarity.* New York and London: New York University Press.

Flores Ávalos, E. (2006). Jurisprudencia de conceptos. En N. González Martín, *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau* (Vol. I: Derecho Romano. Historia del Derecho, págs. 219-232). México: IIJ-UNAM.

Friedman, L. (2007). *Breve Historia del Derecho Estadounidense.* (P. Jiménez Zorrilla, Trad.) México: IIJ-UNAM.

Gago Guerrero, P. (1994). *Los principios de la justicia social.* Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

Gallegos Rocafull, J. (1948). *La Doctrina Política del P. Francisco Suárez.* México: Jus.

García Belaunde, D. (2016). El Control de Convencionalidad y sus problemas. En E. Ferrer Mac-Gregor (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional Transnacional. Interacción entre el Derecho Nacional y el Derecho Internacional* (págs. 151-184). México: Porrúa.

García Jaramillo, L. (2016). *Activismo judicial y Dogmática de los márgenes de acción: una discusión en clave neoconstitucional* (Primera ed.). Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales.

García Martín, J., & Romero Cambrón, Á. (2016). *El Fuero Juzgo: historia y lengua.* Madrid & Frankfurt: Iberoamericana & Vervuert.

García Ramírez, S. (2002). Temas de Derecho. *Serie Doctrina Jurídica*(128).

García Ramírez, S. (2004). El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma. *Anuario Mexicano de Derecho, IV*, 149-188. Obtenido de https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/view/4

García Ramírez, S. (2007). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos.* México: Porrúa.

García Ramírez, S. (julio-diciembre de 2011). El Control Judicial interno de convencionalidad. *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, V*(28), 123-159.

García Ramírez, S. (30 de octubre de 2011). Última Instancia. (V. Chorny Elizalde, & P. Barrera Rosales, Entrevistadores) Obtenido de https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/justicia-electoral/article/view/12173

García Ramírez, S. (2014). *El futuro de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Reunión de expertos sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, convocada por el profesor Douglass Cassel, Center for Civil and Human Rights, Indiana, University of Notre Dame.* Estados Unidos de América: The Center for Civil and Human Rights.

García Ramírez, S. (2015). *Votos particulares en la Corte Interamericana y reflexiones sobre el Control de Convencionalidad* (Segunda ed.). México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

García Ramírez, S. (2016). La navegación americana de los Derechos Humanos: hacia un Ius Commune. En A. Bogdandy, H. Fix-Fierro, & M. Morales Antoniazzi (Coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades, desafíos.* México: IIJ-UNAM.

García Ricci, D. (2015). *Estado de Derecho y Principio de Legalidad* (Colección de textos sobre Derechos Humanos ed.). México: CNDH.

García Rodulfo, L. (2019). *El Código de las Siete Partidas y su supervivencia en el Ordenamiento Jurídico Contemporáneo: sobre la Acción de Jactancia y otras Instituciones Jurídicas.* Andalucía: Universidad de Jaén.

García Segura, C. (2017). Westfalia, Worldfalia, Eastfalia. El impacto de las transformaciones de la estructura de poder interestatal en el orden internacional. *Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, 45-70.

García Vilar, J. (julio-septiembre de 1982). Comunidad internacional y Derecho de Gentes en Gabriel Vázquez. *Estudios Internacionales, 3*(3), 775-797.

García-Pelayo, M. (1991). *Obras completas* (Vol. II). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Gargarella, R. (1999). *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política.* Barcelona: Paidós.

Gatt Corona, G. A. (2012). *El derecho de guerra contemporáneo: reflexiones desde el pensamiento de Francisco de Vitoria.* México: ITESO Universidad Jesuita de Guadalajara.

Gómez Gamboa, D. (2015). *Hacia la construcción del ius constitutionale commune en América Latina en materia de libertad de expresión e información.* México: IIJ-UNAM.

Gómez Vásquez, A. (2016). Consideraciones sobre el Control Difuso de Constitucionalidad. En E. Ferrer Mac-Gregor (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional Transnacional. Interacción entre el Derecho Nacional y el Derecho Internacional* (págs. 135-150). México: Porrúa.

Gómez-Robledo Verduzco, A. (Sep-Dic de 1995). La carta de la OEA y los protocolos de Buenos Aires, Cartagena de Indias, Washington y Managua. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*(84). Obtenido de https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/issue/view/93

González , M., & Castañeda, M. (2011). *La evolución histórica de los Derechos Humanos en México* (Colección de textos sobre Derechos Humanos ed.). México: CNDH.

González Domínguez, P. (2016). El Control de convencionalidad en el marco de la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Nacional. En E. Ferrer Mac-Gregor (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional Transnacional. Interacción entre el Derecho Nacional y el Derecho Internacional* (págs. 185-203). México: Porrúa.

González, M. (1984). Las reglas del Derecho en México durante el siglo XIX. En *El Derecho en México en el siglo XIX* (págs. 341-356). México: UNAM.

Granillo Ocampo, R. (2007). *Derecho Público de la Integración* (Primera ed.). Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma.

Grocio, H. (1925). *Del Derecho de la guerra y de la paz* (Vol. Tomo I). (J. Torrubiano Ripoll, Trad.) Madrid: Reus. Obtenido de http://fama2.us.es/fde/ocr/2010/delDerechoDeLaGuerraYDeLaPazT1.pdf

Gross, F. (1959). Estrategia de la Guerra Fría y Revueltas Internas. (Ó. Uribe Villegas, Ed.) *Revista Mexicana de Sociología, 21*(2), 663-690.

Grossi, P. (1996). *El orden jurídico medieval.* (F. Tomás y Valiente, Trad.) Madrid: Marcial Ponds.

Gschwend, L., & Good, C. (2009). La conquista española y las ideas de los Derechos Humanos en la obra de Barlomoné de las Casas (1484-1566). *Pensamiento Jurídico*(24), 39-78.

Guastini, R. (1999). *Estudios sobre la interpretación jurídica.* (M. Gascón, & M. Carbonell, Trads.) México: IIJ-UNAM.

Guzmán Brito, A. (1976). Mos Italicus y Mos Gallicus. *Revista de Derecho*, 11-41.

Guzmán Brito, A. (2000). *Historia de la interpretación de las normas en el Derecho Romano.* Santiago de Chile: Ediciones del Instituto Juan de Solórzano y Pereyra.

Guzmán Brito, A. (2004). La sistemática del Derecho Privado en el "De iure belli ac pacis" de Hugo Grotius. *Revista de estudios histórico-jurídicos*(26), 156-186.

Guzmán Brito, A. (Julio de 2005). La influencia del Código Civil Francés en las codificaciones americanas. *Colección de Derecho Privado*(2), 27-60. Recuperado el 10 de julio de 2020, de https://doctrina.vlex.cl/source/cuadernos-analisis-juridico-6753/issue_nbr/%232?_ga=2.229436572.1468058568.1594431743-672743543.1594431743

Guzmán Brito, A. (2006). *Historia de la Codificación civil en Iberoamérica.* España: Thomson Aranzadi.

Häberle, P. (2003). México y los contornos de un Derecho Constitucional Común americano: un Ius Commune Americanum. En P. Häberle, & M. Kotzur, *De la soberanía al Derecho Constitucional Común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano* (H. Fix Fierro, Trad.). México: UNAM.

Hattenhauer, H. (1987). *Conceptos fundamentales del Derecho Civil: introducción histórico-dogmática* (Primera ed.). (G. Hernández, Trad.) Barcelona: Ariel Derecho.

Heller, H. (1971). *Teoría General del Estado.* (L. Tobío, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.

Heller, H. (2015). *Teoría del Estado* (Segunda ed.). (G. Niemeyer, Ed., & L. Tobío, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.

Herdegen, M. (2019). *Derecho Internacional Público* (Segunda ed.). (M. Anzola LL. M., Trad.) México: IIJ-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas Konrad Adenauer Stiftung.

Hermida del Llano, C. (2020). La consolidación de los Derechos Fundamentales desde la caída del muro de Berlín al Tratado de Lisboa. En E. San Miguel Pérez, *Treinta años sin Muro. Una nueva Europa en la historia de la Democracia y los Derechos Humanos* (Primera ed., págs. 121-155). Madrid: Dykinson, S.L.

Hernández Martín, R. (1995). *Francisco de Vitoria. Vida y pensamiento internacionalista.* Madrid: BAC.

Hernández Sánchez-Barba, M. (2009). *Francisco de Vitoria.* Madrid: Universidad Francisco de Vitoria.

Hernández Valle, R. (2017). La influencia de la Constitución de Querétaro en el Derecho constitucional latinoamericano. En E. Ferrer Mac-Gregor, & R. (. Flores Pantoja, *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917* (Primera ed., págs. 441-456). México: IIJ-UNAM.

Hervada Xiberta, J. (1984). Lo nuevo y lo viejo en la hipótesis "etiamsi daremus" de Grocio. En *Anuario de Filosofía del Derecho* (Vol. I, págs. 285-300). España: Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política.

Hervada Xiberta, J. (1996). *Historia de la Ciencia del Derecho Natural* (Tercera ed.). Universidad de Navarra.

Hervada Xiberta, J. (2006). *Síntesis de Historia de la Ciencia del Derecho Natural.* Navarra: Ediciones Universidad de Navarra.

Highton, E. (2010). Sistemas Concentrado y Difuso de Control de Constitucionalidad. En A. Bogdandy, M. Morales Antoniazzi, & E. Ferrer Mac-Gregor, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius constitutionale commune en América Latina?* (Vol. I, págs. 107-173). México: IIJ-UNAM.

Hobbes, T. (1980). *Leviatán* (Segunda ed.). (A. Escohotado, Trad.) Madrid: Editora Nacional.

Horowitz, A. (27 de January de 2010-2011). Locke's Contradictions and His Theory of Property. York University, USA. Recuperado el 19 de 06 de 2020, de http://www.yorku.ca/horowitz/courses/lectures/28_locke_theory_property.html

Iturralde Sesma, V. (2006). Justificación judicial y valoraciones. *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*(35), 207-220. Obtenido de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2309686

Iturralde Sesma, V. (2013). Precedente Judicial. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*(4), 194-201. Obtenido de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5100783

Jacobs, R. (20 de Julio de 2015). The Bravo Test and the Death and Life of the Global Ecosystem in the Early Anthropocene. *The Asia-Pacific Journal Japan Focus, XIII*(1), 1-17.

Kacowicz, A., Kacowicz, M., & Ramos, G. (abril-junio de 2016). ¿Por qué no tenemos Teorías coherentes de Relaciones Internacionales sobre la Globalización? *El Colegio de México, 56*(2), 378-408.

Kantorowicz, H. (1938 reimpreso en 1969). *Studies in the glossators of the Roman law. Newly discovered writings of the 12th century.* Cambridge & Germany: Scientia Verlag Aalen. Obtenido de https://archive.org/details/studiesinglossat0000kant/page/n7/mode/2up

Kirchmann, J. (1983). *La jurisprudencia no es ciencia* (Tercera ed.). (A. Truyol Serra, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Koschaker, P. (1955). *Europa y el Derecho Romano.* (J. Santa Cruz Teijeiro, Trad.) Madrid: Revista de Derecho Privado.

Kunkel, W. (1982). *Historia del Derecho Romano.* (J. Miquel, Trad.) Barcelona: Ariel.

Lambert, E. (2010). *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos.* (F. Fuente, Trad.) Madrid: Tecnos.

Lan Arredondo, A. (2008). *Sistemas Jurídicos.* México: Oxford University Press.

Laursen, F. (2010). *Comparative Regional Integration: Europe and Beyond.* New York: Routledge.

Ledezma Castro, C. (2021). *Reflexiones Jurídicas en torno a la Integración Latinoamericana.* México: Tirant Lo Blanch.

Ledezma Castro, C. (2023 (en prensa)). Reflexiones y apuntes críticos en torno al Control de Convencionalidad dentro del SIDH. En A. Armenta Ariza, & C. Duque, *Derechos constitucionales: una mirada desde los Derechos Fundamentales y los Derechos económicos sociales y culturales.* (Primera ed.). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Ledezma Castro, C., & et al. (2018). Aproximación conceptual y antecedentes históricos. En J. Pampillo Baliño, & E. Betanzos Torres, *La nueva Ley contra la Tortura y su importancia en la protección de los Derechos Humanos en México* (págs. 17-47). México: Tirant Lo Blanch.

Ledezma Castro, C., & Pampillo Baliño (Coords.), J. (2023). *Construyendo un mejor Derecho. Perspectivas internacionales y comparadas.* México: Tirant lo Blanch.

Legaz y Lacambra, L. (1961). *Filosofía del Derecho* (Segunda ed.). Bosch.

Levy, L. (2001). *Origins of the Bill of Rights.* USA: Yale University Press.

Lexis 22. (1980). *Atlas Histórico. Cronología.* Barcelona: Círculo de Lectores.

Livingston, M., Monateri, P., & Parisi, F. (2015). *The Italian Legal System: An Introduction* (Second ed.). Stanford, California: Stanford University Press.

Locke, J. (2013). *Ensayo sobre el entendimiento humano* (Segunda ed.). (E. O´Gorman, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.

López Guerra, L. (2013). El Sistema Europeo de Derechos Humanos. Manual. En G. Bandeira Galindo, R. Ureña, & A. Torres Pérez, *Protección Multinivel de Derechos Humanos* (págs. 165-186). Barcelona: Programa financiado por la Comisión Europea. Programa coordinado por la Universitat Pompeu Fabra. Obtenido de https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19770/proteccionmultinivel_bandeira_2013_manual.pdf?sequence=1&isAllowed=y

López Martín, A. (2012). La protección internacional de los Derechos Sociales. A propósito de la ratificación española del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 2008. *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*(13), 13-59. Obtenido de https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/38222

López Martín, A. (2013). El Sistema Europeo: El Consejo de Europa y la Carta Social (II). En C. Fernández de Casadevante Romani, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Cuarta ed., págs. 223-254). Madrid: Dilex.

López Sánchez, R. (2018). El Juez Constitucional: su responsabilidad social e institucional. En M. Nuñez Torres, S. Ortega, M. Neria Govea, & R. Santacruz Lima (Eds.), *Justicia Constitucional: Problemática en torno a la crisis del concepto de constitución* (págs. 177-215). Perú: Universidad Privada de Ica.

López Sánchez, R., & Espinosa Leal, J. (2018). *Ética Judicial en Iberoamérica: una Aproximación Desde la Argumentación Jurídica.* Madrid: Dykinson S. L., Universidad Autónoma de Coahuila, Academia Libre de Derechos Humanos.

López Zamora, P. (2022). Implicaciones globales de la economía digital en el ciberespacio. En J. Pampillo Baliño, & S. Botero Gómez (Coords.), *Justicia Social Global. Perspectivas, reflexiones y propuestas desde Iberoamérica* (págs. 407-424). México: Tirant lo Blanch.

Lorca Martín de Villodres, M. (2011). Interpretación Jurídica e Interpretación Constitucional: La Interpretación evolutiva o progresiva de la Norma Jurídica (El Derecho como instrumento del Cambio Social). En J. Narváez, & J. Espinoza de los Monteros, *Interpretación jurídica: modelos históricos y realidades* (págs. 241-313). México: IIJ-UNAM. Obtenido de https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3015-interpretacion-juridica-modelos-historicos-y-realidades?c=107971

Lorca Martín de Villodres, M. (2022). Felicidad, Estado y Justicia Social. En J. Pampillo Baliño, & S. Botero Gómez (Coords.), *Justicia Social Global. Perspectivas, reflexiones y propuestas desde Iberoamérica* (págs. 123-172). México: Tirant lo Blanch.

Lozano, J. (1876). *Tratado de los Derechos del Hombre. Estudio del Derecho constitucional patrio en lo relativo a los Derechos del hombre conforme a la Constitución de 1857 y a la ley orgánica de amparo de garantias de 20 de enero de 1869.* México: Imprenta del Comercio.

MacCormick, N. (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory.* Clarendon Press.

Mandujano Rubio, S. (2019). *Manual de Derecho Internacional Público.* México: Tirant Lo Blanch.

Margadant, G. (1960). *Derecho Romano.* México: Esfinge, S. A.

Margadant, G. F. (1986). *La segunda vida del Derecho romano.* México: Miguel Ángel Porrúa.

Marquardt, B. (2011). *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina (1810-2010)* (Vol. II). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Marquardt, B. (2014). *Historia Mundial del Estado. Tomo IV El Estado de la doble Revolución Ilustrada e Industrial (1776-2014)* (Vol. Tomo IV). Bogotá: Ecoe & Universidad Nacional de Colombia.

Marquardt, B. (2015). *Derechos Humanos y Fundamentales, una historia del Derecho: ¿valores universales o hegemonía moral de occidente?* (Primera ed.). (G. Ibáñez Carreño, Ed.) Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Marquardt, B. (2016). *Historia constitucional comparada de Iberoamérica: las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI* (Primera ed.). Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.

Martínez Muñoz, J. (2005). *El conocimiento jurídico.* Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

Martínez Muñoz, J. (2015). *Multiculturalismo y Derechos Humanos.* México: Porrúa.

Martínez-Sicluna y Sepúlveda, C. (2012). Las falsificaciones ideológicas del bien común. *Verbo (Madrid): Revista de formación cívica y de acción cultural, según el derecho natural y cristiano*(509-510), 721-732. Obtenido de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4118736

Martinón Quintero, R. (enero-abril de 2020). La legitimidad normativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal internacional. *Andamios, 17*(42), 121-145. Obtenido de https://andamios.uacm.edu.mx/index.php/andamios/article/view/737

Martín-Retortillo, L. (1998). *La Europa de los Derechos Humanos.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Masiel, A. (1963). *Los que se quedaron.* (M. Glantz, Trad.) México.

McIlwain, C. (1947). *Constitutionalism. Ancient and Modern.* (M. Martínez, Trad.) Ithaca, New York: Cornell University Press.

Medina Núñez, I. (Agosto de 2014). Política, democracia y liberalismo en el origen de la época moderna. *Espiral, 21*(60), 15-44.

Mejía Rivera, J., & Flores, R. (2016). *El Control de Convencionalidad en México, Centro América y Panamá.* Honduras: Casa San Ignacio & Guaymuras.

Méndez Silva, R., & Gómez Robledo, A. (1983). *Derecho Internacional Público.* México: IIJ-UNAM.

Merino Roselló, A. (20 de marzo de 2018). *Universidad de Cádiz.* Obtenido de Trabajos fin de Grado en Derecho: https://rodin.uca.es/xmlui/handle/10498/20247

Middlekauff, R. (2007). *Glorious Cause : The American Revolution, 1763-1789.* USA: Oxford University Press.

Míguez, P. (2009). El nacimiento del Estado moderno y los orígenes de la economía política. *Nómadas, 22*(2).

Mingst, K. A. (2006). *Fundamentos de las Relaciones Internacionales.* México: Centro de Investigación y Docencia Económicas.

Miraut Martín, L. (2022). El sentido de las generaciones de Derechos Humanos. *Cadernos de Dereito Actual*(19), 431-446. Obtenido de https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/894/469

Miraut Martín, L. (2022). La legitimidad democrática del poder judicial. *Revista Internacional de Pensamiento Político*(17), 389-405. Obtenido de https://www.upo.es/revistas/index.php/ripp/article/view/7524/6602

Molitor, E., & Schlosser, H. (1980). *Perfiles de la nueva historia del Derecho Privado.* (Á. Martínez Sarrión, Trad.) España: Bosch.

Montesquieu, C.-L. (1906). *El Espíritu de las Leyes.* (S. García del Mazo, Trad.) Madrid, España: Librería General de Victoriano Suárez. Recuperado el 1 de 07 de 2020, de http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/espirituDeLasLeyesT1.pdf

Morales Antoniazzi, M. (2016). La vulnerabilidad como principio transnacional. Aportes de la Corte IDH a la luz del Ius Constitutionale Commune democrático. En E. Ferrer Mac-Gregor (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional Transnacional. Interacción entre el Derecho Nacional y el Derecho Internacional* (págs. 295-334). México: Porrúa.

Morales Antoniazzi, M. (2016). *Protección supranacional de la democracia en Suramérica: un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune.* México: IIJ-UNAM.

Morán Martín, D. (2019). Crónica del Ciclo de Conferencias Protegiendo Derechos en Europa y América. Homenaje a la Corte IDH en su 40 Aniversario. *Foro Nueva Época, XXII*(1), 297-308.

Moratal Roméu, L. (2016). El estado de naturaleza como fundamento del artificio político: Hobbes, Locke, Rousseau. *Eikasia Revista de Filosofía*, 299-343.

Moreno Pino, I. (1977). *Orígenes y evolución del sistema interamericano* (Primera ed.). México: Secretaría de Relaciones Exteriores.

Morineau, M. (2006). El Derecho Comparado. En N. (. González Martín, *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau* (págs. XVII-XLIV). México: IIJ-UNAM.

Murandás García, F. (s.f.). *La época de las Independencias: Hispanoamérica 1806-1830.* España: Biblioteca Nacional de España.

Muro Martínez, J. (1874). *Fuero Viejo de Castilla, Fuero Real, Leyes del Estilo y Ordenamiento de Alcalá.* (M. Muro López Salgado, Ed.) Valladolid: Imprenta y Librería de Gaviria y Zapatero.

Murray, R., & Evans, M. (2001). *Documents of the African Commission on Human and Peoples' Rights* (Vol. 1). North America (US and Canada): African Society of International and Comparative Law, Interights and the Centre for Human Rights, University of Pretoria, Hart Publishing.

Neves, M. (2010). Transconstitucionalismo con especial referencia a la experiencia latinoamericana. En A. Bogdandy, M. Morales Antoniazzi, & E. (. Ferrer Mac-Gregor, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius constitucionale commune en América Latina?* (Vol. II, págs. 717-758). México: IIJ-UNAM, Max Planck, Recht Und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Obtenido de http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11802

Nollkaemper, A. (2011). *National Courts and the International Rule of Law* (First ed.). United Kingdom: Oxford University Press.

Okafor, O. (2007). *The African Human Rights System, Activist Forces, and International Institutions.* Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo: Cambridge University Press.

Okere, B. (1984). The Protection of Human Rights in Africa and the African Charter on Human and Peoples' Rights: A Comparative Analysis with the European and American Systems. *Human Rights Quarterly, 6*(2), 141-159. Obtenido de https://doi.org/10.2307/762240

Olano García, H. (2016). Teoría del Control de Convencionalidad. *Estudios constitucionales*(1), 61-94. Obtenido de https://www.semanticscholar.org/paper/TEOR%C3%8DA-DEL-CONTROL-DE-CONVENCIONALIDAD-Garc%C3%ADa-Alejandro/6b68e1de977620bdd3f3dd8940f4d97be905cf7d

Oliver, J. (1978). Die Constitutio Antoniniana und Papyrus Gissensis 40 by Hartmut. *The American Journal of Philology, 99*(3), 403-408. Recuperado el 28 de octubre de 2020, de https://www.jstor.org/stable/293753?seq=1

Olmos Giupponi, M. (2017). *Rethinking Free Trade, Economic Integration and Human Rights in the Americas.* Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.

Orrego Vicuña, F. (octubre-diciembre de 2003). Derecho Internacional y sociedad global: ¿ha cambiado la naturaleza del orden jurídico internacional? *Instituto de Estudios Internacionales Universidad de Chile*(143), 7-26.

Palladini, F. (2019). *Samuel Pufendorf disciple of Hobbes : for a re-interpretation of modern natural law.* (D. Saunders, Trad.) Leiden. Boston: Brill.

Pampillo Baliño, J. (2007). Panorama y Diagnóstico de la Justicia Constitucional en México. En F. Serrano Migallón, *Estudios jurídicos en homenaje a Jesús Rodríguez Gómez* (págs. 177-201). México: Porrúa, Facultad de Derecho de la UNAM y Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación.

Pampillo Baliño, J. (2008). Del Mos Europaeus al Mos americanus iura legendi. Una propuesta de refundación de la ciencia nueva para la integración jurídica americana. *Foro, Nueva Época*(8), 117-160. Obtenido de https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/download/FORO0808220117A/13524/0

Pampillo Baliño, J. (2008). *Historia General del Derecho* (Segunda ed.). México: Oxford University Press.

Pampillo Baliño, J. (2012). Derecho Comunitario y Ius Commune Americano: dos asignaturas pendientes para las ciencias jurídicas de nuestro continente. *Foro. Revista de Derecho*(18), 5-29.

Pampillo Baliño, J. (2012). *Hacia un nuevo Ius Commune Americano.* Colombia: Ibáñez y Pontificia Universidad Javeriana.

Pampillo Baliño, J. (2012). La filosofia griega: clave para la reflexión iusfilosófica contemporánea. En E. Betanzos Torres, & J. Narváez, *Filosofía del Derecho.* México: Escuela Libre de Derecho & Porrúa.

Pampillo Baliño, J. (2021). *Nuevas reflexiones sobre la Integración Jurídica Latinoamericana.* Perú: Rimay Editores.

Pampillo Baliño, J. (2022). Revaloración del Constitucionalismo Latinoamericano. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*(Año 28), 381-424. Obtenido de https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/41159/37909

Pampillo Baliño, J. (2022). *Una Teoría Integral de la Justicia. Historia, pensamiento, instituciones y propuestas*. México: EN PRENSA.

Pampillo Baliño, J., Damián Martín, A., & Botero Gómez, S. (2016). *La Familia Jurídica Iberoamericana.* México: Porrúa.

Paoli Bolio, F. (1016). *Constitucionalismo en el siglo XXI. A cien años de la aprobación de la Constitución de 1917.* México: Senado de la República, Secretaría de Cultura, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, IIJ-UNAM.

Pascual-Vives, F. (2019). *Consensus-based interpretation of regional human rights treaties* (First ed.). Leiden; Boston: Brill.

Pasqualucci, J. (2012). *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, Sao Paulo, Delhi, Mexico City: Cambridge University Press.

Pastor Ridruejo, J. (1990). La protección de los Derechos Humanos en las Naciones Unidas. Aspectos humanitarios y políticos. *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*(1), 15-46.

Pastor Ridruejo, J. (1999). *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales* (Séptima ed.). Madrid: Tecnos.

Peccatiello, R. (2015). El dilema de la soberanía gaditana y la reelaboración. En *México en Cádiz, 200 años después. Libertades y democracia en el constitucionalismo contemporáneo* (págs. 173-193). México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Pegoraro, L., & Rinella, A. (2017). *Sistemi costituzionali comparati* (Primera ed.). Buenos Aires: G. Giappichelli Editore & Astrea.

Perea Unceta, J. (2004). Reflexiones sobre las restricciones a la soberanía del Estado en el Derecho Internacional contemporáneo. *Anuario jurídico y económico escurialense*(37), 95-129. Obtenido de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=892088

Perea Unceta, J. (2022). Derechos Humanos y Justicia Social Global. En J. Pampillo Baliño, & S. Botero Gómez (Coords.), *Justicia Social Global. Perspectivas, reflexiones y propuestas desde Iberoamérica* (págs. 205-234). México: Tirant.

Pérez Luño, A.-E. (Julio-septiembre de 1992). Los iusnaturalistas clásicos hispanos y la polémica sobre el Nuevo Mundo. *Estudios Políticos (Nueva Época)*(77).

Pérez Martín, A. (1999). El Ius Commune: Artificio de Juristas. En F. Tomás y Valiente, *História del Pensamient Jurídic* (págs. 69-93). Barcelona: Universitat Pompeu Fabra.

Pernice, I. (2016). Global Constitutionalism and the Internet: Taking People Seriously. En R. Hofmann, & S. Kadelbach, *Law Beyond The State. Pasts and Futures* (págs. 151-205). Frankfurt: Campus Verlag.

Peters, A. (enero-junio de 2018). Los méritos del constitucionalismo global. *Revista Derecho del Estado*(40), 3-20.

Petit, E. (2007). *Tratado Elemental de Derecho Romano* (Vigésima tercera ed.). (J. Fernández González, Trad.) México: Porrúa.

Pinto, M. (1997). El principio pro homine: Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos. En M. Abregú, & C. Courtis, *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales* (págs. 163-171). Buenos Aires: Editores del Puerto.

Pirenne, H. (1981). *Historia de Europa. Desde las invasiones al siglo XVI.* (J. Domenchina, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.

Pizzolo, C. (2010). *Derecho e Integración Regional.* Buenos Aires: Ediar.

Pogge, T. (2009). *Hacer Justicia a la Humanidad.* (D. Álvarez, Trad.) México: UNAM, CNDH y FCE.

Portero Lameiro, J. (2021). *La Reunificación Ibérica. Fundamentos para un debate necesario.* Madrid: Dykinson, S.L.

Puch y Portolés, C. (1829). *Breve historia de las Siete Partidas del Rey Don Alonso el Sabio, con algunos reparos a la glosa del Licenciado Gregorio López.* Madrid: Imp. de D. Eusebio Aguado.

Rabanales de la Roca, A. (2019). El margen de apreciación ante casos de desacuerdo razonable. Mecanismo dialógico entre la Corte IDH y los tribunales constitucionales. En VV.AA., *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (págs. 517-536). Colombia: Konrad Adenauer Stiftung.

Rabasa, E. (1919). *El Juicio Constitucional.* París & México: Librería de la Vda. de Ch. Bouret.

Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (2008). *Las razones del derecho natural.* Ábaco de R. Depalma.

Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (2009). *Teoría del Derecho* (Segunda ed.). Buenos Aires: Ábaco.

Radbruch, G. (1985). *Introducción a la Filosofía del Derecho* (Tercera ed.). (W. Roces, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.

Recaséns Siches, L. (2003). *Historia de las doctrinas sobre el contrato social.* México: UNAM.

Rincón Castillo, É. (2015). Concepciones ideológicas sobre el Estado: Del Estado absolutista al Estado social democrático de Derecho y de justicia. *Fronesis, 22*(3), 157-176.

Rocca, G., & Rocca O.P., G. (2004). *Speaking the Incomprehensible God : Thomas Aquinas on the Interplay of Positive and Negative Theology.* Washington D.C.: Catholic University of America Press.

Rodrigo, Á. (2016). Entre Westfalia y Worldfalia: La comunidad internacional como comunidad social, política y jurídica. En *La tensión cosmopolita. Avances y límites en la institucionalización del cosmopolitismo* (págs. 23-63). España: Tecnos.

Rodríguez Díaz, B. (2015). *Manual de ámbito Jurisdiccional Comunitario e Internacional. Guía Práctica para Abogados Ante la UE y el TEDH.* Madrid: Dykinson.

Rodríguez Díaz, B. (2016). *Apuntes de Derecho Internacional Público.* Madrid: Dykinson.

Rodríguez Moreno, A. (2016). *Algunos conceptos fundamentales para el nacimiento de los Derechos Humanos: Fernando Vázquez de Menchaca.* México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Rodríguez Paniagua, J. (2013). *Historia del Pensamiento Jurídico.* Madrid: Biblioteca Nueva.

Rodríguez y Rodríguez, J. (1991). Las Declaraciones francesa y Universal de los Derechos Humanos. En Varios, *Bicentenario de la Revolución francesa* (Primera ed., págs. 197-217). México: IIJ-UNAM.

Rodríguez, A. (2015). «Magnas cartas» y relaciones de poder en los reinos plenomedievales. *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho*(13), 243-257.

Rojas Amandi, V. (1er. semestre de 2003). La interpretación del Derecho de la Unión Europea. *Revista de Derecho de la Unión Europea*(4), 47-64. Obtenido de http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:1217/IntDchoUE.pdf

Rousseau, J.-J. (1985). *El Contrato Social.* Madrid: Alba.

Ruiloba Alvariño, J. (2013). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966. En C. Casadevante Romani, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Cuarta ed., págs. 115-168). Madrid: Dilex.

Ruiloba Alvariño, J. (2013). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966). En C. Fernández de Casadevante Romani, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Cuarta ed., págs. 169-221). Madrid: Dilex.

Sabine, G. (2009). *Historia de la Teoría Política.* (V. Herrero, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.

Sagüés, N. (2010). El "control de convencionalidad" como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano. En A. Bogdandy, M. Morales Antoniazzi, & E. Ferrer Mac-Gregor (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius constitucionale commune en América Latina?* (págs. 449-468). México: IIJ-UNAM.

Sagüés, N. (2010). Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad. *Estudios Constitucionales, Año 8*(1), 117-136.

Sagüés, N. (2016). De la Constitución nacional a la constitución "convencionalizada". En E. (. Ferrer Mac-Gregor, *Derecho Procesal Constitucional Transnacional. Interacción entre el Derecho nacional y el Derecho internacional* (págs. 3-16). México: Porrúa.

Salgado Pesantes, H. (2016). El Principio pro persona y la Interpretación en Derechos Humanos. En E. Ferrer Mac-Gregor (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional Transnacional. Interpretación entre el Derecho Nacional y el Derecho Internacional* (págs. 79-90). México: Porrúa.

Salord Bertrán, M. (2002). *La influencia de Francisco de Vitoria en el Derecho Indiano.* México: Porrúa.

Sánchez Agesta, L. (1966). *Principios de Teoría Política.* Madrid: Editora Nacional.

Sánchez Agesta, L. (Invierno de 1982-1983). La Justicia Constitucional. *Revista de Derecho Político*(16), 8-26. Recuperado el 8 de julio de 2021, de http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8197

Sánchez de la Torre, Á. (1985). *"Aristóteles (Ética)" Textos y Estudios sobre Derecho Natural* (Segunda ed.). Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

Sánchez Gil, R. (2016). El principio pro persona y la contradicción de tesis. En E. Ferrer Mac-Gregor (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional Transnacional. Interacción entre el Derecho Nacional y el Derecho Internacional* (págs. 91-101). México: Porrúa.

Sánchez Viamonte, C. (1956). *Los Derechos del Hombre en la Revolución francesa.* México: UNAM.

Santiago, A. (2023). *La dignidad de la persona humana. Fundamento del orden jurídico nacional e internacional.* Argentina: Ábaco.

Savigny, F. (1879). *Sistema del Derecho Romano actual.* (M. Guenoux, J. Mesía, & M. Poley, Trads.) Madrid: F. Góngora y Compañía, Editores.

Savigny, F. (2015). *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho.* (J. Díaz García, Trad.) Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Obtenido de http://hdl.handle.net/10016/21520

Scarciglia, R. (2018). *Métodos y Comparación Jurídica.* (L. Mateo Sanz, Ed.) Madrid: Dykinson, S.L.

Seara Vázquez, M. (1985). *Tratado General de la Organización Internacional.* México: Fondo de Cultura Económica.

Seara Vázquez, M. (1988). Hacia el concepto de intersoberanía. En *Liber Amicorum Colección de Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. José Pérez Montero* (Vol. III). Oviedo: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo.

Seara Vázquez, M. (1993). *Derecho Internacional Público.* México: Porrúa.

Serrano, J., & Sanmartín, J. (2006). *Historia Antigua del próximo Oriente: Mesopotamia y Egipto.* Madrid: Akal.

Silverio Salgueiro, J. (2016). El diálogo judicial en América Latina. Bases para un Ius Constitutionale Commune. En E. Ferrer Mac-Gregor (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional Transnacional. Interacción entre el Derecho Nacional y el Derecho Internacional* (págs. 335-360). México: Porrúa.

Soberanes Fernández, J. (2009). *Sobre el origen de las Declaraciones de Derechos Humanos.* México: IIJ-UNAM, Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Soroeta Liceras, J., & Bollo Arocena, M. (2013). La Protección de la Persona en Derecho Internacional. En C. Fernández de Casadevante Romani, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Cuarta ed., págs. 29-66). Madrid: Dilex.

Sousa Santos, B. (2010). *Descolonizar el Saber, Reinventar el Poder.* (J. Exeni R, J. Gandarilla Salgado, C. Morales de Setién, & C. Lema, Trads.) Uruguay: Trilce.

Stiglitz, J. (2015). *El malestar de la globalización.* España: Debolsillo (Random House).

Stoetzer, C. (1982). *Las raíces escolásticas de la emancipación de la América Española.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Strauss, L. (1953). *Natural Right and History.* Chicago: University of Chicago Press.

Strohmeyer, A. (2001). El Sacro Imperio bajo Carlos V (1519-1556). *Historia Moderna, 23*, 25-54.

Suñé Cano, J. (2013). *El e-government en el contexto global.* México: Porrúa, Escuela Libre de Derecho.

Suñé Cano, J., & Abellán Salort, J. (2022). Derechos humanos y doctrina social de la Iglesia. En A. Herrera Fragoso, *Derechos Humanos: Perspectivas de Juristas Iusnaturalistas. Tomo I: Sustento Histórico, Antropológico y Filosófico de los Derechos* (págs. 435-472). México: Tirant lo Blanch.

Suñé Llinás, E. (2006). *Teoría Estructuralista del Derecho.* Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

Suñé Llinás, E. (2014). *La constitución del ciberespacio.* México: Porrúa, Universidad Complutense de Madrid, Red Internacional de Juristas para la Integración Americana.

Suñé Llinás, E. (2019). Manifiesto para una nueva Ilustración. En P. Häberle, & D. García Belaunde, *El Control del Poder. Homenaje a Diego Valadés* (Vol. II, págs. 595-636). México: IIJ-UNAM. Obtenido de http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11869

Suñé Llinás, E. (2020). *Derecho e Inteligencia Artificial. De la robótica a lo posthumano.* Tirant Lo Blanch.

Székely, A. (2016). *Instrumentos Fundamentales de Derecho Internacional Público* (Tercera ed., Vol. VI). México: IIJ-UNAM.

Tagle Martínez, H. (septiembre-diciembre de 1985). Derecho e Integración Internacional. *Pontificia Universidad Católica de Chile, 12*(3), 443-446.

Tarello, G. (1995). *Cultura jurídica y política del Derecho.* México: Fondo de Cultura Económica.

Tena Ramírez, F. (1978). *Derecho Constitucional Mexicano* (Decimosexta ed.). México: Porrúa.

Teruel Lozano, G., Pérez Miras, A., & Rafiotta, E. (2017). *Constitución e Integración Europea. Derechos fundamentales y sus garantías jurisdiccionales.* Madrid: Dykinson.

Thackeray, F., & Findling, J. (. (2004). *Events that Changed Great Britain from 1066 to 1714.* Santa Barbara: ABC-CLIO, Greenwood Press.

Thomasius, C. (2011). *Institutes of Divine Jurisprudence, with Selections from Foundations of the Law of Nature and Nations.* (T. Ahnert, Ed., & T. Ahnert, Trad.) Indianapolis: Liberty Fund, Incorporated.

Tomás y Valiente, F. (1983). *Manual de Historia del Derecho Español.* Madrid: Tecnos.

Tomás y Valiente, F. (1994). El "Ius Commune Europaeum" de ayer y de hoy. *Glossae: European Journal of Legal History*(5), 9-16. Recuperado el 24 de 3 de 2020, de https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/27871/1/01-el, ius commune europaeum, de ayer y de hoy.pdf

Toro Huerta, M. (2007). El principio de subsidiariedad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con especial referencia al Sistema Interamericano. En M. Becerra Ramírez, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento* (págs. 23-61). México: IIJ-UNAM. Obtenido de http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11409

Torrent Ruiz, A. (2013). Segunda Escolástica Española y renovación de la ciencia del derecho en el siglo XVI: Un capítulo de los fundamentos del derecho europeo. I. Francisco de Vitoria, Domingo de Soto. *Teoría e storia del diritto privato*(6).

Torres del Moral, A. (2012). El inicio del constitucionalismo español. *Corts: Anuario de Derecho parlamentario*(26), 163-190.

Touchard, J. (1963). *Historia de las ideas políticas* (Segunda ed.). (J. Pradera, Trad.) Madrid: Tecnos.

Truyol y Serra, A. (1982). *Los Derechos Humanos.* Madrid: Tecnos.

Truyol y Serra, A. (1995). *Historia del Derecho Internacional Público.* (P. García Picazo, Trad.) Madrid: Tecnos.

Truyol y Serra, A. (2007). *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado* (Cuarta ed., Vol. I). Madrid: Alianza.

Turégano, I. (2022). La Justicia Social Global: un paradigma ético-político. En J. P. Pampillo Baliño, & S. Botero Gómez (Coords.), *Justicia Social Global. Perspectivas, reflexiones y propuestas desde Iberoamérica.* México: Tirant Lo Blanch.

Vallarta, I. (1881). *El Juicio de Amparo y el Writ of Habeas Corpus: ensayo crítico-comparativo sobre esos recursos constitucionales* (Primera ed.). México: Imprenta de Francisco Díaz de León.

Vanchan, C. E. (1960). *Studies in the History of Political Philosophy before and after Rousseau* (Vol. I). (A. Little, Ed.) New York: Rusell & Russel.

Vaughn, K. (1985). Teoría de la propiedad de John Locke: problemas de interpretación. *Revista Libertas 3*. Recuperado el 23 de junio de 2020, de http://www.eseade.edu.ar/files/Libertas/47_1_Vaughn.pdf

Vázquez, R. (2019). *Teorías contemporáneas de la justicia. Introducción y notas críticas.* México: IIJ-UNAM, ITAM, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro y el Centro de Estudios de Actualización en Derecho.

Veiga Rodríguez, F. (2017). *La Guerra Fría.* Barcelona: Editorial UOC.

Verkindere, G. (2001). *La justicia en el Antiguo Testamento.* (P. Barrado, & S. M.P., Trads.) Navarra: EVD.

Vigo, R. (1993). *Interpretación constitucional.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Villán Durán, C. (2002). *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos.* Madrid: Trotta.

Villoro Toranzo, M. (1989). *Del Derecho Hebreo al Derecho Soviético. Ensayos de Filosofía de Historia del Derecho.* México: Escuela Libre de Derecho.

Viola, F. (2004). Derecho de Gentes Antiguo y Contemporáneo. (I. Trujillo, Ed.) *Persona y Derecho*(51), 165-189.

Waldron, J. (noviembre de 2005). Foreign Law and the Modern Ius Gentium. *The Harvard Law Review Association, 119*(1), 129-147.

White, G. (2007). *The American Judicial Tradition: Profiles of Leading American Judges* (Third ed.). New York: Oxford University Press.

White, H. (1992). *Metahistoria. La imaginación histórica en la Europa del siglo XIX.* (S. Mastrangelo, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.

Wieacker, F. (2000). *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna* (Primera ed.). (F. Fernández Jardón, Trad.) Granada: Comares.

Wouters, J., Nowak, M., Chané, A.-L., & Hachez, N. (2021). *The European Union and Human Rights. Law and Policy.* United Kingdom: Oxford University Press.

Yunker, J. (2014). *Global Marshall Plan: Theory and Evidence.* United States of America: Lexington Books.

Zagrebelsky, G. (1995). *El Derecho dúctil.* (M. Gascón Abellán, Trad.) Madrid: Trotta.

Zuleta Puceiro, E. (1987). *Teoría del Derecho. Una visión crítica.* Buenos Aires: Depalma.