

# **UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

FACULTAD DE DERECHO

INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN  
ORTEGA Y GASSET



## **TESIS DOCTORAL**

**Más allá de la utopía:**

**Del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional. La red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTORA**

**PRESENTADA POR**

**Paola Andrea Acosta Alvarado**

Director

José Antonio Pastor Ridruejo

Madrid, 2015



FUNDACIÓN  
INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN  
JOSÉ ORTEGA Y GASSET

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID  
INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN  
ORTEGA Y GASSET

Programa de Doctorado  
Derecho Internacional y Relaciones Internacionales

Título de la Tesis Doctoral

**Más allá de la utopía: del diálogo interjudicial a la  
constitucionalización del derecho internacional.**

La red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel.

Doctoranda  
**PAOLA ANDREA ACOSTA ALVARADO**

Director de la Tesis  
**Dr. José Antonio Pastor Ridruejo**  
(UCM)

Madrid, 2013



**Más allá de la utopía: del diálogo interjudicial a la  
constitucionalización del derecho internacional.**

La red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel.



## Contenido

<i>Abstract</i> .....	1
Introducción.....	11
Capítulo I: diálogo judicial, red de protección e <i>ius commune</i> interamericano. 20	
Introducción .....	20
1. Contexto, fundamento normativo y herramientas jurisprudenciales de la red judicial 28	
A. Humanización y neo-constitucionalismo: dos fenómenos que confluyen. 29	
a. Humanización del derecho internacional como escenario del trabajo interamericano.....	29
b. Constitución, derechos humanos y juez constitucional: protagonistas de las reformas constitucionales en la región.....	33
B. Fundamento normativo .....	39
a. Fundamento normativo interamericano .....	40
b. Fundamento normativo a nivel nacional. ....	50
C. Herramientas jurisprudenciales.....	60
a. El control de convencionalidad.....	61
b. La interpretación conforme .....	71
2. La red judicial de protección: del diálogo y sus efectos.....	76
A. De las partes al todo: el alcance del marco normativo y las herramientas jurisprudenciales.....	76
a. Contexto, normas y herramientas que se alimentan mutuamente en pro de un objetivo común. ....	77
b. Las pruebas del diálogo judicial.....	85

B.	Red judicial, tribunal constitucional regional y creación de un <i>ius commune</i> interamericano. ....	112
a.	La CorteIDH como piedra angular de la red judicial de protección. ...	112
b.	<i>Ius commune</i> interamericano. ....	129
C.	Red judicial de protección: beneficios y obstáculos. ....	135
a.	Beneficios de la interacción a nivel regional .....	135
b.	Las críticas a la idea de red judicial .....	147
	<b>Capitulo II: Red judicial interamericana y constitucionalismo multinivel</b> .....	167
	Introducción .....	167
1.	<b>Constitucionalismo internacional, derechos humanos y judicatura</b> .....	169
A.	El debate constitucional en el escenario internacional: delimitando conceptos. 170	
a.	Las ideas constitucionales el escenario internacional. ....	170
b.	Nuestro marco conceptual .....	177
B.	Derechos humanos y constitucionalismo .....	196
a.	Los derechos humanos como telón de fondo del constitucionalismo internacional. ....	197
b.	El derecho internacional de los derechos humanos como pieza clave del proceso de constitucionalización .....	202
C.	La judicatura y el proceso de constitucionalización .....	208
a.	Los jueces y el discurso constitucional. ....	209
b.	Judicatura y constitucionalización multinivel .....	217
2.	<b>El escenario regional: derechos humanos, jueces y constitucionalización multinivel.</b> 221	
A.	Justificación y herramientas de la constitucionalización en el escenario interamericano.....	222
a.	Un nuevo centro de gravedad del derecho internacional. ....	222
b.	La relectura del derecho internacional y de sus relaciones con el derecho interno.....	226

B.	Red judicial interamericana y la constitucionalización del derecho internacional.	234
a.	La red judicial interamericana como prueba de la constitucionalización.....	235
b.	Red judicial interamericana y constitucionalización multinivel .....	241
C.	Vientos en contra, pie de lucha .....	244
a.	Las críticas al proceso constitucional: ¿obstáculos insalvables? .....	244
b.	Más allá de los obstáculos.....	271
	<b>Conclusiones</b> .....	279
a.	Del monismo y el dualismo a los esquemas multinivel de protección	280
b.	El modelo multinivel de protección y el constitucionalismo internacional	286
c.	El escenario jurídico global. ....	290
	<b>Bibliografía</b> .....	295
	Libros y capítulos de libros .....	295
	Artículos de Revistas.....	305
	Jurisprudencia .....	344
a.	Jurisprudencia Nacional .....	344
b.	Jurisprudencia Internacional .....	348
c.	Jurisprudencia Interamericana .....	349



## *Agradecimientos*

Más que un proceso académico, el doctorado es una experiencia de vida. Por ello, disfrutarlo y sobrevivirlo depende en gran medida de las personas que te rodean, del apoyo que recibes. En mi caso, las páginas que siguen y las vivencias que dieron lugar a ellas fueron posibles gracias a una extensa red de soporte académico y emocional sin la cual no habría podido culminar este proceso.

Desde el punto de vista académico, debo agradecer, en primer lugar, a mi *alma mater*, a mi segundo hogar: la Universidad Externado de Colombia. El Dr. Fernando Hinestrosa (*q.e.p.d*) confió en mí lo suficiente como para permitirme hacer parte de su plantilla académica y, más aún, para apoyar mi proceso de formación. Sus palabras de aliento antes de salir del país y durante nuestros encuentros los primeros años de doctorado hicieron posible que este proceso fuese algo más que un trabajo académico.

Mi traslado a España no habría podido tener lugar sin el apoyo incondicional del Dr. Hernando Parra, fue su firma la que abrió las puertas de mi beca doctoral, debo agradecerle por ello y por estar siempre dispuesto a escucharme y ayudarme. También agradezco al actual rector de la Universidad, Dr. Juan Carlos Henao, por permitirme terminar este proceso en las mejores condiciones.

Así mismo, en el ámbito académico mi gratitud a la Fundación Carolina por la beca doctoral que, junto con el apoyo del Externado, hizo posible mis estudios en España. Una vez en Madrid, el proceso fue fructífero gracias al apoyo de muchas personas a las que admiro y respeto. En primer lugar, mi Maestro y director de tesis José Antonio Pastor Ridruejo. A él le agradezco su confianza desde los primeros días de clase, sus palabras de reconocimiento a mi trabajo, sus elogios y, sobre todo, su fe en mí. Agradezco la plena libertad que me dio para construir mi proyecto, para perseguir la información y para articular mis argumentos. Además debo agradecer a quienes desde el Instituto Ortega y Gasset hicieron posible transitar más fácilmente por el difícil camino de la burocracia académica, por ello un reconocimiento a la Profesora Soledad Torrecuadrada, a Rosa Ávila y Pilar Lorrio.

Este trabajo no tendría su forma actual y su construcción no habría sido tan fructífera sin el apoyo de otros tantos profesores y colegas. En primer lugar quiero agradecer inmensamente al Profesor Carlos Espósito: su forma de vivir la academia es fuente de inspiración. Nunca olvidaré su primer consejo a la hora de formular mi plan de trabajo mientras tomábamos café en la UAM, ni los seminarios liderados por él en los que aprendí tanto e hice tan buenos amigos o su blog, gracias al cual estuve al corriente de cuestiones fundamentales para mi proceso de formación. También quiero agradecerle a la Profesora Laurence Burgorge-Larsen por sus enseñanzas y por estar siempre dispuesta a contestar mis inquietudes, darme sus consejos o revisar mis propuestas. Así mismo, debo reconocer y agradecer el inmenso apoyo y cariño de mi querida amiga Amaya Úbeda de la Torre, sus palabras de aliento y su esfuerzo por ayudarme a conseguir plataformas de intercambio académico fueron fundamentales para terminar este documento.

El texto que hoy presento es el resultado de un fructífero proceso de retroalimentación que tuvo lugar gracias a varios seminarios en los que tuve la

oportunidad de aprender de profesores y amigos. Por ello quiero agradecer al Profesor Alejandro Saiz Arnaiz, Aida Torres y Víctor Ferreres Comella, así como a todos los asistentes al seminario organizado por el área de derecho constitucional de la Universidad Pompeu Fabra en octubre de 2012. Igualmente agradezco al profesor Javier García Roca, a Pablo Santolaya y demás personas presentes en el seminario organizado en la Universidad Complutense de Madrid en febrero de 2013. Así mismo, mi gratitud a la Profesora Joana Abrisketa, a Felipe Gómez Isa y demás miembros del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto por su invitación y las ideas que compartieron conmigo durante el seminario organizado en Marzo de 2013. Finalmente quiero agradecer a Jorge Cardona y Mariano Aznar por su disposición a oírme.

Debo un agradecimiento muy especial a la iniciativa “*COST: International Law Between Constitutionalisation and Fragmentation: the role of law in the post-national constellation*”. Las varias becas que me concedieron para participar en los *PhD training School* organizados en Florencia, Braga, Praga y Ámsterdam me permitieron compartir mis ideas con grandes académicos europeos, hacer muy buenos amigos y conocer maravillosos lugares. Este escenario fue fundamental de principio a fin, sin su apoyo probablemente aún estaría perdida en una maraña de ideas. En especial quiero agradecerle a Wouter Wegner por su amabilidad y confianza, a Veronika Bilková, por sus comentarios a mis primeros proyectos y ensayos, a Neil Walker por haberme hecho sentir que había llegado a puerto seguro y, en general, a todos los profesores y amigos que leyeron mi trabajo y lo comentaron. Gracias a Jess, Marjolein, Marieke, Kushtrim, Attila, Kaja y Natalie por sus ideas, por su amistad.

A mis queridos amigos del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Gante: un millón de gracias. Gracias por confiar en mí, por su amabilidad, por abrirme sus puertas y hacerme sentir en casa, por haberme regalado los meses más productivos de trabajo doctoral en un ambiente ideal, gracias por la bonita vista desde mi oficina. Al Profesor Yves Haeck por su filosofía de trabajo y su gran corazón, a Clara Burbano por su ejemplo y amabilidad, a Amelia Alva por su compañía y cariño, a Oswaldo Ruiz Chiriboga por su tiempo, sus comentarios y enseñanzas.

Para terminar mis agradecimientos en el ámbito académico y pasar a agradecer a mi familia y amigos debo mencionar a alguien que está justo en la intersección de estos tres ámbitos de mi vida: Néstor Osuna. Hace 15 años el Dr. Osuna me concedió el privilegio de hacer parte de su equipo de trabajo, desde entonces he crecido bajo su ejemplo y gracias a su apoyo. A él mi gratitud por dejarme desarrollar todos los proyectos que tenía en mente y por ayudarme a disfrutar todo lo que el viejo continente tenía por ofrecerme. Un millón de gracias por sus enseñanzas y su paciencia, su tiempo, sus consejos, su amistad y, sobre todo, por los recorridos madrileños con los que tanto aprendí y disfruté.

A mi familia, la de sangre y a aquella que he construido con el paso del tiempo. A mis padres por confiar en mí, por apoyarme, por dejarme volar, por sus sacrificios y dedicación. A mis hermanos por cuidar de todo mientras yo no estaba. A mi abuela, por haber sido mi luz desde siempre.

A Frédéric, por tanto tanto, pero, sobre todo, por haberme regalado Madrid y mi feliz vida aquí; por soportarme, por haberme obsequiado días estupendos y grandes amigos, por estar siempre ahí, a nuestra manera. A mi familia en Madrid, a Marialu, Pt,

Miguel, Vene, Ali, Javivi, Puyol, Iago, Santi, Sabrina... a la Otra Casa, al 2G y al Aljaraque. Por las alegrías, el apoyo y el cariño, por ser mi soporte. A Elena y su familia, por su dulzura, por abrirme las puertas de su casa, por la feria de abril, por la navidad, por mi vena andaluza. A Andrés, por su paciencia, por estar siempre a la vuelta de la esquina (o del Skype), por hacerme reír, por los viajes y las celebraciones, por haberme enseñado tanto. A Giulia, por todo su amor y las alegrías que me trae, por sus postales y sus cartas, por Sliema, por Andalucía y por Roma, por haberse convertido en pilar fundamental de mi vida. A Alma, por por escucharme, ayudarme y acompañarme.

A Camilo Umaña por soportar esos tan difíciles primeros pasos y por haber desenredado el camino, por prestarme su hombro cuando más lo necesité, por estar siempre a mi lado aún desde la distancia. A Juan Carlos Upegui, por el café que me hizo ver la luz. A Jorge Roa por haberse tomado la molestia de leer esas primeras versiones sin sentido y por sus siempre inteligentes y útiles comentarios. A Karlos, Olger, Luis Felipe y Michael Freitas, por compartir sus conocimientos, por estar siempre dispuestos a ayudarme. A mi “*little Maltese family*”: Jero, Leo, Camilo, Yulia, Belisa, Tati, Tom, y todos los demás. A “*the Girls*” en Gante: Anna, Iva y Kanikey por todo su cariño y por haberme hecho sentir en casa. A mis compañeras en la Haya: Marianne, Devika, Claire y Coline.

A quienes me apoyaron desde la distancia: gracias a Luzma, a Paty, a Juan, a los colegas del Departamento de derecho constitucional de la Universidad Externado y, por supuesto, a esos amigos que sé que están ahí pese a no estar, mis queridos ingratos.

Madrid, Noviembre de 2013



## ***Abstract***

Over the past decades, due to various intertwined phenomena, international law has undergone countless profound changes that affect different areas. Among many others, the widening of the issues regulated by the international legal order, the expansion of its list of subjects, the reconfiguration of the system of sources, the new role of the State and the scope of sovereignty are some of the issues that frame current international legal debates. Hand in hand with this metamorphosis of international law, significant changes also appear in the national legal system. Just to mention some of them: the internationalization of constitutional and administrative law, variations on the state structure and even on the state objectives, nuances and constraints on internal sovereignty. These changes can be summarized in a paradoxical situation: while national legal systems lose some of their ability to regulate life within the state, they have gained prominence in ensuring the effectiveness of international law. These alterations in either scenario led to the reformulation of the relationship between international law and domestic law and, in general, to the reconfiguration of the global legal landscape. Thus, rather than dualistic or monistic relationships rather than levels hierarchically related, the current legal landscape is constructed from a heterarchical network of interactions, with varying scope, that articulate various legal areas.

This evolution of both legal systems and their increasing interdependence has had a profound impact on individuals, in their daily lives and above all, in guaranteeing their basic rights. The harmful consequences of this metamorphosis attract attention, undoubtedly. However, these changes have also allowed the construction of a normative frame and an institutional framework that facilitates the protection of human rights. Within this process, protrude the creation of international protection's systems, the strengthening of national protection's mechanisms, and the increasing interaction between each other in order to ensure the effective defense of individuals. In this context, judges of both levels appear as protagonists; their work is not only thermometer of changes, but also key piece of the structure of protection.

Indeed, thanks to the process of judicialization of international law and the renewed role of judges in national law, during the last decades the judiciary has acquired an important role in determining the basis, content and scope of the legal systems but above all, when designing and implementing protection's mechanisms. This strengthening of the judicial role, together with other conditions, has provided -or even required- communication between judicial officers at all levels. Due to this interaction, scholars started speaking about the existence of a global community of judges, an international judiciary or a legal community. From our point of view, one of the most important consequences of the judicial communication is the consolidation of multilevel protection structures through which not only the effectiveness of protection of individuals is enhanced but also through which is facing the increasing complexity of global legal scenario and its constant transformation. Precisely this idea appears to be the *theme* of our work. Indeed, we believe that the interjudicial dialogue, and the consequent creation of articulated structures of protection, are proof and motor of an even greater metamorphosis: the constitutionalization of international law.

Those flying constitutional discourse defend the idea that international law already has, and can have even more- constitutional features. Constitutionalist seek face challenges in terms of consistency of the system, the foundation of it, need to control, identification and separation of powers, the multiplicity of actors and scenarios, new interests to protect, among others. Under this theory, human rights and, with them, protection's judges might play a key role from different perspectives. Some argue that human rights are essential objective and motor of constitutionalism, others say that human rights treaties are constitutional instruments, some claim the constitutional nature of the regional courts of protection, few say that regional systems are in the basis of constitutionalization, several claim the role of national judges in the constitutionalization and thus, an extensive list of possible links between international human rights and constitutional discourse. However, what is the true role of human rights and protection's judges in the process of constitutionalization of international law? What is the relationship between the multilevel structures that we are speaking about and international constitutional discourse? Answering this question, and in general, try to know what is the role of these judges and their interaction, not only in the protection of

individuals but also in the evolution of international law, is one of the most interesting questions of today international legal theory and it is the topic that has caught our attention.

In our opinion, the study of international protection's systems, as well as of constitutional law, must focus in the study of their role in the joint evolution of the global legal space and not only on their understanding or analysis of their own achievements and obstacles. In this sense, the work of the judges, their interaction, coordination and harmonization's efforts should be studied from an even greater perspective that besides explaining their role in the mutations and effectiveness of the various legal systems, try to explain their participation in the evolution of the global legal landscape. In light of these ideas, in this work, we aim to demonstrate that protection's judges are key pieces in shaping a judicial network of protection that enhance the effectiveness of the protection afforded to individuals and, besides, assists in setting a comprehensive legal space with constitutional features. This allow us to confirm that the constitutionalization process is indeed taking place and that its development can help address the growing complexity of global legal landscape as well as to determine their future.

In order to talk about this, we should answer several questions namely: What is meant by judicial network? What are its characteristics? What are the tools that international judges have to build the network? What is the context that fuels this process? What are its achievements? Even more, based on the idea that such a network aids in the process of constitutionalization of international law, the real question is, what is the link between the idea of a judicial network and international constitutionalism? To answer these questions and thereby develop our hypotheses, we use as a benchmark the work of Inter-American Human Rights Court and its relationship with Latin American constitutional judges.

To develop our working hypothesis we have to address several issues. First, we concentrate on studying the juridical factors that, from our point of view, justify the faith in a judicial network articulated and stepped from the work of the Inter-American and constitutional judges. To this end, in addition to presenting the juridical context of this network, we will concentrate on the particular tools - both normative and jurisprudential-

with which it is constructed. We also list its consequences on the protection offered. In line with these matters, we study the figure of interjudicial dialogue and its effects within the multilevel protection model presented (Chapter I). Secondly, we demonstrate the link between the Latin American interjudicial dialogue and the constitutional discourse in international law. To do this, we clarify our conceptual framework and, therefore, we clarify key notions as 'constitutionalism', 'constitutionalization' and 'constitution' within international law. Immediately afterwards, we highlight the role that both human rights judges play in constitutional discourse. Once we clear these issues, we focus on presenting the contribution of Latin American judicial network to constitutional process (Chapter II). The ideas developed in these two chapters can be summarized as follows:

### *Chapter I*

Through the process of humanization, as well as the expansion and strengthening of national constitutionalism, currently international and national law share a common goal: the protection of individuals. Because of this shift, international law has nuanced several of its statist characteristics and constitutional systems have opened themselves to the international human rights law. All this explains and facilitates the interdependence of the two levels of protection and the increasing interaction between its operators.

This metamorphosis makes arise the normative frame that allow judges' interaction. In Inter-American law we have the preamble of the American Convention on Human Rights (ACHR), the general obligations on recognition, respect and safeguard (Art. 1.1 and 2 ACHR), the right of access to justice (Art. 8 and 25 ACHR), the rules of interpretation (Art. 29 ACHR) and the norms about the mandatory nature of the judgments and its enforcement procedure (Art. 63, 65 and 68 ACHR). In the national legal systems, there are the clauses about the incorporation, interpretation or referral to the international human rights law as well as the norms on compliance with international standards and judgments. All these provisions serve as support to the duty of coordination between the two legal orders and, therefore, provide the necessary justification for communication between its operators. Therefore, because of this regulatory framework jurisprudential tools that allow the articulation of the legal

systems (the consistent interpretation and the control of conventionality) can be developed. These two mechanisms, different steps of the harmonization process, turn out to be fundamental for the protection's process.

The sum of all these factors -context, standards and tools-, allows the development of interjudicial dialogue that leads to the creation of a judicial network (within which the Inter-American Court acts as constitutional court) through which it is possible the development of an Inter-American *ius commune*. Indeed, thanks to national and regional normative frameworks, the growing interaction between judges protection in Latin America can be classified as more than migration of ideas or as an exercise in comparative law. This judicial communication is, strictly speaking, a dialogue between judges, that is, a communication process that arises from the obligation to take into account the work of other judges to apply the own law. While it is true that the development of this dialogue is not uniform and differ from one setting to another, its implementation is a reality in process of improvement across the region.

From this dialogue, a Latin American judicial network has been built, a multilevel structure of protection in which national and international mechanisms are articulated to provide the best possible protection for individuals. As part of this network, national judges also act as agents of international law, their work is fundamental to the effectiveness of regional standards and it can affect the formation and implementation of the said order. At the same time, regional judges develop constitutional functions. They stand as custodians of national and international constitutional standards and, in this sense, decide on the compatibility of national rules with Inter-American norms, establish parameters for interpretation under the Convention and protect individuals. The constitutional nature of regional judges do not, in any measure, means that the Inter-American Court is hierarchal superior to national constitutional judges. The relationship between the two systems involved and, therefore, among its agents, is developed in the context of constitutional pluralism so that judges relate in a heterarchical way and not in hierarchical terms. In this regard, in deciding which interpretation must prevail, must be taken into account, above all, the need to ensure the highest and best possible protection to individuals.

Another consequence of the network is the creation of an Inter-American *ius commune*, that is, a minimum's protection framework, which includes the basic obligations to protect human rights. The *ius commune*, which is characterized by its dynamic nature and to balance regional realities and national interests, has five basic functions: establishes a minimum standard of protection, while rises safeguarding parameters. It also facilitates communication between different actors of protection and secure system's coherence. Finally, it serves as a parameter of the rule's validity - constitutional and international- and as such stands as a course for the legislature and, in general, as a parameter of conduct for the exercise of power.

The Judicial Network facilitates the protection of human rights since not only ensures the effectiveness of the mechanisms of protection but also allows the protection of individuals even without having to go to court scenarios. The scope of the network, ie, judicial interaction, should be assessed taking into account the changes that this generates and its help to enhance the effectiveness of the protection of human rights. From our point of view, there are three major accomplishments worth noting. The first is the impact in how is conceived the relationship between international law and domestic law. The formation of the network is, in turn, cause and consequence of the mutation experienced by the relationship between these two systems. It shows the permeability and mutual interdependence of both legal orders as well as the need that their actors interact and recognize themselves as agents of the same goal which effectiveness depends on coordination. The second are the settings experienced by national law. Thus, the dialogue allows: constitutional reforms or constitutional reinterpretations that facilitate the use of international law within the domestic law, expanding the scope of the catalog of rights, procedural and institutional reforms that facilitate protection, issuing rules to ensure compliance with international rulings. All this results in the strengthening of the protection afforded to individuals. The third are the direct effects on the protection mechanisms: the dialogue provides tools to both national and regional judges to justify the extension and deepening of their work. At the same time, the interaction between judges helps to fulfill international orders and thus enhances the effectiveness of the regional mechanism. Now, from our point of view the greatest achievement of interjudicial dialogue lies in its consequences beyond the protection's mechanisms, that is, the changes generated within each order which

allowing human rights protection before going to the courts or, at least, before going to the regional court.

In short, we can say that the figure of the Inter-American Judicial Network allows us to explain a reality, helps us to organize and understand it and allows us to analyze their outcomes. In this sense, the idea of judicial network helps us to understand the new role of national and international judges within the protection process. At the same time it helps us to discover the effects of the internationalization of constitutional law and the changes of the international law while explain the effects of all this on the Inter-American and national protection's mechanisms. Now we cannot forget that this network is part of a metamorphosis' process of international law even greater: its constitutionalization.

## *Chapter II*

The constitutional discourse has gained considerable strength in recent decades in the international arena. Despite this, there is not a unique idea about what constitutionalism means nor is there agreement on the scope of the term "constitutionalization" or regarding the idea of constitution. For us, international constitutionalism is the discourse which seeks to provide constitutional features to international law. The main objectives of international constitutional discourse are a) the recognition of some fundamental values, that combine, serve as a foundation and as north of international law. b) The construction of a regulatory framework and a suitable institutional framework for limiting the power and for the protection of those values. In this context, the constitutionalization of international law is the process by which constitutionalism materializes, that is, the process by which are implemented structures, procedures or standards that meet constitutional goals under international law.

Given the particularities of the legal system, international constitutionalization have different scope depending on the area in question. The recognition and protection of all values is not the same and the articulation of the regulatory framework and the institutional apparatus varies from one scenario to another. Pursuant that dissimilar realization of the constitutional process in the international arena, currently only is

possible to speak of a particular type of constitutionalization, i.e. multilevel constitutionalization. Multilevel constitutionalism lies on two fundamental assumptions. (1) Each the legal systems, currently strongly interdependent, experiences varying degrees of constitutionalization. (2) is the sum of all of them which allows us to think of a global constitutional project whose realization, however, does not aspire to the creation of a single constitutional regime, but to the articulation of the various legal areas with the aim to achieve constitutional objectives.

This multilevel constitutionalism and the idea of constitutional network arise in the context of constitutional pluralism that is it is built on the recognition that there are different scenarios, rules and constitutional authorities that relate 'heterarchically'. In this context, it could be said that the proposed multilevel constitutionalism is erected on the new international reality where constitutional pluralism frames the exercise of public authority and the achievement of the constitutional objectives. In this scenario, the network is the constitutional way by which the constitutional process takes place and dialogue between the different levels is the tool for its realization.

Under the multilevel constitutionalism, the idea of a single constitutional text does not fit. In this scenario we talk about “*constitución en red*”, ie, the set of rules, located at various levels, which are articulated to achieve the guarantee of human dignity through the organization and limitation of power. Thus, although we can not speak of international constitution we can speak of international constitutional rules, both functional and general. The constitutional nature of these rules does not depend on the document that contains them, and its normative supremacy depends on its ability to truncate the application of other rules during the development of a contextual dialectic exercise for which the existence of fixed hierarchies has little importance. The guarantee of these standards is achieved through the multilevel structure that is constructed through the interaction of the various legal orders.

Taking in considerations these ideas, we can say that the process of interaction that results in the Latin American Judicial Network and its results can be understood as evidence of the constitutional process from two perspectives. First, from the substantive point of view, we can say that the judicial network realizes the existence of common

values which protection depends on all States of the region. Indeed, without the recognition of these common values and of the shared objective, dialogue would not be possible and the network would not exist. Second, from the formal point of view, the network brings a regulatory and institutional framework that looks for the safeguarding of the common values as well as the organization and limitation of power. Indeed, the agents interacting within the network have the important constitutional role to protect and enhance the effectiveness of the protection' mechanisms. Hand in hand with this feature, the network helps the organization and limitation of power from two different perspectives: within the state and beyond.

It is easy to understand that the articulation of national and regional systems of protection results in better organization and better control of the exercise of power within the State since its ultimate goal is precisely adjust the infrastructure and behavior State to ensure the protection of the individual. In this sense, more and better protection usually means better control of power and vice versa. However, the effects of the protection offered by the network are not limited to the national settling. Its ability to shape the exercise of power extends to the international scene from two different perspectives. On one hand, in shaping state power (and their agents) in their behavior as principal subject of international law and on the other, to help radiate control over the behavior of other international subjects.

In sum, we could say that the network is proof that certain rules and international actors meet constitutional functions (organization and limitation of power as well as protection of human dignity). Now, from our point of view the network proves a particular form of constitutionalization, i.e. multilevel constitutionalization. Thanks to the judicial network, two levels of protection -national and regional- complement to meet constitutional objectives, as provided by multilevel constitutionalism. The relationship between different levels is not hierarchical but heterarchical relationship. In addition, the exercise of harmonization allows the construction of a "*constitución en red*".

Finally, the Inter-American judicial network is not only proof of multilevel constitutionalization; it is itself the motor of such a process. In addition to the functions

already assigned to the Inter-American *ius commune* within the regional constitutional process, this also serves as common thread of multilevel constitutionalization from three different fronts. On one hand, the *ius commune* can serve as standard for the integration of human rights in other functional systems of regional / international law. On the other, this *ius commune* can help to the formation of a general *ius commune*, which could help to articulate the various blocks that constitute the international legal space. In this sense, the regional work is only the first step in a deeper process of articulation (not subsumption). Finally, the *ius commune* can serve as course for the articulation of other constitutional networks in various territorial or functional realms.

In short, we can say that our network fits perfectly into the idea of multilevel constitutionalism. Indeed, the network makes possible the recognition and protections of some common values and at the same time allows the organization and limitation of public authority, all done by the articulation of several legal orders. Besides, the judicial network is fundamental in order to improve the multilevel constitutional process since the *ius commune* that result from its articulation become a key piece, a course, to the harmonization beyond the human rights field and the Inter-American space.

To conclude, we must say that despite all the critics to the constitutional tough in the international scenario (mostly nuanced if placed in context), it is worth to think about its advantages (Cap.II.2.C). Constitutionalism serves to see the world as it is. Constitutionalism reveals that we live in the midst of a deeply fragmented and pluralistic scenario in which, however, there are not profound differences between international law and national law. Constitutionalism allows us to see that both systems have a lot in common and that what matters is to think how articulate, harmonize, achieve their common goals, and maintain consistent interaction. Constitutionalism leaves us see that the legitimacy of every authority depends on its adherence to the purposes for which it was created, for their help in the realization of common objectives, their contribution to the overall coherence of the legal scenario. Therefore, despite how difficult can be to consolidate the constitutional process, their promises are fundamental. Even though it sounds like a utopia, as it sounded constitutionalism in the eighteenth and nineteenth centuries, international constitutionalization is a project that, while difficult, is achievable but, above all, is necessary.

## Introducción

Durante las últimas décadas, con ocasión de diversos fenómenos que se entrelazan y alimentan mutuamente, el derecho internacional ha experimentado un sinnúmero de profundos cambios cuyos efectos se sienten en todos sus ámbitos<sup>1</sup>. Entre muchos otros, el ensanchamiento funcional del ordenamiento, la ampliación de su lista de sujetos, la reconfiguración del sistema de fuentes, la nueva lectura del papel del Estado y del alcance de la soberanía son algunos de los asuntos que enmarcan los actuales debates *iusinternacionalistas*<sup>2</sup>.

De la mano con esta metamorfosis del derecho internacional, aparecen también importantes transformaciones en el ordenamiento jurídico nacional. Apertura normativa y, con ella, reformulación del sistema de fuentes, internacionalización del derecho constitucional y del derecho administrativo; afectaciones a la estructura estatal e incluso a los cometidos del Estado, matices y condicionamientos a la soberanía interna, son, entre otros, cambios que se resumen en una situación paradójica: si bien los ordenamientos jurídicos nacionales pierden parte de su capacidad para regular la vida al interior del Estado, han ganado protagonismo a la hora de asegurar la efectividad del derecho internacional<sup>3</sup>.

Estos cambios en uno y otro escenario han llevado a la reformulación de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno y, en general, a la

---

<sup>1</sup> Klabbers hace una breve e interesante presentación sobre este asunto en: Klabbers, Jan; Peters, Anne; Ulfstein, Geir. *The constitutionalization of international law*. Oxford University Press. 2009. Pág. 1-43

<sup>2</sup> Para darnos cuenta de esto basta ojear los títulos publicados, entre otros, por la Academia de Derecho Internacional, en el *Recueil des Cours*. Disponibles en <http://www.hagueacademy.nl/?publications-fr/le-recueil-des-cours#IP>

<sup>3</sup> Esta idea queda patente en los trabajos de dos de las internacionalistas más importantes del momento: por una parte Anne Peters se sirve de la idea de que el derecho interno, particularmente el derecho constitucional es incapaz de regular todos los asuntos que otrora estaban bajo su competencia y, con base en ello, construye su idea de constitucionalismo compensatorio, por la otra Anne-Marie Slaughter, reivindica el importante papel del derecho doméstico a la hora de asegurar la efectividad del derecho internacional. *Cfr.* Peters, Anne. "Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures". *Leiden Journal of International Law*, 19 (2006); Anne-Marie, Slaughter, Anne-Marie y Burke-White, William. "The Future of International Law Is Domestic (or, The European Way of Law)". *Harvard International Law Journal*, Volume 47, Number 2, Summer 2006.

reconfiguración del escenario jurídico global<sup>4</sup>. Así, antes que relaciones dualistas o monistas, antes que compartimentos estancos o que ordenamientos jerárquicamente relacionados, el panorama jurídico actual se construye a partir de un entramado de interacciones heterárquicas, con variados alcances, entre las diversas esferas jurídicas<sup>5</sup>.

Esta evolución de ambos ordenamientos jurídicos y su creciente interdependencia ha tenido un profundo impacto en la vida de los individuos, en su día a día<sup>6</sup> y, sobre todo, en la garantía de sus derechos básicos. Así por ejemplo, basta planear un viaje para convertirse en objeto de regulaciones sobre la libertad de circulación transfronteriza, hacer parte de una empresa para estar sometido al cumplimiento de requisitos tributarios, laborales o de competencia que suelen delinearse desde órbitas regionales o internacionales, ir al supermercado para beneficiarse o verse afectado por las normas relacionadas con la calidad de las mercancías; tanto el ciudadano más cosmopolita como el más arraigado sujeto puede –y suele– vivir los efectos de la regulación internacional de los mercados, la protección al medio ambiente, el uso de la fuerza, la delimitación de fronteras, etc.

Las consecuencias nocivas que esta metamorfosis trae consigo llaman la atención, sin lugar a dudas<sup>7</sup>. Sin embargo, dichos cambios también han permitido la

---

<sup>4</sup> Entre otros, ver: Von Bogdandy, Armin. “Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law”, *International Journal of Constitutional Law*, (2008) vol 6.

<sup>5</sup> Sobre estos asuntos ver entre otros, los textos de Ver las ideas de Kumm, Maduro y Halberstam en *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Government*. Dunoff & Trachtman Eds. Cambridge University Press, 2009.

<sup>6</sup> “(...) we are witnessing a tremendous influence of international law on our daily lives, from the construction of bridges over our rivers to the treatment of foreigners abroad (...)” Paulus, Andrea. “Between Constitutionalization and Fragmentation. Concepts and Reality of International Law in the 21st Century”. *Humboldt Forum Recht*. 5, 2011. p 2.

<sup>7</sup> Sobre este asunto ver los informes preparados por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en torno al impacto de la globalización, el libre comercio y la inversión sobre la garantía de los derechos humanos. Estos informes estudian asuntos tan variados como el desarrollo, la discriminación, la inequidad. Los documentos están disponibles en: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Globalization/Pages/ReportsHC.aspx> Sobre este asunto la literatura es prolija, algunas discusiones y datos interesantes se pueden leer en: A.A.V.V. Globalización y derechos humanos. Días Müller, Luis. Coord. Serie Doctrina Jurídica No. 151. IJ-UNAM. 2003; Pérez Esquivel, Adolfo. Globalización y Derechos Humanos. Serie Doctor Honoris Causa no. 4 Miguel. Universidad Nacional de Río Cuarto. 2001; A.A.V.V. Globalización de los Derechos, Repensando la condición humana. Debates en Derechos Humanos. Jesús Balbín Álvarez, William y Arango Velásquez, Oscar Ignacio Comps. Instituto Popular de Capacitación. 2003; Ayala, Natalia. Derechos Humanos y Globalización, Un análisis preliminar para América Latina. Documentos de Discusión Global. D3E, 2003. Ribotta, Silvina. “Globalización versus Derechos Humanos”. ¿Pueden configurarse los Derechos Humanos como una estrategia emancipadora en el actual contexto de globalización neoliberal? Tomado

construcción de un entramado normativo e institucional que facilita la protección de los derechos humanos. En el seno de dicho proceso sobresale la creación de los sistemas internacionales de protección, el fortalecimiento de los mecanismos nacionales de tutela, así como la creciente interacción entre unos y otros con miras a asegurar la tutela efectiva de los individuos. En este contexto, los jueces de ambos niveles aparecen como protagonistas; su trabajo no sólo es termómetro de los cambios, sino motor de los mismos y pieza clave del andamiaje de protección.

En efecto, gracias al proceso de judicialización del derecho internacional<sup>8</sup> y al renovado papel del juez en los ordenamientos nacionales<sup>9</sup>, durante las últimas décadas la judicatura ha adquirido un importante papel a la hora de determinar el fundamento, contenido y alcance de los ordenamientos jurídicos, pero sobre todo, a la hora de diseñar y poner en marcha los mecanismos de protección. Este fortalecimiento del rol judicial, sumado a otras condiciones<sup>10</sup>, ha facilitado –e incluso requerido- la comunicación entre los funcionarios judiciales de todos los niveles<sup>11</sup>.

---

del Instituto de Gobernabilidad de Cataluña. [en línea] [http://orff.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8519/globalizacion\\_ribotta\\_RF\\_2003.pdf;jsessionid=B8DE0C01CA655652EA3AA573A07D382D?sequence=1](http://orff.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8519/globalizacion_ribotta_RF_2003.pdf;jsessionid=B8DE0C01CA655652EA3AA573A07D382D?sequence=1)

<sup>8</sup> Entre otros: Kingsbury, Benedict. “International Courts: Uneven Judicialization in Global Order”. Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper NO. 11-05 January 2011; Ver también el número integral de *Michigan Journal of International Law* Vol. 25:963, 2004. Cançado Trindade, Antonio. “The Relevance of international adjudication revisited: reflections on the need and quest for international compulsory jurisdiction”. Towards world constitutionalism. Issues in the legal ordering of the world community. Macdonald, Ronald St. J. ed. La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 2005

<sup>9</sup> Entre otros ver: Zagrebelsky, Gustavo. “Jueces Constitucionales”. *El canon neoconstitucional*, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (Comps). Trotta, IJ-UNAM. 2010; Zagrebelsky, Gustavo. “El juez constitucional en el siglo XXI”. *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2725> [25 de agosto de 2013]; Dworking, Ronald. Los derechos en serio. Ariel, 2012; Habermas, Jürgen. Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado Democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Trotta, 1998. Ferrajoli, Luigi. Las Fuentes de legitimidad de la jurisdicción. *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2725> [22 de septiembre de 2013]

<sup>10</sup> Así por ejemplo, el crecimiento de los objetivos comunes entre las diversas jurisdicciones, el solapamiento de las mismas, la permeabilidad del derecho nacional respecto del derecho internacional, la disponibilidad de herramientas tecnológicas que facilitan la circulación de la información, la creciente movilidad de los funcionarios judiciales, el auge del litigio transnacional, etc.

<sup>11</sup> Sobre estos asuntos ver. Slaughter, Anne-Marie. “A Global Community of Courts”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 44, Nº 1, invierno, 2003; Burke-White, William W. “International legal pluralism”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, verano, 2004. Camerlengo, Quirino. *Dialogue among courts: towards a cosmopolitan constitutional law*, t. VIII, Vol. 75, Milán, Pavia: Pavia University Press, 2012, pp. 1 a 77. Waters, Melissa A. “The future of transnational judicial dialogue”, *The American Society of International Law Proceedings*, Nº 104, 2010; Waters, Melissa A. “Creeping monism: the judicial trend toward interpretive incorporation of human rights treaties”, *Columbia Law Review*, Vol. 107, 2007; Waters, Melissa A. “Mediating norms and identity: the role of transnational

Con ocasión de dicha interacción ha llegado a hablarse de la existencia de una comunidad global de jueces, de un sistema judicial internacional, de una comunidad legal<sup>12</sup>. Desde nuestro punto de vista, una de las consecuencias más importantes de la comunicación judicial es la consolidación de estructuras multinivel de protección gracias a las cuales no sólo se potencia la efectividad de la tutela de los individuos sino que, además, se hace frente a la creciente complejidad del escenario jurídico global y a su constante transformación. Justamente esta idea resulta ser el hilo conductor de nuestro trabajo según el cual, el diálogo interjudicial y la consecuente creación de estructuras articuladas de protección resultan ser prueba y motor de un proceso de metamorfosis aún mayor: la constitucionalización del derecho internacional.

Quienes enarbolan el discurso constitucional defienden la idea de que el derecho internacional ya tiene -y puede llegar a tener aún más- rasgos constitucionales. Con ello, los constitucionalistas pretenden enfrentar los desafíos planteados en términos de coherencia del ordenamiento, fundamento del mismo, necesidad de controles, identificación y separación de poderes, multiplicidad de actores y escenarios, nuevos intereses a proteger, entre otros. En el marco de esta teoría, los derechos humanos y, con ellos, los jueces de protección pueden llegar a jugar un papel fundamental desde diversas perspectivas: hay quienes afirman que los derechos humanos son motor y objetivo esencial del constitucionalismo, otros sostienen que los tratados de derechos humanos son instrumentos constitucionales, algunos reivindican la naturaleza constitucional de los tribunales regionales de protección, unos cuantos encuentran en los sistemas regionales el nicho básico de la constitucionalización, varios reivindican el rol de los jueces nacionales en la constitucionalización y así, una lista extensa de los posibles vínculos entre el derecho internacional de los derechos humanos y el discurso constitucional. Ahora bien, ¿cuál es el verdadero papel de los derechos humanos y del

---

judicial dialogue in creating and enforcing international law”, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 93, Nº 2, enero, 2005; Waters, Melissa A. “Judicial dialogue in roper: signaling the court’s emergence as a transnational legal actor? a response to profesor”, *Legal Studies Research Paper Series*, NO. 11-06-02, Universidad de St. Louis, Washington, junio, 2011; Waters, Melissa A. “Using human rights treaties to resolve ambiguity: the advent of a rights-conscious *charming Betsy canon*”, *Victoria University Wellington Law Review*, Vol. 38, 2007.

<sup>12</sup> *Op. Cit.* Anne-Marie. “A Global Community of Courts”; Martinez, Jenny S. “Towards an international judicial system”, *Stanford Law Review*, Vol. 56, noviembre, 2003

trabajo de sus jueces de protección en el proceso de constitucionalización del derecho internacional? ¿Cuál es la relación entre las estructuras multinivel de las que venimos hablando y el discurso constitucional internacional? Responder a esta pregunta y, en general, intentar saber cuál es el papel de dichos jueces y de su interacción no sólo en la tutela de los individuos sino también en el devenir del derecho internacional es una de las cuestiones más interesantes de la actual teoría *iusinternacionalista* y resulta ser el tema que ha captado nuestra atención.

### *Nuestra hipótesis y plan de trabajo*

En nuestra opinión, el estudio de los sistemas internacionales de protección, así como del derecho constitucional, no sólo ha de enfocarse en su comprensión o en el análisis de sus logros y sus obstáculos, sino también, en el estudio de su papel mancomunado en el devenir del espacio jurídico global. En este sentido, el trabajo de los jueces de protección, su interacción y los esfuerzos de armonización y coordinación han de estudiarse desde una perspectiva aun mayor que además de explicar su papel en las mutaciones de los diversos ordenamientos jurídicos y de sus relaciones, así como su rol en la efectividad del sistema de salvaguarda, permita comprender la evolución del panorama jurídico global.

A la luz de estas ideas, con este trabajo pretendemos demostrar que los jueces de protección son pieza clave en la configuración de una red judicial de protección a varios niveles que además de potenciar la efectividad de la protección ofrecida a los individuos, coadyuva en la configuración de un escenario jurídico global con características constitucionales. Esto nos permitirá corroborar que la constitucionalización es un proceso que, en efecto, está teniendo lugar y que su desarrollo puede ayudar a enfrentar la creciente complejidad del escenario jurídico global, así como a determinar su futuro.

De nuestra hipótesis de trabajo se desprenden varios interrogantes, a saber: ¿Qué entendemos por red judicial? ¿Cuáles son sus características? ¿Cuáles son las herramientas con las que cuentan los jueces internacionales de protección para construir la red judicial? ¿Cuál es el contexto que alimenta ese proceso? ¿Cuáles son sus alcances? Pero más aún, partiendo de la idea de que dicha red coadyuva en el proceso de

constitucionalización del derecho internacional lo que debemos preguntarnos es ¿cuál es el vínculo entre la idea de una red judicial -y sus aportes- y el constitucionalismo internacional?

Para responder a estas preguntas y, con ello, desarrollar nuestra hipótesis, usaremos como punto de referencia el trabajo del juez interamericano de derechos humanos y su relación con los jueces constitucionales latinoamericanos<sup>13</sup>. Nuestro interés en su labor se explica por varios motivos. En primer lugar están las razones práctico-metodológicas: la necesidad de delimitar el objeto de nuestra investigación y nuestra cercanía con el sistema interamericano de protección, así como nuestro interés en su perfeccionamiento. En segundo lugar, están las razones jurídicas que sostienen nuestra idea de que los jueces regionales y constitucionales latinoamericanos cuentan con un contexto y unas herramientas que favorecen su papel articulador, por lo que el análisis de su trabajo resulta de particular utilidad. Entre ellas contamos, por ejemplo, las obligaciones generales que se desprenden de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en especial la obligación de adaptación, las cláusulas constitucionales sobre incorporación del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) o sobre interpretación conforme y las herramientas jurisprudenciales creadas con base en estas.

Además de las razones metodológicas y de la justificación jurídica, tenemos un motivo más para circunscribir nuestro trabajo al contexto regional. Desde nuestro punto de vista, cualquier intento de articulación y comprensión del actual panorama jurídico y de su devenir debe tener en cuenta el equilibrio entre los intereses locales y el contexto global, especialmente cuando se trata de la garantía de los derechos humanos. En este sentido, la comprensión de la relación local-regional, es el primer paso en el estudio del

---

<sup>13</sup> La decisión de circunscribir nuestro trabajo a esta región se explica en que, como lo señala García Ramírez, “por ahora, la jurisdicción interamericana se ha desplegado en un “espacio judicial (esencialmente) latinoamericano”. García Ramírez, Sergio. “El control judicial interno de convencionalidad”. *Revista del Instituto de Ciencias jurídicas de Puebla*. Año V, No. 28, julio-diciembre de 2011. p. 131. El actual Presidente de la CorteIDH dijo recientemente que, por el momento, la CorteIDH era una corte esencialmente latinoamericana. García Sayan, Diego. Conferencia inaugural. Seminario titulado “Diálogo Jurisprudencial e Impacto de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” llevado a cabo en el marco del 48º Periodo Extraordinario de Sesiones de la CorteIDH en la Ciudad de México. Octubre de 2013.

proceso constitucional, especialmente si de lo que estamos hablando es de modelos multinivel.

Para desarrollar nuestra hipótesis de trabajo tenemos que ocuparnos de varios asuntos. En primer lugar, nos concentraremos en estudiar los factores que desde nuestro punto de vista justifican la fe en una red judicial de protección articulada y escalonada a partir del trabajo del juez interamericano y de los jueces constitucionales. Para tal efecto, además de presentar el contexto del que se sirve esta red, nos concentraremos en las herramientas particulares - tanto a nivel normativo como jurisprudencial- con las que se construye, así como en sus alcances. Al hilo de estos asuntos estudiaremos la figura del diálogo interjudicial y de sus efectos en el seno del modelo multinivel de protección que presentamos (Capítulo I).

En segunda instancia, nos preocuparemos por evidenciar el vínculo entre el diálogo interjudicial latinoamericano y el discurso constitucional en el derecho internacional. Para ello, aclararemos nuestro marco conceptual y, por lo tanto, delimitaremos nociones claves como ‘constitucionalismo’, ‘constitucionalización’ y ‘constitución’ en el seno del derecho internacional; a renglón seguido, resaltaremos el papel que tanto derechos humanos como jueces juegan en el discurso constitucional. Una vez tengamos claros estos asuntos nos concentraremos en presentar el aporte de la red judicial latinoamericana al proceso de constitucionalización (Capítulo II).

Nuestra perspectiva es descriptivo-normativa, es decir, a la vez que exponemos las metas que debe perseguir el constitucionalismo y los alcances del concepto de red judicial damos cuenta de la forma como se construyen uno y otra sirviéndonos de la descripción del trabajo de los jueces de protección. En este sentido, en el primer capítulo, tras recopilar las normas y la jurisprudencia que dan cuenta de nuestra idea, hacemos un análisis de la doctrina que aborda los temas que nos incumben y, con base en ello, exponemos nuestra conclusiones e inquietudes en torno a la forma como se construye la red judicial y los efectos y defectos que ésta tiene. En la segunda parte de nuestro trabajo, hacemos un análisis extensivo de la literatura sobre constitucionalismo internacional y, con base en ella, construimos nuestra propia idea sobre el vínculo entre el proceso

constitucional, los derechos humanos, el trabajo judicial y, por lo tanto, la red judicial latinoamericana.

Nuestro interés en todos estos asuntos parte de la convicción de que dada la importancia actual de los sistemas internacionales de protección, tanto en el día a día, como en el ámbito teórico vale la pena estudiar su trabajo, dar cuenta del mismo y elevar propuestas para su perfeccionamiento. No obstante, hoy en día no basta un estudio aislado de los escenarios de protección, es imprescindible analizar su labor teniendo como marco de referencia el papel que éstos juegan en la complejidad del derecho internacional y de sus interacciones con los ordenamientos nacionales. En este sentido, pese a la creciente literatura en torno al sistema interamericano, aún no existe un estudio que, al concentrarse en la figura del juez de protección, a la vez que analice su labor, los alcances de la misma y la manera de perfeccionarla, pretenda proyectar los efectos de su trabajo en la comprensión del derecho internacional, de sus cambios y su futuro. Nosotros queremos ayudar a colmar ese vacío.

Además, creemos que a la creciente literatura sobre el constitucionalismo internacional le hace falta un análisis sobre el papel de los jueces de protección en el proceso de constitucionalización, así como una mirada latinoamericana. Pese a que en nuestra región hay varios estudios sobre el papel constitucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), sobre la creación de un *ius commune* interamericano, sobre el rol de los jueces nacionales como agentes del derecho internacional y aun cuando hay un par de publicaciones sobre constitucionalismo internacional, no existe aún un estudio que entrelace todas estas cuestiones y que las vincule al proceso de constitucionalización del derecho internacional. Esperamos que este trabajo sirva como un primer paso en esta dirección.

Así pues, un estudio como el que pretendemos, resulta útil tanto para el sistema de protección en sí mismo, como para sus homólogos, para el derecho constitucional y, por supuesto, para el derecho internacional. En primer lugar, analizar y comprender el trabajo del juez interamericano nos permitirá ver sus fortalezas y debilidades, nos dejará ver el verdadero alcance del Sistema y nos ayudará a plantear pasos certeros hacia su consolidación. En segundo lugar, conocer los errores y aciertos del juez interamericano

puede ser de gran utilidad a la hora de analizar el trabajo de sus homólogos y, sobre todo, al momento de diseñar estrategias que coadyuven a su desarrollo. Lo mismo ocurre en relación con los jueces nacionales. En tercer lugar, comprender la forma como dicho juez ha re-elaborado las relaciones del derecho internacional con el derecho interno, así como las consecuencias que ello ha tenido a nivel constitucional nacional puede, por una parte, ayudar al perfeccionamiento de los ordenamientos internos y, por la otra, servir a la consolidación de las herramientas de articulación entre las instancias que persiguen objetivos constitucionales tanto a nivel nacional como internacional. En este sentido, no podemos olvidar que el diálogo interjudicial es algo que está pasando, es una realidad innegable, por lo que todos los esfuerzos para comprender sus alcances, así como para proyectarlos y articularlos son *per se* esfuerzos útiles. Finalmente, los resultados de este trabajo, pueden ante todo, ser útiles desde la perspectiva del derecho internacional toda vez que pueden servir para: ayudar en la profundización de los efectos del proceso de humanización al posicionar la dignidad humana y al potenciar el trabajo de sus jueces de protección, reivindicar la especialización de los jueces internacionales y ayudar a evitar los efectos nocivos de su multiplicación, coadyuvar en la causa del constitucionalismo internacional y así lograr una mejor comprensión y articulación del escenario jurídico global.

En suma, lo que está en juego con un trabajo como el que presentamos es, por una parte, el análisis del modelo multinivel de protección desde el escenario regional y con él la comprensión de sus consecuencias sobre la efectividad de la protección ofrecida a los individuos y, por la otra, el estudio de la constitucionalización internacional como proceso en ejecución cuyo desarrollo hace frente a los cambios experimentados por el derecho internacional y por los ordenamientos nacionales. Queremos pues probar que la constitucionalización es algo más que una utopía. Comencemos pues, con el primer paso hacia el desarrollo de nuestras ideas: la delimitación de la red judicial de protección desde el escenario latinoamericano.

## Capítulo I: diálogo judicial, red de protección e *ius commune* interamericano

### Introducción

El importante papel del juez en la salvaguarda de los derechos humanos no parece un asunto novedoso. El escenario judicial ha sido, por excelencia, uno de los protagonistas en la humanización del derecho y, en consecuencia, en la tarea de protección de los individuos. Sin embargo, pensar en la posibilidad de que tanto jueces nacionales como jueces internacionales se articulen para cumplir este cometido resulta ser algo relativamente novedoso. La creciente interacción de los jueces más allá del escenario estatal, en torno a la protección del ser humano, es el resultado de los múltiples cambios a los que se ha visto abocado el escenario internacional, así como el derecho nacional y, sobre todo, de la metamorfosis que ha experimentado la relación entre el derecho internacional y el derecho interno<sup>14</sup>. En especial, dicha articulación pone de presente que ambos ordenamientos han evolucionado hasta el punto de asumir que tienen un objetivo en común cuya consecución depende de su articulación. Descifrar y estructurar dicha interacción nos puede ayudar a comprender y evaluar el trabajo de los jueces, a medir el alcance de su labor y, por supuesto, a reconocer su papel como catalizadores y como protagonistas de los cambios que está experimentando el derecho internacional.

En este contexto surge nuestro interés por estudiar el trabajo adelantado por los jueces de protección en el escenario interamericano. Nuestro foco de atención es la creciente interdependencia entre los jueces nacionales y el juez regional, resultado de

---

<sup>14</sup> Sobre este asunto ver, entre otros: Nollkaemper, André y Hey, Ellen. “The Relationship between International Law and National Law”. 33-1. *International Law FORUM*, Vol 33 No. 1. (2001), p. 9-11; *Op. Cit.* Von Bogdandy, Armin. “Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law”.

las particulares características que ha adquirido la protección judicial, tanto a nivel regional como constitucional, dadas las especificidades del marco normativo y de las herramientas desarrolladas por la jurisprudencia de ambos niveles.

Si observamos con detenimiento la forma como los jueces nacionales resultan influenciados por el trabajo del juez interamericano, los cambios que ha significado para los ordenamientos nacionales el cumplimiento de sus órdenes, así como la constante migración de ideas entre los tribunales constitucionales de la región y entre estos y el juez regional, no resulta ilusorio pensar en la articulación del trabajo judicial. La cuestión, no obstante, es comprender en qué contexto, bajo que presupuestos, en qué medida tiene lugar dicha articulación y, sobre todo, cuáles son sus verdaderos resultados.

Desde nuestro punto de vista, el diálogo motivado por el contexto, el marco normativo y las herramientas judiciales desarrolladas en la región dan lugar a la articulación de una red judicial de protección en cuyo seno la CorteIDH, actuando como corte constitucional, funge como piedra angular del proceso de creación de un *ius commune* interamericano. Nuestra tarea a renglón seguido es ocuparnos de los detalles de esta idea. Nos corresponde no sólo fundamentarla, probarla y, por supuesto, delimitarla, sino, sobre todo, perfilar sus alcances. Para tal efecto, en primer lugar, nos preocuparemos por dar cuenta de su contexto, así como del fundamento normativo que nos permite pensar en la idea de una red y, en segunda instancia, de las herramientas jurisprudenciales que ayudan a delinearla. Para finalizar, concretaremos la idea misma de red y sus resultados. No obstante, nuestra primerísima tarea en esta breve introducción es delimitar un término que hasta el momento hemos usado genéricamente pero que, sin lugar a dudas merece atención primordial, así pues, ¿qué entendemos por juez de protección?

### *Jueces de protección, escenario regional y ordenamientos nacionales*

Antes de aclarar nuestra idea de red es imprescindible precisar el concepto de juez de protección. Tomando en consideración las múltiples formas que asume la justicia

constitucional en la región<sup>15</sup>, así como el particular diseño del sistema regional de salvaguarda nuestra definición de juez de protección es exclusivamente funcional.

Así pues, entendemos por juez de protección aquel que, bien sea que ejerza su labor a nivel nacional, supranacional o internacional cuenta dentro de sus funciones principales<sup>16</sup> la de tutelar derechos fundamentales, a través de resoluciones vinculantes que determinan el contenido y alcance de los mismos y que precisan las consecuencias de su violación. Veamos con detenimiento esta definición.

La tarea de administración de justicia puede desarrollarse en varios niveles. A nivel estatal la función judicial está radicada primordialmente en los jueces -miembros de la rama judicial del poder público- investidos con la potestad de administrar justicia<sup>17</sup>. La función judicial también puede desarrollarse a nivel supranacional, es decir, cuando los tribunales han sido creados en el seno de organizaciones internacionales y cuyo trabajo abarca los conflictos típicos del derecho internacional, pero también disputas entre particulares o entre estos y los Estados o entre aquellos y la propia organización que los acoge<sup>18</sup>. Finalmente tenemos a los jueces internacionales, aquellos encargados de resolver disputas de naturaleza estrictamente interestatal (en este trabajo, salvo aclaración expresa, usamos el término juez internacional para referirnos a unos y otros).

En el escenario que nos incumbe, la protección judicial en materia de derechos humanos está radicada en dos niveles diferentes, el nacional y el supranacional –de alcance regional. En derecho nacional, pese a la compleja y variopinta composición de

---

<sup>15</sup> A respecto ver, entre otros: Fix Zamudio, Héctor. La Justicia Constitucional en Latinoamérica. Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/20.pdf> [14 de agosto de 2013]; Brewer Carías, Allan. Mecanismos Nacionales de Protección de los Derechos Humanos (Garantías judiciales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano). IIDH Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005.

<sup>16</sup> Si bien es cierto que en general todos los miembros de la judicatura pueden afectar el ejercicio de los derechos fundamentales desde diversos puntos de vista y en variados escenarios, en este contexto nos referiremos a los jueces que se encargan de tramitar mecanismos judiciales pensados exclusivamente para la protección de los derechos humanos.

<sup>17</sup> Sobre este asunto ver: Acosta Alvarado, Paola. Administración de justicia y acceso a la justicia: el actual Plan Sectorial de la Rama Judicial en Colombia. *Revista Derecho del Estado* No. 25, Universidad Externado de Colombia. 2010.

<sup>18</sup> Helfer, Laurence R.; Slaughter, Anne-Marie. “Toward a theory of effective supranational adjudication”, *The Yale Law Journal*, Vol 107, 1997.

la judicatura, la tutela judicial de los derechos humanos suele encomendarse –aunque no de manera exclusiva, si primordial- a los llamados jueces constitucionales<sup>19</sup>. Pese a que, según el modelo de cada Estado, pueden llegar a existir varias categorías de jueces constitucionales, en el marco de este trabajo tomaremos en consideración como punto de referencia el trabajo de las altas cortes de la región –esto es, de los tribunales constitucionales o de las salas constitucionales en el seno de las cortes supremas de justicia-<sup>20</sup>.

El otro nivel de protección judicial de la región es el supranacional. En nuestro caso, pese a los diferentes escenarios judiciales del plano regional<sup>21</sup>, el único diseñado con la intención de proteger los derechos humanos es la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH). En efecto, esta Corte es la única de la región provista con la facultad de tramitar casos que pretenden la protección directa de los individuos y sus derechos. Tal labor se lleva a cabo con ocasión de tres tipos de competencias diferentes: la consultiva, la contenciosa y la ‘cautelar’<sup>22</sup>. Para los efectos del presente

---

<sup>19</sup> Al respecto cabe decir que, si bien, en nuestra región no existe una manera única de organizar la justicia constitucional, los jueces constitucionales pueden identificarse por sus funciones cuales son: resolver los conflictos de constitucionalidad –es decir, resolver los problemas de compatibilidad entre las normas de menor jerarquía y la constitución- y proteger los derechos humanos. Ambas funciones son de fundamental relevancia para el tema que nos incumbe. La tarea específica de protección suele surtirse en el marco de los llamados procesos de amparo o tutela, esto es, en el marco de acciones con rasgos particulares (celeridad e informalidad) cuyo objetivo específico es permitir el acceso de los individuos a la justicia con miras a obtener la protección concreta de aquellos derechos que los ordenamientos constitucionales enlistan como fundamentales. Por su parte, pese a que el control de constitucionalidad tiene como objetivo primario la protección de otros bienes jurídicos (el ordenamiento jurídico como tal), dada el objetivo último de los derechos constitucionales, así como la particular forma como el derecho internacional de los derechos humanos se ha incorporado en ellos (infra), las consecuencias del control de constitucional son imprescindible a la hora de pensar en una red de protección verdaderamente articulada (infra).

<sup>20</sup> En este punto es imprescindible una aclaración: tomando en cuenta que nuestra idea de red pretende abarcar todos y cada uno de los niveles de protección judicial a nivel regional lo ideal sería incluir en nuestro análisis los diversos escaños de las judicaturas nacionales, no obstante, para efectos de claridad y concreción hemos preferido delimitar nuestro trabajo a las Altas Cortes toda vez que partimos del supuesto de que dado su papel en el seno de los ordenamientos nacionales, su trabajo ha de verse proyectado, siguiendo los parámetros de cada ordenamiento, a cada uno de los jueces del aparato de administración de justicia. En todo caso, somos conscientes de que en un futuro un análisis de dicha interacción es imprescindible para completar las propuestas acá esbozadas. Así mismo, hemos de reconocer que el alcance del diálogo judicial no cubre todos los escaños del aparato judicial con la misma intensidad y que, por lo tanto, el análisis hecho en este trabajo no puede predicarse ipso facto de los demás niveles del sistema de administración de justicia.

<sup>21</sup> Corte Centroamericana de Justicia, Tribunal Andino de Justicia.

<sup>22</sup> En el Sistema Interamericano la función cautelar se diferencia de los tradicionales modelos existentes en otros escenarios del derecho internacional toda vez que antes de ser herramientas para la salvaguarda del proceso, su objeto y sus participantes, éstas se erigen como verdaderas medidas de protección. Sobre este asunto ver, entre otros: Gonzalez, Felipe. “Las Medidas urgentes en el Sistema Interamericano”. *Revista Sur* No. 13, 2010; Faúndez Ledesma, Héctor. *El Sistema Interamericano de*

trabajo, tendremos en cuenta, principal, pero no exclusivamente, el trabajo del juez interamericano en el ejercicio de su función contenciosa.

Para finalizar, nos queda el asunto de la obligatoriedad, cuestión clave de nuestro concepto de red por cuanto de ello depende la exclusión de ciertas figuras que, pese a su labor de protección y a su carácter cuasi-judicial, no encajan en nuestra propuesta. Decíamos pues que entendemos por juez de protección aquél que puede emitir resoluciones vinculantes. En el escenario nacional como en el internacional, la obligatoriedad de las sentencias está dada, principal aunque no exclusivamente<sup>23</sup>, por el fundamento normativo que le sirve de cimiento a su trabajo. Así, los ordenamientos de la región<sup>24</sup> especifican que los fallos de quienes fungen como jueces constitucionales surten efectos de cosa juzgada y son de obligatorio cumplimiento. Por otro lado, la Convención Americana sobre derechos humanos (CADH) expresa que “los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”<sup>25</sup>.

Ahora bien, es preciso aclarar que, pese a la letra de las normas, tratándose del trabajo tanto de los jueces constitucionales cuanto de la CorteIDH la obligatoriedad de sus fallos no se limita a las partes en el proceso. En el caso de los primeros, hay que distinguir entre los fallos emitidos en el marco de un proceso de control concentrado de constitucionalidad y las sentencias de los recursos de amparo. Los primeros tienen *per*

---

Protección de los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales. 3. ed. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004. Méndez, J.; Dulitzky, Ariel. “Medidas Cautelares y Provisionales”. En Courtis, Crithian.; Hauser, Diego.; Rodríguez Huerta, Gabriela. (Eds.). *Protección Internacional de Derechos Humanos: Nuevos Desafíos*. México: Porrúa-ITAM. 2005; Rey Cantor, Enesto y Rey Anaya, Angela. Las medidas cauterlaes y las medidas provisionales en el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos. IIDH, IJJ-UNAM, Temis. 2008. Burbano Herrera, Clara, Provisional Measures in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights, Antwerp, Intersentia, 2010.

<sup>23</sup> Decimos que la obligatoriedad de un fallo y sus efectos *erga omnes* no dependen sólo del marco normativo que le sirve de cimiento al proceso pues tal como lo muestra la justicia constitucional de la región y el propio sistema interamericano, existen otras herramientas principalmente hermeneúticas (tales como el efecto útil, por ejemplo) que sirven como justificación de la extensión del alcance de ciertos fallos.

<sup>24</sup> Ver por ejemplo: Constitución Política de Colombia Artículo 243; Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 94; Constitución Política de La República de El Salvador Art. 183; Constitución de Nicaragua Artículo 167; Constitución Política de Panamá Artículo 203; Constitución de Venezuela Artículo 335; Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica Del Poder Judicial del Perú Artículo 22; Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia Artículo 8.

<sup>25</sup> Artículo 68 CADH

se, dada la naturaleza del proceso, efectos *erga omnes*, los segundos, a pesar de estar llamados a surtir efectos *inter partes*, dados los recientes avances de la jurisprudencia constitucional, han extendido sus efectos toda vez que suelen ser reconocidos como recipientes de parámetros de conducta para el Estado en general pero para la judicatura, en particular<sup>26</sup>.

Tratándose de los fallos interamericanos, pese a que la regla general reza que las sentencias de la CorteIDH sólo surten efectos respecto de las partes en el proceso, en virtud de las obligaciones generales de reconocimiento y garantía, así como de la obligación de adaptación, leídas la luz de la regla del efecto útil y del principio de subsidiariedad que rigen al Sistema, los fallos y resoluciones de este órgano judicial tienen efectos de cosa interpretada<sup>27</sup> y, por lo tanto, son vinculantes para todos los

---

<sup>26</sup> En Latinoamérica existe una tendencia cada vez más sólida y generalizada por parte de la judicatura en general a seguir los precedentes sentados por las Altas Cortes. Ello es resultado de una serie de factores socio jurídicos -que no podemos explicar ahora- y, sobre todo, de los avances de la propia jurisprudencia. Prueba de ello son las diferentes figuras de las que se sirven los jueces constitucionales para extender o profundizar los efectos de sus sentencias. Un buen ejemplo de esto nos lo ofrece el ordenamiento jurídico colombiano: Su Corte Constitucional ha creado figuras como las Sentencias de Unificación, el estado de cosas inconstitucional, la tutela contra sentencias, los efectos *inter communis*, las cuales afirman los efectos indicativos de la jurisprudencia constitucional. Sobre este asunto, consultar, entre otros: Bernal Pulido, Carlos. El precedente en Colombia. *Revista Derecho del Estado* No. 21. Universidad Externado de Colombia, 2008; Lopez Medina, Diego. El derecho de los Jueces. Legis, 2006. Velezmoro Pinto, Fernando, El Precedente Constitucional vinculante según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y el neoconstitucionalismo, *Revista Jurídica del Perú* N° 112, Ed. Gaceta Jurídica, Lima 2010, pp. 57 y siguientes; Peña Torres, Marisol. El precedente constitucional emanado del tribunal constitucional y su impacto en la función legislativa. *Estudios Constitucionales*, Revista semestral del centro de estudios constitucionales. Año 4 No. 1, Universidad de Talca 2006; Brewer-Carías, Allan. Los efectos de las sentencias constitucionales en Venezuela. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008; Nogueira Alcalá, Humberto. La sentencia constitucional en Chile: aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008. Nogueira Alcalá, Humberto. Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur. Palestra Editores. Lima, Perú. 2006; Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), El Derecho de amparo en el mundo, México, Porrúa, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Konrad Adenauer Stiftung, 2006, xvii; Landa Arroyo, César. El proceso de amparo en América Latina. Parlamento y Constitución. *Anuario Universidad Castilla-La Mancha*, N° 13, 2010, págs. 37-58; García Palacios, Omar. El recurso de amparo en el ordenamiento nicaragüense. *Revista IUS*. Puebla. Vol.5 no.27 Puebla ene-jun. 2011; Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy. *El precedente constitucional: sus alcances y ventajas, y los riesgos de no respetarlo o de usarle en forma inadecuada en la reciente coyuntura peruana*. Estudios Constitucionales, Año 4 N° 1, ISSN 0718-0195, Universidad de Talca, 2006. p. 67 a 96.

<sup>27</sup> Sobre este asunto ver las ideas de Eduardo Ferre Mac-Gregor es su voto en la resolución del cumplimiento de sentencia en el caso Gelman. CorteIDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 20 de marzo de 2013

Estados miembros de la Convención Americana sobre derechos humanos (CADH) en lo que al contenido y alcance de los derechos y obligaciones se refiere<sup>28</sup>.

En este punto seguimos las palabras de García Ramírez

(...) los criterios establecidos por la Corte Interamericana al interpretar la CADH —y otros instrumentos con respecto a los cuales dispone de competencia material— son vinculantes para los Estados partes en la Convención Americana, y con mayor razón para quienes son, además, sujetos de la jurisdicción contenciosa de la Corte. Sin embargo, esta sujeción no es indispensable para la eficacia vinculante de tales criterios con respecto a dichos Estados. Sustento mi punto de vista en la consideración de que los Estados partes en la Convención Americana —y otras— han acogido este instrumento soberanamente, como parte de la preceptiva nacional, asumiendo los deberes que asigna y afrontando los derechos personales que reconoce. Y esos mismos Estados han aceptado —también soberanamente, al constituirse en partes de la CADH— que la CorteIDH, tribunal supranacional, es el órgano judicial llamado a interpretar las disposiciones convencionales. Por lo tanto, la interpretación de la Corte establece formal y oficialmente el alcance de tales disposiciones y, en consecuencia, la medida de los deberes de los Estados y los derechos de los particulares. Así, no es posible sostener que las interpretaciones establecidas por la CorteIDH constituyan un punto de vista atendible o desatendible, y no un acto de necesaria observancia. Fijan —como se dice en Europa, no así en América— la “cosa interpretada”; implican, como prefiero decir, una interpretación vinculante de textos normativos asimismo vinculantes para los Estados, que deben ser entendidos y aplicados interiormente en los términos de la interpretación formal y final dispuesta por la Convención y ejercida por la Corte<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Ver entre otros: Romero Pérez, Xiomara. Vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte Interamericana, Universidad Externado de Colombia, 2011; Meier García, Eduardo. Crónica de un incumplimiento anunciado: sobre la ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por los tribunales nacionales. El caso venezolano. *Lima: Gaceta Jurídica*. Tomo 17, Mayo 2009, pp. 372-373; Abramovich, Víctor. De las Violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista de la Facultad de Derecho*. PUCP, 2009 Pág. 99; Ferrer Mac-Gregor, E. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad, el nuevo paradigma para el juez mexicano. Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/20.pdf> [14 de agosto de 2013]. Ayala Corao señala por ejemplo que el hecho de que todas las sentencias de la Corte se tengan que notificar a todos los Estados miembros del Sistema pone en evidencia que las reglas de la Corte pasan a formar parte de la CADH. Ayala Corao, Carlos M. “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional”, *Suprema Corte de Justicia Nacional México* [en línea], Disponible en: <http://www.sitios.scjn.gob.mx/instituto/sites/default/files/archivos/recepcion-de-la-jurisprudencia-internacional.pdf> [06 de agosto de 2013]. En igual sentido la propia jurisprudencia constitucional que citaremos *infra* Cap I

<sup>29</sup> *Op. Cit.* García Ramírez, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. *Revista del Instituto de Ciencias jurídicas de Puebla*. p. 128.

Para finalizar, tras aclarar lo que entendemos por juez de protección, nos resta delimitar la idea de red. Por el momento baste decir que entendemos por red aquel conjunto de herramientas, instituciones o personas relacionadas u organizadas, de manera formal o informal, para la consecución de un determinado fin u objetivo común, en este caso, para desarrollar la función judicial que pretende asegurar la protección de los derechos humanos<sup>30</sup>.

En nuestro contexto, la red judicial de protección tiene varios niveles. Es decir, se trata de una red construida a través de un diálogo de doble sentido, verticalmente, entre lo nacional y lo internacional, pero también en términos horizontales entre las diferentes judicaturas nacionales. La imagen visual de dicha red es la de una telaraña cuyo eje central sería el tribunal regional que, no obstante, hemos de aclarar, no se comporta en términos jerárquicos (*infra* Cap I.2.B.a), sino como punto de referencia común. Por el momento, y dado el enfoque *ius internacionalista* de nuestro trabajo y tomando en consideración nuestra hipótesis principal, nos interesa el eje vertical de esta relación, es decir, nos interesa la construcción de la red, así como sus alcances, desde la relación del juez interamericano con sus homólogos nacionales. En consecuencia, las referencias a la interacción horizontal se limitarán a aquellas necesarias para la comprensión de nuestro objeto de estudio<sup>31</sup>.

A renglón seguido, nos ocuparemos de estudiar tanto el contexto cuanto las herramientas normativas y jurisprudenciales que permiten la interacción de los jueces nacionales y el juez regional.

---

<sup>30</sup> Este concepto de Red aplicado al escenario jurídico se inspira en la idea de red empleada en el escenario de las ciencias sociales. Al respecto Romano: "Social networks" are social structures that facilitate communication between individuals, or groups of individuals, or organizations. "Nodes" and "ties" are central concepts of social network analysis. Nodes are the individual actors within the networks, and ties are the relationships between the actors. Special or common interests, shared values, visions, ideals, friendship, kinship, financial exchanges, and trade are all factors that scholars of social networks have identified as creating ties". Romano, Cesareo. Deciphering the grammar of the international jurisprudential dialogue. *Journal of International law and politics*, N.Y.U, Vol 41, No.755 2008-2009.

<sup>31</sup> Hemos de aclarar que pese a que la idea de red podría extenderse, con muchísimas dificultades claro está, a los niveles más inferiores del escalafón judicial del escenario nacional, a ese nivel es mucho más complicado encontrar las condiciones necesarias para el diálogo.

## **1. Contexto, fundamento normativo y herramientas jurisprudenciales de la red judicial**

Desde nuestro punto de vista, la particular interacción vertical de los jueces de protección en la región es posible gracias a tres elementos claves e interdependientes: el contexto creado por la humanización del escenario interamericano y la oleada de renovación constitucional latinoamericana, el marco normativo que nace de estos procesos y las herramientas jurisprudenciales surgidas para hacerlo efectivo.

Como podremos ver a renglón seguido, los dos procesos de transformación jurídica en mención comparten objetivos y perspectivas. Ambos ponen un marcado énfasis en la salvaguarda de los derechos humanos, los dos resaltan la labor del juez en la consecución de este fin, y ambos reconocen en la interacción del derecho internacional y los ordenamientos nacionales una herramienta útil al mismo. Como consecuencia de ello, el ordenamiento jurídico internacional y los ordenamientos nacionales confluyen en torno a una misma causa. Esto explica el que algunas de las normas que surgen en el seno de estos procesos, así como las herramientas jurisprudenciales de las que echan mano los jueces para cumplir sus fines, resulten ser parte esencial de un todo que permite la conformación de una red judicial construida a partir de diálogo que experimentan los dos ordenamientos a través de sus jueces. Veamos cada una de las piezas de este engranaje.

## **A. Humanización<sup>32</sup> y neo-constitucionalismo: dos fenómenos que confluyen.**

Tal como acabamos de mencionar, son dos los procesos que, dados los objetivos que persiguen, las herramientas que utilizan y los cambios que han generado confluyen para servir de contexto a nuestra idea de red judicial de protección. Estos son: la humanización del escenario regional y el proceso de renovación constitucional latinoamericano marcado por el neo-constitucionalismo. Dada la complejidad de uno y otro, así como sus profundas y extensas consecuencias, a renglón seguido nos limitaremos a esbozar someramente los lineamientos de cada uno de estos fenómenos haciendo hincapié en su utilidad al tema que nos interesa.

### **a. Humanización del derecho internacional como escenario del trabajo interamericano.**

Al hablar de humanización son muchas las ideas que saltan a la mente; podría pensarse en la tendencia a la interpretación *pro personae* del derecho internacional, por ejemplo, o en el creciente protagonismo que las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos han adquirido en el escenario internacional o por el contrario en la relación entre el derecho internacional y ciertos valores propios del contexto social al que se aplica o, quizá, en la suma de todos estos asuntos.

Para efectos del presente trabajo la humanización del derecho internacional ha de ser entendida como el proceso a través del cual se reconoce a la dignidad humana como uno de los valores sobre los que se erige este ordenamiento jurídico y, por lo tanto, a la protección de los individuos como cometido primordial del mismo. Se trata del proceso gracias al cual se cuestiona la naturaleza estatista –voluntarista- de este

---

<sup>32</sup> Las ideas que se desarrollan a continuación se extraen de un documento más extenso sobre este asunto. Ver: Acosta Alvarado, Paola. La influencia del proceso de humanización en el constitucionalismo internacional. Análisis desde la práctica interamericana. Tesis para obtener el título del Diploma de Estudios Avanzados en derecho internacional y relaciones internacionales, Instituto Universitario Ortega y Gasset. 2010.

ordenamiento y con ello, se matizan todos sus componentes<sup>33</sup>. Ahora bien, en torno al asunto de la humanización, vale la pena hacer dos preguntas: ¿Por qué? y ¿Cómo?

Como no podía ser de otra manera, el proceso de humanización, al ser un proceso de cambio, ha de leerse desde el carácter dinámico del derecho internacional, es decir, hay que verlo como el resultado de una necesidad de adaptación del ordenamiento jurídico a la realidad histórica-social de un momento determinado. Podríamos decir, entonces, que la humanización del derecho internacional es consecuente con la evolución de las exigencias del contexto histórico social que ponen de presente la necesidad de erigir a la dignidad humana como un objeto de protección del derecho internacional y como uno de los valores básicos en su fundamentación<sup>34</sup> y, con ello, la necesidad de limitar el marcado voluntarismo estatal al que hacía gala. Así, la humanización encuentra sus orígenes en los cambios experimentados por la sociedad internacional tras la segunda guerra mundial y halla motivos para su desarrollo tanto en el proceso de descolonización como en la superación de la guerra fría, así como en la ‘globalización’<sup>35</sup>.

Ahora bien, ¿cómo se logró -y se logra- este proceso de humanización? Al respecto hay tres asuntos por aclarar.

En primer lugar, vale la pena decir que el proceso de humanización sigue su curso, o sea, es un proceso en constante afirmación en el derecho internacional, un proceso que cada vez es más amplio y más profundo; por ello usamos los dos tiempos

---

<sup>33</sup> En palabras del profesor Celestino del Arenal la humanización implica “La progresiva consideración de los seres humanos como actores y sujetos jurídico-internacionales de la sociedad internacional supone romper con la lógica westfaliana que establecía el carácter soberano del Estado y la exclusividad de sus competencias sobre su población, así mismo, supone la superación del carácter exclusivamente estatocéntrico y marcadamente deshumanizado que tradicionalmente ha tenido la sociedad internacional”. Del Arenal, Celestino. *Apuntes de clase. Asignatura “sociedad internacional: ¿nuevos sujetos?* Diploma de estudios avanzados en derecho internacional y relaciones internacionales. IUOG 2008-2009.

<sup>34</sup> Pastor Ridruejo, Jose Antonio. Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales, Tecnos, 2011. pág. 36 y ss.

<sup>35</sup> *Ibidem*, pág. 61. Como lo señala el Profesor Pastor Ridruejo al referirse al derecho internacional tras la Segunda Guerra Mundial: “éste ya no es meramente competencial y relacional, sino que atiende al desarrollo, y a través de él a la paz, una paz positiva y dinámica que no sólo excluya la guerra, sino que elimine las injusticias individuales y sociales que son fuente de discordias y tensiones ente los Estados”

verbales en la formulación de esta pregunta pues la humanización ha logrado muchos de sus cometidos pero sigue en pie de lucha para lograr muchos otros.

En segundo lugar, hay que aclarar que el proceso de humanización es un proceso de doble vía, es decir, es causa y consecuencia, al mismo tiempo, de los cambios experimentados por el derecho internacional; por ello, es tan difícil escindir el ‘cómo’ del ‘para qué’ de todo este proceso. Esto explica por qué muchas veces la herramienta para lograr cierta relectura del derecho internacional es, a su vez, un resultado del propio proceso de humanización.

En tercer lugar, respecto al ‘cómo’ hay que decir que las formas de las que se sirve este proceso son tan amplias y tan variadas que un análisis exhaustivo de las mismas sería imposible en este momento<sup>36</sup>. Por ello, ahora solo traeremos a colación las dos vertientes generales a través de las cuales se manifiesta este proceso, esto es, su expresión en la creación o reformulación de los regímenes especializados en el seno del derecho internacional y la relectura de la teoría general del derecho internacional.

En efecto, la humanización encuentra sus cimientos, pero también sus principales manifestaciones, tanto en la consolidación de ramas del derecho internacional especializadas en la protección de la dignidad humana –derecho internacional humanitario, derecho internacional de los derechos humanos, derecho penal internacional...-, como en la construcción de un discurso *pro personae* en el seno de otras de sus vertientes –piénsese por ejemplo en el intento de matizar el discurso del derecho internacional económico o en el nuevo énfasis humanitario del mantenimiento de la paz.

---

<sup>36</sup> Entre las muchas manifestaciones del proceso de humanización el profesor Del Arenal señala: Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario, a partir de la segunda mitad del siglo XIX; Afirmación y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a partir de la Carta de las Naciones Unidas (1945). Este proceso se acentúa y adquiere especial relevancia práctica a partir del final de la Guerra Fría; Consagración de la idea de humanidad y de la noción de bienes comunes de la humanidad; Desarrollo del derecho de asistencia humanitaria, tanto en los conflictos armados como en los casos de desastres. Protagonismo del Consejo de Seguridad de las NN.UU. Desarrollo del concepto de seguridad humana, que incluye los derechos humanos y la seguridad democrática; Afirmación de la condicionalidad política (democracia y derechos humanos) en las políticas de cooperación internacional; Afirmación de la responsabilidad penal individual de la persona en el ámbito de la justicia internacional; Afirmación del concepto de desarrollo humano; La incipiente conformación de una sociedad civil global. *Op. Cit.* Del Arenal.

Podríamos decir que la forma más evidente en la que el proceso de humanización se expresa y, a la vez, su mayor logro es la consolidación de nuevas ramas especializadas del derecho internacional destinadas exclusivamente a la salvaguarda de la dignidad humana. Gracias a esto, se ha creado toda una teoría y un andamiaje destinado a la protección de los individuos impensable otrora en el contexto internacional. No obstante, otro de los conductos importantes del proceso de humanización se descubre cuando algunos de los componentes especializados del derecho internacional cuyo foco de atención no es la dignidad humana se han dejado abrazar por ésta, toda vez que se le ha reconocido como fundamental y transversal a todo el ordenamiento<sup>37</sup>.

Ahora bien, este proceso de ampliación cualitativa y cuantitativa en los objetivos de protección del derecho internacional no hubiese sido posible sin la reformulación de su propia teoría general; así, el proceso de humanización logra –pues lo necesita– extender sus efectos a los núcleos más básicos de dicho ordenamiento, esto es, la formación de obligaciones internacionales, el ámbito de la responsabilidad, las relaciones con los ordenamientos internos, etc.

Es justamente en este contexto de cambio y de especialización en el que aparece el derecho internacional de los derechos humanos. Su origen y consolidación, así como las mutaciones que ha significado para el derecho internacional son causa y consecuencia –aunque no exclusivas, si muy importantes– del proceso mismo de humanización. El trabajo de sus representantes innatos, los sistemas internacionales de protección, da cuenta de las significativas transformaciones del derecho internacional, no sólo desde la perspectiva de sus fundamentos, legitimación o cometidos, sino también en relación con su ampliación a nuevos escenarios, la mutación de asuntos básicos de su

---

<sup>37</sup> Un buen ejemplo de cómo la dignidad humana ha comenzado a impregnar otros ordenamientos especializados lo encontramos en las recientes mutaciones que, gracias al impulso de la sociedad civil y la académica, ha experimentado el derecho internacional económico. Al respecto ver, entre otros, Pipán, Anita. *Los derechos humanos y la OMC*. Buenos Aires, Ciudad Argentina Ed. 2006; Irujo, Antonio. *Comercio internacional y Derechos Humanos*. Pamplona, Arazandi, 2007; Cassimatis, Anthony. *Human rights related trade measures under international law: the legality of trade measures imposed in response to violations of human rights obligations under general international law*. Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007; Harrison, James. *The human rights impact of the World Trade Organisation*. Oxford; Portland, Hart Publishing, 2007; Francioni, Francesco. *Environment, Human Rights and International Trade*. Oxford ; Portland Oregon, Hart Publishing, 2001

teoría general, su judicialización y la reformulación de sus relaciones con los derechos internos.

En este escenario aparece el juez interamericano, su origen y objetivos se corresponden con el proceso de humanización, las normas que sirven como base para su funcionamiento, las herramientas jurisprudenciales que ha desarrollado, los alcances de su labor están delimitadas e insertadas en dicho contexto. En otras palabras, la protección de la dignidad humana son su razón de ser, su norte a seguir y el derrotero que determina su día a día<sup>38</sup> (infra).

Ahora bien, ¿por qué nos referimos al proceso de humanización como contexto de nuestra idea de red judicial de protección? primero que todo dicho proceso ubica a los individuos y a la protección de los derechos humanos en el centro de atención; en segundo lugar, permite la creación de los escenarios de protección –las normas, los mecanismos, sus alcances- y sitúa a los jueces como protagonistas de los mismos; en tercera instancia, le permite a dichos jueces generar los cambios necesarios y diseñar las herramientas indispensables para la construcción de dicha red y, finalmente, le otorga al derecho internacional un punto de referencia común con los ordenamientos nacionales.

Como veremos en las líneas que siguen, son justamente estos tres asuntos los que coinciden con el proceso de renovación constitucional en la región.

#### **b. Constitución, derechos humanos y juez constitucional: protagonistas de las reformas constitucionales en la región.**

Casi todas las constituciones de la región son de reciente data y su proceso de transformación ha estado enmarcado por el llamado neo-constitucionalismo. En general podemos entender por neo-constitucionalismo<sup>39</sup> el proceso de renovación del

---

<sup>38</sup> Sobre este asunto ver: Acosta Alvarado, Paola. “La humanización del derecho internacional en la jurisprudencia interamericana”. *Anuario de acción humanitaria y derechos humanos*, Universidad de Deusto, 2010.

<sup>39</sup> Sobre el neo-constitucionalismo ver, entre otros: A.A.V.V. Neoconstitucionalismo(s). Carbonell, Miguel (Comp). Trotta 2006; A.A.V.V. Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Carbonell, Miguel (Ed.) Trotta. 2007. A.A.V.V. El canon neoconstitucional, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (Comps). Trotta, IIJ-UNAM. 2010. Comanducci, Paolo. “Formas de (Neo)

constitucionalismo propio del siglo XVIII<sup>40</sup>. El neo-constitucionalismo se consolida en Europa tras la segunda guerra mundial y que luego se extiende a Latinoamérica en la década de los 90's. Gracias a él, la constitución refuerza su papel fundamental en el seno del ordenamiento jurídico<sup>41</sup> y, con ella, los derechos humanos y los jueces – constitucionales-<sup>42</sup>. Atendiendo a este proceso de renovación constitucional en la región, la constitución se convierte en piedra angular y norma de normas del ordenamiento jurídico. Ello significa que todas las normas han de respetar los mandatos constitucionales y que todas las autoridades estatales están comprometidas con su salvaguarda por lo que cualquier acto (normativo o fáctico) ha de estar acorde con los objetivos y mandatos constitucionales. Tal como lo señala Santiago, gracias al neo-

---

Constitucionalismo: un análisis metateórico”, *Isonomía*, nº 16, abril 2002; Bernal Pulido, Carlos. El Neoconstitucionalismo a debate, en *Temas de Derecho Público*, Nº 76, Universidad Externado de Colombia, 2006.

<sup>40</sup> Comanducci afirma que “Durante los últimos treinta años, en muchos países de la Europa continental, y sucesivamente en varios países del mundo, se han realizado dos importantes cambios en el dominio jurídico: un cambio estructural, la “constitucionalización” del derecho, y un cambio doctrinal, la afirmación del “neoconstitucionalismo”. Se trata de cambios relacionados entre sí, ya que uno favorece y sustenta al otro, en un proceso de acción y retroacción”. Comanducci, Paolo. *Constitucionalización y Neoconstitucionalismo*. Disponible en: [www.upf.es](http://www.upf.es) [06 de agosto de 2013]. Desde nuestro punto de vista la diferencia entre el constitucionalismo clásico y el neo-constitucionalismo radica en que este último tiene un objetivo diferente: no se trata ya solo de la mera organización del poder sino de la consecución de ciertos fines a través de la misma. Así, como lo señala Prieto Sanchís, lo nuevo es que el neo-constitucionalismo une dos ideas básicas, la idea de constitución como límite y garantía y la idea de constitución como norma directiva. Prieto Sanchís, Luis. “El constitucionalismo de los derechos”. *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Ensayos Escogidos. Miguel Carbonell (ed.) Trotta, IJ-UNAM. 2007. p 214.

<sup>41</sup> Con ocasión de este nuevo rol de la constitución algunos han llegado a hablar de la idea de Constitución total. Ver: Kumm, Matthias. “Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law”, *German Law Journal*, vol. 7, No. 4, 2006.

<sup>42</sup> Comanducci señala que “el modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neoconstitucionalismo está caracterizado, además que por una constitución “invasora”, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la presencia en la constitución de principios y no solo de reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley”. *Op. Cit*, Comanducci, Paolo. *Constitucionalización y Neoconstitucionalismo*. Según Prieto Sanchís, “El neoconstitucionalismo reúne elementos de [las dos tradiciones constitucionales]: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional. De la primera de esas tradiciones se recoge la idea de garantía jurisdiccional y una correlativa desconfianza ante el legislador; cabe decir que la noción de poder constituyente propia del neoconstitucionalismo es más liberal que democrática, de manera que se traduce en la existencia de límites frente a las decisiones de la mayoría, no en el apoderamiento de esa mayoría a fin de que quede siempre abierto el ejercicio de la soberanía popular a través del legislador. De la segunda tradición se hereda, sin embargo, un ambicioso programa normativo que va bastante más allá de lo que exigiría la mera organización del poder mediante el establecimiento de las reglas de juego. En pocas palabras, el resultado puede resumirse así: una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces”. Prieto Sanchís, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. AFDUAM, 5, 2001.

constitucionalismo “se verifica una omnipresencia constitucional que impregna, satura e invade la totalidad del ordenamiento jurídico”<sup>43</sup>. En palabras de Gímenez:

la última oleada democratizadora en América Latina ha incorporado la región al universo neoconstitucionalista (Carbonell, 2006 y 2007; Carbonell y García Jaramillo, 2010), mediante textos dotados de fuerza vinculante, cuyas amplias previsiones en materia de derechos los preparan para la “invasión” cotidiana del resto del ordenamiento (Aguiló Regla, 2004; Guastini, 2007), y administrados en el contexto de estructuras institucionales que otorgan responsabilidades centrales a una justicia constitucional reformada bajo los parámetros preponderantemente tributarios del modelo europeo de justicia constitucional –muchas veces, sobre una base inicialmente moldeada a la luz del *judicial review* estadounidense–<sup>44</sup>.

Además, esta tendencia constitucional ya no se ocupa tanto de determinar la forma y estructura del poder estatal cuanto de velar por el respeto de los ciudadanos y sus prerrogativas por lo que los derechos fundamentales aparecen como elemento esencial del texto constitucional y, por lo tanto, como parte elemental del ordenamiento jurídico<sup>45</sup>; su protección se erige como objetivo primordial del Estado a la vez que como fundamento y límite de su poder<sup>46</sup>.

En este contexto, el protagonismo de los jueces resulta ser la nota característica que permite la definición del proceso neo-constitucional. En palabras de Santiago “podemos considerar al neo-constitucionalismo como un proceso histórico, como una teoría o concepción acerca de la realidad jurídica y como una postura doctrinaria e

---

<sup>43</sup> Santiago, Alfonso. Neoconstitucionalismo. Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008. Disponible en [www.ancmyp.org.ar](http://www.ancmyp.org.ar) [06 de agosto de 2013].

<sup>44</sup> Pou Giménez, Francisca. “Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: el debate sobre la regionalización del activismo”. *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. César Rodríguez Garavito Coord. 1ª ed. Siglo Veintiuno Editores, 2011. p 231.

<sup>45</sup> “Cuando se presenta (también) como una ideología, el neoconstitucionalismo tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista ya que pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal – que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX –, mientras que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales”. *Op. Cit.* Comanducci, Paolo. Constitucionalización y Neoconstitucionalismo.

<sup>46</sup> Uprimny, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. Disponible en: <http://www.utexas.edu/law/journals/tlr/sources/Issue%2089.7/Landa/fn005.landa.uprimny.transformaciones.pdf> [06 de agosto de 2013]

institucional, se podría decir también ideológica, acerca de la función que los jueces están llamados a realizar en una democracia constitucional”<sup>47</sup>. En efecto, dada la necesidad de asegurar la sujeción del ordenamiento jurídico a las disposiciones constitucionales y teniendo en cuenta el papel fundamental de los derechos fundamentales en el seno constitucional, los jueces constitucionales –y con ellos el control de constitucionalidad- aparecen como protagonistas en la construcción, interpretación, aplicación, y por lo tanto, en la eficacia, del derecho. Así pues, este papel preponderante de la judicatura, la necesidad de controlar la adecuación de la ley a la constitución, el imperativo de proteger los derechos humanos dan lugar a la consolidación de la justicia constitucional y explican su rol protagónico en el actual Estado del Derecho<sup>48</sup>.

Otro de los rasgos propios de este nuevo derecho constitucional en Latinoamérica, estrechamente relacionado con nuestro tema de estudio, está dado por su articulación con el derecho internacional de los derechos humanos, interacción que es posible, entre otras, gracias a la textura abierta de las normas constitucionales<sup>49</sup> y a la identidad de objetivos entre los dos ordenamientos jurídicos<sup>50</sup>. En este sentido, el derecho constitucional de la región da lugar a una nueva relación que permite una instrumentalización de doble vía: por una parte el derecho constitucional se sirve del

---

<sup>47</sup> *Op. Cit.* Santiago, Alfonso. Neoconstitucionalismo.

<sup>48</sup> Tal como señala Zagrebelsky, la textura abierta de los nuevos textos constitucionales ha permitido el protagonismo de los tribunales, en sus palabras: “en el paradigma neo-constitucional los jueces cobran gran relevancia, pues el ordenamiento jurídico debe estar garantizado en todas sus partes por medio de mecanismos jurisdiccionales”. En su opinión, además, han sido los cambios de la segunda oleada de reformas en los 90’s los que han permitido comprender la nueva función del juez y ponerla en marcha. Zagrebelsky, Gustavo. “Jueces Constitucionales”. *El canon neoconstitucional*, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (Comps). Trotta, IJ-UNAM. 2010. p 155 y 157. En este mismo sentido. *Op. Cit.* Prieto Sanchís, Luis. El constitucionalismo de los derechos.

<sup>49</sup> *Ibidem* Zagrebelsky

<sup>50</sup> Tal como señala Torres Zuñiga. Bajo lo anteriormente expuesto, “el paradigma del Estado Constitucional contemporáneo se puede traducir en la apertura del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que supone no solo tomar en cuenta o adecuarse a lo convenido en los tratados de derechos humanos sino también tomar en cuenta la labor realizada por los tribunales internacionales que son los intérpretes finales de dichos convenios. Perú, Colombia y Argentina son ejemplos claros de la vigencia del fenómeno de ‘transjudicialization’ o interrelación entre tribunales nacionales e internacionales. En todos los casos, la jurisprudencia de la Corte IDH es parámetro de interpretación para los jueces de estos países. Aunque no existe previsión constitucional que haga referencia a la vinculatoriedad de la jurisprudencia internacional, esto ha sido resuelto vía interpretación judicial en diversas sentencias e incluso en disposiciones legales”. Torres Zuñiga, Natalia. “Las Relaciones entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales locales. La incorporación de la jurisprudencia internacional en el marco de la resolución de conflictos por jueces nacionales”. *Lima, Gaceta Constitucional*, Tomo 19, 2009. p. 54 y 55.

derecho internacional de los derechos humanos, por la otra éste encuentra en las normas constitucionales y en el juez constitucional a sus mejores aliados<sup>51</sup>.

Estos rasgos, sumados a algunos otros<sup>52</sup>, han permitido, según la doctrina<sup>53</sup>, la construcción de un derecho constitucional con características propias en la región, uno que se distingue de sus homólogos en otras latitudes especialmente por su visión de los derechos fundamentales, de los mecanismos de protección, del juez constitucional y de su relación con el derecho internacional.

Así por ejemplo, la mayoría de las constituciones de la región cuentan con un nutrido catálogo de derechos a proteger, muchos de los cuáles responden específicamente a la realidad latinoamericana marcada, entre otros, por su multiculturalismo y por la necesidad de superar la ausencia de protección a grupos tradicionalmente marginados. Justamente estos 'nuevos' derechos resultan ser uno de los rasgos fundamentales de nuestro constitucionalismo. En palabras de Uprimny<sup>54</sup>:

(...) almost all of the reforms have been very generous in recognizing constitutional rights to its inhabitants, as they not only incorporate the political and civil rights legacy of the demo-liberal traditions, such as privacy, due process, freedom of expression or the right to vote, but also widely established economic, social and cultural rights such as education, housing or health, and even advance in the recognition of collective rights, including the right to the environment. In this regard, the Ecuadorian constitution also raises novelty since it provides not only for the recognition of new rights (not recognized in previous texts), including the right to water, but even recognizes rights to nature or "Pachamama" as such, that is, at least as a formally legal subject, even though it isn't yet clear what might be the implications of that recognition. In addition, the new constitutions of Ecuador

---

<sup>51</sup> *Op. Cit* Santiago, Alfonso. Neoconstitucionalismo.

<sup>52</sup> Por ejemplo, Rodrigo Uprimny agrupa dichos rasgos característicos en dos grupos diferentes: la ampliación de la parte dogmática, la cual ha significado el reconocimiento de nuevos derechos y la consolidación de los mecanismos de protección; los cambios en la parte orgánica y en los mecanismos de participación lo que ha significado entre otros, el matiz del presidencialismo, la creación y/o renovación de los mecanismos de control, el fortalecimiento del poder judicial. *Op. Cit.* Uprimny, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos.

<sup>53</sup> *Ibidem*; En línea con la tesis de Uprimny, Roberto Gargarella sostiene la teoría de que en Latinoamérica podría identificarse un derecho constitucional propio cuyos rasgos dependen tanto del contexto histórico en el que se creó cuanto de las particularidades axiológicas y orgánicas que se desprenden de este. Aun cuando el autor no ha publicado nada al respecto, su propuesta puede desvelarse de algunas de las entradas de su blog: <http://seminariogargarella.blogspot.com.es/>

<sup>54</sup> *Op. Cit.* Uprimny, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos.

and Bolivia strengthened much more than most other Latin American jurisdictions the wide recognition of collective rights of indigenous peoples.

Además del catálogo propio, muchas constituciones refuerzan sus listados con la remisión al derecho internacional de los derechos humanos reconociendo en este, bien sea una fuente de inspiración, una herramienta hermenéutica o, en el mejor de los casos, una parte esencial del propio ordenamiento constitucional (*infra*). A la par de los nutridos catálogos de derechos aparecen mecanismos especializados de protección, tanto judiciales como no judiciales. Dentro de ellos destacan las acciones especializadas conocidas como acciones de amparo o tutela. En palabras de este mismo autor<sup>55</sup>:

(...) most of the reforms advocated for the recognition of fundamental rights to have practical effect instead of being merely rhetorical, reason why protection and warranty mechanisms of such rights were extended. Thus, many reforms envisioned forms of direct judicial protection of rights such as the writ for legal protection of fundamental rights (acción de tutela), or strengthened those already existing. Several countries also created or reinforced the constitutional justice and, finally, most of the new constitutions envisaged, with different names, forms of ombudsman, which are responsible for the promotion and protection of human rights.

En este contexto, la justicia constitucional y la judicatura en general resulta ser una pieza clave del engranaje que asegure la supremacía constitucional y, con ello, la protección de los derechos humanos.

Como se ha señalado muchas veces (Beatty, 2004; Ferreres Comella, 2009; Ginsburg, 2003; Tate y Vallinder, 1995), nuestra época está marcada por el triunfo de dos ideas: la de los derechos y la de la justicia constitucional. La idea de que una de las responsabilidades básicas del sistema político es garantizar plenamente el respeto a un paquete básico de derechos y la de que los valores sustantivos de la democracia están mejor servidos si el entramado institucional de un país incluye un sistema de justicia que controle la constitucionalidad de las leyes y los actos de autoridad<sup>56</sup>.

Dada la importancia, las particularidades y el amplio alcance de las recientes reformas constitucionales en Latinoamérica, podríamos dedicar páginas enteras a su presentación y análisis, no obstante, tomando en consideración el objetivo de nuestro

---

<sup>55</sup> *Ibidem*

<sup>56</sup> *Op. Cit.* Pou Giménez, Francisca. Justicia constitucional y protección...

trabajo, por ahora sólo nos interesa resaltar los rasgos característicos que acabamos de mencionar pues ellos son los atributos esenciales de lo que acá llamamos neoconstitucionalismo. Estos rasgos, que han dado lugar a un derecho constitucional con características propias en nuestra región, son justamente los que resultan útiles para la construcción de la red judicial.

Como se observa, humanización y neo-constitucionalismo son dos fenómenos jurídicos concomitantes, con objetivos comunes, que ofrecen el contexto que justifica la creación de las bases normativas de la red judicial, así como el desarrollo de las herramientas jurisprudenciales que permiten su desarrollo. Veamos este primer asunto.

## **B. Fundamento normativo**

A lo largo de este acápite pretendemos dar cuenta del marco normativo que, desde nuestro punto de vista, favorece la interacción judicial y la armonización del trabajo de los jueces de protección. Al respecto, debemos aclarar que, por el momento, no intentamos señalar en qué medida las normas que enlistamos ayudan a la construcción de la red, esos argumentos serán desarrollados en la segunda parte de éste capítulo. En este punto tan sólo expondremos tanto las disposiciones cuanto el alcance de las mismas, dando cabida tan sólo a algunos pincelazos respecto de su papel en el proceso de armonización.

Así pues, por un parte, respecto del escenario internacional señalaremos algunas de las normas sobre la organización y principios básicos de funcionamiento del Sistema Interamericano, las disposiciones específicas sobre obligaciones o sobre derechos particulares, así como las previsiones en torno a la obligatoriedad de sus sentencias y los mecanismos de supervisión; por la otra, estudiaremos el marco constitucional que sirve de sustento a dicha interacción; particularmente, haremos referencia al rango normativo del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno y, de la mano de este, al fundamento normativo del trabajo del juez constitucional, así como a las llamadas leyes puente expedidas para dar cumplimiento a las sentencias del juez interamericano. En relación con el contexto nacional, debemos aclarar que nuestra exposición no hará un estudio pormenorizado de los ordenamientos de la región, por el

contrario, nos limitaremos a exponer unas categorías básicas y generalizadas extraídas del análisis de dichos ordenamientos y, en su momento, trataremos de explicar sus alcances con referencia a ejemplos particulares.

Concentremos pues nuestra atención en las normas interamericanas que, desde nuestro punto de vista, coadyuvan al proceso de construcción de la red judicial que proponemos.

#### **a. Fundamento normativo interamericano**

Tal como acabamos de señalar, existen varias normas interamericanas que incumben a nuestro objeto de estudio. Para su presentación hemos organizado varias categorías, a saber: i) los principios de funcionamiento del sistema, ii) las normas sobre obligaciones generales de los Estados, iii) aquellas relativas a los derechos de los individuos, iv) las relacionadas con la interpretación y v) las disposiciones respecto de las sentencias, su obligatoriedad y cumplimiento.

Aun cuando presentamos estas normas en acápites separados, desde nuestro punto de vista ellas conforman un todo interdependiente y gracias al cual el trabajo del juez regional y de los jueces nacionales debe necesariamente articularse en aras del buen funcionamiento del Sistema, el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado y, sobre todo, en pro de la consecución del objetivo común de protección (*infra* Cap. I.2.A).

##### **i) Principios de funcionamiento del sistema**

Tal como todos los sistemas internacionales de protección, el sistema interamericano se rige por el principio de subsidiariedad. Por lo tanto, la activación de la función judicial de la CorteIDH depende de la inexistencia de mecanismos de protección a nivel nacional o de la ineficacia de los mismos. El propio preámbulo de la Convención Americana señala que el Sistema ejerce una protección “coadyuvante y

complementaria”<sup>57</sup> a la ofrecida por los ordenamientos nacionales. Acorde con esto, el principal de sus mecanismos de protección y del cual depende la mayor parte del trabajo del juez regional, esto es, el derecho de petición individual, exige como requisito de admisibilidad básico el agotamiento de los recursos internos por parte de quienes pretenden allegar un caso<sup>58</sup>. Esta regla presupone tanto la existencia de los mecanismos de protección cuanto su eficacia. Tal como lo ha señalado la propia CorteIDH, “no basta la existencia formal de los recursos, estos deben ser efectivos e idóneos”<sup>59</sup>.

A la par de esta naturaleza subsidiaria, la Convención –tal como veremos a renglón seguido- consagra tanto la obligación de respetar todos los derechos previstos en ella y la obligación de adaptar los ordenamientos nacionales para lograr tal cometido, como el derecho específico de acceso a la justicia –arts. 8 y 25 CADH- y es gracias al conjunto de estas previsiones que el juez interamericano ha determinado los parámetros que deben cumplir los jueces nacionales para asegurar el derecho de acceso a la justicia<sup>60</sup> y, en consecuencia, evitar que los individuos busquen protección a nivel regional.

Así pues, en aras del cumplimiento de las obligaciones adquiridas con la ratificación de la Convención y con miras a evitar la activación del mecanismo regional, los ordenamientos nacionales y, en especial, los jueces nacionales de protección deben seguir los lineamientos del juez regional en relación con el alcance de los derechos en general, así como, en especial en relación con la garantía del derecho de acceso a la justicia.

ii) Los artículos 1.1 y 2 de la Convención.

---

<sup>57</sup> CADH, Preámbulo, párrafo 2 “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”

<sup>58</sup> Artículo 46 CADH “Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”

<sup>59</sup> Entre muchos otros casos, ver Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006.

<sup>60</sup> Sobre este asunto ver: Acosta Alvarado, Paola. “El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana”. *Colección temas de derecho público* No. 79. Universidad Externado de Colombia 2007.

Las disposiciones contenidas en estos artículos son, quizás, el corazón normativo de nuestra red de protección a nivel internacional. Gracias a las obligaciones genéricas previstas en ellos el juez interamericano ha desarrollado un rico arsenal de herramientas que permiten el impulso de su trabajo y la orientación de la labor de sus homólogos nacionales (*infra* Cap. I.1.C). Además, es justamente la obligación prevista en el artículo 2 de la Convención la que diferencia a nuestro Sistema de los demás escenarios de protección internacional.

El artículo 1.1 de la CADH prevé la obligación general de respeto y garantía en los siguientes términos:

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Gracias a esta disposición, los Estados, y en consecuencia todos sus agentes, están obligados a reconocer y proteger los derechos contemplados en la Convención en los términos previstos en ella<sup>61</sup>, términos que no se limitan a la redacción de dicho instrumento internacional sino que se construyen, también, desde la propia jurisprudencia interamericana<sup>62</sup>.

Por su parte, el artículo 2 de la CADH prevé la obligación general de adaptación<sup>63</sup>, según la cual los Estados deben ajustar su ordenamiento jurídico para cumplir con el objetivo de protección que persigue el sistema. Dicha obligación se

---

<sup>61</sup> Entre otros, Corte IDH. Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98 párr. 163; y Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79. párr. 154; Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72. párr. 178.

<sup>62</sup> *Infra* Cap. I. 1.2 jurisprudencia nacional allí citada.

<sup>63</sup> Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

traduce en el deber de derogar todas las normas internas contrarias al régimen interamericano<sup>64</sup>, el deber de emitir las normas que coadyuven con la consecución de sus cometidos<sup>65</sup>, así como el deber de adecuar el comportamiento de sus agentes estatales, y en fin, toda la estructura institucional, al servicio del Sistema<sup>66</sup>. Así mismo, ese deber implica la obligación del Estado de luchar contra prácticas sociales y culturales que vulneren los derechos previstos en la Convención<sup>67</sup>. Como claramente lo ha expresado la Corte:

Ciertamente el artículo 2 de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta. Por ello, 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 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. El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda<sup>68</sup>.

Sobre esta norma ha dicho más recientemente:

Los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias “para hacer efectivos” los derechos establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento

---

<sup>64</sup> Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162 párr. 171 y ss

<sup>65</sup> Entre otros: CorteIDH Caso Almonacid Arrellano y otros, párr. 118; Caso Ximenes Lopes, párr. 83, y Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) . Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 85.

<sup>66</sup> Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162 párr. 172; Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Párr. 81.

<sup>67</sup> Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. párr. 119. Tal como lo señala García Ramírez, “Ejemplos de esto último es la conducta señalada al Estado en la sentencia del caso Servellón García vs. Honduras, del 21 de septiembre de 2006, para combatir la estigmatización social de ciertos grupos de menores de edad, y la acción a propósito de los patrones culturales, que se ordena en la sentencia del caso Campo Algodonero vs. México, entanto esos patrones propician agresión contra las mujeres”. *Op. Cit.* García Ramírez. El control judicial interno de convencionalidad. p. 146.

<sup>68</sup> Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162 párr. 172.

interamericano por lo que deben propender, precisamente, por enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición<sup>69</sup>.

Esta disposición es, desde nuestro punto de vista, una de las joyas de la corona del Sistema Interamericano<sup>70</sup>. Gracias a ella, el juez regional ha podido influir realmente en la reformulación de los ordenamientos internos en pro de los derechos humanos a través de sus órdenes directas y por medio de los parámetros que establece en su jurisprudencia<sup>71</sup>. Podría decirse que el artículo 2 de la Convención es una proyección del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 según la cual “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”. No obstante, salta a primera vista que esta es una norma pensada para evitar que los Estados usen el derecho interno como excusa pero no para obligar que los Estados Parte en un tratado ejecuten acciones concretas en torno a cumplir con las obligaciones adquiridas. He ahí la relevancia del artículo 2 de la CADH.

### iii) Los artículos 8 y 25 de la Convención

Estas dos disposiciones determinan el fundamento y contenido del derecho de acceso a la justicia en el escenario interamericano el cuál puede ser definido a la luz de su desarrollo jurisprudencial como

El derecho que tiene todo individuo a accionar los recursos necesarios para la tutela de sus derechos y la solución de sus controversias, así como para la sanción de los delitos; persiguiendo con ello una respuesta acorde a derecho y ejecutable obtenida, en plazo razonable, ante un órgano competente independiente e imparcial luego de tramitar un proceso con las debidas garantías que aseguren tanto la defensa como la igualdad de condiciones entre

---

<sup>69</sup> Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. párr. 119.

<sup>70</sup> El Sistema Europeo no tiene una disposición similar. En el Sistema Africano el Artículo 1 de la Carta de Banjul dispone: “Los Estados miembros de la Organización para la Unidad Africana firmantes de la presente Carta reconocerán los derechos, deberes y libertades contemplados en esta Carta y se comprometerán a adoptar medidas legislativas o de otra índole con el fin de llevarlos a efecto”.

<sup>71</sup> Ver, entre otros los ejemplos citados en el Cap. I .2.A.b

las partes que participen en él. Este derecho incluye también la posibilidad de defensa y respuesta efectiva, aun cuando la causa no haya sido motivada por el propio individuo<sup>72</sup>.

En consecuencia, según la jurisprudencia de la CorteIDH, este derecho incluye:

- El derecho a ser oído siempre que esté en cuestión la determinación, afección o garantía de un derecho, de cualquier tipo, por lo tanto, el derecho a contar con los mecanismos judiciales o extrajudiciales idóneos y suficientes para tal efecto.
- El derecho a contar con las herramientas idóneas para la solución de las controversias y la sanción de los delitos.
- Estos aspectos se traducen, a su vez, en el derecho a requerir la investigación y sanción de las violaciones a los derechos humanos.
- El derecho a un recurso efectivo para la protección de los derechos humanos.
- El derecho a un ‘tribunal’ independiente e imparcial
- El derecho a contar con todas las posibilidades de preparar una defensa en igualdad de condiciones.
- El derecho a obtener una solución en un plazo razonable.
- El derecho a una respuesta acorde al ordenamiento jurídico, así como el derecho a que se cumpla lo previsto en ella.

La efectividad de esta prerrogativa se mide en función de la aptitud del trabajo judicial para asegurar su contenido y cometido, cuestión que muchas veces requiere la articulación de las normas, de la estructura judicial y procesal, así como del trabajo de los propios jueces nacionales con los lineamientos interamericanos. Así pues, el ejercicio de armonización resulta fundamental para dar cumplimiento a las obligaciones previstas en los artículos 8 y 25 y, por lo tanto, para evitar la activación del mecanismo regional<sup>73</sup>.

#### iv) Las normas sobre interpretación

En virtud del artículo 29 de la Convención tanto operadores jurídicos nacionales como regionales tienen el deber de servirse de la regla del efecto útil, de la interpretación

---

<sup>72</sup> *Op. Cit.*, Acosta Alvarado, Paola. El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana.

<sup>73</sup> Por ejemplo, en varios casos la CorteIDH ha señalado que pese a que existían los recursos internos necesarios para la protección de los derechos de las víctimas los mismos no tenían las características exigidas por el Sistema o no se tramitaban respetando los parámetros interamericanos por lo que procedía la condena contra el Estado. En otros eventos, por el contrario, la Corte ha señalado que los recursos se tramitaron a la luz de lo previsto en la Convención y que, por lo tanto, la condena no procedía. Ver, entre otros: Corte IDH. Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22; Corte IDH. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90

*pro personae*, a la hora de adelantar cualquier ejercicio hermenéutico que involucre normas interamericanas o, en general, siempre que involucre normas que desarrollen los derechos previstos en la Convención<sup>74</sup>. Este artículo señala:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Justamente con base en esta norma, el juez regional se ha servido del *corpus iuris* internacional. Gracias a ello, el contenido de los derechos previstos en la CADH se determina tomando en cuenta todas las normas nacionales e internacionales que puedan llegar a ser útiles para lograr la interpretación más favorable al cometido de protección<sup>75</sup>.

Así pues, independientemente de cuál sea el origen de la interpretación más favorable a los individuos, jueces regionales y nacionales deben servirse de ella. Esta obligación ha fungido como fundamento de los mayores avances jurisprudenciales del sistema, así como de elemento catalizador para el acoplamiento de la jurisprudencia nacional con la internacional y viceversa.

---

<sup>74</sup> Un análisis sobre la especial hermenéutica de las normas de derechos humanos puede leerse en Corte IDH. Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C No. 123. Voto Razonado Juez Cañado Trindade párr. 4 y ss. En ese documento el juez Trindade señala es muy fácil encontrar que, en la práctica, mientras que en el derecho tradicional ha habido una marcada tendencia a buscar más bien una interpretación más restrictiva que le da la mayor precisión posible a las obligaciones de los Estados Partes, en el derecho internacional de los derechos humanos, de manera un poco distintiva, ha existido un énfasis claro y especial sobre el elemento del objeto y fin del tratado, con el fin de asegurar una protección efectiva (*effet utile*) de los derechos garantizados

<sup>75</sup> La Corte IDH suele emplear esta figura en casi todas sus sentencias, un ejemplo de esto puede verse en Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112 o en Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130

- v) El contenido de las reparaciones, la obligatoriedad de los pronunciamientos interamericanos y la supervisión de su cumplimiento.

Otra de las joyas de la corona en el Sistema Interamericano es el artículo 63 de la Convención. Gracias a esta norma el juez regional ha desarrollado una riquísima jurisprudencia en materia de reparaciones, la cual contempla todo tipo de órdenes que además de incluir indemnizaciones, contienen medidas de restitución, rehabilitación y garantías de no repetición<sup>76</sup>. Este variopinto contenido de la reparación en el Sistema no sólo ha servido de inspiración para los jueces nacionales sino que, además, le ha permitido al juez regional diseñar un variado conjunto de medidas que involucran a los jueces nacionales y gracias a las cuales se facilita la interacción entre ambas judicaturas<sup>77</sup>. Al respecto basta mencionar sólo dos ejemplos: el juez regional al requerir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones por las que se condena al Estado ha motivado la reapertura de procesos judiciales. Esto ha permitido, entre otras, que el juez nacional se sirva de la jurisprudencia interamericana para superar los obstáculos que impiden la reapertura de procesos tales como las leyes de amnistías<sup>78</sup>, las

---

<sup>76</sup> Sobre el tema de las reparaciones en el Sistema Interamericano se pueden consultar los textos del Ex juez Sergio García Ramírez disponibles en [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx), entre ellos, el capítulo sobre reparaciones en el trabajo “Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana”. Sobre este mismo tema ver el trabajo: Nash, Claudio. Las reparaciones en el Sistema Interamericano. CDH, Universidad de Chile, 2005. Un buen análisis sobre el tipo de órdenes decretadas por el CorteIDH en Huneeus, Alexandra. “Rejecting the Inter-American court: Judicialization, national courts, and regional human rights”, *Legal Studies Research Paper Series*, Escuela de Leyes Universidad de Wiconsin, No. 1167, 2010.

<sup>77</sup> Góngora Mera, Manuel Eduardo. “Diálogos jurisprudenciales entre la corte interamericana de derechos humanos y la corte constitucional de Colombia: una visión co-evolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/invest/docent/Dialogosjurisprudenciales/curriculum.pdf> [11 de agosto de 2013]

<sup>78</sup> *Infra* Cap I.2.A.b Así ocurrió en Perú, Chile y Argentina. Sobre Este asunto ver: Acosta Alvarado, Paola. There is just one step from indifference to coexistence: The necessary relationship between human rights international law and national law. *En proceso de arbitraje*. Así como: Del Toro Huerta, Mauricio Iván. “El diálogo inter-judicial entre las jurisdicciones constitucionales y los tribunales internacionales de derechos humanos. especial referencia al sistema interamericano”, *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/invest/docen/maest/ProteccionConstitucional/curriculum/MauricioDelToro.pdf> [11 de agosto de 2013]. Binder, Christina. “¿Hacia una corte constitucional de América Latina? La jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos con un enfoque especial sobre las amnistías”, Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2895> [13 de agosto de 2013]

normas sobre prescripción<sup>79</sup>, o las reglas sobre el recurso de revisión<sup>80</sup>. Por otra parte, el juez regional también ha ordenado la capacitación del personal judicial en materia de derechos humanos<sup>81</sup>; ello ha permitido que los jueces nacionales se familiaricen con la jurisprudencia interamericana, se hagan responsables de su cumplimiento y aprendan a usarla en su día a día de trabajo.

Este amplio alcance de la reparación se ve reforzado por el mecanismo que el propio juez regional ha diseñado para supervisar el cumplimiento de sus sentencias. La CorteIDH, tomando en consideración que “es una facultad inherente a las funciones jurisdiccionales de la Corte la supervisión del cumplimiento de sus decisiones” y con fundamento en los artículos 65 y 68 de la CADH, desarrolló una práctica jurisprudencial que codificó en su más reciente reglamento y en virtud de la cual vigila el cumplimiento de sus órdenes a través de un diálogo con las autoridades estatales y los beneficiarios de las mismas.

#### Según el artículo 69 del Reglamento de la CorteIDH

1. La supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes. La Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes.

2. La Corte podrá requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, que permitan apreciar el cumplimiento. Para los mismos efectos podrá también requerir los peritajes e informes que considere oportunos.

3. Cuando lo considere pertinente, el Tribunal podrá convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y en ésta escuchará el parecer de la Comisión.

---

<sup>79</sup> Ver por ejemplo: Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Caso Expósito, 23 de diciembre 2004; Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Caso Arancibia Clavel, 24 de agosto de 2004; Tribunal Constitucional de Bolivia Sentencia TC N. 1190/01-R de 12 de noviembre de 2001.

<sup>80</sup>Ver por ejemplo, Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-004 de 2003, Corte Constitucional de Colombia Sentencia C -014 de 2004 y Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-979 de 2005.

<sup>81</sup> Así por ejemplo en el Caso Radilla Pacheco c. México en el que la CorteIDH explícitamente dijo “El Estado deberá implementar, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, programas o cursos permanentes relativos al análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”. Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209

4. Una vez que el Tribunal cuente con la información pertinente, determinará el estado del cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime pertinentes.

5. Estas disposiciones se aplican también para casos no sometidos por la Comisión.

Este procedimiento se ha convertido en un escenario más de diálogo entre el juez regional y el juez nacional toda vez que en desarrollo del mismo los jueces nacionales (a través de los representantes del Estado) dan a conocer a la CorteIDH los obstáculos al cumplimiento de sus órdenes, así como su postura ante las mismas y, de igual forma, el juez interamericano puede marcarle al juez nacional el derrotero a seguir<sup>82</sup>.

Para finalizar, antes de terminar este acápite, es imprescindible mencionar dos normas internacionales sin las cuales todo este conjunto normativo estaría incompleto: los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 (CV/69). En efecto, gracias al principio del *pacta sunt servanda* consagrado en el primero de ellos, así como a la regla del artículo 27 que prohíbe a los Estados alegar el respeto del derecho interno como justificante del incumplimiento de sus compromisos internacionales, las normas interamericanas que acabamos de señalar encuentran un respaldo en el derecho internacional general en virtud del cual los Estados se ven conminados a su cumplimiento.

Como veremos abajo, todas las normas que hemos señalado hasta el momento conforman un todo interdependiente en virtud del cual se adelanta un diálogo judicial que permite la articulación del trabajo de los jueces de protección. Ahora bien, hemos de reconocer que este marco normativo no sería suficiente de no existir las normas internas que permiten su eficacia. Veamos pues.

---

<sup>82</sup> Un ejemplo muy dicente de este diálogo lo podemos leer en: CorteIDH, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 18 de noviembre de 2010, Supervisión de cumplimiento de sentencia. Caso Bámaca Velásquez c. Guatemala; CorteIDH, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 7 de septiembre de 2012, Supervisión de cumplimiento de sentencia. Caso Barrios altos c. Perú.

## **b. Fundamento normativo a nivel nacional.**

Como señalábamos, el constitucionalismo latinoamericano ha experimentado una reciente metamorfosis gracias a la cual derecho nacional y derecho internacional de los derechos humanos desarrollan una coexistencia e interacción impensable otrora. Las bases de esta relación se encuentran en los objetivos compartidos y en las diversas cláusulas que hacen referencia a los instrumentos internacionales de derechos humanos bien sea para servirse de ellos como fuente de inspiración, para requerir la interpretación de las normas constitucionales de acuerdo a los mismos, para complementar el catálogo de derechos fundamentales, para reglamentar la forma de incorporarlos o para concederles una jerarquía especial dentro del ordenamiento jurídico nacional<sup>83</sup>.

En las líneas que siguen daremos cuenta de las disposiciones nacionales que facilitan la convivencia creciente de estos dos ordenamientos. Como anunciamos, no nos ocuparemos de la minucia normativa. Para lograr nuestro cometido, cual es demostrar que existe un marco normativo que permite, facilita o incentiva la articulación de los jueces<sup>84</sup>, nos serviremos de categorías o grupos que ilustren el panorama regional en estos asuntos a saber: las normas sobre jerarquía de los tratados de derechos humanos (i), las cláusulas abiertas en materia de derechos fundamentales (ii), las disposiciones sobre interpretación conforme (iii), aquellas normas previstas para dar cumplimiento a las órdenes interamericanas (iv).

### i) La jerarquía de los tratados de derechos humanos.

Las normas sobre jerarquía son fundamentales para estimular la interacción entre los jueces nacionales e internacionales, pues su existencia facilita el uso del derecho internacional en el contexto local y matiza los obstáculos propios de la confrontación normativa. En el escenario latinoamericano podemos agrupar en cuatro categorías la

---

<sup>83</sup> Esto es lo que García Roca, Bustos y Nogueira llaman “cláusulas constitucionales de apertura al derecho internacional”. A.A.V.V. *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*. García Roca, Javier; Santolaya, Pablo; Fernández, Pablo; Canosa, Raúl. Eds. Civitas, 2012. P. 69.

<sup>84</sup> Sobre cómo la (in)flexibilidad constitucional permite el cambio de rol de las autoridades constitucionales, en especial de los jueces ver. Mak, Elaine. “Understanding legal evolution through constitutional theory: the concept of constitutional (in-) flexibility”. *Erasmus Law Review* Vol 193 No. 4 2011-2012

forma como los ordenamientos de la región resuelven el asunto de la jerarquía de los tratados de derechos humanos.

En primer lugar, tenemos aquellos ordenamientos cuya constitución dice que estos instrumentos prevalecerán en el ordenamiento interno; así por ejemplo los textos constitucionales de Bolivia<sup>85</sup>, Guatemala<sup>86</sup> y Colombia<sup>87</sup>. La forma como están redactadas estas normas constitucionales, podría dar a entender que los tratados de derechos humanos tienen incluso rango supra constitucional; no obstante, los jueces han dejado claro que dichos instrumentos ocupan un lugar idéntico al de las normas constitucionales<sup>88</sup>. En segunda instancia, tenemos aquellos casos en los que la constitución explícitamente concede rango constitucional a los tratados de derechos

---

<sup>85</sup> Constitución de Bolivia Artículo 13: (...) IV. Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia y Artículo 256: I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta. II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables.

<sup>86</sup> Constitución de Guatemala Artículo 46.- Preminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preminencia sobre el derecho interno.

<sup>87</sup> Constitución de Colombia Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

<sup>88</sup> Corte Constitucional de Guatemala, Exp. 280-90 sentencia del 19 de octubre de 1990 y Corte Constitucional de Guatemala Exp. 334-95 sentencia del 26 de marzo de 1996. En Colombia, entre muchas otras: Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C- 225 de 1995, Corte Constitucional de Colombia Sentencia C- 178 de 1995, Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-010 de 2000, Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-551 de 2003. En Bolivia, por ejemplo: la sentencia del Tribunal Constitucional de Bolivia Sentencia TC N. 1190/01-R de 12 de noviembre de 2001.

humanos. Así por ejemplo, la constitución de Argentina<sup>89</sup>, Brasil (bajo ciertos supuestos)<sup>90</sup>, Ecuador<sup>91</sup>, República Dominicana<sup>92</sup> y Venezuela<sup>93</sup>.

El Caso de México es bastante particular pues el artículo 133 constitucional afirma que los tratados junto con la constitución y otras leyes de la Unión conforman la

---

<sup>89</sup> Constitución de Argentina. art. 75. 22. (...)La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional. 23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

<sup>90</sup> Constitución de Brasil. Art. 5, parágrafo LXXVIII, inc. 3 Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Al respecto e importante señalar que ninguno de los tratados interamericanos ha adquirido por este medio rango constitucional. Sólo en el año 2008 el supremo Tribunal Federal de Brasil decidió que dichos instrumentos tienen rango suprallegal. STF, sentencia de 3 de diciembre de 2008. Expd. 466.343

<sup>91</sup> Pese a que el texto constitucional ecuatoriano no se refiere de forma expresa al rango constitucional de los tratados de derechos humanos ello se desprende de la letra del artículo Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución. En igual sentido Artículo 11 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Así mismo, el artículo 424 constitucional afirma que las normas internacionales de derechos humanos que ofrezcan una mayor protección prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento.

<sup>92</sup> Constitución de República Dominicana Artículo 74.- Principios de reglamentación e interpretación. La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, se rigen por los principios siguientes: (...) 3) Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado

<sup>93</sup> Constitución de Venezuela. Artículo 23; Constitución del Salvador Artículo 144.- Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.

“ley superior de toda la Unión”<sup>94</sup>. Sin embargo, la interpretación de esta norma no ha ubicado a los tratados de derechos humanos al mismo nivel constitucional pero tampoco a nivel supra-legal<sup>95</sup>. A pesar de esto, la interpretación dada por la Corte Suprema de Justicia a la reciente reforma constitucional al artículo 1 de la Constitución mexicana parece ubicar a los tratados de derechos humanos en un nivel supra legal toda vez que gracias a ella se autoriza a todas las autoridades –entre ellas las judiciales, desde luego- a dar prioridad a la norma internacional sobre la norma interna si es que aquella prevé una interpretación más favorable a la protección de los derechos humanos<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> Constitución de México, Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

<sup>95</sup> Desde nuestro punto de vista pese a que la constitución mexicana no menciona explícitamente el rango que los tratados internacionales de derechos humanos adquieren en el seno del ordenamiento jurídico del artículo 105 constitucional se puede deducir que estos tienen rango superior a la ley toda vez que dicha norma prevé la posibilidad de incoar una acción de inconstitucionalidad contra las leyes que desconozcan los derechos humanos previstos en la constitución y en los tratados. “Artículo 105.II.g La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Así mismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal”.

<sup>96</sup> Sobre la evolución de este asunto ver: *Op. Cit.* Ferrer Mac.Gregor Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano”, Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3033> [11 de agosto de 2013].

En tercer lugar, están los ordenamientos que reconocen a estos instrumentos internacionales un rango inferior al constitucional pero superior al legal. Así las constituciones de Costa Rica<sup>97</sup>, El Salvador<sup>98</sup>, Honduras<sup>99</sup> y Paraguay<sup>100</sup>.

En el caso de Costa Rica, pese a la letra constitucional, la jurisprudencia ha dicho que los tratados de derechos humanos pueden incluso llegar a tener rango supra-constitucional si es que ellos ofrecen una protección mayor a la prevista por las normas constitucionales<sup>101</sup>. El juez constitucional hondureño, por su parte, ha reivindicado el rango constitucional de los tratados de derechos humanos<sup>102</sup>.

En cuarta instancia, tenemos aquellos ordenamientos cuyas constituciones omiten toda referencia al rango normativo de los tratados internacionales: Chile, Nicaragua, Panamá, Perú y Uruguay. En todo caso la jurisprudencia constitucional de estos países ha subsanado este vacío normativo señalando que las normas internacionales de derechos humanos tienen o bien jerarquía constitucional o bien

---

<sup>97</sup> Constitución de Costa Rica. Artículo 7.- Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes

<sup>98</sup> Constitución del Salvador Artículo 144.- Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado. Corte Suprema del Salvador, Sala Constitucional. Sentencia 26-2066 del 12 de diciembre de 2007. Corte Suprema del Salvador, Sala Constitucional, Sentencia 18-2001, del 5 de septiembre de 2001.

<sup>99</sup> Constitución de Honduras. Artículo 16.- Todos los tratados internacionales deben ser aprobados por el Congreso Nacional antes de su ratificación por el Poder Ejecutivo. Los tratados internacionales celebrados por Honduras con otros estados, una vez que entran en vigor, forman parte del derecho interno. Artículo 18.- En caso de conflicto entre el tratado o convención y la Ley prevalecerá el primero. Sobre el rango supra legal de los tratados de derechos humanos ver: Corte Suprema del Salvador, Sala Constitucional. Sentencia 26-2066 del 12 de diciembre de 2007.

<sup>100</sup> Constitución de Paraguay. Artículo 137 - de la supremacía de la constitución: La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado. Corte Suprema de Paraguay, Sentencia N°: 847, 10 de Junio de 2003.-

<sup>101</sup> Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia No. 2313-1995; Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia No. 709-1991 y Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia No. 1032-1996

<sup>102</sup> Corte Suprema de Justicia de Honduras, Sala Constitucional, Sentencia de Amparo, Julio 1 de 2013. Andrés Pavón Murillo c. Tribunal Supremo Electoral.

jerarquía suprallegal o que ellas sirven para interpretar o completar las garantías constitucionales<sup>103</sup>.

Como se observa, pese a que la CADH no señala en ningún momento que sus normas tendrán efecto directo en los ordenamientos nacionales, la jerarquía normativa reconocida a este instrumento dentro de los ordenamientos nacionales a raíz de las normas constitucionales parece conceder ese efecto a las normas interamericanas.

## ii) Las cláusulas de remisión en materia de derechos fundamentales

Otra de las referencias constitucionales que facilita el uso del derecho internacional de los derechos humanos por parte de los jueces son las llamadas cláusulas de remisión o cláusulas abiertas en materia de derechos fundamentales.

En virtud de dichas disposiciones el constituyente afirma que además de los derechos expresamente enlistados en el texto constitucional deben asegurarse todos aquellos inherentes al ser humano. Según la interpretación que se ha hecho de estas cláusulas, los operadores jurídicos pueden echar mano de todos los listados de derechos que a bien tengan, incluidos, por supuesto, los contenidos en los tratados de derechos humanos.

---

<sup>103</sup> Corte Suprema de Chile. Rol 2006-2005, Sentencia del 6 de mayo de 2005 o las palabras del juez peruano: “El derecho internacional de los derechos humanos forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y detenta rango constitucional, por tal razón, este Tribunal ha afirmado que los tratados que lo conforman y a los que pertenece el Estado peruano “son derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado”. Esto significa en un plano más concreto que los derechos humanos enunciados en los tratados que conforman nuestro ordenamiento vinculan a los poderes públicos y dentro de ellos, ciertamente, al legislador”. Tribunal Constitucional del Perú Exp. N.º 10063-2006-PA/TC; Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, Sala Constitucional. Sentencia No. 57/2010, 22 de marzo de 2010; Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, Sala Constitucional. Sentencia No. 78/2010, 10 de marzo de 2010. Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sentencia del Pleno 27 de julio del 2009, Corte Suprema de Justicia de Panamá, Exptd. 794-07, Sentencia de 21 de agosto de 2008. En el caso Uruguayo, la Corte Suprema ha cambiado abruptamente de posición, al respecto ver el recorrido que la propia CorteIDH hace en su resolución de cumplimiento de sentencia en el caso Gelman CorteIDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 20 de marzo de 2013, párr. 70 y ss. En todo caso, la sentencia hito que reconoce el rango constitucional de los tratados de derechos humanos es Sentencia de la Suprema Corte De Justicia N° 365/2009 de 19 de Octubre de 2009.

Este tipo de cláusulas lo podemos encontrar en las Constituciones de Argentina<sup>104</sup>, Bolivia<sup>105</sup>, Brasil<sup>106</sup>, Chile<sup>107</sup>, Colombia<sup>108</sup>, Costa Rica<sup>109</sup>, Ecuador<sup>110</sup>, El

---

<sup>104</sup> Artículo 33.- Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

<sup>105</sup> Artículo 13: (...) II. Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados

<sup>106</sup> Art. 5, parágrafo LXXVIII, inc. 2. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

<sup>107</sup> Art. 5 (...) El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

<sup>108</sup> Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

<sup>109</sup> Artículo 74.- Los derechos y beneficios a que este Capítulo se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción, y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional. En sentido similar, Artículo 48.- Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10.

<sup>110</sup> Artículo 11 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Salvador<sup>111</sup>, Guatemala<sup>112</sup>, Honduras<sup>113</sup>, México<sup>114</sup>, Nicaragua<sup>115</sup>, Panamá<sup>116</sup>, Paraguay<sup>117</sup>, Perú<sup>118</sup>, Uruguay<sup>119</sup> y Venezuela<sup>120</sup>.

iii) Las cláusulas de interpretación conforme

---

<sup>111</sup> Artículo 52.- (...) La enumeración de los derechos y beneficios a que este capítulo se refiere [derechos sociales], no excluye otros que se deriven de los principios de justicia social.

<sup>112</sup> Constitución de Guatemala, Artículo 44.- Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.

<sup>113</sup> Constitución de honduras, Artículo 63.- Las declaraciones, derechos y garantías que enumera esta Constitución, no serán entendidos como negación de otras declaraciones, derechos y garantías no especificadas, que nacen de la soberanía, de la forma republicana, democrática y representativa de gobierno y de la dignidad del hombre.

<sup>114</sup> Constitución de México, Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

<sup>115</sup> Constitución de Nicaragua, Artículo 46 En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

<sup>116</sup> Constitución de Panamá, Artículo 17. Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley. Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.

<sup>117</sup> Constitución de Paraguay, Artículo 45 - La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía.

<sup>118</sup> Constitución del Perú, Artículo 3º.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

<sup>119</sup> Constitución del Uruguay, Artículo 72.La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno. Artículo 332. Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.

<sup>120</sup> Constitución de Venezuela, Artículo 22. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos. Así mismo, Artículo 27. Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Varios de los ordenamientos latinoamericanos, siguiendo el ejemplo de la Constitución portuguesa de 1976 y la Constitución española de 1978, decidieron incorporar una disposición que ordenase la interpretación de las normas de derechos humanos a la luz de las obligaciones internacionales. Así las constituciones de Colombia<sup>121</sup>, Perú<sup>122</sup>, México<sup>123</sup> y República Dominicana<sup>124</sup>.

Ecuador, incluso, dispuso una cláusula expresa en la que ordena a los jueces servirse del derecho internacional de los derechos humanos en el ejercicio de sus funciones<sup>125</sup>. En igual sentido la Constitución costarricense<sup>126</sup> y la mexicana<sup>127</sup>.

Pese a que algunos de los ordenamientos no prevén esta cláusula de interpretación conforme, la jurisprudencia, haciendo una interpretación integral y *pro personae* del ordenamiento constitucional, ha decidido servirse de esta herramienta

---

<sup>121</sup> Constitución de Colombia, Artículo 93 Constitucional (...) Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

<sup>122</sup> Constitución del Perú, Cuarta disposición final y transitoria de la Constitución “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. En el mismo sentido el título preliminar del Código Procesal Constitucional.

<sup>123</sup> Constitución de México, Artículo 1.2 Constitucional

<sup>124</sup> Constitución de República Dominicana, Artículo 74.4) Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución.

<sup>125</sup> Constitución del Ecuador, Artículo 172.- Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley.

<sup>126</sup> Constitución de Costa Rica, Artículo 48.- Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10.

<sup>127</sup> Constitución de México, Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; Artículo 105.II.g La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

hermenéutica, y gracias a ella se han logrado considerables avances en materia de protección (*infra* Cap I.2.A).

- iv) Normas nacionales sobre el cumplimiento de órdenes internacionales.

Además de estas normas constitucionales que facilitan el uso del derecho internacional por los operadores nacionales, algunos de los ordenamientos de la región cuentan con normas específicas destinadas a facilitar el cumplimiento de las órdenes de los jueces internacionales<sup>128</sup>.

Así por ejemplo, El artículo 93 de la Constitución ecuatoriana reza:

Art. 93.- La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional.

En sentido similar, la Constitución hondureña:

Artículo 15.- (...) Honduras proclama como ineludible la validez y obligatoria ejecución de las sentencias arbitrales y judiciales de carácter internacional.

En los casos colombiano, peruano y mexicano las normas útiles al cumplimiento de sentencias internacionales en materia de derechos humanos son de rango legal. Así la Ley 288 de 1996 en Colombia, la Ley federal de responsabilidad patrimonial del Estado, DOF 31/12/2004 y la Ley sobre celebración de tratados, DOF 2/01/1992 en México y el Código Procesal Constitucional de 2004 (art. 115), así como la Ley 27.775, publicada el 7 de julio de 2002 en Perú. En Costa Rica, la norma sobre este asunto está prevista en el Acuerdo de sede entre Costa Rica y la CorteIDH de 10 de septiembre de 1981.

---

<sup>128</sup> Un completo análisis sobre las normas internas que facilitan el cumplimiento de las órdenes interamericanas en: A.A.V.V Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos Aportes para los procesos legislativos. CEJIL, 2009.

Como se observa, casi todos los ordenamientos de la región prevén normas que permiten la integración del derecho internacional de los derechos humanos en los ordenamientos nacionales. Ello explica que las autoridades nacionales se sirvan de dicho ordenamiento ya no sólo porque existe una obligación internacional que así lo requiere sino, sobre todo, porque existe un propósito constitucional que debe cumplirse –la protección de los individuos- y para el cual las normas internacionales son útiles e incluso, son mandatos constitucionales *per se* o son mandatos superiores a las leyes.

En otras palabras, esta incorporación, que termina por irradiar todo el ordenamiento jurídico, hace que los jueces se sientan doblemente obligados por las normas internacionales toda vez que ya no se trata tan solo de evitar generar la responsabilidad internacional del Estado, sino, sobre todo, de dar cumplimiento a los mandatos constitucionales que ubican la protección de los derechos humanos en la lista de prioridades y, con ello, al derecho internacional de los derechos humanos como instrumentalizable.

En suma, tanto a nivel nacional como internacional podemos encontrar razones suficientes para la interacción entre los jueces de protección de ambos niveles. Ahora nos corresponde ver cuáles son las herramientas que, con base en estas normas, estos operadores han usado para dar lugar a dicha interacción.

### **C. Herramientas jurisprudenciales**

Aun cuando los cambios normativos han significado un importante avance hacia la interacción, hemos de reconocer que los grandes pasos en torno a este asunto han venido de la mano de los propios jueces de protección. Ha sido su trabajo, su forma de interpretar dichas normas, la que ha permitido una armonización cada vez mayor entre los dos ordenamientos.

En este punto pretendemos dar cuenta de las herramientas jurisprudenciales que ayudan a articular el trabajo de ambas jurisdicciones. Así pues, estudiaremos, por una parte, la figura del control de convencionalidad creada por el juez interamericano (i) y, por la otra, la herramienta de la interpretación conforme empleada por el juez

constitucional (ii). Tal como hicimos en el acápite anterior, no nos corresponde ahora hacer un análisis de estas figuras ni de su rol en la conformación de la red pues dicho análisis hará parte del segundo acápite de este capítulo. Por el momento daremos cuenta del origen las mismas y de su perfil.

### **a. El control de convencionalidad**

El control de convencionalidad, pese a su larga tradición, es una figura que ha adquirido considerable revuelo en el reciente trabajo del juez regional y los doctrinantes interamericanos. Su aparición explícita responde al deseo de armonización de los ordenamientos nacionales con los estándares regionales; sin embargo su ambiguo desarrollo jurisprudencial ha puesto en tela de juicio, no sin razón, su idoneidad e incluso las posibilidades de su existencia<sup>129</sup>.

Desde nuestro punto de vista, pese a las acertadas críticas -especialmente aquellas dirigidas a la falta de claridad en sus perfiles y alcances- y a la innegable necesidad de ajustes urgentes, esta figura, entendida como un mecanismo de armonización/adecuación, resulta ser una herramienta idónea para el ejercicio del diálogo interjudicial. En vista de que esta es la idea que nos incumbe, a renglón seguido nos limitaremos a explicar a grandes rasgos el perfil general de este mecanismo de interacción, más adelante daremos cuenta de su papel en el diálogo.

El control de convencionalidad es la figura gracias a la cual los jueces estudian la compatibilidad de una norma nacional con las disposiciones interamericanas. En este orden de ideas, este examen le corresponde primariamente a la propia CorteIDH (control concentrado). No obstante, según los más recientes avances jurisprudenciales, su ejercicio también les compete a los jueces nacionales que ejercen control de constitucionalidad o, en general, a cualquier funcionario judicial (control difuso).

---

<sup>129</sup> Castilla, Karlos. “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/13/art/art2.pdf> [18 de agosto de 2013].

En ejercicio de su función de protección en el marco de los procesos contenciosos, la CorteIDH estudia tanto la adecuación del comportamiento de los agentes estatales cuanto del ordenamiento nacional a las obligaciones interamericanas con el objetivo decidir si el Estado ha incurrido o no en responsabilidad internacional y, en consecuencia, determinar las secuelas de la violación (esto es, el alcance de la reparación). Es en este escenario en el que se practica, en estricto sentido, el control de convencionalidad<sup>130</sup>.

En virtud de este ejercicio y en relación con la validez de las normas nacionales, la CorteIDH ha ordenado reformas constitucionales<sup>131</sup>, ha decretado la incompatibilidad de varias leyes<sup>132</sup>, ha pedido la modificación de otras tantas<sup>133</sup> y, ha condicionado la interpretación de algunas más<sup>134</sup>. Se trata pues, de un trabajo *similar* al adelantado por los jueces constitucionales en desarrollo del control de constitucionalidad, sólo que en sede internacional<sup>135</sup>.

Ya en 2003 en su voto razonado en el caso *Mirna Mack Chang c. Honduras* y, con posterioridad, en 2004 en el caso *Tibi c. Ecuador*, así como en 2006 en el caso *López Álvarez c. Honduras*, el juez Sergio García Ramírez usaba la fórmula del control de convencionalidad para referirse a la tarea que adelanta el órgano judicial regional

No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación

---

<sup>130</sup> *Op. Cit*, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Interpretación. p.30

<sup>131</sup> Así ocurrió por ejemplo en el renombrado caso de la Última tentación de Cristo c. Chile en el que el órgano judicial requirió como medida de reparación la reforma constitucional que expulsó del sistema constitucional chileno la norma que permitía la censura previa a cierto tipo de información. Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73

<sup>132</sup> Así, el famoso caso *Barrios Altos c. Perú*, en el que la CorteIDH decretó la nulidad de las normas de amnistía e indulto expedidas durante el gobierno Fujimori. Corte IDH. Caso *Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75

<sup>133</sup> Entre otros se puede ver el caso *Radilla Pacheco c. México* en el que la Corte requirió la reforma al código de justicia penal militar y al código penal. Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209

<sup>134</sup> Esto es lo que se conoce como la modulación de los efectos de las sentencias. Sobre el uso de esta figura en diferentes escenarios constitucionales ver, entre otros: Escobar Martínez, Liliana. “La modulación de las sentencias. Una antigua práctica europea”. *Vniversias* No. 112, 2006

<sup>135</sup> El ex juez García Ramírez así lo manifestó en su voto razonado en el caso *Tibi c. Ecuador*. Corte IDH. Caso *Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114

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*

En este contexto el juez García Ramírez asimilaba la labor de la CorteIDH a la del juez constitucional:

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.<sup>23</sup>

Ahora bien, además de esta competencia radicada en el órgano judicial regional, la propia CorteIDH ha desarrollado la figura del control de convencionalidad no para referirse al trabajo que ella misma adelanta sino para bautizar al control que deben ejercer los jueces nacionales con miras a evitar el uso de todas las normas contrarias al Sistema.

Así, en 2006, con ocasión de su sentencia en el caso *Almonacid Arellano y otros, c. Chile* la CorteIDH decidió hacer suya la figura del control de convencionalidad, aunque con un matiz diferente al propuesto por el juez mexicano. En este caso, el órgano judicial señaló que en atención a las obligaciones convencionales, el poder judicial nacional debe ejercer ‘una especie’ de control de convencionalidad en virtud del cual debe asegurarse la efectividad de las normas de la CADH so pena de comprometer la responsabilidad internacional del Estado.

La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad

internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.

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 porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969<sup>136</sup>.

A renglón seguido, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso c. Perú*, la CorteIDH habló del control de convencionalidad *ex officio*, para referirse al deber que tienen todos los miembros de la judicatura, en el marco de sus competencias e independientemente del requerimiento de las partes procesales, de revisar la compatibilidad entre las normas nacionales y las convencionales, así como de abstenerse de usar aquellas contrarias a los mandatos de la Convención.

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 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*

---

<sup>136</sup> Corte I.D.H., Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

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<sup>137</sup>.

Desde su primer uso en el caso Almonacid, el órgano judicial regional se ha referido al control de convencionalidad en 20 casos contenciosos<sup>138</sup> y algunas otras resoluciones<sup>139</sup>; a lo largo de sus disquisiciones, ha modificado el perfil y los alcances

---

<sup>137</sup> Corte I.D.H., Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

<sup>138</sup> Información a mayo de 2013. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 123 y ss; Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de noviembre de 2006, serie C, núm. 158, párr. 128; Caso La Cantuta vs. Perú, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de noviembre de 2006, serie C, núm. 162, párr. 173. Caso Boyce y otros vs. Barbados, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 de noviembre de 2007, serie C, núm. 169, párr. 79. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 12 de agosto de 2008, serie C, núm. 186, párr. 180. Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, párr. 339. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, excepciones preliminares, fondo y reparaciones, sentencia del 26 de mayo de 2010, serie C, núm. 213, párr. 208, nota 307. Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de agosto de 2010, serie C, núm. 214, párr. 311. Caso Fernández Ortega y otros vs. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de agosto de 2010, serie C, núm. 215, párr. 234. Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2010, serie C, núm. 216, párr. 219. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1o. de septiembre de 2010, serie C, núm. 217, párr. 202. Caso Vélez Loo vs. Panamá, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2010, serie C, núm. 218, párr. 287. Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de noviembre de 2010, serie C, núm. 219, párr. 106. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C, núm. 220, párr. 225. Caso Gelman vs. Uruguay, fondo y reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221, párr. 193. Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párr. 164 y ss. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 226 y ss. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 282 y ss; Corte I.D.H., Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246; Corte IDH., Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260

<sup>139</sup> Como por ejemplo, en la supervisión de cumplimiento de sentencias de los casos Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes, así como en la ampliación de medidas provisionales de éste último. Ver: Corte IDH. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 09 mayo de 2008; Corte IDH. Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 09 mayo de 2008; Corte IDH. Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Ampliación de medidas provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 09 mayo de 2008.

de la figura<sup>140</sup> refiriéndose a ella bien sea como un control similar más no idéntico al adelantado en la sede regional –‘especie de control de convencionalidad’- o, por el contrario, erigiéndolo como una figura independiente con matices y alcances propios. Pese a estas variaciones, su naturaleza es la misma: se trata, en efecto, de un deber radicado en cabeza de los jueces nacionales y en virtud del cual se pretende elevar la efectividad de las normas interamericanas de protección.

Pese a lo ambigua que ha sido la jurisprudencia<sup>141</sup>, tomando en consideración la evolución de esta figura, podemos definir el control de convencionalidad – llamado por algunos, difuso- como la tarea de supervisión y adecuación que todos los jueces nacionales deben ejercer con ocasión de los mandatos previstos en los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH y en virtud del cual ha de asegurarse la compatibilidad de las normas nacionales con los mandatos interamericanos. Como resultado del ejercicio de este control, el funcionario validará o invalidará la norma nacional en cuestión<sup>142</sup>. Veamos cada uno de estos asuntos.

Según la propia CorteIDH, el fundamento de esta figura se encuentra, principalmente, en las obligaciones generales de reconocimiento, respeto y adaptación que, como señalamos líneas arriba, compelen al Estado a que todo su andamiaje normativo e institucional esté acorde con la Convención. Así pues, el Estado debe asegurarse de expulsar de su ordenamiento las normas incompatibles con el Sistema, de

---

<sup>140</sup> En el caso de la Cantuta c. Perú, la CorteIDH reitera su posición respecto del control de convencionalidad ex officio, no obstante, en el caso Boyce y otros c. Barbados y en el caso Heliodoro Portugal c. Panamá la CorteIDH regresa a su postura original al señalar que los jueces nacionales deben ejercer ‘una especie’ de control de convencionalidad. Tras este vaivén de posturas el juez regional ha decidido, desde el caso Radilla Pacheco c. México ha dejado de referirse al control de convencionalidad como una ‘especie de control’ para decantarse por la idea de que se trata de una figura con matices propios.

<sup>141</sup> Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C, núm. 220, párr. 225. Caso Gelman vs. Uruguay, fondo y reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221, párr. 193. Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párr. 164 y ss. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 226 y ss. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 282 y ss.

<sup>142</sup> En palabras de García Ramírez: “De esa verificación, que obviamente implica un ejercicio de interpretación, provendrán determinadas consecuencias jurídicas: sustancialmente, la convalidación o la invalidación (obtenidas por distintos medios y con diferentes denominaciones) del acto jurídico doméstico inconsecuente con el ordenamiento internacional”. *Op. Cit.* García Ramírez, Sergio. p. 128.

ahí que sus funcionarios<sup>143</sup>, en este caso los judiciales, deban hacer lo que está en sus manos para evitar su uso<sup>144</sup>.

Junto a estas disposiciones, está la regla hermenéutica consagrada en el artículo 29 de la Convención, gracias a la cual todos los agentes estatales deben privilegiar la interpretación más adecuada a la protección de los derechos humanos. Gracias a este mandato, el juez nacional debe asegurarse de que las normas o interpretaciones contrarias a la Convención no prevalezcan sobre los mandatos de protección.

Así pues, la suma de estas tres disposiciones –aunadas a los artículos 26 y 27 CV/69-, así como la obligación de asegurar el acceso a la justicia y la existencia de recursos efectivos fundamenta el deber de los funcionarios judiciales contemplado en la figura del control de convencionalidad.

Según el órgano judicial regional, el deber de adelantar dicho control está en cabeza de todos los miembros del poder judicial y el mismo debe ejercerse *ex officio*. En este orden de ideas, aun cuando las partes en el proceso no invoquen el control, el juez, sirviéndose del principio de *iura novit curia* debe ejercerlo<sup>145</sup>.

---

<sup>143</sup> Según Víctor Bazán, la evolución de la jurisprudencia de la CorteIDH respecto de las autoridades obligadas a adelantar el control de convencionalidad puede resumirse así: Para cerrar este segmento, y procurar compendiar la “secuencia creciente de destinatarios involucrados en el deber de desplegar el control de convencionalidad en el ámbito interno, se observa que pueden identificarse hasta el momento los siguientes eslabones: i) Poder Judicial (“Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”); ii) Órganos del Poder Judicial (“Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”); iii) Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (“Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”); y iv) Cualquier autoridad pública y no sólo el Poder Judicial (“Caso Gelman vs. Uruguay”). Bazan, Víctor. “Control de Convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 18, 2° Semestre 2011, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, pp. 63-104

<sup>144</sup> Castilla afirma que no existe fundamento suficiente en la CADH que determine la existencia del control de convencionalidad. Este es quizás un de los pocos asuntos en los que no estamos de acuerdo con su crítica. La lectura conjunta de la CADH permite extraer conclusión contraria *Op. Cit.* Castilla, Karlos. Control interno o difuso de convencionalidad? p. 10

<sup>145</sup> *Op. Cit.* Bazan, Víctor. Control de Convencionalidad: “La aplicación oficiosa del control de convencionalidad, que simboliza una manifestación de la observancia por los jueces locales (y demás autoridades competentes) de la jurisprudencia internacional, puede *inter alia* explicarse – empleando *mutatis mutandi* las palabras de Jimena Quesada– “por una correcta puesta en práctica del principio *iura novit curia*, esto es, cuando el juez interno aplique la jurisprudencia internacional para resolver los casos sobre los que se vea llamado a pronunciarse pese a que las partes procesales no hayan invocado dicha jurisprudencia internacional, que a la postre sea determinante para la resolución de dichos casos [, ya que] la aplicación de las normas internacionales por los jueces nacionales y los demás operadores jurídicos se considera la ‘piedra de toque’ del cumplimiento efectivo del derecho internacional como tal”. p 76

Esto no significa que la intensidad y los efectos del mismo sean iguales en todos los escenarios judiciales. En efecto, tal como ha señalado la propia CorteIDH, los jueces deben adelantar dicha supervisión “en el marco de sus competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”<sup>146</sup> lo que quiere decir que, dependiendo de las competencias asignadas a cada funcionario, el alcance del control puede variar. Esto ha dado lugar, en palabras de Eduardo Ferrer Mac-Gregor a un control de intensidad variada, o mejor, en nuestras palabras, escalonada<sup>147</sup>.

En este orden de ideas, existirían, en palabras de este autor, un grado mínimo, uno intermedio y uno máximo del control. El primero, es el que se limita a adelantar una interpretación conforme, bien sea porque no es necesario expulsar la norma del ordenamiento o porque el juez que ejerce el control no tiene competencia para hacerlo<sup>148</sup>; el segundo es el grado medio de intensidad, que es el que se da cuando de no ser posible la interpretación conforme y pese a que el juez que ejerce el control no tiene la posibilidad de expulsarla del ordenamiento sí que puede abstenerse de usarla para el caso en cuestión; finalmente, está el control de intensidad máxima, esto es el ejercido por los jueces constitucionales quienes al descubrir imposible la interpretación conforme deciden expulsar la norma del ordenamiento jurídico.

---

<sup>146</sup> CorteIDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de noviembre de 2006, serie C, núm. 158, párr. 128

<sup>147</sup> La propia CorteIDH se refirió a la necesidad de “graduar el control en su sentencia en el caso Cabrera García et al c. México. Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220. párr.35.

<sup>148</sup> Intentando buscar remedios a la falta de competencia que algunos jueces tendrían para adelantar el control de convencionalidad, Sagüés señala: “En definitiva, si en un Estado concreto hay jueces inhabilitados por el ordenamiento local para verificar el control de constitucionalidad (y, por ende, en principio, el de convencionalidad), y no existen caminos procesales para remitir la litis a quien sí está autorizado a practicarlo, caben estas alternativas: (i) como ruta más preferible, consumir una reforma, constitucional o legislativa según el caso, para resolver el problema; (ii) mientras ella no se practique, reconocer pretorianamente a todos los jueces aptitud para instrumentar el control de convencionalidad (solución del “control difuso”), o (iii) diseñar –pretorianamente también– un mecanismo de elevación del caso al órgano constitucionalmente programado para operar el control de constitucionalidad. Estas vías pretorianas no resultan anómalas para asegurar el efecto útil (effet utile) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a tenor del art. 2º de la misma”. Sagüés, Néstor. El control de convencionalidad como instrumentos para la elaboración de un ius commune interamericano. Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/25.pdf> [15 de agosto de 2013].

Ahora bien, en caso de lograrse la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma incompatible ¿los efectos de dicha expulsión se contarán a futuro o desde la expedición de dicha norma? En otras palabras, ¿esa expulsión tiene efectos *ex nunc* o *ex tunc*? Aun cuando la jurisprudencia en torno a esta cuestión específica no ha sido ni profusa ni constante pareciera ser que la respuesta, en uno u otro sentido, depende de la naturaleza del caso<sup>149</sup>.

En todo caso, queda claro que bien sea con el alcance de una interpretación conforme o dando lugar a la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico (si es que les está permitido), todos los jueces deben vigilar la compatibilidad entre las normas nacionales y las normas interamericanas, deben asegurar lo que Castilla llama “la garantía de tratados”<sup>150</sup>.

Respecto de esta última cuestión, la CorteIDH ha sido clara en señalar que cuando se refiere a que el parámetro de control son las normas interamericanas ello incluye, por supuesto, a todos los instrumentos del Sistema y a su propia jurisprudencia<sup>151</sup>, comprobándose con ello que el propio órgano judicial regional asume los efectos de cosa interpretada de sus sentencias<sup>152</sup>.

En relación con su propia jurisprudencia, la CorteIDH ha señalado que

[En ejercicio del control de convencionalidad], los jueces y órganos 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<sup>153</sup>

---

<sup>149</sup> Así lo señala Ferrer Mac-Gregor: “pareciera que la intención de la Corte IDH en el momento en que se crea la doctrina del “control difuso de convencionalidad” es que la norma inconventional carezca de efectos jurídicos “desde un inicio”; precedente que siguió reiterando en casos posteriores, especialmente en asuntos relacionados con leyes de autoamnistía o en otros supuestos. Sin embargo, este criterio no ha sido constante por la Corte IDH, y depende del caso concreto. *Op. Cit.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Interpretación conforme, p. 57.

<sup>150</sup> *Op. Cit.* Castilla, Karlos. “¿Control interno o difuso de convencionalidad?”

<sup>151</sup> CorteIDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C, núm. 220, párr. 227. CorteIDH, caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1º de septiembre de 2010, serie C, núm. 217, párr. 199

<sup>152</sup> *Op. Cit.* *Op. Cit.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Interpretación conforme, p. 55 y 56.

<sup>153</sup> Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, supra nota 332, párr. 124; Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, supra nota 30, párr. 219, y Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, supra nota 30, párr. 202.

Para finalizar, como hemos dicho, esta figura no ha estado exenta de críticas. Tal como señala Ruiz-Chiriboga<sup>154</sup> algunas veces se han levantado en contra de la inconsistencia con la que ha sido manejada por el órgano judicial regional, otras rechazan su fundamento o su alcance<sup>155</sup>, algunos más señalan que la CorteIDH excedió sus competencias, otros critican la restricción a la soberanía que ella implica. Como señalábamos líneas arriba, pese a compartir varias de las críticas esbozadas en torno a esta figura y, por lo tanto, a pesar de creer que es necesario puntualizar ciertos aspectos y reformular algunos otros, hemos de advertir que nosotros no creemos que este control implique una afrenta a la soberanía o el ejercicio de competencias *ultra vires*. Por el contrario, creemos que el control de convencionalidad en su versión difusa –llámese así, o de otra forma<sup>156</sup>- es perfectamente compatible –y necesario para- con el ordenamiento interamericano y resulta de suma utilidad para la consecución de sus fines y, como no, para la articulación de su trabajo con los sistemas nacionales (*infra*).

Así por ejemplo, el uso adecuado de este mecanismo de armonización ayuda a acercar la justicia a las víctimas, asegura la economía procesal, evita la responsabilidad internacional del Estado y en últimas asegura la supervivencia del sistema<sup>157</sup> gracias a su doble efecto centralizador-descentralizador en virtud del cual la CorteIDH reivindica su rol como mero agente subsidiario a la par que los jueces nacionales refuerzan su posición como garantes primarios de la protección<sup>158</sup>.

A pesar de estas ventajas, concordamos con aquellos que exigen del juez regional una mayor y mejor argumentación en torno no a su fundamento sino a su alcance y, en general, a sus derroteros. Por ejemplo, es necesario que la propia jurisprudencia aclare

---

<sup>154</sup> Ruiz-Chiriboga, Oswaldo. “The conventionality control: examples of an (un)successful experiences”. *Latin America. Inter-American and European Human Rights Journal*. Vol 3. No. 1-2, 2010.

<sup>155</sup> *Op. Cit.* Castilla, Karlos. “¿Control interno o difuso de convencionalidad?”

<sup>156</sup> Lo importante, ante todo, es entederlo como un ejercicio de armonización obligado por la CADH.

<sup>157</sup> A.A.V.V Justicia constitucional y derechos fundamentales el control de convencionalidad. Nash, Claudio y Bazan, Victor. (eds.) (Santiago, CDH-FKAS, 2012).

<sup>158</sup> Nogueira Alcalá, Humberto. “El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno”, *Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, Vol. 9, Nº 2, 2011.p 31

los matices o, mejor dicho, el escalonamiento de los efectos del control según el juez que lo ejerza. También es importante aclarar si los efectos del mismo han de ser *ex tunc* o *ex nunc* o si esa determinación se toma atendiendo al caso en concreto ha de señalar los lineamientos habrán de guiarla. Igualmente es importante estudiar la respuesta que se ha de asumir cuando el juez nacional ejerce control de convencionalidad pero su respuesta resulta contraria a la opinión de la Corte IDH, en tal evento, ¿estaremos en un escenario de responsabilidad del Estado o no?<sup>159</sup>

Además de estas cuestiones básicas, habrá que esperar al proceso de adaptación de esta figura a los ordenamientos internos y su uso por los jueces nacionales pues de ello dependerá su efectividad y la delimitación de sus contornos. Pueda que para aquellos ordenamientos que contemplan la incorporación de la CADH a nivel constitucional o supra-legal, así como la figura del control difuso de constitucionalidad el uso de la figura no resulte ser un problema pero hay que recordar que no todos los ordenamientos de la región tienen la misma estructura constitucional ni la misma configuración judicial.

## **b. La interpretación conforme**

La figura de la interpretación conforme nació con la intención de evitar que el juez constitucional expulsara normas del ordenamiento jurídico cuando ellas podían ajustarse a la Constitución gracias a un ejercicio hermenéutico<sup>160</sup>. Se trataba pues de escoger la interpretación más favorable al ordenamiento constitucional y, con ello, garantizar la seguridad jurídica y respetar el trabajo del legislador en la mayor medida

---

<sup>159</sup> Una primera discusión sobre este asunto en: Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220

<sup>160</sup> Un sucinto pero completo análisis del origen de esta figura en: Carpio Marcos, Edgar. “Interpretación conforme con la constitución y las sentencias interpretativas (con especial referencia a la experiencia alemana)”, *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2560/10.pdf> [11 de agosto de 2013]. El profesor García de Enterría define este principio en los siguientes términos: “el principio de supremacía de la constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, tanto los generales como los específicos referentes a la materia de la que se trate (...)” García de Enterría, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Thomson-Civitas. Madrid, 2006. 4ta Ed. p. 101.

posible<sup>161</sup>. No obstante, en el campo de los derechos humanos la figura de la interpretación conforme hace alusión al ejercicio hermenéutico exigido a todos los operadores jurídicos y con base en el cuál las normas de derechos humanos deben interpretarse a la luz de las obligaciones internacionales. En palabras de Ferrer Mac-Gregor<sup>162</sup>:

En términos generales, podríamos sintetizarla [la cláusula de interpretación conforme] como la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección.

Como mencionábamos en el acápite anterior, la figura de la interpretación conforme con los tratados de derechos humanos tuvo su origen en la Constitución portuguesa de 1976 (artículo 16<sup>163</sup>) y fue adoptada por el constituyente español de 1978 en el artículo 10.2<sup>164</sup> de la Constitución. Este último texto ha sido el punto de referencia para los ordenamientos latinoamericanos los cuales, no obstante, prevén algunos matices<sup>165</sup>. Aun cuando el alcance de esta figura varía de ordenamiento a ordenamiento, pueden trazarse algunos de sus lineamientos generales.

En primer lugar, respecto de su fundamento: tal como decíamos líneas arriba, algunos de los ordenamientos de la región, contemplan en sus constituciones

---

<sup>161</sup> “Una norma *ha de ser interpretada conforme a la Constitución* cuando existen varias posibilidades interpretativas de las cuales por lo menos una conduce a la *conformidad* de la norma a la *Constitución*, y por lo menos otra, a la *inconstitucionalidad* de la norma. Para este caso el mandato de la interpretación conforme a la Constitución indica que no hay que escoger ninguna de las variantes interpretativas inconstitucionales, sino una de las que son conformes a la Constitución”. Kuhlén, Lothar. *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales* Traducción de Nuria Pastor Muñoz Presentación de Jesús-María Silva Sánchez, Marcial Pons, Madrid, 2012

<sup>162</sup> *Op. Cit.* Ferrer Mac- Gregor, Eduardo. *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad*. p. 358

<sup>163</sup> “1. Los derechos fundamentales consagrados en la Constitución no excluyen cualesquiera otros que consten en las leyes y en las normas aplicables de Derecho internacional. 2. Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos Humanos”

<sup>164</sup> “2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”

<sup>165</sup> Un buen análisis sobre las diferencias de esta figura con el caso mexicano, por ejemplo en: Castilla, Karlos. *La interpretación conforme a tratados de derechos humanos. Una mirada a la experiencia española para el futuro de México*. Disponible en [www.scjn.gob.mx](http://www.scjn.gob.mx) [17 de agosto de 2013].

disposiciones expresas que ordenan el uso de esta figura (México, Perú, Colombia y República Dominicana). No obstante, en la mayoría de los casos, y este es el aspecto que nos importa en este punto, su desarrollo ha sido jurisprudencial.

En este sentido, hemos de decir que los jueces suelen justificar la obligación de interpretar las normas nacionales a la luz de los mandatos internacionales en la existencia de las cláusulas de jerarquía que afirman que los tratados de derechos humanos adquieren rango constitucional o suprallegal. Así ocurrió, por ejemplo en Argentina<sup>166</sup>, Colombia<sup>167</sup> y República Dominicana<sup>168</sup>.

No obstante, existen un par de casos en los que la interpretación conforme se ha llevado a cabo pese a la ausencia de normas sobre jerarquía y justamente con la intención

---

<sup>166</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Caso Ekmekdjian, del 7 de julio de 1992, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Caso Arancibia Clavel, 24 de agosto de 2004; Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, caso Simón, 14 de junio de 2005 .

<sup>167</sup> Corte Constitucional de Colombia Sentencia C- 010 de 2000, Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-406 de 1996, Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-568 de 1999 y Corte Constitucional de Colombia Sentencia T1319 de 2001 entre otras.

<sup>168</sup> Corte Suprema de Justicia de República Dominicana, Caso Meej S.A c. el Estado, sentencia de 6 de abril de 2011

de llenar dicho vacío. Tal es el caso de México<sup>169</sup>, Chile<sup>170</sup>, Perú o Bolivia, por ejemplo<sup>171</sup>.

En segundo lugar, los destinatarios de esta figura son todas las autoridades estatales, especialmente los jueces- toda vez que en ellos radica primordialmente la tarea de interpretación y aplicación del derecho-, quienes deben asegurarse de armonizar las disposiciones nacionales sobre derechos humanos con los compromisos internacionales. No se trata de una imposición del derecho internacional sobre el nacional sino, por el contrario, de un proceso de armonización<sup>172</sup>.

En tercer lugar, dicho trabajo de armonización debe hacerse usando como referencia los tratados de derechos humanos, en general –salvo que la norma especifique

---

<sup>169</sup> En palabras del juez mexicano: “La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país -al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte”. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, TesisP. LXIX/2011(9a.) 160 525 diciembre de 2001

<sup>170</sup> El juez chileno señaló: “Ante varias interpretaciones posibles de la ley, deba considerarse y aplicarse aquella de las interpretaciones que más se ajuste a la Constitución, lo que obliga a los jueces a interpretar sus contenidos de un modo sistemático tal que el resultado de dicha interpretación conduzca al efectivo reconocimiento y salvaguarda de los derechos humanos fundamentales, fuente primaria en que se asienta el orden jurídico. Pilar del principio, en cuanto a la superior salvaguarda de los derechos humanos, se contiene en efecto en el artículo 5° Inciso 2° de la Ley fundamental”. Corte Apelaciones de Santiago, rol No. 28.075-2001. sentencia de 09 de julio de 2001.

<sup>171</sup> Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Perú Expd 00007-2007-PI/TC en el que el juez nacional se sirvió de la jurisprudencia interamericana sentada en el caso Tribunal constitucional c. Perú. El juez chileno también invocó la interpretación *pro personae* (Citando la Opinión consultiva No. 5 de la CorteIDH) para estudiar el asunto de las normas nacionales sobre regulación de la fertilidad. Corte Suprema de Chile, rol 740-2007, sentencia del 18 de abril de 2008. Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia TC N. 1190/01-R de 12 de noviembre de 2001. *Op. Cit.* Ferrer Mac-Gregor, E. Interpretación conforme y control difuso...

<sup>172</sup> *Op. Cit.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad.

alguno o algunos en particular-, así como, según los más avanzados desarrollos de esta figura, la jurisprudencia de los órganos autorizados para su interpretación<sup>173</sup>.

Finalmente, el objetivo último de este ejercicio hermenéutico es asegurar la interpretación más favorable al cometido de protección (*principio pro personae*), sin importar incluso que ello implique darle prioridad a la norma o interpretación de origen internacional<sup>174</sup>. En este sentido, no se trata de rescatar una disposición del ordenamiento, tal como preveía la versión original de esta figura, sino de ajustar el derecho interno para proveer la mayor protección posible a los individuos. En este orden de ideas, las cláusulas nacionales sobre interpretación conforme complementan la regla de interpretación *pro personae* prevista en el artículo 29 de la CADH.

En suma, en las últimas décadas y bien sea en cumplimiento de mandatos constitucionales o con ocasión de sus prácticas reiteradas los jueces nacionales han consolidado el uso de la *interpretación conforme* como herramienta hermenéutica para la solución de los casos dispuestos en sus despachos. La inclusión de esta figura en los ordenamientos de la región ha facilitado el uso del derecho internacional de los derechos humanos por parte de los jueces, por lo tanto ha permitido el diálogo interjudicial lo que ha impulsado la efectividad de la protección al individuo. Ahora bien, lo que en realidad nos interesa demostrar es cómo el uso de esta figura, aunado a la existencia de las cláusulas de jerarquía, al respeto de las obligaciones internacionales de adaptación y

---

<sup>173</sup> "La fuerza vinculante de las decisiones de la [Corte Interamericana] no se limita a sus fallos (que en realidad sólo afectan al Estado que sea parte en un caso), también implica el fundamento o la ratio decidendi de tales decisiones. Además, en el marco de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y en la sección del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], la sentencia es vinculante en ese sentido para el gobierno nacional entero, incluso en aquellos casos en que el Estado peruano no ha sido parte en el caso. En efecto, el poder de la [Corte Interamericana] de interpretar y aplicar la Convención en virtud del artículo 62 (3) de la misma, junto con el mandato contenido en la CDFT (Cuarta Disposición Final y Transitoria) de la Constitución, hace que la interpretación de la Convención en cada caso judicial sea vinculante para todos los órganos de gobierno, incluyendo, naturalmente, esta Corte. [...] El carácter constitucional de la fuerza vinculante, por ejemplo, deriva directamente de la CDFT (Cuarta Disposición Final y Transitoria) de la Constitución, tiene un doble objetivo en cada caso concreto: (a) para reparar, ya que la interpretación del derecho fundamental violado en el luz de las decisiones de la Corte aumenta la posibilidad de proteger en forma adecuada y eficiente, y (b) impedir que, dado que la observación de que evita las consecuencias institucionales dramáticos interpuesto por el [de la Corte Interamericana] juicios desfavorable que, lamentablemente, nuestro Estado tiene demasiado muchas veces. Es deber de esta Corte, y en general de todo el gobierno, para evitar que tal cosa negativa que vuelva a suceder". Tribunal Constitucional del Perú, Expediente N° 2730-06-PA/TC.

<sup>174</sup> Corte Suprema de Chile. Rol 2006-2005, Sentencia del 6 de mayo de 2005.

garantía, a la figura del control de convencionalidad, potencia dicha efectividad toda vez que permite la construcción de una red judicial de protección.

## **2. La red judicial de protección: del diálogo y sus efectos**

El panorama que acabamos de descubrir nos deja ver las diversas piezas de un rompecabezas cuya utilidad, en el contexto de nuestro trabajo, no puede ser medida en términos individuales; es imprescindible juntar todas las partes, articularlas, para así poder apreciar el paisaje que nos ofrecen.

Desde nuestro punto de vista, la suma de cada uno de los elementos descritos conforma un todo que da lugar a un diálogo interjudicial y, con él, a la creación de una red judicial de protección y de un *ius commune* interamericano. En los renglones que siguen, nos encargaremos de dar cuenta de las razones que justifican dicha apreciación. Por una parte, nos ocuparemos de explicar porque estas piezas han de ser comprendidas como un todo que da lugar a un diálogo interjudicial (A), por la otra, presentaremos su contribución a las ideas de red judicial e *ius commune* regional (B).

### **A. De las partes al todo: el alcance del marco normativo y las herramientas jurisprudenciales.**

Hasta el momento hemos presentado en secciones independientes la existencia de un contexto, unas normas y unas herramientas jurisprudenciales tanto a nivel nacional como a nivel internacional. Sin embargo, no nos hemos tomado la molestia de ver cuál es la utilidad de unos y otros en el escenario que planteamos. La decisión de obviar este análisis tiene una razón de ser: desde nuestro punto de vista el alcance tanto de las normas como de las herramientas judiciales está determinado en buena medida por la interacción de unas y otras, así como por su lectura desde el contexto del que se alimentan.

**a. Contexto, normas y herramientas que se alimentan mutuamente en pro de un objetivo común.**

Como pudimos ver, humanización y neo-constitucionalismo son dos fenómenos concomitantes cuyos objetivos y herramientas coinciden en gran parte: así, ambos concuerdan en ver la protección de los derechos humanos como su objetivo primordial, al juez como un actor imprescindible en el proceso de salvaguarda y a la armonización como estrategia esencial para el mismo. Ello explica que las normas y los desarrollos jurisprudenciales que surgen como consecuencia de estos procesos estén tan estrechamente relacionados que exijan una lectura conjunta. Ahora bien, desde nuestro punto de vista, esta lectura conjunta no obedece tan solo a la mera coincidencia de objetivos y herramientas. Se trata, sobre todo, de una articulación imprescindible para lograr la eficacia de los dos ordenamientos involucrados, estos es el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional, por medio de la interacción de los funcionarios judiciales.

Tomemos como punto de partida las normas sobre jerarquía, complementariedad y armonización a nivel nacional. Gracias a estas, los jueces nacionales pueden servirse del derecho internacional como fundamento de sus decisiones o, por lo menos, como referente en el ejercicio hermenéutico que adelantan. Sumado a este marco constitucional de recepción y armonización, se encuentran los artículos 1.1 y 2 de la Convención<sup>175</sup>, así como el artículo 29 de la misma<sup>176</sup>. Estas normas vienen a reforzar las disposiciones nacionales sobre jerarquía e interpretación allí donde ellas existen o a llenar el vacío que deja su ausencia en los ordenamientos que no las contemplan.

---

<sup>175</sup> Tal como lo señala Úbeda de la Torre, el artículo 2 de la CADH empodera al juez nacional. Úbeda de la Torre, A. *The Inter-American Court of Human Rights as an actor of global governance Building up a dialogue of judges in the Americas?* Sin publicar en posesión de la autora.

<sup>176</sup> Como señala García-Sayán, uno de los objetivos centrales de la CADH es la armonización de los dos ordenamientos de protección –prueba de ello son los artículos 1.1, 2 y 29- y una de las vías fundamentales para lograr dicho cometido es el trabajo de los jueces nacionales. De ellos depende la efectividad de la protección nacional, a la luz de los parámetros constitucionales e internacionales y, por lo tanto, la garantía de la naturaleza subsidiaria del mecanismo regional. García-Sayán, D. *Justicia interamericana y tribunales nacionales*. Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/8/art/art5.pdf> [14 de agosto de 2013].

Así pues, los jueces nacionales se sirven del derecho internacional de los derechos humanos como norma constitucional o supra-legal si su ordenamiento se los permite, pero en caso de que no sea así, los funcionarios judiciales pueden alegar que dicha instrumentalización se justifica o bien en las cláusulas de interpretación conforme<sup>177</sup> o en el cumplimiento de un compromiso internacional de garantía o adaptación y/o en la interpretación *pro personae* que están obligados a perseguir<sup>178</sup>. En consecuencia, bien sea por mandato constitucional o en virtud de una obligación internacional, el juez local está llamado a proyectar su trabajo a la luz de las normas regionales; no se trata de una mera cuestión de deferencia sino del estricto cumplimiento de un deber jurídico<sup>179</sup>. De igual forma, dada la importancia que el derecho interno ha adquirido para la eficacia del derecho interamericano y en respeto del principio de subsidiariedad, del margen de apreciación nacional<sup>180</sup>, así como del artículo 29 de la Convención, el juez regional debe preocuparse por reconocer en las normas nacionales datos relevantes para el ejercicio de sus tareas.

Justamente en este contexto de reconocimiento y uso mutuo resulta aún más fácil comprender la relación entre las diferentes normas que hemos presentado en el acápite anterior. Veamos en primer lugar la cuestión de la subsidiariedad. Tal como lo señala

---

<sup>177</sup> En este caso ocurre lo que Nollkaemper señala: "...in cases where an international obligation has not fully been made part of the national legal order, and /or national law does not allow for direct effect of that obligation, consistent interpretation provides a powerful alternative for ensuring the application of international law". Según Nollkaemper 'the rule of law' significa que la concesión, el ejercicio y el control del poder debe hacerse en el marco de lo señalado por el derecho y, en respeto de los derechos humanos. Además, en caso de un desvío de poder la autoridad pública ha de ser responsable. Nollkaemper, André. *National Courts and the international rule of law*. Oxford University Press, 2011. p. 138.

<sup>178</sup> Corte Suprema de Justicia de Panamá, Expdt. 794-07, August 21 2008; Tribunal Constitucional de Bolivia. Expediente No. 2006-13381-27-RAC; Tribunal Constitucional de Bolivia, Expediente 2010-21299-43-AAC; Tribunal Constitucional de Peru. Expediente No. 2730-2006-PA/TC julio 21 de 2006. Tribunal Constitucional del Perú Expediente N.º 2730-2006-PA/TC.

<sup>179</sup> En este sentido, tal como lo señalan Chang y Jiunn-Rong, la constitucionalización de las normas internacionales debido a su incorporación y uso en derechos internos, es lo que facilita la comunicación judicial y, como no, el desarrollo de funciones constitucionales por parte de las normas internacionales. Ambas cosas permiten que el juez nacional sea reconocido como juez de la comunidad transnacional: "(...) This domestic "constitutionalization" process of international norms has facilitated not only judicial conversation with external norms but also –more importantly– constitutional functions of international norms (...) As a consequence, national courts might be seen as common courts of a large, transnational community" Yeh, Jiunn-Rong y Chang, Wen-Chen. *The Emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges and Solutions*. [en línea] disponible, en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1636163](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1636163) [22 de septiembre de 2013] p 101

<sup>180</sup> Sobre el uso de este concepto en el escenario interamericano ver: A.A.V.V. *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*. Acosta, Paola y Nuñez, Manuel (eds.). IJ-UNAM, SLADI. 2012.

Carozza, este principio tiene dos facetas, una negativa y otra positiva<sup>181</sup>. La faceta negativa implica que el mecanismo internacional no se activará si la protección nacional funciona; así pues, cuando los ordenamientos nacionales incorporan el derecho internacional y ello permite que el juez nacional tutele los derechos humanos a la luz de los parámetros regionales, la activación del mecanismo de protección interamericano será excepcional, tal como lo prevé la CADH. En virtud de su faceta positiva el principio conmina a los ordenamientos nacionales y sus agentes a ofrecer mecanismos de protección eficaces, cuestión que está estrechamente relacionada con el cumplimiento de los artículos 1.1, 2, 8, 25 y 29 de la CADH. En este sentido, muchas veces la efectividad del trabajo del juez nacional depende de su articulación con los parámetros interamericanos y, a su vez, la decisión del juez regional en torno a la efectividad de un recurso necesariamente deberá tomar en cuenta las disposiciones de derecho interno y el comportamiento de los funcionarios nacionales<sup>182</sup>. Así lo señala Ferrer, siguiendo a la propia CorteIDH<sup>183</sup>:

Al respecto, la Corte IDH reitera en el caso de *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, que si bien la protección internacional resulta “de

---

<sup>181</sup> Carozza, Paolo. “Subsidiarity as a structural principle of international human rights law”. *American Journal of International Law*, Vol. 93: 38. 2003

<sup>182</sup> Abramovich señala que la Comisión Interamericana, a la hora de decidir si se activa o no el mecanismo regional toma en consideración la actuación de los jueces nacionales para corroborar si se han agotado los recursos internos y si se ha violado o no el derecho de acceso a la justicia. Aun cuando nuestro análisis se limita al contexto judicial, estos ejemplos resultan muy dicentes cuanto al desarrollar dicho trabajo, la Comisión está evaluando el alcance del diálogo entre los jueces nacionales y el juez interamericano, pero, sobre todo, está dando cuenta de la necesidad de tomar en cuenta el mismo para decidir si se activa o el Sistema Interamericano. “En algunos casos la CIDH ha considerado especialmente –en su examen de la aplicación de la Convención en casos particulares– los argumentos desarrollados por los tribunales superiores de los Estados que han aplicado la misma Convención o analizado los mismos asuntos con sus propios parámetros constitucionales. No se trata aquí del reconocimiento de márgenes de deferencia en sentido estricto, sino de la consideración especial de ciertas decisiones de tribunales internos como punto de apoyo o como base de argumentación tenida particularmente en cuenta por la CIDH al realizar su examen del caso. Este tipo de argumentación fundamentada en decisiones de tribunales locales se utilizó, por ejemplo, en el análisis sobre la razonabilidad de leyes internas que imponían restricciones a derechos fundamentales. Lo hizo al considerar razonables argumentos de tribunales locales que determinaron la proporcionalidad de algunas condenas de daños y perjuicios por difamación a fin de determinar si se había violado la libertad de prensa. También al examinar una decisión de un tribunal nacional sobre la razonabilidad de una reforma del sistema de seguridad social, a fin de determinar si esa reforma cumplía con parámetros de proporcionalidad y progresividad y si, por lo tanto, existían restricciones legítimas de los derechos sociales”. Abramovich, Víctor. “Autonomía y subsidiaridad. El Sistema interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales”. *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Garvito, César (ed.) Siglo Veintiuno Editores, 2011.

<sup>183</sup> *Op. Cit.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. p. 422.

naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”, como se expresa en el “Preámbulo” de la CADH (principio de subsidiariedad que también ha sido reconocido desde el inicio de su propia jurisprudencia), lo cierto es que para poder realizar un análisis valorativo del cumplimiento de determinadas obligaciones internacionales “existe una intrínseca interrelación entre el análisis del derecho internacional y de derecho interno” [Caso Cabrera c. México, 2010, párr. 16]. Esta “interacción” se convierte, en realidad, en una “viva interacción” con intensos vasos comunicantes que propician el “diálogo jurisprudencial”, en la medida en que ambas jurisdicciones (la doméstica y la internacional) necesariamente deben atender a la normativa “nacional” y a la “convencional” en determinados supuestos. Así sucede, en vía de ejemplo, con la valoración sobre la legalidad de una detención. La actuación de los órganos nacionales (incluidos los jueces), además de aplicar la normativa que los rige en sede doméstica, tienen la obligación de seguir los lineamientos y pautas de aquellos pactos internacionales que el Estado, en uso de su soberanía, reconoció expresamente, y cuyo compromiso internacional asumió.

En este contexto, tanto jueces nacionales como regionales interactúan no sólo para determinar lo que ha de entenderse por recurso efectivo, sino, sobre todo, con miras a erigirse ellos mismos como agentes de dichos recursos. En otras palabras, el derecho de acceso a la justicia, cuyo fundamento se encuentra en los artículos 1.1, 2, 8 y 25 de la CADH<sup>184</sup> y el cual halla refuerzo en las pautas constitucionales y procesales, resulta estar estrechamente vinculado con el principio de subsidiariedad. Esta interacción, además, encuentra refuerzo en las normas sobre jerarquía e interpretación, así como en las obligaciones de reconocimiento, garantía y adaptación que, por lo demás, son fundamento del control de convencionalidad y de la interpretación conforme.

Además de esto, la interacción también tiene lugar cuando es necesario determinar la existencia de una violación o para perfilar el contenido y alcance de un derecho particular. Así, los jueces nacionales pueden servirse de las normas y jurisprudencia interamericanas para cumplir su labor de protección sirviéndose de cualquiera de las cláusulas que señalamos arriba y en cumplimiento de las obligaciones previstas en la CADH, o los jueces interamericanos pueden echar mano del derecho y la jurisprudencia nacional siempre que ellos ofrezcan herramientas para lograr la interpretación más útil a la protección, según lo prevee el artículo 29 CADH.

---

<sup>184</sup> Op. Cti, Acosta Alvarado, Paola. El derecho de acceso a la justicia

El otro momento para la interacción de interacción lo vemos con ocasión del cumplimiento de las sentencias interamericanas. La existencia de normas puente, y en general las normas nacionales relacionadas con el cumplimiento de sentencias judiciales internacionales, son la contraparte de lo previsto en los artículos 63, 65 y 68 de la Convención<sup>185</sup>. Unas y otras se articulan para asegurar la efectividad de la protección interamericana; así, en última instancia, el alcance de la tutela internacional resulta estar estrechamente relacionado con lo previsto por los derechos nacionales<sup>186</sup>. El juez interamericano emite una serie de órdenes según lo previsto en el artículo 63 CADH; una vez dichas órdenes son emitidas, el juez nacional debe cumplirlas según lo estipula el artículo 65 CADH y los diversos mandatos constitucionales; para hacerlo se sirve de las normas nacionales que estipulan el procedimiento para el cumplimiento; finalmente, durante la etapa de supervisión del cumplimiento de sentencias, en virtud de lo dispuesto por el artículo 68 CADH, el juez regional toma en consideración las respuestas de los jueces nacionales y, si es del caso, las replica<sup>187</sup>.

Como se observa, los jueces interactúan, principal aunque no exclusivamente, para asegurar la idoneidad de los mecanismos de protección o para determinar su procedencia, para establecer la existencia de una violación o para dar cumplimiento a las órdenes de tutela<sup>188</sup>. Justamente en el marco de este contexto normativo articulado surgen las herramientas judiciales que coadyuvan con la interacción de los dos ordenamientos: el control de convencionalidad y la interpretación conforme, ambas

---

<sup>185</sup> Tal como señala Úbeda de la Torre, la forma como está diseñado el trámite de supervisión de cumplimiento de sentencias –y en nuestra opinión el tipo de órdenes que da la CorteIDH– es una de las características especiales del sistema que ayuda en la construcción de lo que ella denomina un diálogo circular, entre los jueces nacionales y el juez interamericano. *Op. Cit.* Úbeda de la Torre, A. The Interamerican Court.

<sup>186</sup> En este sentido, creemos junto con Laura Helfer que el “arraigo” (embeddedness) del derecho internacional, especialmente de la jurisprudencia de un tribunal internacional, en el derecho nacional es fundamental para el éxito del sistema de protección. Helfer, Laurence R. “Redesigning the European court of human rights: Embeddedness as a deep structural principle of the European human rights regime”, *The European Journal of International Law*, Vol. 19, N° 1, 2008

<sup>187</sup> CorteIDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 20 de marzo de 2013, párr. 76-88; CorteIDH, Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, de 21 de Mayo de 2013. Parr. 30

<sup>188</sup> Dulitzky hace alusión a estas momentos de encuentro entre los jueces: Dulitzky, Ariel. “La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales: estudio comparado. *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Abregú, Martín y Courtis Chirstian. Comp. CELS. 2000 p 56 y 57.

como escalones diferentes de un mismo proceso de armonización<sup>189</sup>. Así, los funcionarios judiciales se encuentran obligados, a procurar la interpretación más favorable a los derechos humanos (interpretación conforme, bien sea en virtud de una cláusula constitucional que así lo disponga o de los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH<sup>190</sup>). En caso de no lograr esa interpretación y, según sus propias competencias, deberán bien abstenerse de usar la norma bien expulsarla del ordenamiento jurídico (control de constitucionalidad/convencionalidad). Se trata, en todo caso, de ejercicios de armonización que, con efectos diferentes, procuran la protección efectiva de los derechos humanos<sup>191</sup>. En aquellos escenarios en los que las normas interamericanas han adquirido un rango constitucional o supralegal, el bloque de convencionalidad se subsume en el bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, el ejercicio de todo control de constitucionalidad, resulta ser, a su vez, un ejercicio de control de convencionalidad (o viceversa)<sup>192</sup>. En los eventos en que dicha incorporación no se ha dado, los mandatos

---

<sup>189</sup> Usando la expresión de García Ramírez, estas herramientas (él se refiere específicamente al control de convencionalidad) se insertan en el contexto de recepción del DIDH producido gracias a la existencia de varios *puentes* así el constitucional, el legal, el político y el cultural. Nosotros nos hemos referido a los dos primeros pero creemos que todos son interdependientes. Ver. *Op. Cit* García Ramírez. El control judicial interno de convencionalidad. p. 132. Por su parte Javier García Roca, en el Prólogo al libro de Vergottini sobre diálogo judicial aclara que el control de convencionalidad es “una forma de diálogo constructivo”. De Vergottini, Giuseppe. Más allá del diálogo entre tribunales, comparación y relación entre jurisdicciones. Civitas, 2011. p. 21.

<sup>190</sup> Tal como señala Sagüés, con ocasión del control de convencionalidad: “De aquí en más ya no son libres de descifrar esos derechos a su independiente leal saber y entender, sino que deben comprenderlos con el significado que hasta ahora les ha dado, y les dará en el futuro la Corte Interamericana. Asimismo, tendrán que “leer” los derechos constitucionales locales en consonancia con esas directrices”. *Op. Cit.* Sagüés, Néstor. El control de convencionalidad. Según señaló García-Sayán en su voto concurrente emitido en el “Caso Cepeda Vargas vs. Colombia”, “...los tribunales nacionales están llamados a cumplir un papel crucial por ser uno de los vehículos principales para que el Estado pueda traducir en el orden interno las obligaciones contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, aplicándolos en su jurisprudencia y accionar cotidianos. Ciertamente no sólo deben garantizar los derechos asegurando la efectividad de los recursos judiciales internos, sino que, además, deben poner en práctica las decisiones vinculantes de la Corte Interamericana que interpretan y definen las normas y estándares internacionales de protección de los derechos humanos”. Corte IDH, Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213. Voto concurrente del Juez García-Sayán. párr. 30

<sup>191</sup> En todo caso, vale la pena aclarar que este deber de procurar la interpretación más favorable a la protección de los individuos no significa que los Estados no puedan, bajo ciertas condiciones específicas y según lo previsto por el derecho nacional e internacional, limitar o condicionar el ejercicio de ciertos derechos. Piénsese por ejemplo en aquellos casos en los que resulta imprescindible limitar el ejercicio de un derecho por cuestiones de seguridad nacional u orden público. Corte I.D.H., El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8; Corte I.D.H., Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

<sup>192</sup> Así lo ha reconocido la propia Corte IDH “la pretensión de oponer el deber de los tribunales internos de realizar el control de constitucionalidad al control de convencionalidad que ejerce la Corte, es en realidad un falso dilema, pues una vez que el Estado ha ratificado el tratado internacional y reconocido

interamericanos que obligan a la ejecución del control de convencionalidad determinan el ejercicio y los perfiles de dicho control.

En otras palabras, bien sea por mandato nacional o internacional el funcionario judicial está llamado a efectuar un ejercicio de armonización o como lo denomina Espósito “una interpretación constitucional del derecho internacional”<sup>193</sup>, -que no es lo mismo que un ejercicio de derecho comparado,- ya sea que este termine o no en la expulsión de una norma del ordenamiento jurídico. La eficacia y los alcances de dicho proceso de armonización están determinados por las normas de jerarquía e interpretación, así como por el marco sobre la estructura y las competencias de la judicatura nacional; y su éxito determina, a la vez, la garantía de un recurso efectivo y, por lo tanto, del derecho de acceso a la justicia, lo que en última instancia, como hemos dicho, condiciona la activación del mecanismo regional.

Finalmente, en el marco de estos ejercicios de adaptación hermenéutica cuyo objetivo principal es asegurar el efecto útil (art. 29 CADH) de las normas – constitucionales e internacionales- de protección, los jueces interamericanos, como parte de la cadena de salvaguarda, también deben hacer un ejercicio de ponderación que

---

la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquéllos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria”. CorteIDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 20 de marzo de 2013, párr. 88

<sup>193</sup> “La teoría de la interpretación constitucional no excluye esta práctica comparativa, más bien al contrario, la fomenta. Sin embargo, no son iguales, en la medida en que la teoría de la interpretación constitucional del derecho internacional no se refiere al derecho extranjero sino al derecho internacional vinculante, sea convencional o consuetudinario, y es más fuerte que la práctica comparativa porque no se limita a la utilización de derecho externo para influir las decisiones internas, sino que propone una manera particular de interpretar las normas de derecho internacional en los tribunales nacionales y en especial en la CSJ. La interpretación constitucional del derecho internacional adoptaría esta idea no sólo porque las condiciones de acceso al conocimiento comparado hacen posible esa práctica, sino porque apoya una lectura progresista de la constitución donde los derechos humanos funcionen como un factor de conexión esencial entre las sociedades nacionales, como el cemento de la sociedad internacional. En concreto la práctica consistiría en tomar en serio el contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales como un estándar mínimo de interpretación teniendo en cuenta tanto el derecho constitucional interno como el derecho internacional”. Espósito, Carlos. “La interpretación constitucional de las normas internacionales”. *La Constitución en 2020. 48 ideas para una sociedad igualitaria*. Roberto Gargarella, Coord. Siglo XXI Editores. 2011. García Roca usa esta misma expresión para referirse a la tarea que adelanta, ya no el juez nacional, sino el juez regional europeo. García Roca, Javier. “La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Nº. 5, 2006 , págs. 139-182

garantice la interpretación más favorable, aun cuando ello signifique servirse de las interpretaciones de los jueces nacionales<sup>194</sup>.

En suma, las normas expuestas deben leerse en conjunto no sólo porque todas ellas persiguen un objetivo común y, por lo tanto, su articulación resulta práctica sino, sobre todo, porque las obligaciones jurídicas que se desprenden de ellas así lo exigen. Esta lectura permite la reformulación de las relaciones entre los ordenamientos en cuestión y da lugar a las diversas herramientas de armonización. Dichos cambios permiten, por una parte, que los jueces nacionales se comporten como agentes de un mandato internacional<sup>195</sup> (actores internacionales) en la misma medida en que los jueces regionales se erigen como agentes de objetivos constitucionales (entendidos estos en un doble sentido: desde el punto de vista de los ordenamientos nacionales y desde el punto de vista de la constitucionalización del derecho internacional *infra* Cap. II.2)<sup>196</sup> y, por la

---

<sup>194</sup> Piénsese por ejemplo, en el uso de la jurisprudencia nacional por parte del juez interamericano para ampliar los alcances de los artículos 21 y 22 de la Convención con miras a proteger la propiedad colectivas de las comunidades indígenas o a la población desplazada por la violencia, respectivamente. Al respecto ver los ejemplos referidos en este mismo Capítulo secciones 2.A.a o 2.C.a

<sup>195</sup> Lo que no quiere decir, sin embargo, que dejen de ser primordialmente actores estatales cuyo comportamiento compromete la responsabilidad internacional del Estado. Sobre la idea de los jueces nacionales como garantes de intereses de la comunidad internacional, ver Espósito, Carlos y Nicolás Carrillo Santarelli, “Los jueces nacionales como garantes de bienes jurídicos humanitarios” *Revista Española de Derecho Internacional. REDI*, Universidad Autónoma de Madrid, Vol. LXIII, 2011. En este mismo sentido: Carrillo Santarelli, Nicolás. “Enhanced multi-level protection of human dignity in a globalized context through humanitarian global legal goods”, *Global Legal Goods Working Paper*, Universidad Autónoma de Madrid, N° 2, 2011. En palabras de este autor: “From a subjective point of view, a disaggregated analysis of the State may equally show that State agents ought to operate as protectors of legal goods of an international origin or nature that find accommodation in State legal systems, becoming guarantors of the norms that embody those legal goods, a phenomenon that has increased nowadays due to instances of domestic protection of common international norms and values, through universal jurisdiction or the enforcement of *erga omnes* obligations, among other situations (...)”. Sobre este asunto ver, también: Waters, Melissa A. “Mediating norms and identity: the role of transnational judicial dialogue in creating and enforcing international law”, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 93, N° 2, enero, 2005. Waters, Melissa A. “Judicial dialogue in roper: signaling the court’s emergence as a transnational legal actor? a response to profesor”, *Legal Studies Research Paper Series*, NO. 11-06-02, Universidad de St. Louis, Washington, junio, 2011. Del Toro señala que el juez actúa como un agente del derecho internacional porque está obligado y porque están mejor ubicados para cumplir dicho mandato. *Op. Cit*, Del Toro, Mauricio. El diálogo interjudicial entre las jurisdicciones constitucionales y los tribunales internacionales de derechos humanos. Tal como lo señala Pastor Ridruejo, siguiendo a Scelle, los jueces nacionales actúan como agentes del derecho internacional por el desdoblamiento funcional. *Op Cit*, Pastor Ridruejo, Jose Antonio. Curso de derecho Internacional. p. 167. Helfer y Slaughter también se refieren a la idea de que las autoridades nacionales operan a nivel doméstico e internacional ejerciendo autoridad para implementar las obligaciones internacionales. *Op. Cit*. Helfer, Laurence Slaughter, Anne.Maire. Toward a theory. *Op. Cit*. Yeh, Jiunn-Rong y Chang, Wen-Chen. The Emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges and Solutions. [en línea] disponible, en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1636163](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1636163) [22 de septiembre de 2013]. p. 101.

<sup>196</sup> Aun cuando esta afirmación se desarrollará mejor en el segundo capítulo de este trabajo, por ahora vale la pena aclarar que cuando nos referimos a funciones u objetivos constitucionales, lo hacemos

otra, a que unos y otros se articulen para poder asegurar la eficacia de los dos ordenamientos.

Como consecuencia de este nuevo paradigma de comportamiento, los jueces nacionales e internacionales han entablado un diálogo interjudicial que, como veremos, es al mismo tiempo resultado y herramienta del proceso de armonización.

## **b. Las pruebas del diálogo judicial**

La idea del diálogo interjudicial surge con ocasión de los estudios de derecho comparado; con ella se pretende describir el creciente uso de la jurisprudencia extranjera e internacional por parte de los jueces como referente para justificar o reforzar sus decisiones<sup>197</sup>.

En derecho internacional, los estudios más completos sobre este asunto parten, entre otros, de las bases sentadas por A.M Slaughter quien afirma que uno de los más importantes fenómenos experimentados recientemente en el escenario internacional es la globalización judicial. De acuerdo con esta idea, existe una creciente interacción – formal e informal- entre los funcionarios judiciales de todos los niveles y escenarios, gracias a la cual se está configurando una comunidad global de jueces –o en palabras de Martínez un sistema judicial internacional<sup>198</sup>- que busca respuestas comunes ante los problemas comunes. La herramienta principal de este fenómeno es el diálogo entre los jueces<sup>199</sup>, que según Slaughter es de tres tipos –vertical: entre jueces nacionales e

---

desde una doble perspectiva: desde el ámbito del derecho nacional, esto es, en relación con el ordenamiento constitucional nacional y, desde el ámbito internacional, es decir, en el marco del proceso de constitucionalización del derecho internacional (*infra* CAp. II.)

<sup>197</sup> Entre otros ver Ahdiej, Robert. “Between Dialogue and Decree: International Review of National Courts”. *New York Law Review*, No. 79, 2004; Waters, Melissa. “Justice Scalia on the Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation: Unidirectional Monologue or Co-constitutive Dialogue?” *Tulsa Journal of comparative and international law*, No. 12, 2004; Fontana, David. “The Next Generation of Transnational/Domestic Constitutional Law Scholarship: A Reply to Professor Tushnet”. *Loyola Law review*, No.38, 2004.

<sup>198</sup> Martínez, Jenny S. “Towards an international judicial system”, *Stanford Law Review*, Vol. 56, noviembre, 2003.

<sup>199</sup> Según la autora, ya no se trata de una mera deferencia o de la simple recepción., hay un diálogo en estricto sentido. Slaughter, *Op. Cit.* Anne-Marie. “A Global Community of Courts”. Al respecto Burke-White señala: As judges engage in this dialogue, however, they will be required to develop new understandings of comity that go beyond deference to foreign laws and interests. Slaughter terms this “positive comity,” which “mandates a move from deference to dialogue.”<sup>45</sup> Such judicial comity would

internacionales, horizontal: entre jueces nacionales de diferentes Estados y mixta: entre jueces de uno y otro escenario<sup>200</sup>.

Desde nuestro punto de vista, lo que la profesora estadounidense y otros autores<sup>201</sup> han caracterizado en términos genéricos como diálogo judicial es mejor comprendido en la idea más amplia de comunicación interjudicial, tal como lo señala Bustos<sup>202</sup>. La comunicación interjudicial es un fenómeno que responde a la creciente

---

include “respect for foreign courts *qua* courts, rather than simply as the face of a foreign government.”<sup>46</sup> Positive comity will require judges to develop a set of shared understandings and principles regarding when to defer to the adjudicatory mechanisms of other states and international institutions. Some criteria to consider in developing this doctrine may include not only the relative weight of national interests at stake, but also the fairness and independence of the courts concerned, the democratic legitimacy of the foreign government and the relative competencies of the tribunals in question. Such an expanded doctrine of comity may well hold the key to avoiding the pitfalls of opposing obligations and conflicting judgments”. *Op. Cit* Burke-White, William W. “International legal pluralism”, p 974; Azuero, por ejemplo, señala que “esta ‘dinámica de intercambio’, que permite la emisión y recepción de conocimientos –‘el viaje del derecho de un lugar a otro’-, encuentra su origen, más no su plena explicación en las obligaciones jurídicas. Como lo señala Azuero existen un sinnúmero de factores extra legales que permiten el surgimiento del diálogo interjudicial y su consolidación. En consecuencia, podemos decir que el diálogo es una figura tanto jurídica como social cuya manifestación no se reduce a la citación mutua sino que se extiende también a las vías informales de interacción (de ahí la distinción entre diálogo formal –o fuerte- y diálogo informal- o débil-) que inciden en la forma de pensar de los jueces (infra). Al respecto ver, entre otros: Azuero Quijano, Alejandra. “Redes de diálogo judicial transnacional: Una aproximación empírica al caso de la Corte Constitucional”, *Revista de Derecho Público Universidad de los Andes*, N° 22, febrero, 2009. Entre otros estudios sobre este asunto: *Op. Cit.* Camerlengo, Quirino. *Dialogue among courts : towards a cosmopolitan constitutional law.* *Op. Cit.* Waters, Melissa A. “The future of transnational judicial dialogue”; *Op. Cit.* Waters, Melissa A. “Creeping monism: the judicial trend toward interpretive incorporation of human rights treaties”, *Op. Cit.* Waters, Melissa A. “Mediating norms and identity: the role of transnational judicial dialogue in creating and enforcing international law”; *Op. Cit.* Waters, Melissa A. “Judicial dialogue in roper: signaling the court’s emergence as a transnational legal actor? a response to profesor”; *Op. Cit.* Waters, Melissa A. “Using human rights treaties to resolve ambiguity: the advent of a rights-conscious *charming betsy canon*”, *Victoria University Wellington Law Review*, Vol. 38, 2007.

<sup>200</sup> Slaughter, Anne-Marie. “A Typology of transnational communication. *International law decisions in national courts*”. Thomas Franck. Ed. Transnational Publishers 1996. P- 37-69. En otro ensayo la autora habla de cinco escenarios diferentes: “This essay sets forth five different categories of judicial interaction: relations between national courts and the European Court of Justice (ECJ) in the European Union (EU); interactions between the European Court of Human Rights and national courts; the emergence of “judicial comity” in transnational litigation; constitutional crossfertilization; and face-to-face meetings among judges around the world”. Slaughter, Anne-Marie. “Judicial Globalization”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 40, 2000. Según la autora, dicho diálogo cumple, entre otras, las siguientes funciones: coadyuvar en la implementación del derecho internacional en el derecho interno, influir en el cumplimiento de los derechos humanos en otros Estados, difundir las ideas que ayudan a la construcción de un discurso plural que ayude a la universalización de dichos derechos, permitir la deliberación colectiva de respuestas comunes a los problemas comunes ayudando con ello a la construcción de un orden público global. Ver: Slaughter, A.M. A Global community of courts. En 44 *Harv. Int’l L.J.* 191 2003. Otra clasificación (que no compartimos) de las variaciones del diálogo interjudicial en Rosas, Allan. “The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue”. *European Journal of Legal Studies*. Vol 1. No. 2.

<sup>201</sup> **Supra nota 197 y 198.**

<sup>202</sup> Bustos Gisbert, Rafael. “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 95, mayo-agosto, pp. 13-63, 2012.

interdependencia entre ordenamientos jurídicos y a la necesidad de asegurar su convivencia, así como a la tarea de buscar respuestas comunes a problemas comunes. Como señala Bustos, esta comunicación puede variar según su forma (explícita e implícita), intensidad (ad exemplum, a fortiori, ad ostentationem, as autoritactis, ex lege), estructura (verticales, semi-verticales, superpuestos, horizontales) y grado de reciprocidad (monólogos, diálogos intermedios o diálogos en estricto sentido)<sup>203</sup>.

Dentro de esta amplia categoría de comunicación transjudicial, se encuentra la figura específica que nos interesa: el diálogo. El diálogo<sup>204</sup> da cuenta de algo más que la migración de las ideas<sup>205</sup> de un escenario judicial a otro<sup>206</sup>. Se trata de un tipo particular de comunicación transjudicial que implica la existencia de un marco normativo común y de objetivos comunes y el pleno convencimiento por parte de los interlocutores de que la comunicación resulta indispensable e incluso mandatoria. En opinión de Bustos<sup>207</sup>, para que el ejercicio comunicativo sea entendido como diálogo ha de tratarse de un proceso deliberativo<sup>208</sup> basado en el mutuo reconocimiento (implícito o explícito) del otro como interlocutor válido<sup>209</sup>. Así, en sus palabras, el diálogo se define como

---

<sup>203</sup> *Op. Cit.* Bustos Gisbert, Rafael. XV proposiciones generales, p 18 y 19

<sup>204</sup> García Roca es de la Opinión que la definición de este término debe ser lo más amplia posible. Sobre este asunto ver, entre otros, García Roca, Javier. “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012; Torres Pérez, Aida. *Conflicts of rights in the European Union, a thoery of supranational adjudication*. Oxford University Press, 2009.

<sup>205</sup> La migración de ideas se refiere al uso indiscriminado y no obligatorio de la jurisprudencia foránea por parte de los jueces de diversos sistemas, entre quienes no existe vínculo formal. Sobre este tema ver: Choudry, Susan. *The migration of constitutional ideas*. Cambridge University Press, 2011

<sup>206</sup> El hablar de diálogo y no de migración nos permite superar la discusión respecto de si los ordenamientos jurídicos autorizan o no el uso de jurisprudencia foránea e internacional, y respecto de si dicho uso es conveniente o no. Esto, a su vez, nos ayuda a pensar en la necesidad de crear reglas y objetivos claros para la interacción judicial. Sobre la distinción entre diálogo y uso del derecho extranjero o la comparación ver *Op. Cit.* De Vergottini, Giuseppe.

<sup>207</sup> *Op. Cit.* Bustos Gisbert, Rafael. XV proposiciones generales

<sup>208</sup> “A Este respecto no podemos sino compartir con Torres que el diálogo judicial descrito asume la forma de un proceso deliberativo o, en los términos de Slaughter, una forma de *deliberación colectiva*. Esto es, un proceso de adopción de decisiones mediante la confrontación pública de las posiciones respectivas que finaliza con la adopción de una solución compartida. No se trataría, pues, en los términos de Tremblay, de una mera *conversación*, sino de una auténtica *deliberación* dado el carácter necesario que reviste” *Op. Cit.* Bustos Gisbert, Rafael. XV proposiciones generales, p 37

<sup>209</sup> “El panorama descrito es, pues, de *geometría variable*. Para que exista diálogo debe reconocerse al sujeto (y al ordenamiento) con el que se dialoga. Tal reconocimiento puede derivar de normas expresas directas de naturaleza constitucional (de uno u otro ordenamiento o de ambos); de vinculaciones jurídicas indirectas; o incluso de la peculiar posición de autoridad interpretativa adquirida a lo largo del tiempo por concretos tribunales en el ejercicio de sus funciones”. *Op. Cit.* Bustos Gisbert, Rafael. XV proposiciones generales, p 35

(...) la comunicación entre tribunales derivada de una obligación de tener en cuenta la jurisprudencia de otro tribunal (extranjero o ajeno al propio ordenamiento jurídico) para aplicar el propio Derecho.

De acuerdo con Bustos, este proceso se ve facilitado por la existencia de normas de conexión material y de diversos cauces procesales ya existentes o en desarrollo. En su opinión el diálogo puede tener una estructura vertical u horizontal y puede darse de forma explícita o implícita<sup>210</sup>.

En suma, el diálogo puede ser comprendido como el proceso comunicativo que surge de la necesidad de articulación con miras a la conquista de un objetivo común<sup>211</sup>. Así, habrá diálogo cuando los jueces, partiendo de un marco normativo común cuya efectividad requiere de su articulación, reconocen en el otro un interlocutor válido cuyo trabajo aparece como una herramienta indispensable para el quehacer propio. En este sentido, además de la caracterización hecha por Bustos, la recepción de jurisprudencia con rango de autoridad también es comprendida como diálogo<sup>212</sup>.

---

<sup>210</sup> *Op. Cit.* Bustos Gisbert, Rafael. XV proposiciones generales

<sup>211</sup> “Dialogue as deliberation is very different: it is aimed at a specific purpose. It aims at reaching a common agreement, at solving problems collectively and determining collectively which opinion or solution is right or best. Conditions for such dialogue are threefold. First, the participants must recognize each other as equal partners, and are equally entitled to put forward their views, to make proposals, to defend particular options and to take part in the final decision. No hierarchy must confer in advance on one or more of the participants the authority to settle the disagreements. Second, deliberative dialogues must consist in a process of rational persuasion, not coercion, with all partners being open to critical analysis of their views, and none imposing their views on the others. Third, this type of dialogue aims at achieving an end result, and hence participants must justify their positions, in order to defend their position and convince the others. Of course, there are situations where no agreement can be found, and partners must agree to disagree, or compromise. These three conditions could be termed equality, rationality and reasoned agreement. Now, dialogue as conversation implies a conversation with no real goal in mind, no specific purpose”. Claes, Monica; Maartje de Visser. “Are you networked yet? On dialogues in European judicial networks”, *Utrecht Law Review*, Volume 8, N° 2, mayo, 2012.p 103 Según Camerlengo, el diálogo ayuda a reducir tensiones entre los diferentes ordenamientos y sus diversos componentes y ayuda a la protección de los derechos humanos. Camerlengo, Quirino. *Dialogue among courts: towards a cosmopolitan constitutional law*, t. VIII, Vol. 75, Milán, Pavia: Pavia University Press, 2012, pp. 1 a 77.

<sup>212</sup> Nogueira Alcalá usa la siguiente definición: “(...) Si se utilizara en forma precisa, el vocablo diálogo implica bidireccionalidad en oposición a monólogo y fertilización cruzada del uso del derecho, vale decir, un intercambio de argumentos de ambas partes, lo que implica necesariamente un conocimiento cabal de los fallos del otro, dicho diálogo no necesariamente implica siempre acuerdos en enfoques y soluciones, sino que también implica reconocer diferencias contextuales, orgánicas y normativas. Dicho diálogo implicará migración de principios o razonamientos considerados válidos de un tribunal a otro(...) Dicho diálogo entre jueces y tribunales implica una forma de intercambio directo de argumentos entre jueces y cortes en el ejercicio de su función jurisdiccional, integrándose en las relaciones entre las jurisprudencias de los diversos tribunales y cortes. El diálogo jurisdiccional constituye así el procedimiento a través del cual diversos tribunales intercambian razonamientos, interpretaciones y soluciones adoptadas (...) Nogueira Alcalá, Humberto. “El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno”, *Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, Vol. 9, N° 2, 2011. p 23 y 24

Atendiendo a este marco teórico, desde nuestro punto de vista, en el contexto que venimos describiendo, en el escenario interamericano se adelanta un diálogo de naturaleza formal y vertical<sup>213</sup>, esto es, un uso mutuo de las normas y la jurisprudencia como resultado de la plena convicción que tienen tanto los jueces nacionales como el juez regional de que existe un objetivo compartido y un marco jurídico de referencia común que debe leerse conjuntamente y que los obliga a articularse<sup>214</sup>. Siguiendo la clasificación propuesta por Nogueira Alcalá, este diálogo puede dar lugar a seis tipos diferentes de interpretación: 1) extensiva, 2) innovadora, 3) correctiva, 4) receptiva, 5) neutralizadora, y 6) discordante<sup>215</sup>.

---

<sup>213</sup> O como señala Burgorgue Larsen “diálogo jurisdiccional vertical o regulado”. Burgorgue-Larsen, Laurence. “La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial”. *Asociación de Constitucionalistas españoles. El derecho constitucional europeo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010. Al respecto la distinción de Nogueira sobre las diversas clases de diálogo: “En materia de diálogos jurisdiccionales puede distinguirse los diálogos realizados entre jueces, tribunales y cortes que no se encuentran vinculados por el orden jurídico nacional ni internacional o supranacional, que se denomina como diálogo horizontal, el cual se diferencia de los diálogos verticales, donde el uso del razonamiento, argumentación o interpretación existente en un determinado fallo o precedente jurisprudencial debe necesariamente ser tenido en consideración por otros tribunales en virtud de una vinculación jurídica que determina la obligación de su seguimiento, donde la autonomía y libertad de una de las jurisdicciones está condicionada por su vinculación jurídica a la otra; y de diálogos verticales-horizontales, en los cuales si bien existe un vínculo jurídico y una relación de asimetría entre quienes participan del diálogo, ambos se retroalimentan con sus razonamientos, interpretaciones y decisiones jurisdiccionales. Puede sostenerse que el diálogo transjudicial tiene como objetivo la colaboración constructiva entre los diversos interlocutores con el objeto de buscar las mejores soluciones para problemas jurídicos similares”. *Op. Cit.* Nogueira Alcalá, Humberto. El uso de comunicaciones transjudiciales.

<sup>214</sup> En este sentido, el diálogo al que nos referimos no se reduce a la mera referencia del trabajo de los jueces por parte de sus homólogos; no es un ejercicio de derecho comparado, como lo acabamos de señalar, no es una mera conversación. Por el contrario, se trata del uso mutuo de la jurisprudencia bajo la plena convicción de que con ello se está cumpliendo una obligación jurídica y se está persiguiendo un objetivo compartido. Dicho diálogo, que refuerza la naturaleza complementaria de los dos ordenamientos, ayuda a conformar un discurso común que fortalece la vigencia de los derechos humanos y asegura su universalidad y efectividad desde una perspectiva que asegura el respeto por las diferencias de cada contexto toda vez que no se trata de un ejercicio de subsunción sino de articulación. Al respecto, ver, por ejemplo: *Op. Cit.* Del Toro, Mauricio. El diálogo interjudicial entre las jurisdicciones constitucionales y los tribunales internacionales de derechos humanos. Sobre la existencia de un núcleo común para el desarrollo del diálogo ver *Op. Cit.* Camerlengo, Quirino. Dialogue among courts. Como lo señala Nogueira “(...) muchas cortes supremas y tribunales constitucionales en el ámbito regional han asumido expresamente en sus sentencias este deber jurídico explicitándolo claramente, de seguimiento de [la] jurisprudencia[interamericana], así ocurre con la Corte Suprema argentina, chilena, de Costa Rica, de El Salvador, de México, de República Dominicana, de Uruguay, como asimismo, los Tribunales y Cortes Constitucionales de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Guatemala”. *Op. Cit.* Nogueira Alcalá, Humberto El uso de comunicaciones transjudiciales. p. 21

<sup>215</sup> En palabras del autor: “Extensiva: El juez nacional puede desarrollar una interpretación extensiva que puede llevarlo más allá de los alcances de la interpretación desarrollada por la CIDH; (...) Innovadora: El juez nacional, mediante la interpretación innovadora puede abordar algunos derechos contenidos en la CADH, sobre los cuales la Corte Interamericana puede no haber emitido pronunciamientos hasta el presente; (...) correctiva: La interpretación correctiva hace referencia a aquella jurisprudencia de los jueces nacionales que saca las consecuencias de una condena por la CIDH del

Nuestra intención en este punto del trabajo es mostrar la justificación que han ofrecido los jueces para adelantar dicho diálogo, así como algunos ejemplos que dan cuenta de los resultados de este. La interpretación que hacemos de los alcances del mismo los dejaremos para los acápites que siguen. Veamos entonces, cómo la jurisprudencia comprueba las ideas que acabamos de exponer.

Cómo señalábamos en el acápite anterior, cuando los ordenamientos nacionales deciden incorporar el derecho internacional de los derechos humanos como parte integrante de su derecho constitucional o supra legal automáticamente determinan la irradiación del sistema jurídico por las normas interamericanas y, por lo tanto, autorizan su uso por todos los agentes estatales a la vez que los conminan a su cumplimiento. Ello ha justificado que los jueces nacionales decidan echar mano del derecho internacional de los derechos humanos, así como de la jurisprudencia internacional para el ejercicio de sus funciones.

En palabras del juez peruano:

---

Estado-Parte, lo que genera un cambio en la jurisprudencia nacional, practicando una interpretación conforme al derecho convencional; (...) Receptiva: La interpretación receptiva de los jueces nacionales es aquella que se conforma a la ratio decidendi de las sentencias de condena de otros Estados-Parte de la CADH por violación de ésta, tomando la iniciativa de cambiar su propia jurisprudencia, sin esperar que el Estado-Parte sea condenado por violación del corpus iuris interamericano para hacerlo, como asimismo ampliando los atributos y garantías de los derechos fundamentales en base a los estándares mínimos fijados por la CIDH, dejando así su huella sobre el derecho interno, completándolo o aplicando preferentemente el derecho convencional, sorteando las situaciones de inconventionalidad o estableciendo estándares de interpretación de derechos no contenidos explícitamente en el derecho interno como el principio favor persona o el principio de progresividad, el de razonabilidad y de proporcionalidad, entre muchos otros; (...) Neutralizadora: La interpretación neutralizadora de derecho interno es definida por Sudre como una estrategia de contornear o de evitar, tendiente a neutralizar la interpretación de la norma internacional vinculante, creando, por una interpretación forzada del derecho nacional, por una relectura de la ley, una relación de adecuación entre el derecho interno y la norma interamericana o europea; (...) Discordante: Un tribunal nacional ordinario o constitucional puede diferir del alcance o interpretación dado por la CIDH en un caso determinado resuelto por ésta. En tal sentido, la jurisdicción interna del Estado sostiene que la resolución de la CIDH constituye una interpretación que considera incorrecta ya que no evaluó adecuadamente la norma de derecho interno u olvidó ponderar adecuadamente otro derecho o un atributo determinado de otro derecho que debe considerarse. El tribunal nacional en un nuevo caso sobre la misma materia, expresa su desacuerdo con la CIDH razonadamente, explicando los motivos del desacuerdo en el respectivo fallo, concretando un diálogo ascendente con la CIDH". Nogueira Alcalá, Humberto. "El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana De Derechos Humanos". *ReDCE* núm. 19. Enero-Junio de 2013. Sin páginas.

En suma, por imperio del canon constitucional que es deber de este Colegiado proteger, se deriva un deber adicional para todos los poderes públicos; a saber, la obligatoria observancia tanto de los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, como de la interpretación de ellos realizada en todo proceso por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte<sup>216</sup>.

Así mismo, tal como apunta Brewer Carías, este uso del derecho internacional de los derechos humanos se hace gracias a las cláusulas de remisión previstas en las constituciones<sup>217</sup>:

Esta técnica, enriquecida en el constitucionalismo latinoamericano, ha permitido considerar como derechos humanos todos los otros inherentes a la persona humana declarados en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, lo que ha permitido su aplicación inmediata en el orden interno<sup>218</sup>.

Ahora bien, aun cuando existan estas normas sobre incorporación y jerarquía o incluso sin que ellas existan, y más allá de las cláusulas de remisión, el proceso de armonización también tiene lugar, según los propios jueces nacionales, como consecuencia del ejercicio de interpretación conforme o de la interpretación *pro personae* al que según ellos están obligados bien sea en virtud de los mandatos constitucionales o como resultado de las normas internacionales<sup>219</sup>.

En este mismo sentido, las obligaciones generales impuestas por la CADH también han servido de fundamento de esta actitud judicial.

En palabras del juez colombiano,

---

<sup>216</sup> Tribunal Constitucional del Perú, Expediente N.º 2730-2006-PA/TC.

<sup>217</sup> Así lo considera por ejemplo el juez hondureño, el nicaragüense o el panameño. Corte Suprema de Justicia de Honduras, Sala de lo Constitucional, Expdt. 1665, 13 de marzo de 2003; Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, Sala Constitucional, Sentencia No. 59 de 7 de mayo de 2004 y Sentencia No. 103 de 8 de noviembre de 2002; Corte Suprema de Justicia de Panamá, Expdt. 794-07, Sentencia de 21 de agosto de 2008.

<sup>218</sup> Brewer-Carías, Allan. “La interrelación entre los tribunales constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela”. *Lima: Gaceta Constitucional* Tomo 16, Abril 2009, pp. 31-34

<sup>219</sup> Corte Suprema de Justicia de Panamá, Expdt. 794-07, Sentencia de 21 de agosto de 2008. Tribunal Constitucional de Bolivia, Expediente No. 2006-13381-27-RAC, 10 de mayo de 2010; Tribunal Constitucional del Perú, Expediente No. 2730-2006-PA/TC.

Entre las medidas de ‘otro carácter’ [señaladas en el art. 2 de la CADH] deben incluirse las sentencias de los jueces, y muy particularmente las decisiones de esta corporación, pues la rama judicial es uno de los órganos del Estado colombiano, y éste se ha comprometió a tomar las medidas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos de las personas. Por consiguiente, las sentencias de los jueces –como medidas de otro carácter diferente a las leyes- deben buscar hacer efectivos los derechos reconocidos en los pactos de derechos humanos. Es pues legítimo que los jueces, en particular la Corte Constitucional, integre en la normatividad, al momento de tomar sus decisiones, los derechos reconocidos en la constitución y otros pactos<sup>220</sup>.

Así mismo, el diálogo es resultado de la necesidad de implementar los estándares interamericanos con miras a asegurar un verdadero recurso efectivo a nivel nacional y, con ello, evitar la activación del mecanismo regional.

Así por ejemplo, tras años en los que la CorteIDH señaló que la acción de reparación directa ofrecida por la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia no podía ser entendida como un recurso idóneo y efectivo para la protección de los derechos humanos por cuanto en él no se ordenaba una reparación integral en los términos previstos en la CADH<sup>221</sup>, el Consejo de Estado colombiano, máximo órgano de esta jurisdicción, decidió cambiar su jurisprudencia para acoplarse a los estándares interamericanos incluyendo en sus órdenes todo tipo de medidas pecuniarias y no pecuniarias de reparación y así brindar a las víctimas de la violación el recurso suficiente al que tienen derecho<sup>222</sup>.

Igual ocurrió en el escenario dominicano, en el que el juez constitucional creó por vía jurisprudencial un recurso para la protección de los derechos humanos a la luz de los parámetros interamericanos<sup>223</sup>.

---

<sup>220</sup> Corte Constitucional de Colombia Sentencia C- 251 de 1997.

<sup>221</sup> Corte IDH. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90

<sup>222</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2008. Radicación 76001-23-25-000-1996-04058-01(16996). Sobre este asunto ver: A.A.V.V La influencia de los estándares interamericanos de reparación en la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano. En Revista de Estudios Constitucionales, Año 9, N° 2, 2011, pp. 165 - 190

<sup>223</sup> Corte Suprema de Justicia de República Dominicana. Caso Productos Avons S.A. Sentencia del 24 de febrero de 1999.

En igual sentido, con el objetivo de armonizar los estándares nacionales con las órdenes que se desprenden del mandato del artículo 63 de la Convención, los jueces nacionales han echado mano de la jurisprudencia interamericana. Así ocurrió por ejemplo, cuando la Corte Constitucional colombiana determinó que además de las causales de procedibilidad del recurso de revisión ya previstas en el código de procedimiento penal debía agregarse una nueva que contemplase la posibilidad de que este recurso fuese viable cuando medie una condena internacional que ordene revisar la sentencia nacional<sup>224</sup>. En igual sentido vale la pena ver la jurisprudencia guatemalteca<sup>225</sup>.

En suma, gracias a todas estas consideraciones, los jueces de la región<sup>226</sup> han asumido la fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana y, por lo tanto, la utilidad de servirse de ella como fundamento de su trabajo.

Así por ejemplo, el juez costarricense ha dicho que toda vez que la CorteIDH es el intérprete último y autorizado de la CADH sus decisiones, ya sean en un caso contencioso o consultivo tienen el mismo valor de la norma interpretada<sup>227</sup>. El juez colombiano ha señalado “que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”<sup>228</sup>, incluso al momento de determinar la constitucionalidad de las leyes<sup>229</sup>.

---

<sup>224</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-004 de 2003.

<sup>225</sup> Decisión de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala No. MP001/2005/46063 de 11 de diciembre de 2009; Decisión de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala No. MP001/2008/63814 de 11 de diciembre de 2009; Decisión de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala No. MP001/2009/10170 de 11 de diciembre de 2009; Decisión de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala No. MP001/2008/2506 de 11 de diciembre de 2009. Sobre el papel del juez en el cumplimiento de las órdenes interamericanas ver: Ventura Robles, Manuel. La Ejecución de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Por Parte de los Tribunales Nacionales. En línea. Disponible en [www.sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/articulos%20y%20conferencias/Seminario\\_20aniversario/006.pdf](http://www.sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/articulos%20y%20conferencias/Seminario_20aniversario/006.pdf) [22 de septiembre de 2013]

<sup>226</sup> Ahora bien, es importante señalar que los propios jueces han entendido que la justificación de este diálogo se encuentra en la suma de todas o de varias de las normas expuestas. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-370 de 2006

<sup>227</sup> Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia No. 2313-1995

<sup>228</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-010 de 2000, Corte Constitucional de Colombia Sentencia C- 406 de 1996, Corte Constitucional de Colombia Sentencia T- 568 de 1999, Corte Constitucional de Colombia Sentencia T- 1319 de 2001

<sup>229</sup> Corte constitucional de Colombia, Sentencias C-360 de 2005 y Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-936 de 2010

Consideraciones similares ha hecho el juez peruano quien ha dicho que “La fuerza vinculante de las decisiones de la [Corte Interamericana] no se limita a sus fallos (que en realidad sólo afectan al Estado que sea parte en un caso), también implica el fundamento o la *ratio decidendi* de tales decisiones el cual resulta aplicable a todo el poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no ha sido parte en el proceso”<sup>230</sup>. El Tribunal Constitucional de Bolivia ha dicho que una de las piezas claves del bloque de constitucionalidad en Bolivia son las decisiones que emanan de la CorteIDH<sup>231</sup>.

En República Dominicana, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que el poder judicial se encuentra vinculado no solo a las normas de la CADH sino, también, a las interpretaciones hechas por los órganos autorizados para su interpretación<sup>232</sup>. En Argentina, la Corte suprema de Justicia de la Nación ha dicho que las decisiones de la CorteIDH deben cumplirse obligatoriamente como consecuencia de las obligaciones previstas en la CADH<sup>233</sup>. En sus palabras: “la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” ya que se “trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”<sup>234</sup>.

---

<sup>230</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N ° 2730-06-PA/TC.

<sup>231</sup> Tribunal Constitucional de Bolivia Sentencia. Expediente No. 2006-13381-27-RAC) del 10 de mayo de 2010.

<sup>232</sup> Corte Suprema de Justicia de República Dominicana. Resolución No. 1920-2003 emitida el 13 de noviembre de 2003.

<sup>233</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Caso Expósito, 23 de diciembre 2004; Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Caso Arancibia Clavel, 24 de agosto de 2004; Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, caso Simón, 14 de junio de 2005; Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina Caso Acosta, 22 de diciembre de 1998, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Caso Bramajo, 12 de septiembre de 1996; Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Caso Giroldi, 7 de abril de 1995, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Caso Ekmekdjian, 7 de julio de 1992.

<sup>234</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso Mazzeo, Julio Lilo y otros, 13 de Julio de 2007

Como se observa, los jueces nacionales tienen claro el porqué de la interacción: el conjunto normativo que los vincula así lo exige. Desde su punto de vista, el uso del derecho interamericano y, por lo tanto, de la jurisprudencia regional a la cual se le reconoce fuerza vinculante, es imperativo. Esta conclusión es la que les permite – y obliga a- adaptar el derecho nacional con miras a cumplir tanto los mandatos constitucionales cuanto las obligaciones interamericanas.

Ahora bien ¿cuáles son los resultados de este reconocimiento? Por una parte, esto ha significado que los funcionarios judiciales se animen, desde todos los escenarios y en cualquier tipo de procesos, a servirse de las normas y la jurisprudencia interamericana, bien sea de forma explícita o implícita<sup>235</sup>, para sustanciar los casos bajo su decisión. Así pues, no es exagerado decir que el derecho interamericano se ha convertido en un referente de trabajo en los estrados judiciales<sup>236</sup>. En todo caso, es verdad que las mayores pruebas de este diálogo se encuentran en la jurisprudencia resultado del ejercicio del control de constitucionalidad o de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales. Por la otra, y como consecuencia de lo anterior, el proceso de adaptación ha visto incrementados sus resultados y con ello, la eficacia del andamiaje de protección se ha fortalecido y ampliado. Veamos algunos ejemplos que dan cuenta de todos estos asuntos.

Los alcances del diálogo producto del conjunto normativo y las herramientas jurisprudenciales pueden apreciarse en uno de los asuntos que más ha marcado la historia reciente de los derechos humanos en Latinoamérica: los procesos de transición hacia la democracia de varios de los países que se han visto inmersos en dictaduras o quiebres del orden constitucional.

---

<sup>235</sup> Como señala Nogueira Alcalá, citando a Martinico, muchas veces la jurisprudencia internacional se “encripta” en la jurisprudencia nacional. *Op. Cit.* Nogueira Alcalá, Humberto El uso de comunicaciones transjudiciales. p. 31.

<sup>236</sup> En este sentido, compartimos la afirmación de Nogueira Alcalá según la cual el uso del derecho interamericano por parte del juez nacional ha asumido cuatro modalidades “siendo éstas principalmente las de argumento de autoridad; como criterios interpretativos de los derechos; como control de convencionalidad con el objeto de evitar incurrir en responsabilidad internacional, y como precedente para resolver asuntos de cierta complejidad fáctica” *Op. Cit.* Nogueira Alcalá, Humberto El uso de comunicaciones transjudiciales. p 32.

En el año 2001, la CorteIDH, en el caso Barrios Altos c. Perú, declaró que los decretos de amnistía expedidos durante el gobierno Fujimori eran incompatibles con las normas del ordenamiento interamericano toda vez que contradecían lo previsto en los artículos 2, 8 y 25 de la CADH<sup>237</sup> y que, por lo tanto, debían dejar de ser aplicadas por todos los agentes del Estado. En este caso, el juez regional no sólo declaró la responsabilidad del Estado sino que además, sirviéndose del artículo 63 de la CADH, ordenó dentro del marco de las reparaciones, entre muchos otros asuntos, que se reabrieran todos los procesos fallados bajo el decreto de amnistía.

Los jueces peruanos, sirviéndose de los mandatos constitucionales que los autorizaban a usar el derecho internacional y en cumplimiento de las obligaciones internacionales, especialmente de las órdenes dadas por el juez interamericano, declararon la inconstitucionalidad de los decretos de amnistía y reabrieron cientos de procesos contra los responsables de graves violaciones a los derechos humanos<sup>238</sup>. Entre los procesos abiertos, vale la pena destacar el seguido contra el propio ex-presidente Alberto Fujimori, quien fue condenado a 25 años de cárcel<sup>239</sup>.

---

<sup>237</sup> “ 41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (...) La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurrir en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente. 44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú”.

<sup>238</sup> Ver por ejemplo, Tribunal Constitucional del Perú, Expediente No. 4587-2004-AA/TC, Tribunal Constitucional de Perú, Expediente No. 679-2005-PA/TC

<sup>239</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 7 de abril de 2009. Causa No. 19-2001-AV

Sirviéndose de esta misma regla, en Argentina la Corte Suprema de la Nación declaró en el caso Simón<sup>240</sup> que las leyes de obediencia debida y punto final expedidas durante el periodo de transición de la dictadura vivida en el país entre 1976 y 1983, eran inconstitucionales. Pese a que no había ninguna condena interamericana contra Argentina sobre este asunto en particular, en su fallo la Corte Suprema de la Nación citó expresamente la jurisprudencia y las normas interamericanas y alegó que su cumplimiento era imprescindible no sólo como consecuencia del compromiso internacional adquirido sino también en razón del mandato del artículo 94 de la propia Constitución argentina el cuál concede rango constitucional a las normas internacionales.

Como parte del efecto en cadena que generó esta decisión de la Corte Suprema, se logró el histórico fallo en el que el Tribunal Oral Federal sentenció al exdictador Jorge Videla a 50 años de prisión por el robo sistemático de bebés a mujeres embarazadas entre 1976 y 1983. Además de Videla, también fueron condenados otros miembros de la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA), donde fueron recluidos y torturados gran parte de los desaparecidos de la dictadura argentina<sup>241</sup>.

Por su parte, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Chile, sirviéndose de las normas internacionales y de la jurisprudencia interamericana, declaró la inaplicabilidad de La ley de amnistía<sup>242</sup>. Gracias a las decisiones de la Corte Suprema se logró, entre otras, la condena de la plana mayor de la Dirección de Inteligencia Nacional, principal responsable de las graves violaciones ocurridas durante la dictadura de Augusto Pinochet<sup>243</sup>.

Esta misma postura respecto de las leyes de amnistía fue acogida por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay quien señaló que “En tal marco, [la ley de amnistía] en examen afectó los derechos de numerosas personas (concretamente, las víctimas,

---

<sup>240</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, caso Simón, 14 de junio de 2005

<sup>241</sup> Argentina, Tribunal oral Federal 1, Sentencia No. 63/10 de 22 de diciembre de 2010. Videla, Jorge Rafael y otros. Expt. 172/09 y Menéndez, Luciano Benjamín y otros. Expt. M13/09.

<sup>242</sup> Pese a que no se ha derogado formalmente la ley de amnistía, la actitud receptiva del juez nacional frente a la jurisprudencia interamericana es lo que ha permitido asegurar los derechos de las víctimas

<sup>243</sup> Corte Suprema de Chile, Rol 559-04. Sentencia del 13 de diciembre de 2006. Corte Suprema de Chile, Rol 2666-04. Sentencia del 18 de diciembre de 2006.

familiares o damnificados por las violaciones de derechos humanos mencionadas) que han visto frustrado su derecho a un recurso, a una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclarezca los hechos, determine sus responsables e imponga las sanciones penales correspondientes; a tal punto que las consecuencias jurídicas de la ley respecto del derecho a garantías judiciales son incompatibles con la Convención [A]mericana [sobre] Derechos Humanos”<sup>244</sup>. (Sobre los vaivenes de esta jurisprudencia ver *infra* en este mismo acápite)

Además de estos casos en los que las normas y la jurisprudencia interamericana se citan para adaptar las normas nacionales y moldear el comportamiento judicial con efectos reparadores (después de ocurrida la violación), también hay casos en los que dicho marco normativo y la jurisprudencia regional sobre impunidad se usa de forma preventiva para evitar que los operadores nacionales violen los derechos humanos. Tal es el caso, por ejemplo, del trabajo de la Corte Constitucional colombiana, quien sirviéndose de las normas interamericanas adaptó el marco jurídico del proceso de transición en Colombia antes de que éste entrase en vigor, con miras a garantizar los derechos de las víctimas<sup>245</sup>.

Tal como señala Úbeda de la Torre, todos estos casos son prueba del creciente diálogo entre los jueces nacionales y el juez interamericano:

Fight against impunity allows the Court to develop positive obligations which go well beyond the specific facts of the particular case and *inter partes* effects become *erga omnes* effects and obligations, requiring States to apply the consequences of one ruling to other cases. Argentina seems to have proved this theory and to have tested this *abstract* general impact of the Inter-American case-law. Without any case pending in this regard against Argentina, after the *Barrios Altos* case, the Inter-American case-law has been used at the domestic level to invalidate the Argentinean amnesty legislation adopted in 1986 and 1987 (*leyes de obediencia debida y de punto final*). Although this case cannot be considered as stating the end of the difficulties

---

<sup>244</sup> Suprema Corte de Justicia de Uruguay, Caso de Nibia Sabalsagaray Curutchet. Sentencia No. 365, de 19 de octubre de 2009. Considerando III.8, párr. 11.

<sup>245</sup> Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-695 de 2002, Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-578 de 2002 y Corte Constitucional de Colombia Sentencia C- 370 de 2006. Un análisis de esta faceta preventiva y sobre el ir y venir del diálogo entre el juez interamericano y el juez colombiano en: Gonzalez Espinosa, Olger Ignacio. “Acerca del control de convencionalidad por parte de los operadores de justicia (nacionales e internacionales) en situaciones de justicia transicional”. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. No. 56 diciembre julio 2012.

of Argentina to cope with its past, it illustrates, as in the case of Peru, a flourishing dialogue of judges in the Americas which operates in *abstracto* and *ex ante*, without always requiring a pending condemnation. The *Almonacid Arellano v. Chile* case gives a third view to increasing the dialogue of judges in the Americas. It empowers domestic judges to “dismiss” national legislation on the name of the “conventionality control”. It fosters the use not only of the ACHR as such, but also of the Inter-American Court’s case-law as the Court is the natural interpreter of the Convention<sup>246</sup>.

Además de este importante ejemplo sobre la cuestión de las amnistías podemos señalar otro par de cuestiones en las que se evidencian los alcances del diálogo entre los jueces nacionales y el interamericano.

Uno de los más recientes asuntos en los que, bajo el mandato del control de convencionalidad ordenado por la CorteIDH, los jueces nacionales adaptaron la legislación nacional es el relacionado con cuestión de la pena de muerte en Guatemala. En el caso *Raxacó-Reyes c. Guatemala*, la CorteIDH declaró la incompatibilidad de las normas que ampliaban la aplicación de la pena de muerte a supuestos no contemplados al momento de haberse ratificado la CADH, por cuanto estas violan el artículo 4.2 de la misma y, como consecuencia de ello declaró responsabilidad del Estado y ordenó: derogar la disposición incompatible, revocar las condenas basadas en esa norma y, en cuanto se lograba la derogación de la misma, evitar su aplicación.

Según informó el Estado de Guatemala durante el trámite de supervisión de cumplimiento de esta sentencia en cumplimiento de las órdenes dadas por la CorteIDH, se estaba tramitando una reforma a las normas en cuestión, se había levantado la pena de muerte contra impuesta al señor Raxacó-Reyes y se le había impuesto una pena de 40 años de prisión, los jueces se había abstenido de imponer la pena de muerte en el marco de otros procesos y, además, estaban tramitando varios recursos de revisión de otros procesos en los que la pena de muerte se había impuesto con base en la jurisprudencia de la CorteIDH<sup>247</sup>.

---

<sup>246</sup> *Op. Cit.* Úbeda de la Torre, A. The interamerican Court.

<sup>247</sup> Información más detallada sobre este caso en *Op. Cit.* Ruiz-Chiriboga, Oswaldo. The conventionality control: examples of an (un)successful experiences in Latin America

Otro ejemplo de este diálogo interjudicial lo podemos observar en el tema de la jurisdicción penal militar. Como es bien sabido, una de las líneas jurisprudenciales más antiguas y constantes de la CorteIDH es la que establece que los procesos de responsabilidad por las violaciones a los derechos humanos no pueden ser tramitados en el seno de la jurisdicción penal militar. Las órdenes sobre la modificación de los alcances de la competencia de esta jurisdicción se han dado en el marco de un sinnúmero de casos que, entre otros, involucran a los Estados de Guatemala, Colombia, México y Perú. La mayoría de ellos ya han adaptado legislaciones o decisiones judiciales que respetan las órdenes del juez regional; no obstante, resulta interesante resaltar que en el caso de Bolivia y Ecuador, pese a que la CorteIDH no había dictado condena alguna contra estos Estados por esta cuestión, los jueces, en ejercicio del control de convencionalidad, decidieron declarar la incompatibilidad de las normas que permitían que las violaciones a los derechos humanos fuesen juzgadas por la jurisdicción militar<sup>248</sup>.

En suma, los jueces locales han reconocido que tanto normas nacionales como interamericanas deben leerse conjuntamente y que, como consecuencia de ello, resulta imprescindible adelantar un diálogo con su homólogo regional. La utilidad de esta actitud se evidencia en la armonización de los dos ordenamientos y en la consecuente evolución en la eficacia de la protección ofrecida por uno y otro la cual no se limita a una reacción ante las violaciones sino que, además implica, una prevención de las mismas<sup>249</sup>.

Ahora bien, no podemos olvidar que el diálogo implica una doble vía. Acorde con ello, así como los jueces nacionales han decidido echar mano de la jurisprudencia interamericana de la misma forma el órgano judicial regional se ha servido de las decisiones nacionales como punto de referencia en sus disquisiciones.

En los casos de las Masacres de Mapiripán e Ituango c. Colombia, por ejemplo, la CorteIDH se sirvió del análisis que la Corte Constitucional de ese país había hecho en

---

<sup>248</sup> La información completa sobre este asunto en *Op. Cit.* Ruiz-Chiriboga, O. The conventionality control: examples of an (un)successful experiences in Latin America

<sup>249</sup> Este no es el único asunto que da cuenta del diálogo entre los jueces nacionales y el juez interamericano. Otros ejemplos de recepción pueden apreciarse en la Revista diálogo jurisprudencial editada por el el instituto de Investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

torno al tema del desplazamiento forzado para hacer una interpretación evolutiva del artículo 22 de la CADH gracias a la cual se entendió que el desplazamiento forzado interno no sólo implica una afrenta a la libertad de circulación sino, también, una violación grave, masiva y sistemática de otros tantos derechos<sup>250</sup>.

En otros casos la CorteIDH usó la jurisprudencia del juez constitucional colombiano para determinar el alcance del derecho a la propiedad<sup>251</sup>, para justificar el uso del Derecho Internacional Humanitario como marco de referencia en el estudio de las violaciones ocurridas en el marco del conflicto armado interno<sup>252</sup>, para explicar la necesidad de prestar una atención reforzada a los niños, niñas y adolescentes<sup>253</sup>, para determinar el especial estado de vulnerabilidad de la población indígena desplazada<sup>254</sup>, para justificar el especial deber de protección que tenía el Estado ante la particular situación de vulnerabilidad de las víctimas de un caso específico<sup>255</sup>, así como para reducir los alcances de la jurisdicción penal militar<sup>256</sup>.

El caso Manuel Cepeda Vargas c. Colombia es otro estupendo ejemplo del uso de la jurisprudencia nacional por parte del juez interamericano. En este caso, el juez regional se sirvió de la jurisprudencia interna para, entre otros asuntos, dar por probada la grave situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la víctima y la falta de protección por parte del Estado<sup>257</sup>, para caracterizar y contextualizar los ataques sufridos

---

<sup>250</sup> Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134. párr. 174 y 188. Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148. párr. 211.

<sup>251</sup> Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148. párr. 181

<sup>252</sup> Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148. Parr. 114 y ss. Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148. párr. 209

<sup>253</sup> Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148. párr. 153.

<sup>254</sup> Corte I.D.H., Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212. párr. 161.

<sup>255</sup> Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192. párr. 82 y ss.

<sup>256</sup> Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148. párr. 117

<sup>257</sup> Corte I.D.H., Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213. Párr. 80

por la víctima<sup>258</sup>, para fundamentar el deber que tienen los altos mandos de las estructuras militares de combatir, investigar y sancionar las faltas de sus subalternos<sup>259</sup>, para reforzar su caracterización sobre la violación a la libertad de expresión<sup>260</sup>, sobre la especial protección que merecen los desmovilizados para conformar un partido político<sup>261</sup>, para confirmar las violaciones que estaba declarando<sup>262</sup> y para determinar el monto de las reparaciones<sup>263</sup>.

En el caso *Cabrera García y Montiel Flores c. México* el juez interamericano se sirvió de la jurisprudencia de varios tribunales internos justificar la obligatoriedad del control de convencionalidad. En efecto, la CorteIDH señaló que, pese a que es consciente de que las autoridades locales deben comportarse según lo previsto por las normas nacionales, también es verdad, tal como han reconocido los propios jueces estatales, que existe un deber de servirse de la jurisprudencia interamericana para con ello superar aquellas normas que impiden la garantía efectiva de los derechos humanos<sup>264</sup>. Este mismo razonamiento se puede encontrar en los casos: *Chocrón Chocrón c. Venezuela*, *López Mendoza c. Venezuela*, *Atala riffo y niñas, c. Chile*, *Furlán y familiares c. Argentina*, *Mendoza y otros c. Argentina*<sup>265</sup>.

En el caso *Gelman c. Uruguay*, por ejemplo, la CorteIDH usó la jurisprudencia de varios de los tribunales latinoamericanos respecto de las amnistías para reforzar su postura en torno a esta figura y a la necesidad de que los Estados partes eviten su uso a nivel nacional<sup>266</sup>. En este mismo caso, el juez regional usó la jurisprudencia nacional

---

<sup>258</sup> Párr. 81 ver notas a pie 105 y 110.

<sup>259</sup> Párr. 105.

<sup>260</sup> Párr. 171.

<sup>261</sup> *Ibidem*

<sup>262</sup> Párr. 206

<sup>263</sup> Párr. 211 y ss.

<sup>264</sup> Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 223 y ss.

<sup>265</sup> Corte I.D.H., Caso *Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227. Párr. 165; Corte I.D.H., Caso *López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233. Párr. 227; Corte I.D.H., Caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239 Párr. 283; Corte I.D.H., Caso *Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246 Párr. 304; Corte IDH., Caso *Mendoza y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260 Párr. 257

<sup>266</sup> Corte IDH. Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221. párr. 195 y ss. En igual sentido ver Corte I.D.H., Caso *Gomes Lund y otros*

para tratar temas tan relevantes como la desaparición forzada<sup>267</sup>, la sustracción de menores<sup>268</sup>, la retroactividad de la ley penal<sup>269</sup> y la relación entre la democracia y la garantía de los derechos humanos<sup>270</sup>.

En su jurisprudencia más reciente, la CorteIDH se ha servido del trabajo de sus homólogos nacionales para tratar temas respecto de los cuales la jurisprudencia nacional es mucho más decantada que la interamericana. Así por ejemplo, asuntos relacionados con la consulta previa para la protección de los derechos de las comunidades indígenas<sup>271</sup>, el daño a la vida en relación<sup>272</sup>, el carácter absoluto o relativo del derecho a la vida<sup>273</sup>, la protección a las parejas del mismo sexo<sup>274</sup>.

---

(Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219. Párr. 163 y ss

<sup>267</sup> *Ibidem* Caso Gelman, Párr. 65. Así mismo, en el caso Radilla Pacheco, la CorteIDH ha usado la jurisprudencia nacional para reforzar su caracterización sobre el delito de desaparición forzada. En igual sentido en el caso, en los casos Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña c. Bolivia, Gomez Lund y otros c. Brasil, Torres Millacura y otros c. Argentina, Contreras y otros c. El Salvador, por mencionar solo algunos de ellos. Corte I.D.H., Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217. P.P 53; Corte I.D.H., Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219. P.P 129; Corte I.D.H., Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229. Párr. 95; Corte I.D.H., Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232. Párr. 106; Corte I.D.H., Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C No. 240. Párr. 128; Corte I.D.H., Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250 Párr. 115; Corte I.D.H., Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. 253. Párr. 194; Corte I.D.H., Caso García y Familiares Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C No. 258 Párr. 97

<sup>268</sup> *Ibidem* Caso Gelman, Párr. 124.

<sup>269</sup> *Ibidem* Caso Gelman, Párr. 236. En el mismo sentido, Corte I.D.H., *Caso Abrill Alosilla y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de Marzo de 2011. Serie C No. 223. Párr. 73

<sup>270</sup> *Ibidem* Caso Gelman, Párr. 239.

<sup>271</sup> Corte I.D.H., Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. Párr. 164, 182, 186, 201, 208.

<sup>272</sup> Corte IDH., Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260 Párr. 389; Corte I.D.H., Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246 Párr. 285

<sup>273</sup> Corte I.D.H., Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257 Párr. 262

<sup>274</sup> Corte I.D.H., Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239 Párr. 136, 137 y 145

Además de estos ejemplos, es imprescindible decir que el propio juez interamericano ha reconocido la interacción judicial al señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad y dada la necesaria codependencia de las dos estancias de protección (nacional e internacional), la mutua adecuación de la jurisprudencia (se entiende, por lo tanto, que así también el diálogo) es imprescindible. Esto ha dado lugar a que el uso de la jurisprudencia nacional por parte del juez interamericano sea cada vez más frecuente. En sus palabras:

(..) se ha instaurado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí<sup>275</sup>.

De estos ejemplos y de las palabras de la CorteIDH podemos apreciar que el uso de la jurisprudencia nacional por parte del juez interamericano es cada día más común y se da en atención a cuatro supuestos diferentes. En primer lugar, como es obvio dada su competencia, el juez interamericano considera el trabajo del juez nacional cuando éste ha dado lugar a las violaciones que hacen responsable a los Estados<sup>276</sup>; en segundo lugar, la CorteIDH se refiere a la jurisprudencia nacional para resaltar su aporte a la hora de esclarecer o enfrentar una violación<sup>277</sup>; en tercer lugar, el trabajo del juez nacional es importante en el escenario interamericano cuando sirve como refuerzo de las ideas del

---

<sup>275</sup> Y continúa: “Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad”. Corte I.D.H., *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259. párr. 143; CorteIDH, *Caso Gelman Vs. Uruguay, Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*, 20 de marzo de 2013, párr. 71

<sup>276</sup> Así por ejemplo, Corte I.D.H., *Caso Abrill Alosilla y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de Marzo de 2011. Serie C No. 223. Párr. 73 y ss; Corte I.D.H., *Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228. Párr. 93; Corte I.D.H., *Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233. Párr. 200

<sup>277</sup> Por ejemplo, Corte I.D.H., *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213; Corte I.D.H., *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259. Párr. 159; CorteIDH *Caso de las Masacres De Ituango Vs. Colombia, Resolución Supervisión de Cumplimiento de Sentencia* 21 de mayo de 2013, Párr. 24 y 28

juez regional<sup>278</sup>; finalmente, la jurisprudencia nacional sirve como herramienta para la puntualización y ampliación del contenido de los derechos protegidos por el ordenamiento interamericano<sup>279</sup>.

Desafortunadamente, pese a este uso creciente de la jurisprudencia nacional por parte del juez interamericano, la CorteIDH no aclara cuáles son los fundamentos de este ejercicio ni los alcances del mismo. En esta medida, no se esfuerza por justificar la selección jurisprudencial que hace y en pocas ocasiones advierte el peso que podría tener el disenso de varios de los tribunales nacionales. Valdría la pena que el juez regional mencionase explícitamente la justificación y los perfiles de este diálogo en el seno del proceso interamericano y que se atreviese a adelantarlos incluso cuando los jueces nacionales no sean afines a sus ideas; ello sería de gran utilidad a la hora de profundizar y perfeccionar la teoría del diálogo interjudicial en el escenario regional.

Ahora bien, además de esta comunicación de doble vía hemos de recordar que el diálogo no sólo implica acuerdo, la comunicación también puede llevar al disenso. En este sentido, como decíamos líneas arriba, no podemos olvidar que la obligatoriedad del diálogo no significa la unificación de los diversos ordenamientos ni la subsunción de uno en otro. Por ello, el juez internacional no puede imponer sin más sus argumentos al juez nacional o viceversa. En este sentido, siempre que la decisión de apartarse del camino marcado por la jurisprudencia esté debidamente argumentada y, sobre todo, siempre que tal disidencia se justifique en el interés de lograr una mayor protección, la decisión del juez estará amparada<sup>280</sup>.

---

<sup>278</sup> Así las referencias a la jurisprudencia nacional sobre desaparición forzada, amnistías o control de convencionalidad. **Supra notas** 263 a 269

<sup>279</sup> **Supra notas** 270 a 273

<sup>280</sup> *Op. Cit.* Torres Pérez, Aida. Conflicts of rights in the European Union, p. 58. En el caso europeo, por ejemplo, Ferreres Comella advierte que los jueces nacionales pueden “de manera excepcional, discrepar de la jurisprudencia de Estrasburgo y plasmar en su sentencia, de forma motivada, una interpretación distinta del derecho fundamental en liza”. Ferreres Comella, Víctor. “El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos. Algunas reflexiones en torno a la idea de diálogo”. La constitución europea. Actas del III congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España- Carrillo, Marc y Lopez Bonfill, Héctor. Tirant lo Blanch, 2006. p. 59. Un ejemplo europeo sobre esta posibilidad en: *Op. Cit.* Nollkaemper, André. National Courts and the international rule of law. p 288. Nollkaemper señala que el Tribunal Constitucional Alemán, en el caso Gorgülü, dijo q no obedecía las condenas del TEDH si eso significaba violar los derechos constitucionales, según el autor, Italia adoptó una actitud similar.

Así pues, cabe preguntarse: ¿una decisión de un juez nacional, contraria a la jurisprudencia interamericana, compromete la responsabilidad internacional del Estado? La respuesta *a priori* es sí, la compromete, salvo que esa decisión esté plenamente justificada en la consecución de una mayor protección a los individuos de acuerdo a los parámetros construidos a través del diálogo. Se trata pues, ante todo, de un ejercicio de argumentación y ponderación, gracias al cual el juez nacional justifica su separación del precedente marcado por la CorteIDH.

Pese a que los eventos de disenso no suelen hacerse explícitos, existen algunos ejemplos que vale la pena señalar<sup>281</sup>. En un caso reciente, en el que se solicitaba a la Corte Constitucional Colombiana declarar la inconstitucionalidad de las normas del Código Penal que tipifican los delitos de injuria y calumnia con base en los criterios establecido por la CorteIDH en el caso *Kimel c. Argentina*, el juez nacional se negó a transpolar, sin más, el criterio interamericano.

En palabras de la Corte constitucional:

aunque [el caso *Kimel*] constituye un precedente significativo en torno al alcance de la libertad de expresión y del principio de legalidad en la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, esta decisión no puede ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un control de convencionalidad que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno, especialmente la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que han precisado notablemente el alcance de los elementos normativos de estos tipos penales<sup>282</sup>.

Como consecuencia, el juez colombiano pese a haber adelantado un “control de convencionalidad” llegó a la conclusión de que los parámetros interamericanos no eran aplicables al caso colombiano y que ello no implicaba una violación al derecho a la libertad de expresión.

---

<sup>281</sup> Al respecto vale la pena aclarar que, tal como lo hemos mencionado, los jueces no niegan la obligación de leer conjuntamente las normas interamericanas y las normas nacionales, sin embargo en ocasiones los resultados de su lectura difieren de la hecha por sus homólogos.

<sup>282</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-442/2011.

En el famoso caso Espósito de la Corte Suprema de la Nación Argentina, el juez nacional señaló que pese a comprender que la jurisprudencia interamericana le era vinculante y que, por lo tanto, habría de levantarse la declaración de prescripción de la acción penal respecto de los procesos internos según lo señalado en el caso Bulacio c. Argentina, no dejaba de sorprenderle como ello podía ser óbice para la violación de otros tantos derechos protegidos por el propio Sistema Interamericano<sup>283</sup>. Ante este tipo de cuestionamientos, el juez regional ha sido contundente y ha reiterado, entre otros argumentos, que el respeto de las garantías procesales no puede llevar a la negación de los derechos de las víctimas<sup>284</sup>. No obstante, pese a que la jurisprudencia interamericana no lo menciona de forma explícita, en los casos posteriores a la sentencia Bulacio, la CorteIDH usa con mayor prudencia la categoría “crímenes de lesa humanidad” respecto de los cuales no se aplican las normas de prescripción de la acción penal<sup>285</sup>. Valdría la pena preguntarse si ello tiene alguna relación con los argumentos del juez argentino en el caso Espósito.

Otro caso de disparidad que vale la pena traer a colación es el del diálogo surtido con ocasión del asunto Artavia Murillo y otros c. Costa Rica. En esta oportunidad, la CorteIDH debió pronunciarse sobre la interpretación que el juez nacional hizo de las normas constitucionales a la luz de, entre otros instrumentos internacionales, la

---

<sup>283</sup> En el considerando No. 16 señala: “se plantea la paradoja de que solo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana. Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional”. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Caso Expósito, 23 de diciembre 2004. Este mismo dilema es objeto de un debate actual entre la CorteIDH y el juez guatemalteco, quien recientemente se ha negado a reabrir los procesos penales internos, pese a las órdenes interamericanas, con el argumento de que ello viola varios derechos de los procesados. A propósito ver CorteIDH, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 18 de noviembre de 2010, Supervisión de cumplimiento de sentencia. Caso *Bámaca Velásquez c. Guatemala*

<sup>284</sup> CorteIDH, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 18 de noviembre de 2010, Supervisión de cumplimiento de sentencia. Caso *Bámaca Velásquez c. Guatemala*

<sup>285</sup> Ver Corte I.D.H., Caso *Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171. Voto Concurrente Sergio García Ramírez. “al reflexionar sobre [la prescripción] es preciso traer a cuentas lo que [ella] significa en el espacio de las defensas del inculcado [...] y las reflexiones que a este respecto ha adelantado, de manera sugerente y constructiva, la meditación jurisprudencial de la Corte Suprema de Argentina. [...] En mi concepto, la Corte Interamericana avanza en la precisión de su jurisprudencia sobre la materia. No modifica su criterio. Lo precisa o perfila mejor, alentada por una preocupación que recibe de la jurisprudencia interna”.

Convención Americana<sup>286</sup>. Al final el juez regional discrepó de la interpretación hecha por el juez nacional y, con base en ello declaró la responsabilidad del Estado.

Existe un ejemplo muy importante de este ir y venir surtido en la conversación interamericana. En el caso *Gelman c. Uruguay*, la CorteIDH declaró la responsabilidad del Estado, entre otras por no adecuar su ordenamiento interno según lo previsto en el artículo 2 de la Convención al mantener vigente la llamada ‘Ley de Caducidad’ con base en la cual era imposible juzgar las graves violaciones ocurridas durante la dictadura padecida entre 1976 y 1985. La condena de la CorteIDH se apoyó en la jurisprudencia nacional que declaraba que dicha ley era contraria a los derechos humanos. De acuerdo con las órdenes de juez regional, el Estado derogó la ley de caducidad a través de la ley 18.831 y el Decreto 323/2011; no obstante, la Corte Suprema de Justicia, en contravía de la propia jurisprudencia nacional declaró la inconstitucionalidad de la ley 18.331 alegando, entre otras, que la jurisprudencia interamericana no es patrón para el ejercicio del control de constitucionalidad.

Con ocasión del proceso de supervisión de cumplimiento, la CorteIDH, echando mano de la jurisprudencia uruguaya que originalmente le sirvió de apoyo, así como de sentencias de varios tribunales nacionales, expuso razones suficientes para recordarle al juez interno, tanto su obligación de cumplir con los fallos interamericanos como la necesidad de hacer compatible el ordenamiento nacional con las obligaciones interamericanas, sin que ello implique una afrenta al derecho interno ni un abuso de las competencias interamericanas<sup>287</sup>. Una discusión similar ha surgido recientemente en relación con el caso *Barrios Altos c. Perú*<sup>288</sup>, así como en el marco del Caso *Gomes Lund c. Brasil*<sup>289</sup>.

---

<sup>286</sup> Corte I.D.H., *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257

<sup>287</sup> CorteIDH, *Caso Gelman Vs. Uruguay*, Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 20 de marzo de 2013, párr. 58 y ss. En un reciente artículo Parra menciona este caso para apuntar que la CorteIDH cambió su postura debido a la respuesta de los jueces nacionales en relación con este asunto, ver: Parra, Oscar. La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Año 13, No. 1 Noviembre de 2012. pp. 5-51

<sup>288</sup> CorteIDH, *Caso Barrios Altos Vs. Perú* Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, de 7 de septiembre de 2012 párr.32 y ss.

<sup>289</sup> Sobre este asunto ver los análisis de varios autores en el más reciente número del Anuario de derecho constitucional latinoamericano. A.A.V.V. Anuario de derecho constitucional latinoamericano No. 19. Fundación Konrad Adenauer, 2013. p. 395 y ss.

Como se observa, la interacción entre el juez nacional y el juez regional no sólo se da en términos de consenso sino también en el marco del disenso. Así pues, para concluir basta decir que si atendemos a la conceptualización que la doctrina ha hecho en torno a esta figura según la cual podemos entender por diálogo interjudicial la creciente interacción formal (e informal) que se adelanta entre los diferentes miembros de la judicatura – en este caso nacional e internacional- como consecuencia del convencimiento de su utilidad y, en algunos casos, de su obligatoriedad o, tal como señala Bazán, como la “ruta de interacción entre las diversas instancias de protección de los derechos humanos (internas e internacionales), para que permeen influencias y condicionamientos mutuos”<sup>290</sup> el panorama que acabamos de describir nos permite concluir que el actual comportamiento de los jueces de protección en el escenario interamericano es, sin dudas, un vivo ejemplo de dicho diálogo.

Ahora bien, este diálogo formal que surge con ocasión del marco normativo al cual se encuentran vinculados los jueces de protección se enriquece día a día gracias a su participación en los escenarios de diálogo informal<sup>291</sup>. Pese a que este no es el foco de nuestro análisis, vale la pena mencionar algunos ejemplos dada la relevancia que dicha interacción informal adquiere a la hora de potenciar los efectos del diálogo formal.

Así por ejemplo, cada vez con más frecuencia se adelantan encuentros entre los miembros de la judicatura; ello ha facilitado que jueces de uno y otro escenario intercambien los resultados de su trabajo, se actualicen y creen vínculos profesionales y

---

<sup>290</sup> *Op. Cit.* Bazán, Víctor. Control de Convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas

<sup>291</sup> “Consequently, the networks that social scientists write about often tend to be rather informal structures, exhibiting a low degree of institutionalization. The transnational ‘judicial communities’ mentioned in the introduction to this paper can be considered to be networks in the way that the social sciences use that concept. The law thus actively creates networks that exhibit a higher degree of institutionalization than the social science version. It should be clear, then, that the social science and the legal approaches are not mutually exclusive. Indeed, and applied to the idea of judicial dialogues, formal judicial networks (especially those set up by the judiciaries themselves) commonly build on pre-existing judicial communities and these judicial communities are in turn reinforced by the well-functioning of these formal networks. In the end, the relationships between the network participants will no longer be grounded only in formal legal rules that mandate interaction, but also based on informal connections, which themselves are grounded in the mutual trust and the development of common behavioural standards so typical of judicial communities”. *Op. Cit* Claes, Mónica. Are you networked yet? p. 102

personales que coadyuvan la circulación y uso de la jurisprudencia<sup>292</sup>. Este proceso se facilita gracias a la cada vez más común creación de organizaciones que aglomeran a funcionarios judiciales<sup>293</sup>. Otra de las estrategias que ha ayudado a este acercamiento es la cada vez más frecuente práctica de la CorteIDH gracias a la cual se trasladan sus sesiones al territorio de alguno de los Estados miembros de la CADH, pues ello ha permitido el encuentro entre los jueces de ambos niveles y la organización de seminarios que discuten todo tipo de asuntos relacionados con el diálogo jurisprudencial<sup>294</sup>.

Además de estos escenarios útiles al diálogo informal, están las herramientas que facilitan la circulación de información entre los funcionarios judiciales y que, de una u otra manera, alientan el diálogo. Así por ejemplo, hoy en día todos los tribunales de la región cuentan con su propia página web en la que publican todas, o por lo menos la mayoría de, sus sentencias. En igual sentido, las editoriales y universidades de la región han abierto espacios dedicados a difundir el trabajo de los jueces, a comentarlo y a analizar el diálogo entre los mismos<sup>295</sup>. Otra herramienta útil al diálogo informal es la cada vez más frecuente capacitación de los funcionarios judiciales de todos los niveles en temas de derechos humanos, especialmente en asuntos relacionados con la evolución de la jurisprudencia interamericana<sup>296</sup>.

Las ONG's especializadas también juegan un papel fundamental en la promoción del intercambio judicial desde diversos puntos de vista, entre ellos, sus trabajos de

---

<sup>292</sup> Ver entre muchos otros ejemplos los foros organizados por The international Center for ethics, justices and public life de Brandeis University. [www. http://www.brandeis.edu/ethics/internationaljustice/index.html](http://www.brandeis.edu/ethics/internationaljustice/index.html) o por la Academia Judicial Internacional <http://www.ijaworld.org/>

<sup>293</sup> Para mencionar sólo algunas: La unión internacional de Magistrados, la cumbre Iberoamericana de presidentes de Cortes supremas de Justicia, la Asociación Internacional de jueces gays y lesbianas, la Asociación Internacional de mujeres juezas.

<sup>294</sup> Sobre este asunto ver: Saavedra Alessandri, Pablo y Pacheco, Gabriela. "Las sesiones itinerantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar por América". *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2740/8.pdf> [06 de agosto de 2013]. Ver también, los informes anuales de la CorteIDH publicados en su página web: [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)

<sup>295</sup> La publicación emblemática de este trabajo es la Revista Diálogo jurisprudencial. Editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, con el apoyo de la CorteIDH, el Instituto Interamericano de derechos humanos y la fundación Konrad Adenauer.

<sup>296</sup> En asuntos de capacitación vale la pena resaltar la trascendental labor adelantada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos en algunas ocasiones de la mano de la misma CorteIDH. Además de la amplia oferta de posgrados sobre la materia a lo largo y ancho del continente y los cursos pensados por las propias judicaturas. Al respecto ver el acápite sobre capacitación de los recientes informes anuales de la propia CorteIDH en [www.corteidh.or.cr/publicaciones](http://www.corteidh.or.cr/publicaciones)

capacitación, sus esfuerzos de difusión, sus tareas de incidencia y cabildeo y su rol en el litigio nacional e internacional<sup>297</sup>.

En suma, este diálogo informal sirve como escenario para la creación de vínculos y la circulación de información entre los jueces de diferentes escenarios, coadyuvando con ello al desarrollo del diálogo requerido por las normas nacionales e internacionales<sup>298</sup>.

Como se observa, la interacción entre los jueces de protección a lo largo y ancho de la región es una realidad evidente. Dicha interacción se adelanta gracias a un marco normativo vinculante que permite que los jueces se reconozcan mutuamente como interlocutores válidos cuyo trabajo resulta imprescindible para la consecución de los objetivos de salvaguarda propuestos por ambos ordenamientos jurídicos. Ahora bien, ¿cuáles son las consecuencias del ejercicio de este diálogo interjudicial en las Américas? De esto nos ocuparemos a renglón seguido.

---

<sup>297</sup> Gran parte del trabajo de las ONG's está dedicado a la capacitación tanto de operadores jurídicos cuando de la sociedad en general respecto de los avances de la jurisprudencia internacional y nacional y de la forma como ella puede incidir en el trabajo de unos y la vida de otros. Además, estas organizaciones invierten buena parte de sus recursos en la publicación y difusión de los logros conseguidos tanto por la judicatura nacional como internacional y la incidencia que estos tienen en la tarea que cada una de ellas adelanta. Así mismo, durante el desarrollo de su tarea de cabildeo las organizaciones se encargan de usar los avances logrados en otras jurisdicciones para convencer al operador jurídico y político de la obligatoriedad, necesidad y/o conveniencia de un cambio determinado a la luz de las normas de derechos humanos. (Sobre este asunto ver *Op. Cit.* Abramovich, Víctor. Autonomía y subsidiaridad. El Sistema interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales) Quizás el mayor aporte de las ONG's al diálogo jurisprudencial se da en el marco de sus actividades de litigio nacional y/o internacional pues durante este proceso las organizaciones suelen echar mano de los avances jurisprudenciales de otros escenarios para convencer al juez de que su argumento es válido. Con ello, promueve la interacción de las jurisdicciones. Al respecto ver el trabajo de, entre otras: el Centro de estudios legales y sociales en Argentina, el trabajo de la Comisión Colombiana de Juristas y el Colectivo José Alvear Restrepo en Colombia, la Asociación Pro-derechos humanos APRODECH en Perú, el trabajo de COFAVIC en Venezuela, o de CEJIL a nivel continental. Sobre la incidencia de la sociedad civil en el trabajo del Sistema ver entre otros: Ribeiro Leão, Renato Zerbini. "El rol de la sociedad civil organizada para el fortalecimiento de la protección de los derechos humanos en el siglo XXI: un enfoque especial sobre los DESC". *Revista del Instituto Interamericano de derechos humanos*, Vol. 51, 2010; Nikken, Pedro. "Aporte de la Sociedad Civil al Perfeccionamiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos". Memoria II Curso Interamericano Sociedad Civil y Derechos Humanos. IIDH, 2002. Hudlet Vázquez, Karen y González Núñez, Denise. Los efectos de la incidencia internacional de las organizaciones de la sociedad civil: el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el fuero militar en México. *El Cotidiano* [en línea] 2012, (Marzo-Abril);

<sup>298</sup> Hemos de decir que además de estos escenarios informales existen otra serie de factores no jurídicos que influyen y determinan en el desarrollo del diálogo vertical y formal del que venimos hablando. Ver Lazega, Emmanuel. "Mapping judicial dialogue across national borders: An exploratory network study of learning from lobbying among European intellectual property judges", *Utrecht Law Review*, Vol. 8, N° 2, mayo, 2012.

## **B. Red judicial, tribunal constitucional regional y creación de un *ius commune* interamericano.**

Desde nuestro punto de vista, el diálogo que acabamos de describir ha dado lugar a la construcción de una red judicial, cuyo eje central es la CorteIDH (quien asume el perfil de un tribunal constitucional) y gracias a la cual, además, se puede hablar de la existencia de un *ius commune* interamericano (A.). Esta red ha sido fundamental para perfeccionar la protección ofrecida a los individuos, sin embargo su consolidación no está exenta de dificultades (B.). Exploremos cada uno de estos asuntos.

### **a. La CorteIDH como piedra angular de la red judicial de protección.**

Tras comprender el fundamento y las herramientas de la interacción judicial, así como el diálogo al que éstas han dado lugar, resulta más sencillo desarrollar el concepto de red de protección que proponemos. Como decíamos líneas arriba, entendemos por red aquel conjunto de herramientas, instituciones o personas relacionadas u organizadas, formal o informalmente, para la consecución de un determinado fin u objetivo común<sup>299</sup>. En este orden de ideas, la red judicial<sup>300</sup> está conformada por los funcionarios investidos con la función de administrar justicia, bien sea a nivel regional o nacional, y cuya

---

<sup>299</sup> “*Networks* are a well-established part of the social sciences vernacular. Tanja Börzel has offered the following general definition: ‘a set of relatively stable relationships which are of non-hierarchical and interdependent nature linking a variety of actors, who share common interests with regard to a policy and who exchange resources to pursue these shared interests, acknowledging that cooperation is the best way to achieve common goals’. For social scientists, networks are employed as an analytical tool to describe why and how cooperation or interaction between various actors takes place”. *Op. Cit.* Claes, Mónica. Are you networked yet? p 101 En derecho internacional la idea de red llega de la mano de Slaughter quien promueve la idea de que “the government networks are the key feature of World order”. En este contexto, según la autora existen tres tipos de redes según su función (*enforcement, information, harmonization*) y su articulación pretende lograr la cooperación, la convergencia y el cumplimiento del derecho internacional. Slaughter, Anne-Marie. A new world order. Princeton University Press, 2004. Lo q Slaughter llama comunidad global de cortes y Martínez sistema judicial nosotros lo llamamos red. Todas estas ‘figuras’ buscan explicar el mismo fenómeno.

<sup>300</sup> Sirviéndose de su concepto de red, Slaughter acompañada por Helfer, han estudiado el trabajo de los jueces y han propuesto la idea de una comunidad global de jueces y de una comunidad legal global. *Op. Cit.* Helfer, Laurence R.; Slaughter, Anne-Marie “Toward a theory of effective supranational adjudication”

competencia principal es la protección de los derechos humanos; estos son la CorteIDH y los jueces constitucionales a nivel nacional<sup>301</sup>.

Los miembros de esta red se relacionan a través del ejercicio del diálogo formal e informal. El primero, del cual nos hemos ocupado en este trabajo, encuentra fundamento en las normas constitucionales y regionales que obligan al juez a adelantar un ejercicio de armonización. El segundo se adelanta en escenarios no jurídicos y existe como consecuencia del reconocimiento que los propios jueces, la academia y la sociedad civil en general, hacen de la importancia y necesidad de compartir y usar cierto tipo de información para cumplir la tarea de protección.

Esta red de protección puede ser caracterizada como una red multinivel<sup>302</sup> y constitucional<sup>303</sup>. Esto es como una red articulada en varios niveles entre los cuáles no hay una relación de jerarquía (*infra* en este mismo capítulo y en Cap.II.1.A.b), a través de la cual se ejercen funciones constitucionales y cuyo objetivo principal es la

---

<sup>301</sup> *Supra* Cap. I Introducción

<sup>302</sup> Esto es, una red articulada entre varios niveles cuya coordinación no se da en términos jerárquicos o de unificación sino de cooperación. Esta idea la extraemos de los promotores del constitucionalismo multinivel, entre quienes se cuentan, Walker, Neil. Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate. 'Europe in Question' Discussion Paper Series. LSE; LEQS Paper No. 08/2009; Pernice, Ingolf. Multilevel Constitutionalism and the treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited? En *Common Market law Review*, No. 36. 1999; Pernice, Ingolf y Kanitz, Ralf. Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism in Europe. WHI - Paper 7/04 Humboldt University. En el escenario latinoamericano Víctor Bazán hace alusión a la existencia del diálogo interjudicial, así como a la idea de protección multinivel erigida sobre la premisa de que existe un objetivo convergente y gracias al uso de la hermenéutica *pro persona*. *Op. Cit.* Justicia constitucional y derechos fundamentales el control de convencionalidad. p 18 y 19

<sup>303</sup> La idea de una red constitucional ha sido promovida, entre otros, por Anne Peters. Una red constitucional permite el ejercicio de funciones constitucionales y la consecución de objetivos constitucionales más allá del Estado gracias a la articulación de diferentes actores en varios niveles. Peters, al hablar del constitucionalismo internacional se refiere a la necesidad de visualizar "una red constitucional global tejida ligeramente: hay elementos fragmentarios de derecho constitucional en varios niveles de la gobernanza, en parte, en relación con sectores específicos. Tendríamos que visualizar estos elementos como si estuvieran situados tanto vertical como horizontalmente. Los elementos constitucionales situados en los diversos niveles y sectores podrían complementarse y sostenerse el uno al otro. Esto es una red constitucional." Al referirse a la forma de interactuar dentro de la red, esta autora también hace alusión a una idea multinivel antes que a la tradicional visión jerárquica: "La edificación de una red constitucional transnacional, en la cual las normas aplicables no pueden ser alineadas en una jerarquía abstracta, tienen al menos una importante consecuencia jurídica: la solución de eventuales conflictos entre el derecho constitucional nacional e internacional requiere un balance de los intereses de los casos concretos." Peters, Anne. "Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras constitucionales". *La constitucionalización del derecho internacional*. Anne Peters, Mariano Aznar, Ignacio Gutiérrez Eds. Tirant lo Blanch, Monografías, 688. 2010, p 117.

armonización de los ordenamientos jurídicos para asegurar la protección efectiva de los individuos. Veamos estos rasgos detenidamente.

Como mencionamos líneas arriba, la idea de red que planteamos se asemeja a la imagen de una telaraña: en ella hay interacciones verticales –entre el juez regional y el juez constitucional- y relaciones horizontales –entre los jueces constitucionales de diversos países -. En este trabajo nos hemos ocupado tan sólo del eje vertical de la red y de su construcción a través del diálogo formal al que da lugar la lectura conjunta de las normas interamericanas y constitucionales. En esta arácnida imagen de la red, el primero de los niveles de protección está en los jueces nacionales<sup>304</sup>. No obstante, la piedra angular de la telaraña es la CorteIDH, la cual funge como faro de la función judicial de protección en Latinoamérica. Justamente este papel articulador del tribunal regional nos lleva a ocuparnos de la posibilidad de concebir a la CorteIDH como una Corte Constitucional regional y a preguntarnos por la diferencia entre una idea multinivel y la tradicional imagen jerarquizada de un sistema judicial<sup>305</sup>.

Dado el impulso que ha adquirido el constitucionalismo internacional en la última década (*infra* Cap. II.1.A), así como debido a la profundización del proceso de judicialización del derecho internacional no son pocas las teorías que reivindican el

---

<sup>304</sup> Burke White, habla de una comunidad de cortes en la que las cortes nacionales constituyen “primera línea” de trabajo. Burke-White, William W. “A community of courts: Toward a system of international criminal law enforcement”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 24, N°1, 2002-2003.

<sup>305</sup> Idea similar es desarrollada por Stone respecto del sistema europeo, un escenario al que tildó de ‘comunidad de cortes’ coordinada a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo. Stone sweets, Alec. “A cosmopolitan legal order: Constitutional pluralism and rights adjudication in Europe”. *Global Constitutionalism* 2012, 1:1, 53– 90 Así, desde nuestro punto de vista, y siguiendo al análisis que Queralt Jiménez hace del caso europeo, la CorteIDH opera como un ente armonizador cuyo éxito depende, en gran medida, de la recepción que hagan los jueces nacionales de su jurisprudencia: “[...] en términos de compatibilidad no de identidad, criterio que se adecua al proceso de armonización en materia de derechos y libertades fundamentales que protagoniza el TEDH en el ámbito europeo. Así es, la existencia de un estándar mínimo europeo + la asunción del pluralismo sobre el que se asienta el CEDH supone aceptar que el sistema europeo de garantía implica un proceso de armonización en materia de derechos y libertades, y no de uniformización, tal y como parece defender, además, mayoritariamente la doctrina europea. El TEDH desempeña una función armonizadora de los sistemas de garantía existentes en Europa, incluido el propio sistema de protección de derechos y libertades fundamentales del ordenamiento comunitario [...] en este proceso de armonización es un elemento esencial el uso que las jurisdicciones internas hacen del canon europeo y muy especialmente de las sentencias del Tribunal Europeo como herramienta hermenéutica”. Queralt Jiménez, Argelia. El Tribunal de Estrasburgo y los Tribunales Constitucionales. [en línea], Disponible en: [http://www.upf.edu/constitucional/actualitat/PDFs/Queralt\\_Jimxnezx\\_Argelia.pdf](http://www.upf.edu/constitucional/actualitat/PDFs/Queralt_Jimxnezx_Argelia.pdf) [06 de agosto de 2013].

ejercicio de funciones constitucionales por parte del juez internacional e incluso su naturaleza constitucional. En el marco de dichas teorías hay varias que hacen especial hincapié en la idea de que, teniendo en cuenta el papel actual de los tribunales regionales de derechos humanos y el desarrollo de su jurisprudencia, éstos deben ser reconocidos como verdaderos tribunales constitucionales.

En el escenario europeo<sup>306</sup>, por ejemplo, destaca la propuesta de Alec Stone Sweet quien reivindica la naturaleza constitucional del Tribunal de Estrasburgo basándose en el papel que ejerce este órgano judicial como autoridad interpretativa cuyas decisiones son de obligatorio cumplimiento, en su función como ente encargado de determinar el contenido y alcance de las cláusulas del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), así como en el amplio *case load* de este Tribunal. En sus propias palabras<sup>307</sup>,

First, under Protocol no. 11, the Court possesses all of the formal power required for it to acquire and exert dominance over the evolution of the Convention system. As presently constituted, the ECHR is characterized by what I call “structural judicial supremacy.” The Court possesses plenary powers to interpret Convention rights authoritatively, while supervising how the ECHR is applied in national legal systems (...) Second, the Court must have a caseload (...) Third, the Court performs its most important governance functions through the building of a precedent-based jurisprudence. In summary, the Court possesses all of the formal authority necessary for it to acquire dominance over the evolution of the Convention regime. On the input side, we can expect that most important violations of Convention rights will be referred to Strasbourg, systematically, by one or more applicants. On the output side, the Court has produced a dense and elaborate jurisprudence capable of guiding the decision-making of those national officials who would choose to enhance the effectiveness of Convention norms.

Pese a su férreo convencimiento respecto de la configuración del Tribunal Europeo como Tribunal Constitucional regional, Stone Sweet reconoce que el mayor de

---

<sup>306</sup> Wildhaber, Luzius. “A Constitutional Future for the European Court of Human Rights?”, *Human Rights Law Journal*, 2002 23, 5-7, 161; Greer, Steven. “Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies* 2003, 23- 3, 405; *Op. Cit.* Helfer, L. Redesigning the European Court of Human Rights...

<sup>307</sup> Stone Sweet, Alec. “On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court”. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, 2009. Stone afirma que el TEDH es un tribunal constitucional en la medida en que cumple funciones constitucionales. En general su argumento es que que el TEDH tiene las mismas competencias de un tribunal constitucional, se sirve de las mismas técnicas y su trabajo tiene los mismos efectos. P. 23

los obstáculos de esta idea es la falta de mecanismos vinculantes para que los jueces nacionales sigan los precedentes europeos<sup>308</sup>.

The conditions identified, though necessary, are not sufficient conditions. Convention rights will only have impact beyond any individual case to the extent that national officials – legislators, executives, and judges – take into account the Court’s jurisprudence in their own decision making. They may decide to ignore the Court’s interpretation of the Convention, even when on point, and even where Convention rights have been domesticated through incorporation

Otro de los defensores del reconocimiento del Tribunal Europeo como corte constitucional es Guggisberg, quien resalta el papel de este órgano judicial como proveedor de estándares de protección aplicables a todos los Estados miembros del sistema, a la vez que reconoce los obstáculos que implica el voluntarismo para su efectiva trasposición. En sus palabras<sup>309</sup>:

In the ECHR system, the concept of constitutionality is approached in a specific manner. Constitutional justice is described as the way the Court dispenses judgments on chosen cases of the „most serious alleged violations“ and/or of special interest to fulfil its mission. These cases are selected for the opportunity they give the Court to strengthen the common values shared in Europe in the human rights field by allowing it to clarify, interpret or develop aspects of law, while having the maximum impact possible on some fundamental issues for the respondent state or for the whole community of member states. In that sense, by holding the Convention as a superior set of values that contracting states have to implement in their national orders, the Court can be seen as a quasi-constitutional court – “quasi” because it still evolves within a consent based international context.

(...)The Court’s role in the protection and promotion of human rights is to safeguard the Convention, which is a sort of “constitutional charter”, to reinforce principles that are common minimum standards and to further develop rules. While doing so, the Court is increasingly moving away from the idea of individualized redress. It abstractly examines national laws compatibility’ with the Convention, essentially envisions its jurisprudence as applying erga omnes and tends to tell states what to do in order to redress violations, such as in the pilot cases.

---

<sup>308</sup> *Ibidem*

<sup>309</sup> Guggisberg, Soléne. The European Court Of Human Rights: a constitutional court endangering states’ sovereignty?. [en línea] disponible en > [www.corkolinelawreview.com](http://www.corkolinelawreview.com) [22 de setiembre de 2013]

Por su parte, García Roca dice que el papel del TEDH *se asemeja* al de un Tribunal constitucional sin llegar a ser tal pues los efectos de sus sentencias, nunca podrán tener los mismos efectos que las de un juez constitucional. En este sentido sus preocupaciones coinciden con las de Stone Sweet. En palabras del autor español<sup>310</sup>:

Esta expansiva fuerza argumental de las decisiones del TEDH se traduce en una dimensión objetiva que es inherente a los litigios sobre derechos, sobrepasa su dimensión subjetiva o individual y produce una “cosa interpretada”. Una eficacia distinta de la “cosa juzgada” (artículos 42 y 44 CEDH), que las aproxima, pero sin llegar a confundirlas, a las sentencias de un verdadero Tribunal Constitucional y a las labores objetivas (*supra partes* y *erga omnes*) propias de la interpretación constitucional. [...] En efecto, el TEDH —estimo— dista de ser un Tribunal Constitucional desde una perspectiva procesal rigurosa a causa de los efectos jurídicos de sus sentencias. La Corte de Estrasburgo no posee el enorme arsenal de herramientas propias de una jurisdicción constitucional. No puede declarar la nulidad de una ley en sus diversas fórmulas (constitutiva, retroactiva, prospectiva) ni la de un reglamento o un acto administrativo ni la de una sentencia de cualquier órgano judicial incluido el encargado de la casación. Ni tampoco indicar medidas de restablecimiento del derecho en su integridad y de reparación del daño causado. Ni retrotraer procedimientos administrativos o judiciales al momento en que la lesión del derecho se produjo y puede ser reparado. La efectividad de sus sentencias se limita a estimar o desestimar la violación y fijar en su caso una compensación (art. 41 CEDH) que trate de paliar —de forma necesariamente imperfecta— el daño derivado de la imposibilidad de reponer al justiciable en la situación previa a la lesión declarada. Si bien el art. 46 CEDH impone a los Estados el deber de dar cumplimiento y acatar las sentencias definitivas del Tribunal, pero no se dice cómo, y la efectiva eliminación de la vulneración queda en las manos de los Estados y puede acometerse por muy diversos medios. No es pues muy riguroso hablar de una jurisdicción constitucional transnacional.

En todo caso, este autor reconoce, por lo menos, la existencia de una similitud entre el trabajo adelantado en el seno de la jurisdicción constitucional y el desarrollado en Estrasburgo:

No obstante, desde la óptica de la labor de interpretación objetiva de los derechos, la similitud entre las dos Cortes internacionales de derechos y un Tribunal Constitucional es grande, pues ejercitan también una interpretación constitucional: decantan valores, ponderan derechos en conflicto a través de un muy discrecional juicio de proporcionalidad,

---

<sup>310</sup> *Op. Cit.* García Roca, Javier. La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos.

concretan cláusulas normativas muy abiertas, y, en definitiva, construyen subnormas que quedan adheridas a las disposiciones de las declaraciones. Es frecuentemente pues una “interpretación constructiva” dada la textura muy abierta de los derechos. Una exégesis que permite advertir sujetos y detectar víctimas de violaciones, delimitar el objeto, identificar los contenidos, establecer límites, reconocer facultades e interacciones con otros derechos. La ductilidad de las normas constitucionales se acrecienta en las declaraciones.

Por otra parte, hay quienes sin admitir su naturaleza constitucional reconocen el rol del TEDH como órgano supremo o ente armonizador de los estándares europeos de protección dados los efectos de cosa interpretada de sus sentencias. Así por ejemplo Queralt Jiménez afirma<sup>311</sup>:

(...) el TEDH será el que decida en última instancia cual es la interpretación compatible con el CEDH, esto es, ejercerá como tribunal supremo respecto de los derechos y libertades del CEDH.

En nuestra región, un buen ejemplo de esta idea se encuentra en las propias opiniones concurrentes de uno de los antiguos presidentes de la CorteIDH, el juez Sergio García Ramírez. Según él<sup>312</sup>,

En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados -- disposiciones de alcance general-- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales-- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía. Del mismo modo que un tribunal constitucional no podría --ni lo pretende-- traer ante sí todos los casos en que se cuestione o se pueda cuestionar la

---

<sup>311</sup> *Op. Cit.* Queralt Jiménez, Argelia. El Tribunal de Estrasburgo y los Tribunales Constitucionales.

<sup>312</sup> Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. Voto concurrente razonado juez Sergio Garcia Ramírez.

constitucionalidad de actos y normas, un tribunal internacional de derechos humanos no aspira --mucho menos todavía que el órgano nacional-- a resolver un gran número de litigios en los que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya ha dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar, esto es, las disposiciones del tratado internacional que invocan los litigantes. Este designio, que pone de manifiesto una función de la Corte, sugiere también las características que pueden tener los asuntos llevados a su conocimiento.

En este mismo sentido, Aguilar afirma que, en la medida en la que la justicia constitucional tiene como tarea principal defender la constitución de la cual son parte fundamental los derechos humanos, toda actividad jurisdiccional en torno a su protección es justicia constitucional. En este sentido, el trabajo de la CorteIDH es un trabajo constitucional que además tiene consecuencias sobre otros principios constitucionales estrechamente relacionados con los derechos humanos, tales como la democracia o la separación de poderes<sup>313</sup>. Por su parte Quinche asegura que si se toma en consideración los efectos moduladores de las sentencias de la CorteIDH, y toda vez que este es un comportamiento propio de los tribunales constitucionales, ésta debe ser reconocida como tal<sup>314</sup>. Hitters dice que pese a que en los Casos de Barrios Altos y la Cantuta c. Perú la CorteIDH se comportó como un verdadero Tribunal Constitucional no es verdad que, en general, se le pueda reconocer como tal debido a la falta de efectos *erga omnes* de sus sentencias. En todo caso, este autor reconoce al órgano judicial interamericano como una especie de corte de casación regional gracias a la cual se logra unificar la interpretación de las normas de protección<sup>315</sup>. En este mismo sentido Sagüés escribe<sup>316</sup>:

en conclusión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, merced a la doctrina del control de convencionalidad, ha afirmado como obligatoria una tesis semejante, de algún modo, al *stare decisis*, o valor del precedente estadounidense de su Corte Suprema de Justicia, doctrina creada en aquel país

---

<sup>313</sup> Aguilar Carvallo, G. Emergencia de un derecho constitucional común en materia de pueblos indígenas. Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/6.pdf> [14 de agosto de 2013].

<sup>314</sup> Quinche Ramírez, Manuel. "El control de convencionalidad y el sistema colombiano". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* 163 No. 12, julio-diciembre 2009.

<sup>315</sup> Hitters, Juan Carlos. "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)". *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 2, 2009.

<sup>316</sup> *Op. Cit.* Sagüés. El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un *ius commune interamericano*.

también sin un texto constitucional expreso que la haya sostenido. O si se prefiere, asume los roles de una Corte de Casación supranacional en derechos humanos, en aras de uniformar la interpretación de los derechos de esa índole emergentes del Pacto de San José de Costa Rica.

Desde nuestro punto de vista, tal como señalamos líneas arriba, la apuesta por el papel constitucional de la CorteIDH resulta completamente oportuna e idónea si atendemos al contexto que planteamos. Si bien en sus orígenes los tribunales constitucionales fueron concebidos como meros legisladores negativos, cuya única –e importante- tarea era adelantar el control –formal- de constitucionalidad, en el seno de la actual teoría constitucional, el papel de estos órganos resulta ser más complejo y omnicompreensivo. Hoy en día, los tribunales constitucionales existen para asegurar la supremacía e integridad de la Constitución en términos no sólo formales sino, también, materiales. Así, no sólo se encargan de la defensa de la Constitución sino también de su eficacia<sup>317</sup> y ello implica que además de su tarea de control, la cual ha debido adaptarse, ahora también asumen un nuevo papel como garantes del ordenamiento constitucional y, en especial, de los derechos fundamentales. Según Fix Zamudio:

Son dos las competencias esenciales de [los tribunales constitucionales]; por una parte, [decidir] sobre las controversias entre las facultades y atribuciones de los órganos del poder del Estado, así como entre el gobierno central y las comunidades autónomas o entidades federales, que podrían encuadrarse dentro de los que se ha calificado por Mauro Cappelletti como *jurisdicción constitucional orgánica*, la que se traduce cuando se impugnan normas generales, en la declaración general de inconstitucionalidad o bien la interpretación conforme, y en segundo término, en relación con la protección de los derechos humanos establecidos tanto en el ámbito interno como en los tratados ratificados y aprobados por los Estados respectivos, materia que quedaría comprendida en el sector que el mismo jurista italiano denomina *jurisdicción constitucional de la libertad*<sup>318</sup>.

---

<sup>317</sup> Casal, Jesús. “Aproximación a las funciones de la jurisdicción constitucional”, *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/8.pdf> [11 de agosto de 2013].p 9

<sup>318</sup> Fix Zamudio, Héctor. Relación entre los tribunales constitucionales latinoamericanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/20.pdf> [14 de agosto de 2013].

En otras palabras, un tribunal constitucional debe encargarse de que la estructura estatal funcione armónicamente con el fin de cumplir los cometidos constitucionales entre ellos, el más importante: proteger los derechos humanos. En este contexto, si tomamos en consideración la capacidad de la CorteIDH para decidir respecto de la compatibilidad normativa, su rol como productora de estándares vinculantes de protección y control y su influencia en el diseño de la estructura estatal nacional, así como su tarea primordial como guardiana de los derechos humanos, reconocerla como corte constitucional no estaría fuera de lugar. Veamos con más detalles los fundamentos de esta idea.

La CorteIDH asume funciones constitucionales, en primer lugar, gracias a su capacidad para ejercer como legislador negativo. Tal como señalamos líneas arriba, en virtud del artículo 2 de la Convención –sumado a los artículos. 1.1, 63 y 68 de la misma, la Corte puede declarar la incompatibilidad<sup>319</sup> de una norma nacional con el derecho interamericano y requerir de los Estados su expulsión del ordenamiento jurídico, así como solicitarles que adelanten todos los trámites necesarios para acoplar el derecho interno a los mandatos regionales<sup>320</sup>. Esta potestad se ve reforzada, tal como señalamos, por las cláusulas de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al derecho nacional y por la interpretación que los jueces han hecho de ellas<sup>321</sup>. Esta posibilidad de comportarse como un legislador negativo puede leerse desde dos perspectivas. La primera, ubica a la CorteIDH como juez constitucional del propio ordenamiento interamericano. La segunda, ubica al juez regional como coadyuvante de la tarea del juez constitucional nacional.

---

<sup>319</sup> No se trata de declarar la responsabilidad internacional del Estado debido al incumplimiento de las obligaciones internacionales como resultado de la existencia de una norma que impide la satisfacción de los compromisos internacionales, sino, en efecto, de una declaratoria de incompatibilidad y el requerimiento de que dicha norma sea expulsada del ordenamiento jurídico.

<sup>320</sup> Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162. Voto razonado Juez Sergio García Ramírez. Atendiendo a esta función, tal como lo señala Ferrer la CorteIDH se comporta como un tribunal constitucional por que interpreta la CADH como norma superior respecto de la cual se deben acoplar los ordenamientos nacionales. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como interprete constitucional”, *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/94/12.pdf> [11 de agosto de 2013] p 15

<sup>321</sup> Binder, Christina. “¿Hacia una corte constitucional de América Latina? La jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos con un enfoque especial sobre las amnistías”, *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2895> [13 de agosto de 2013].

Tal como aclararemos más adelante (*Infra* Cap. I.2B.b, Cap.II.1.A.b y Cap. II.2.B), las normas interamericanas tienen naturaleza constitucional, en este sentido cuando la CorteIDH revisa la compatibilidad de las normas nacionales con las normas interamericanas se comporta como juez constitucional del propio ordenamiento internacional. Además, más allá de esa naturaleza constitucional de la CADH (adquirida debido al proceso de constitucionalización del derecho internacional), dado que en varios de los ordenamientos nacionales las normas interamericanas tienen rango constitucional cuando el juez regional cuida de ellas, acompaña al juez constitucional nacional en su tarea<sup>322</sup>.

En segunda instancia, según hemos podido corroborar, los pronunciamientos de la CorteIDH surten efecto de cosa interpretada toda vez que en ellos, el órgano judicial regional, en ejercicio de sus competencias, determina el contenido y alcance de las cláusulas convencionales con fuerza autoritativa. Así pues, el juez regional determina parámetros de conducta que se aplican más allá de los casos que falla en su seno y los cuales influyen en la actitud de los jueces –y demás autoridades- locales y, por lo tanto, en la interpretación, aplicación y vigencia del marco jurídico nacional (*supra* Cap. I.2.A.b). Todo esto redundante, a su vez, en la ampliación de la protección ofrecida tanto por el mecanismo regional cuanto por el ordenamiento nacional.

En este mismo sentido, la CorteIDH, bien sea a través de órdenes directas o como resultado de los estándares que establece al interpretar las normas interamericanas, ofrece lineamientos claros respecto de la estructura estatal tales como, por ejemplo, la organización electoral o judicial o el respeto por el proceso democrático<sup>323</sup>.

---

<sup>322</sup> Esto nos lleva a pensar que los jueces constitucionales –nacionales- ya no son amos y señores de la jurisdicción constitucional.

<sup>323</sup> Ver por ejemplo. Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260; Corte IDH. Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012 Serie C No. 255; Corte I.D.H., Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184; Corte I.D.H., Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127; Corte I.D.H., Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107

Finalmente, gracias al derecho de petición individual, así como a las medidas provisionales previstas en la Convención, la CorteIDH ofrece una protección directa a los individuos, bien sea de forma preventiva o reparadora. En estos eventos su tarea se asimila a la ejercida por los tribunales constitucionales de la región en el marco de los procesos de tutela o amparo; de ahí que Ayala Corao se refiera a este mecanismo como “el amparo interamericano”<sup>324</sup>.

La suma de estos asuntos permiten leer el trabajo de la CorteIDH en clave constitucional: su competencia para asegurar la supremacía y eficacia de las normas sobre derechos humanos y, con ello, su capacidad para influir en la organización y limitación del poder, así como para proteger a los individuos es lo que la ubica en un sendero similar al de los tribunales constitucionales. Este rol constitucional del tribunal regional resulta mucho más acorde con su naturaleza subsidiaria y con su comportamiento como proveedor de estándares de protección. En efecto, ya que la CorteIDH se ha esforzado por construir una jurisprudencia constante y que dicha jurisprudencia es tenida en cuenta por las autoridades nacionales, la legislación nacional y los mecanismos de protección estatal serán suficientes para lograr el cometido de protección, por lo que se evitará la activación del mecanismo regional.

Ahora bien, ¿el que la CorteIDH cumpla funciones constitucionales significa que existe algún tipo de jerarquía entre éste y los demás tribunales constitucionales de la región? Desde nuestro punto de vista sus funciones como corte constitucional no implican necesariamente su superioridad jerárquica respecto de los tribunales constitucionales. Por el contrario, estamos en presencia de un vivo ejemplo de pluralismo constitucional<sup>325</sup>, en cuyo seno lo importante no es quién ofrece la mayor protección posible sino que, en efecto, dicha tutela esté asegurada. Veamos este asunto con un poco más de detenimiento.

---

<sup>324</sup> Ayala Corao, Carlos. *Del amparo constitucional al amparo interamericano como instituto para la protección de los derechos humanos*. Instituto interamericano de derechos humanos. San José, Caracas. 1998.

<sup>325</sup> Stone lo llama pluralismo de derechos: un escenario en el que el juez tiene varias fuentes vinculantes a la hora de proteger los derechos humanos, un contexto en el que el control de convencionalidad es una tarea propia del juez nacional. Stone, Sweet, Alec. “The European Convention on Human Rights and national constitutional reordering”. *Cardozo Law Review*. 33-1859 2011-2012. p. 9.

Tal como señala Von Bogdandy, las ideas de monismo o dualismo para referirse a las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno ya no responden a la realidad jurídica actual<sup>326</sup> -en igual sentido García Sayán<sup>327</sup> y Rodríguez<sup>328</sup> *et.al.*-. Hoy en día sólo el pluralismo constitucional<sup>329</sup>, que asume que la Constitución es solo una parte de un pluriverso normativo y que promueve la interacción entre los diversos ordenamientos de forma heterárquica (*infra* Cap II.1.A.b), puede explicar la actual diversidad en el ámbito jurídico y las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho internacional<sup>330</sup>. Siguiendo a Komarek, podemos entender el pluralismo constitucional en los siguientes términos:

As I understand it, constitutional pluralism presupposes that various constitutional authorities can compete over the same territory and the same legal relationships. Pluralism differs from a mere plurality in that these authorities have equally plausible claims to constitutional authority as perceived by those who are subject to them. As a normative theory, constitutional pluralism suggests that irreconcilability of the competing normative claims is desirable. The competing claims to constitutional authority are therefore equally legitimate. [...]Constitutional pluralism in the sense that we have developed in the EU has, however, a broader dimension: it refers to a pluralism of constitutional jurisdictions. Those equally valid normative constitutional claims are now supported or developed by different

---

<sup>326</sup> En sus palabras son “zombis intelectuales de otro tiempo que deben descansar en paz” Bogdandy, Armin Von. “Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público”, Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/19.pdf> [13 de agosto de 2013]. p. 7

<sup>327</sup> Quien dice que la profunda imbricación entre estos dos ordenamientos ha hecho desaparecer la discusión entre monismo y dualismo por lo que éstos son un ‘anacronismo superado’. García-Sayán, Diego. “La recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2740/11.pdf> [06 de agosto de 2013]

<sup>328</sup> Rodríguez Garavito, César. “Navegando la globalización: un mapamundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina”. *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. César Rodríguez Garavito Coord. 1ª ed. Siglo Veintiuno Editores, 2011. En sus palabras: “El efecto de este derecho poswestfaliano consiste no sólo en “administrar la globalización” (Kingsbury y otros, 2009), sino en transformar profundamente los ordenamientos jurídicos nacionales, hasta el punto de que estos no pueden ser entendidos si no se tiene en cuenta el complejo entramado normativo, de múltiples escalas, en el que están insertos (Santos y Rodríguez Garavito, 2007; Santos, 1998)”.

<sup>329</sup> Cuyo ejemplo más fehaciente se aprecia en la interacción entre el derecho comunitario europeo, el régimen del Consejo de Europa y los derechos nacionales y, especialmente, entre los diferentes jueces que ejercen funciones constitucionales en Europa, esto es el TEDH, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los tribunales nacionales, quienes representan múltiples niveles, entre quienes existe un diálogo o negociación cada uno reclamando su interpretación como la válida a través de diferentes círculos funcionales que se sobreponen, compiten y colaboran. Ver *infra* Cap II.1.A.b

<sup>330</sup> *Op. Cit.* Von Bogdandy, A. Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional. p. 7

jurisdictions. That is a new dimension of the constitutional pluralism which, however, is inherent in constitutionalism itself<sup>331</sup>.

Así pues, según el pluralismo constitucional ya no se trata de seguir o no una regla última del derecho nacional, regional o universal; es la existencia de principios comunes del constitucionalismo y las relaciones entre diversos ordenamientos jurídicos lo que determina las prácticas constitucionales<sup>332</sup>. En este sentido, cuando nos referimos a las relaciones entre derecho internacional y derecho interno y, por lo tanto, a la relación entre sus operadores jurídicos, ya no podemos hablar de una pirámide en estricto sentido; ahora estos ordenamientos se relacionan a través de un ejercicio de acoplamiento<sup>333</sup>, que se desarrolla a través del dialogo<sup>334</sup>, más que por medio de una relación de jerarquía<sup>335</sup>.

Según el profesor Bogdandy, las herramientas judiciales básicas de este ejercicio de acoplamiento son la interpretación conforme (*Charming Betsy*) y el efecto útil, luego la intensidad del acoplamiento dependerá del nivel de desarrollo de estas dos doctrinas

---

<sup>331</sup> Komárek, Jan. “The legal world beyond the state: constitutional and pluralist?” Conferencia en el seminario: ‘Constitutionalism in a New Key?: Cosmopolitan, Pluralist and Public Reason Oriented. Berlin, 28 and 29 January 2011, panel ‘Constitutionalism and the Legal World Beyond the State’. Mimeo.

<sup>332</sup> Kumm, Mattias. “The cosmopolitan turn in constitutionalism: on the relationship between national constitutional law and constitutionalism beyond the state”. *Op. Cit. Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Government*.

<sup>333</sup> *Op. Cit.* Von Bogdandy, A. Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional. p. 7 En palabras de este autor: “Además, la noción de un orden piramidal de las normas no es compatible con la experiencia de su diversidad. Ni siquiera la noción contemporánea de un derecho global, que podría evocar el monismo, pone en entredicho esta idea de pluralismo. El concepto pluralismo jurídico no implica una estricta separación entre regímenes jurídicos: por el contrario, promueve la idea de que existe una interacción entre los distintos ordenamientos jurídicos. Este concepto conlleva además importantes consecuencias para la concepción del derecho constitucional: ninguna constitución es ya un universo en sí mismo sino más bien un elemento de un pluriverso normativo como pone especialmente de manifiesto el caso europeo. En este contexto, un concepto que podría resultar útil para explicar las relaciones normativas sería el de acoplamiento entre ordenamientos jurídicos”

<sup>334</sup> Maduro apunta que la herramienta básica del pluralismo constitucional para evitar los conflictos constitucionales es el diálogo interjudicial el cual se desarrolla siempre que exista una compatibilidad sistémica, esto es, que los ordenamientos involucrados compartan valores legales fundamentales, que haya conciencia institucional, es decir que cada uno de los operadores jurídicos sea consciente de la existencia del otro y lo reconozca como interlocutor válido y que se comparta el marco hermenéutico de trabajo. Maduro, Miguel Poiars. “Interpreting european law–judicial adjudication in a context of constitutional pluralism”, *Working Paper IE Law School*, N° WPLS08-02, marzo, 2008. p 14 y ss. La propuesta desarrollada en este capítulo nos muestra como el escenario interamericano cumple con estos requisitos permitiendo el desarrollo del diálogo interjudicial en un escenario de pluralismo constitucional.

<sup>335</sup> También en el sistema de protección europeo se puede hablar de esta relación heterárquica. Estoy se refiere a ella como un sistema de nodos autónomos pero con un objetivo común. Stone sweets, Alec. “A cosmopolitan legal order: Constitutional pluralism and rights adjudication in Europe, p 10

y del diálogo al que dan lugar<sup>336</sup>. Maduro por su parte habla del *contrapunctual law*, esto es un conjunto de principios que rigen la interacción de los funcionarios judiciales y su acoplamiento; estos son: la necesidad de que los jueces suscriban la idea del pluralismo, su esfuerzo por lograr la consistencia y coherencia vertical y horizontal de su trabajo y el desarrollo de su razonamiento en términos universales<sup>337</sup>.

A la luz de estas ideas podemos decir entonces que, en el escenario interamericano, existen por lo menos dos jurisdicciones constitucionales -una regional y otra nacional- que, a luz del marco normativo que hemos expuesto, se coordinan a través de un diálogo que se desarrolla bajo principios de subsidiariedad, complementariedad, margen de apreciación y efecto útil, y no en términos jerárquicos. En este sentido, la interacción entre las diferentes autoridades constitucionales resulta propia de un modelo pluralista en el que “*instead of hierarchy and supremacy (...) there is functional primacy based upon mutual consideration, recognition and cooperation between the courts*”<sup>338</sup>. En otras palabras, siguiendo la teoría del pluralismo constitucional, en el escenario interamericano se adelanta un ejercicio de acoplamiento que permite la armonización, y por lo tanto, la convivencia y eficacia del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional. Dicho acoplamiento se ha logrado gracias al efecto directo que los ordenamientos constitucionales le han concedido tanto a las normas como a la jurisprudencia interamericana, así como en virtud del impulso de la figura del control de convencionalidad y la interpretación

---

<sup>336</sup> *Op. Cit.* Von Bogdandy, A. Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional. p. 7

En el escenario europeo las herramientas de esta articulación constitucional son, la regla del efecto directo, en virtud de la cual ciertas normas internacionales no requieren de actos nacionales para surtir efecto en los ordenamientos de cada Estado, y la llamada regla Solange (Tribunal Constitucional Federal Aleman, sentencia de 29 de mayo de 1974. BverfGE 37, 271 (Solange I); Tribunal Constitucional Federal Alemán, sentencia de 22 de octubre de 1986. BverfGE 73, 339 (Solange II) ) según el cual ha de prevalecer la jurisdicción que provea la mejor y mayor protección a los individuos bien sea esta la comunitaria o la nacional por lo que no existe per se prevalencia entre las jurisdicciones, según cada caso prevalecerá una u otra jurisdicción (Uno de los más recientes y dicientes ejemplos del uso de esta regla y, por lo tanto, del pluralismo constitucional, es la sentencia del Tribunal Constitucional alemán en la que se estudió la constitucionalidad del Tratado de Lisboa. Tribunal Constitucional alemán, sentencia de 10 de junio de 2009. BVerfGE, 2 BvE 2/08. Sobre este asunto, ver, entre muchos otros, Amhlaigh, Cormac Mac. “Questioning constitutional pluralism”, *University of Edinburgh School of Law*, Serie N° 17, 2011.

<sup>337</sup> Maduro, Miguel. “Courts and Pluralism. Essay on a theory of judicial adjudication in the context of legal and constitutional pluralism”. *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*. Dunoff & Trachtman Eds. Cambridge, 2009.

<sup>338</sup> Pernice, Ignolf. “The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in action. *Columbia Journal of European Law*, No. 15, 2008-2009. p 384.

conforme<sup>339</sup>. En este orden de ideas, la CorteIDH no se erige como superior jerárquico de los demás tribunales constitucionales de la región<sup>340</sup>. En palabras de quien fuera Presidente de esta Corte, Sergio García Ramírez

La Corte Interamericana no es un órgano de última instancia con respecto a los tribunales nacionales. Ni lo es, ni pretende serlo. Es complementaria de la jurisdicción interna y se atiene a esta misión, claramente establecida. Le incumbe juzgar exclusivamente sobre la compatibilidad entre los hechos de los que toma conocimiento y los derechos y las libertades consagrados en la Convención Americana y, eventualmente, en otros instrumentos que le confieren competencia. En este sentido –si se me permite emplear un símil– es corte de convencionalidad, semejante a las de constitucionalidad en los ordenamientos nacionales<sup>341</sup>.

Así mismo lo han reconocido el juez constitucional peruano o la Corte Constitucional colombiana, quienes señalan que entre la CorteIDH y la jurisdicción constitucional no hay una relación de jerarquía sino de cooperación<sup>342</sup>.

Así pues, el que la CorteIDH se comporte como tribunal constitucional de la región no significa que ella sea superior jerárquica de los demás jueces. El reconocimiento de sus funciones constitucionales sólo pretende registrar los alcances de su jurisdicción y ubicarle como ente articulador de la red de protección cuyo rol sólo habrá de activarse en ausencia de protección nacional suficiente e idónea. En este sentido, no se prioriza la interpretación ofrecida por la CorteIDH sino, al contrario, se prioriza la interpretación nacional siempre que ello no contradiga el estándar de protección regional –construido de forma mancomunada a través del diálogo-, y toda vez que éste ofrezca la mayor protección posible<sup>343</sup>.

---

<sup>339</sup> El propio professor alemán así lo reconoce. *Op. Cit.* Von Bogdandy, Armin. Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional.

<sup>340</sup> “Primacy should be defined according to a substantive rather than formal hierarchy” Cottier, Thomas. “Multilayered governance pluralism, and moral conflict”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 16, 2009.p. 78

<sup>341</sup> [www.corteidh.or.cr/docs/discursos/garcia\\_31\\_03\\_06.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/discursos/garcia_31_03_06.pdf).

<sup>342</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N.º 2730-2006-PA/TC; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-590 de 2005

<sup>343</sup> Así lo ha entendido, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T-1319 de 2001, Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-551 de 2003, Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-679 de 2005. Al respecto ver: Amado Rivadeneira, Alex. “El influjo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en las américas y en la jurisprudencia constitucional del Perú”, *Revista Jurídica de Derecho Público Tomo 6, Universidad Católica Santiago de Guayaquil*, [en línea], Disponible en: [http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico-tomo-6/43\\_a\\_58\\_el\\_influjo.pdf](http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico-tomo-6/43_a_58_el_influjo.pdf) [06 de agosto de 2013]

En palabras del juez peruano, por ejemplo:

(...) no es un asunto que deba resolverse de manera aislada, sino a partir de su integración. Ello es así por cuanto es necesario entender al Derecho internacional como un Derecho de integración sobre la base de la responsabilidad internacional de los Estados. Así, en función de dicha responsabilidad no se postula la derogación automática de las normas internas, en caso de conflicto con sus obligaciones en el plano internacional, ni el desconocimiento de estas últimas en el orden nacional, sino su armonización e integración. 36. No cabe, pues, asumir una tesis dualista de primacía del derecho internacional sobre el Derecho interno y a la inversa; se requiere, por el contrario, una solución integradora y de construcción jurisprudencial, en materia de relaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho constitucional nacional. Se precisa de un sistema de articulación competencial entre las jurisdicciones internacional y constitucional, en virtud del cual no resulta aceptable fijar una competencia de competencias privativa, sino establecer la voluntad del Estado peruano, en concordancia con las obligaciones internacionales asumidas como miembro de dicho Sistema; siendo que la confluencia teleológica, dada la protección efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos peruanos, determina esta relación de cooperación entre ambas jurisdicciones, de conformidad con el artículo 1 de la Constitución, que establece: La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado<sup>344</sup>.

En igual sentido, el juez colombiano

Ahora bien, los convenios en esta materia [derechos humanos] suelen incorporar una cláusula hermenéutica de favorabilidad, según la cual no puede restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos en un Estado en virtud de su legislación interna o de otros tratados internacionales, invocando como pretexto que el convenio en cuestión no los reconoce o reconoce en menos grado<sup>345</sup>.

En suma, retomando nuestras afirmaciones iniciales, la red de protección que se ha construido gracias al trabajo judicial, es una red multinivel en la medida en que articula el nivel nacional y el nivel regional de protección en una relación de complementariedad y no de jerarquía, y es una red constitucional toda vez que la

---

<sup>344</sup>Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N° 679-2005-PA/TC

<sup>345</sup>Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-1319 de 2001. En el mismo sentido Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-406 de 1996, Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-251 de 1997, Corte Constitucional de Colombia Sentencia C- 551 de 2003

articulación de los varios niveles permite que los actores constitucionales, ejerzan funciones constitucionales con miras a la consecución de objetivos de naturaleza constitucional -valga la redundancia- (*infra* Cap. II.2.B).

Para finalizar este acápite, debemos ocuparnos de la idea de que el diálogo interjudicial que hemos reseñado ha permitido la afirmación de un *ius commune* interamericano que da cuenta de la existencia de un marco de protección mínimo construido desde los estrados judiciales en torno a los derechos constitucionales de la región y al propio derecho interamericano. Veamos con un poco de detenimiento los alcances de esta figura.

#### **b. *Ius commune* interamericano.**

La idea de *ius commune* surge en el campo de los derechos humanos para dar cuenta de la existencia de un estándar mínimo de protección cuya salvaguarda resulta obligatoria a la luz de los mandatos constitucionales e internacionales que vinculan a los Estados. Su reconocimiento implica la afirmación de la dignidad humana como valor universal dotado de contenido desde una perspectiva pluralista que permite respetar las diferencias en el entorno regional y global.

En palabras de Carozza<sup>346</sup>:

[...] ‘the idea of a new *ius commune* is a metaphor for a complex of human rights norms and legal relationships that combine unity and universality with pluralism and differentiation’. For this reason, it most definitely does not represent a process of ‘identifying the “best” approach with the ultimate aim of securing its universal adoption’. Instead, it is best understood as embodying the value of subsidiarity, with its attendant pluralism, rather than uniformity – this, I argued, is precisely one of the virtues of a *ius commune* approach to global human rights norms.

Esta idea de *ius commune* en el contexto contemporáneo de los derechos humanos no es nueva. En el escenario europeo, por ejemplo, esta acepción pretende dar

---

<sup>346</sup> Carozza, Paolo G. “Human dignity and judicial interpretation of human rights: A reply”, *The European Journal of International Law*, Vol. 19, N°5, 2008.

cuenta del mínimo de protección integrado desde el derecho de la Unión Europea, el Consejo de Europa y cada uno de los ordenamientos nacionales y ha sido ampliamente desarrollada por la doctrina alemana<sup>347</sup>.

García Roca afirma que una de las mayores contribuciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es su papel en la construcción de un derecho común dado el alto grado de recepción que ha tenido su jurisprudencia en los tribunales nacionales<sup>348</sup>:

Desde otra óptica complementaria, dadas las serias diferencias procesales entre las distintas jurisdicciones constitucionales nacionales y las jurisdicciones internacionales de derechos pero a la par su concurrencia en un mismo objeto, puede sostenerse (como ha dicho Fix-Zamudio) que la trascendencia mayor de [del TEDH] procede de la recepción de su jurisprudencia por una multiplicidad de Tribunales Constitucionales o Salas Constitucionales internas al modo de un nuevo Derecho común.

Otros autores, como Queralt Jiménez, por ejemplo, señalan que si bien no puede hablarse aún de la existencia de un *ius commune* europeo, en virtud de los efectos de cosa interpretada de las sentencias del TEDH, así como de la recepción que los jueces nacionales han hecho de la jurisprudencia regional puede hablarse, por lo menos, de la creación de un estándar común de derechos humanos<sup>349</sup>. Zagrebelsky por ejemplo, se

---

<sup>347</sup> *Op. Cit.* Pernice, Ignolf y Kanitz, Rafl. Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism in Europe. Häberle se refería al Derecho Constitucional Común Europeo (DCCE) para hacer alusión al conjunto de “principios constitucionales «particulares» que resultan «comunes» a los diferentes Estados nacionales europeos, tanto si han sido positivados como si no”. En palabras de este autor, el ejercicio del que resultaba este conjunto consistía en “profundizar en lo más hondo de la cultura jurídica de cada uno de los Estados constitucionales en particular, y sacar a la luz los factores comunes, lo concordante, lo familiar, yendo más allá de lo meramente jurídico-positivo (...) Mas, a pesar de ser todo tan «general» — como aquí es el caso—, se perfila, no obstante, un *ius constitutionale* de cuño genuinamente «común europeo», un *ius commune europeum* y un *ius publicum europeum* en cuyos contenidos se vislumbran factores comunes. Naturalmente que también en estos ámbitos se dan variantes nacionales *sui generis*; mas, pese a todo ello, igualmente se perfila ya un núcleo constitutivo común. Para ponerlo en evidencia, permítaseme aquí emplear un símil matemático: el de la fracción aritmética, compuesta por numerador y denominador”. Häberle, Peter. “Derecho Constitucional Común Europeo”. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm 79. Enero-Mayo 1993. 11 y 14

<sup>348</sup> *Op. Cit.* García Roca, Javier. La interpretación constitucional ...

<sup>349</sup> “All in all, such a domestic and international diversity make it difficult to speak yet of the existence of a *ius commune* in the field of human rights in the European continent. However, all the States have recognized that they share several values and beliefs regarding the human rights and basic liberties the protection which has been entitled to the European Court. The Court, by exercising such a task, and starting from the rights recognized in the Convention, has elaborated a European minimum standard where the common values and beliefs inherent to the democratic societies are gathered. That standard has become the *de facto* boundaries of such diversity.” Queralt Jiménez, Argelia. The interpretative effects of the judgements of the European Court Of Human Rights, Conferencia pronunciada en Trento, el 15 de junio de 2007.

refiere a la existencia de un ‘patrimonio del derecho constitucional común’, conformado por la convergencia –no unidad- de los principios constitucionales comunes<sup>350</sup> y el cual al ser fuente de validez de las constituciones estatales<sup>351</sup>, no puede ser ignorado por ningún legislador (ni siquiera por el constitucional<sup>352</sup>). En palabras de este autor:

de la interpretación de estos principios [se refiere a los principios que son comunes a las constituciones modernas], cuando la jurisprudencia se inspira en orientaciones comunes, puede progresivamente formarse un mínimo común denominador constitucional ultraestatal, “administrado” por jurisdicciones constitucionales locales, donde se puedan encontrar respuestas comunes a cuestiones con repercusiones generales” esto es compatible con la naturaleza abierta que ha adquirido el derecho constitucional actual<sup>353</sup>.

En el escenario interamericano, son varios los autores que se sirven de la expresión *ius commune* o *ius constitutionale commune* para dar cuenta de la existencia de un estándar mínimo de protección común a todos los Estados de la región<sup>354</sup>. Así por ejemplo Aguilar habla de *ius commune* para referirse a una especie de derecho constitucional regional que abarca estándares, normas y principios constitucionales comunes mutuamente compartidos o con tendencia a ser compartidos<sup>355</sup>. Ayala Corao se refiere a un estándar mínimo de protección en los siguientes términos:

---

<sup>350</sup> Zagrebelsky, Gustavo. “El juez constitucional en el siglo XXI”. *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2725> [25 de agosto de 2013] p. 16

<sup>351</sup> *Ibidem*, p. 25

<sup>352</sup> So pena de pagar las consecuencias que el enlista *Ibidem*, p 17.

<sup>353</sup> *Ibidem*, p. 16

<sup>354</sup> Entre otros: *Op. Cit.* Aguilar Carvalho, G. Emergencia de un derecho constitucional común en materia de pueblos indígenas; Storini, Claudia. “Efectos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los países miembros de la OEA”, *Revista de Derecho*, No. 11, Ecuador, 2009; Morales Antoniazzi, Mariela. “¿La democracia como principio del *ius constitutionale commune* en América Latina? Construcción, reconstrucción y desafíos actuales para la justicia constitucional”, *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/12.pdf> [15 de agosto de 2013]; Pampillo Baliño, Juan Pablo. “The Legal Integration of the American Continent. An invitation to legal science to build a new *ius commune*”. *Selected works of the Latin American and Caribbean Law and Economics Association*. [http://works.bepress.com/juan\\_pablo\\_pampillo/61](http://works.bepress.com/juan_pablo_pampillo/61); A.A.V.V. La Justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina? Armin Von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Coords. Serie doctrina jurídica No. 569. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, IIDC, Max Planck Institut. 2010

<sup>355</sup> *Op cit.* Aguilar Carvalho, G. Emergencia de un derecho constitucional común en materia de pueblos indígenas. En este punto consideramos pertinente decir que no compartimos la visión de este autor sobre el fundamento, contenido y alcance del *ius commune*, creemos que a su trabajo le faltan algunas precisiones y requiere de mayor fundamentación. Sin embargo, hemos de reconocer que sus documentos han sido los primeros en poner le tema sobre la mesa y en intentar un desarrollo del mismo.

en Latinoamérica se ha consolidado constitucional y convencionalmente un estándar mínimo común en materia de protección efectiva de los derechos humanos, a través de la influencia integradora de la Convención Americana y la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano, con la jurisprudencia constitucional<sup>356</sup>

Por su parte, Storini se sirve de esta expresión para dar cuenta de los resultados de la recepción del derecho internacional de los derechos humanos, en especial de la jurisprudencia interamericana por parte de los jueces nacionales. En sus palabras:

Estas consideraciones, resumidamente expuestas, permiten concluir que en Latinoamérica, gracias a la influencia integradora de la Convención Americana y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana con la jurisprudencia nacional, se está lentamente consolidando lo que podría ser definido como un estándar mínimo común en materia de protección de los derechos humanos. Un núcleo fundamental o esencial de derechos que poco a poco se va imponiendo en los países miembros dando origen a un nuevo *ius commune* para Latinoamérica.

Según Rodríguez Garavito el *ius commune* es el resultado de la interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional de cada uno de los Estados de la región<sup>357</sup>. Por su parte Góngora se refiere a este mínimo común como un derecho constitucional interamericano

En los últimos años hemos sido testigos de una construcción transnacional y cooperativa de estándares de derechos humanos, con efectos tanto a nivel nacional como regional, gracias a las interacciones e influencias recíprocas que se están presentando entre las cortes constitucionales y la corte interamericana, e incluso entre las cortes constitucionales entre sí. La tendencia convergente de estos procesos tiene un enorme potencial para desarrollar jurisprudencialmente un derecho constitucional interamericano sustentado en los derechos humanos que atienda a las condiciones particulares de los países miembros del sistema y a la vez contribuya al Estado de derecho y la calidad de la democracia en América Latina<sup>358</sup>.

---

<sup>356</sup> *Op. Cit.* Ayala Corao, Carlos. Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional. p. 44-45

<sup>357</sup> Así lo ha entendido, por ejemplo, Rodríguez Garavito. *Op. Cit.* Rodríguez Garavito, C. Navegando la globalización: un mapamundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina.

<sup>358</sup> *Op. Cit.* Góngora Mera, Manuel. Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas.

García Ramírez, siguiendo a Sagüés, se refiere al *ius commune* como resultado del proceso de armonización que está experimentando el derecho interamericano con el derecho nacional, especialmente se refiere a él como resultado de la implementación del control de convencionalidad<sup>359</sup>. Nogueira Alcalá afirma que

Este proceso [se refiere al diálogo] lleva a una homogenización de los derechos fundamentales en los ordenamientos constitucionales de la región en virtud del *ius commune* interamericano, mediante un estándar mínimo asegurado en toda la región, lo que no significa uniformación, ya que los ordenamientos constitucionales pueden asegurar un mayor nivel de atributos y garantías de los derechos que el que establece el sistema interamericano, como asimismo puede asegurar más derechos que los contemplados en el sistema regional, este último es siempre un sistema de mínimos que deben ser garantizados, dentro de un contexto de Estado constitucional democrático<sup>360</sup>.

En nuestra opinión, el *ius commune* da cuenta de la existencia de un marco mínimo de protección conformado por el catálogo de derechos y obligaciones básicas que resulta de la convergencia de los listados constitucionales y los instrumentos regionales tras el ejercicio de interpretación que adelantan los jueces<sup>361</sup>.

---

<sup>359</sup> En su opinión, “el control de convencionalidad es una expresión o vertiente de la recepción nacional, sistemática y organizada del orden jurídico convencional internacional (o supranacional). Constituye un dato relevante para la construcción y consolidación de ese sistema y ese orden, que en definitiva se traducen en el mejor imperio del Estado de derecho, la vigencia de los derechos y la armonización del ordenamiento regional interamericano (puesto que me estoy refiriendo al control ejercido con base en instrumentos de esta fuente) con vistas a la formación de un *ius commune* del mismo alcance geográfico-jurídico. Néstor Sagüés ha dicho, con buen fundamento, que ‘la doctrina del ‘control de convencionalidad’, bien instrumentada, puede ser una herramienta provechosa para asegurar la primacía del orden jurídico internacional de los derechos humanos, y edificar un *ius commune* en tal materia, en el área interamericana” García Ramírez, Sergio. “El control judicial interno de convencionalidad”. *Revista del Instituto de Ciencias jurídicas de Puebla*. Año V, No. 28, julio-diciembre de 2011. p. 128.

<sup>360</sup> *Op. Cit.* Nogueira Alcalá, Humberto. El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno, p. 34. En Este artículo, el autor también usa denominaciones tales como *opinio iuris* interamericana, patrimonio común u orden público latinoamericano

<sup>361</sup> En el escenario europeo se ha desarrollado un concepto similar, El derecho constitucional común europeo que engloba el conjunto de principios comunes de los Estados miembros, que surgen de las constituciones, de las costumbres y del propio derecho europeo. Perez Luño, Antonio. “El Derecho Constitucional Común Europeo: apostillas en torno a la Concepción de Peter Haberle”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* Núm. 88. Abril-Junio 1995. El *ius commune* es prueba de lo que dice Cottier Multilayered governance thus relies upon a common and shared body of underlying constitutional values and legal principles, which penetrate all layers of governance alike. Today, these foundations exist in positive international law and are formally shared by the constitutions of a large number of states (...)The prospects of multi-layered governance therefore depend upon the level of shared procedural avenues established at and among different layers of governance. *Op. Cit.* Cottier, Thomas. “Multilayered governance pluralism, and moral conflict p. 657 y 662 Esta idea resulta acorde por la expresada por Tznakopolous quien afirma que el diálogo da lugar a un núcleo común de derechos a proteger en todos los niveles. Tzanakopoulos, Antonios. *Judicial Dialogue in Multi-level Governance: The Impact of the Solange*

En este sentido -y acorde con las notas esenciales de los derechos humanos-, el *ius commune* se caracteriza por su naturaleza dinámica y progresiva ya que responde tanto a la inquietud de los jueces por adaptar el derecho a la realidad a la que ha de aplicarse, como a la necesidad de lograr su ampliación y profundización con el paso del tiempo. En este sentido, toda vez que el *ius commune* responde a la realidad regional y, por lo tanto, evoluciona sólo en la medida en que lo hagan tanto los derechos nacionales como el derecho interamericano en el marco de esa mecánica de interacción que hemos descrito hasta el momento<sup>362</sup>, su configuración siempre será respetuosa de la soberanía estatal y el pluralismo.

A la luz de estas ideas, podemos decir que el *ius commune* cumple fundamentalmente cinco funciones. En primer lugar, permite establecer los estándares mínimos de protección. Así mismo, ayuda a elevar los parámetros de salvaguarda. En tercer lugar, el *ius commune* facilita la comunicación entre los diversos escenarios de tutela. Además, permite alcanzar una coherencia que aunque facilita la igualdad es respetuosa de la diversidad<sup>363</sup>. Finalmente, tal como en el caso del ‘patrimonio constitucional común’ propuesto por Zagreblesky el *ius commune* interamericano sirve como parámetro de validez de las normas, tanto constitucionales, como internacionales y en ese sentido se erige como un derrotero para el legislador y, en general, como parámetro de conducta para el ejercicio del poder (*infra* Cap II.2.B.a).

Como se observa, la interacción de los jueces de protección a través del diálogo interjudicial desarrollado en virtud del marco normativo y las herramientas expuestas nos permite concebir la existencia de una red judicial y de un pluralismo constitucional

---

*The practice of international and national courts and the (de-)fragmentation of international law.* Ole Kristian Fauchald y André Nollkaemper (eds) Hart Publishing, 2012. p 190

<sup>362</sup> En esa dinámica ocurre lo que señala Waters: el juez internacional crea una regla que el juez nacional aplica haciéndola parte de una práctica reiterada gracias a la cual se crea una norma consuetudinaria de derecho internacional público. *Op. Cit.* Waters, Melissa. The future of judicial dialogue.

<sup>363</sup> Siguiendo las ideas de Pérez Luño en torno a la propuesta de Häberle, podemos decir entonces que el *ius commune* interamericano es una “realidad operativa” y en construcción soportada en la experiencia judicial de la región, que se erige como mecanismo de mediación entre los diversos intereses en juego –locales vs. regionales- evitando con ello la imposición de uno de los actores. Además, su existencia, como veremos más adelante, facilita la articulación de lo regional en escenarios de mayor alcance. *Op. Cit.* Pérez Luño, Antonio. El Derecho Constitucional Común Europeo: apostillas en torno a la Concepción de Peter Häberle. p 173

en la región, dentro del que la CorteIDH ejerce funciones constitucionales, y en virtud del cual se han sentado los primeros cimientos para la conformación de un *ius commune* interamericano. Ahora bien, ¿cuáles son los verdaderos alcances de esta idea en el marco del escenario regional?

### **C. Red judicial de protección: beneficios y obstáculos.**

Una vez que logramos comprender la idea de red judicial, su fundamento, las herramientas de las que se sirve, la forma como se construye y sus principales efectos, nos resta ocuparnos de sus consecuencias. Si bien es cierto, reconocer la existencia del diálogo y, con él, de la red judicial, implica necesariamente admitir un cambio en la concepción del derecho internacional; la lectura y análisis de este asunto será objeto de la segunda parte de este trabajo (*infra* Cap. II.2. A y B). Por ahora, nos importa resaltar los efectos inmediatos que tiene la existencia de la red en el escenario regional, los cuales, desde nuestro punto de vista, se miden en atención a su capacidad para potenciar la protección ofrecida a los individuos como consecuencia de la armonización de los ordenamientos nacionales y el derecho internacional. Este es el asunto que nos ocupa a renglón seguido (a). Ahora bien, no todo son alegrías. Son varios los obstáculos a los que se enfrenta esta idea; existen varias críticas a la figura misma de diálogo interjudicial, a la forma como se construye en la región, a los alcances del mismo y, en consecuencia, a la idea de la red de protección. Dedicaremos la segunda parte de este acápite al estudio de los obstáculos que señalan los críticos, refutaremos algunos de ellos y propondremos soluciones respecto de otros (b.).

#### **a. Beneficios de la interacción a nivel regional**

Tras la exposición que acabamos de hacer quien nos lee debe válidamente preguntarse ¿y para qué todo esto? ¿Acaso la figura de la red judicial de protección aporta algo útil al cometido de protección? Como acabamos de señalar, en el ámbito regional, los alcances de la red de protección, es decir, de la interacción judicial, deben evaluarse tomando en cuenta los cambios que ésta genera y que ayudan a potenciar la efectividad de la protección de los derechos humanos. En este orden de ideas, desde

nuestro punto de vista, podemos señalar tres grandes logros: el primero de ellos, que enmarca y potencia los demás, es el impacto que la red ha generado en la forma como se conciben las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. Además de esta metamorfosis, en segunda instancia, es preciso señalar los cambios introducidos al marco jurídico como resultado del proceso de armonización. Finalmente, como consecuencia de todo lo anterior, hay que dar cuenta de las mejoras que dichos cambios generan en términos de protección.

En primer, lugar debemos decir que la conformación de la red es, a su vez, causa y consecuencia de la mutación que experimenta la relación entre el derecho internacional y el derecho interno<sup>364</sup>. Ella da cuenta, ante todo, de la mutua permeabilidad e interdependencia de estos ordenamientos y de la necesidad de que sus actores interactúen y se reconozcan como agentes de un mismo cometido cuya efectividad depende de la armonización de los dos sistemas<sup>365</sup>. En otras palabras, la red permite: a) comprender que los agentes de ambos ordenamientos ya no actúan independientemente, sino que se insertan en un escenario mucho más complejo de coordinación y complementariedad en el que no existe jerarquía alguna; b) dar cuenta de cómo se teje esa relación y de los resultados de la misma. Lo primero nos ayuda a asumir y, por lo tanto, a enfrentar mejor

---

<sup>364</sup> Pese a que las normas siguen haciendo gala de un modelo westfaliano, las prácticas, entre ellas las surgidas en el seno de la red, dan cuenta de un nuevo paradigma en esta relación. Sobre este asunto ver: *Op. Cit.* Rodríguez Garavito, C. Navegando la globalización: un mapamundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina.

<sup>365</sup> “Yet, national law and international law depend on each other for the collective supply of international public goods, like international rule of law. International law cannot be effective without its good faith implementation inside domestic legal systems, in the same way that domestic legal systems cannot remain effective in a globally interdependent world without the international legal coordination of their often adverse external effects on other polities and legal systems. Petersmann, Ernst-Ulrich. “International rule of law and constitutional justice in international investment law and arbitration”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 16, N° 2, 2009. 516: “La creciente trascendencia de la intersección del derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos exige una articulación de tal binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad en aras del afianzamiento real y no solo declamado del sistema de derechos y garantías”. *Op. Cit.*, A.V.V.V. Justicia constitucional y derechos fundamentales el control de convencionalidad. p 19. A la luz de esta idea podemos decir que la Red es prueba de lo que Zagrebelsky cree que es el rol actual de la justicia constitucional, en sus palabras “...cuando los bienes constitucionales se vuelven interdependientes e indivisibles, [resulta lógico] que las justicias constitucionales de todo nivel aspiren a integrarse, si no en una forma institucional supranacional cosmopolita, que no está a la vista y quizás nunca lo estará, al menos en contextos deliberativos comunicantes. La interacción no podrá dejar de llevar, antes o después, a una cierta convergencia de resultados. [Por ello] la apertura de las jurisprudencias a recíprocos enlaces...es una exigencia radical en la vocación contemporánea de la justicia constitucional”. *Op. Cit.* Zagrebelsky, Gustavo. El juez constitucional, p 102. Es en este sentido en que se entiende la afirmación de este mismo autor según la cual el juez constitucional nacional ha de ser juez de su propia constitución pero también juez del constitucionalismo cosmopolita. *Op. Cit.* Zagrebelsky, Gustavo. “El juez constitucional en el siglo XXI”, p 26.

y más fácilmente el nuevo escenario; lo segundo nos permite trazar derroteros que perfeccionen la interacción y eviten sus baches con miras a lograr una mejor protección de los individuos siempre bajo supuestos de economía, celeridad, eficiencia y democracia.

De la mano de estos cambios en las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, la interacción judicial permite, a su vez, modificaciones en el seno del marco normativo y cambios en los resultados de la protección ofrecida<sup>366</sup>. Veamos

Toda vez que el proceso de coordinación entre el derecho internacional y el derecho interno –y, por lo tanto, entre los jueces de ambos niveles- requiere la modificación de los ordenamientos nacionales bien sea para remover los obstáculos o para ofrecer un mejor escenario de protección, uno de los más importantes logros conseguidos es justamente esta metamorfosis normativa la cual se produce, bien sea como consecuencia de la derogación o expedición de normas o a través de la interpretación de las ya existentes. Ahora bien, esos cambios no sólo se refieren a los ajustes para la puesta en escena del diálogo sino, sobre todo, a las mejoras que se dan como consecuencia del mismo. Dichos cambios normativos tienen que ver con cuatro asuntos. Primero, las reformas constitucionales o las reinterpretaciones constitucionales que facilitan el uso del derecho internacional de los derechos humanos en el seno del derecho interno; segundo, el alcance del catálogo de derechos; tercero, las reformas procesales e institucionales; y cuarto, las reglas para lograr el cumplimiento de las sentencias internacionales.

Respecto de lo primero podemos afirmar que los jueces y su interacción han sido protagonistas a la hora de ‘jalonar’ las reformas constitucionales (México) o las reinterpretaciones constitucionales (Chile o Guatemala, por ejemplo) que reivindicaron el uso del derecho interamericano como herramienta coadyuvante en la protección de los

---

<sup>366</sup> En este sentido creemos que la interacción de la que damos cuenta confirma las ideas de Bryde respecto del aporte del derecho internacional de los derechos humanos a los cambios experimentados por los derechos internos (llena los vacíos de los ordenamientos nacionales, promueve interpretaciones más favorables a los individuos, impulsan el perfeccionamiento del control de constitucionalidad), así como la importancia de los jueces nacionales en la eficacia de aquel. ”. Bryde, Brun-Otto. *International Democratic Constitutionalism. Towards world constitutionalism. Issues in the legal ordering of the world community.* Macdonald, Ronald St. J. ed. La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 120 y 121.

derechos humanos por parte de todos los operadores jurídicos a nivel nacional. Los ejemplos enlistados arriba son prueba de ello (Supra Cap.I.1.B.b).

En cuanto a lo segundo, podemos decir que la suma de todos los factores que señalábamos arriba ha permitido que muchos de los derechos ya previstos tanto en los ordenamientos nacionales como en el interamericano amplíen su espectro de protección, bien sea porque vía interpretativa se incluyen nuevas categorías de sujetos protegidos, porque se refuerza el estatus de algunos de ellos o, simplemente, porque se incluyen nuevos contenidos al derecho. Por la otra, la lista de derechos a proteger se ha visto ampliada entre otras razones porque algunos derechos que a nivel nacional no tenían estatus suficiente han pasado a ser normas constitucionales o, por lo menos, supra-legales en virtud del proceso de interpretación que se hace con ocasión de la incorporación del derecho interamericano. Veamos cada uno de estos asuntos.

En cuanto a la ampliación, podemos señalar, por ejemplo, la comprensión del derecho a la propiedad. Así, pese que el artículo 21 de la CADH se limitaba a proteger el derecho a la propiedad en términos bastante clásicos y, por lo tanto, no se refería a la protección de la propiedad colectiva, la jurisprudencia de la CorteIDH, atendiendo al particular contexto de las comunidades indígenas, decidió en sus años más tempranos de trabajo reconocer que la Convención también protege esa versión particular del derecho. Esta afirmación del derecho a la propiedad colectiva se ha visto complementada por el reconocimiento que la CorteIDH hace de las demás aristas necesarias para su salvaguarda tales como el derecho a la personalidad jurídica de la comunidad y la consecuente titulación de las tierras, así como del derecho a la consulta previa<sup>367</sup>. Esta jurisprudencia del órgano regional, de la mano con el trabajo de los jueces nacionales, ha servido para profundizar o para impulsar las reformas constitucionales y legales necesarias para lograr la protección de uno de sus grupos poblacionales más extensos y,

---

<sup>367</sup> Algunos de los casos más significativos sobre este asunto: Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142, Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Serie C No. 66

también, más vulnerables en Latinoamérica<sup>368</sup>. El trabajo en torno a este tema, es una muestra fehaciente de la coordinación y complementariedad entre las dos instancias de salvaguarda.

Otro ejemplo de la ampliación de la protección lo podemos encontrar en el reciente caso *Atala Riffo y Niñas c. Chile*<sup>369</sup>. En esta oportunidad, la CorteIDH hace extensiva su jurisprudencia sobre el derecho a la igualdad y la no discriminación a una nueva categoría de sujetos a proteger: la comunidad LGTBI. Esta jurisprudencia resulta coherente con los pasos importantes que en la materia han dado algunos de los tribunales constitucionales de la región<sup>370</sup>. Al mismo tiempo, este caso será útil para jalonar las reformas allí donde no se han logrado.

También vale la pena traer a colación como parte de esta tendencia en la ampliación de la protección el reciente caso *Artavia Murillo y otros c. Costa Rica*. En su sentencia, la CorteIDH, echando mano de jurisprudencia nacional matiza los alcances del derecho a la vida, pondera su protección con otros derechos y, con base en ello, declara la incompatibilidad de la prohibición de la fecundación *in vitro* consagrada en la legislación costarricense con las obligaciones convencionales dando así protección a los derechos sexuales y reproductivos de las personas con problemas de fertilidad<sup>371</sup>.

En este mismo sendero de ampliación, la interacción entre la CorteIDH y los tribunales constitucionales de la región ha servido para reforzar el marco normativo de

---

<sup>368</sup> Un completo análisis sobre los avances de la protección a los pueblos indígenas en Latinoamérica a raíz, entre otras de la jurisprudencia interamericana en *Op. Cit.* Aguilar Cavallo, Gonzalo. Emergencia de un derecho constitucional común en materia de pueblos indígenas.

<sup>369</sup> Corte IDH. Caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239

<sup>370</sup> Corte I.D.H., Caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239 Párr. 126 y 128, 136 ,137 y 145

<sup>371</sup> Corte I.D.H., Caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257

protección de algunos sujetos tales como, por ejemplo, la población desplazada<sup>372</sup>, la población carcelaria<sup>373</sup> y los niños, niñas y adolescentes<sup>374</sup> entre otros.

En cuanto a la ampliación de la lista de derechos a proteger con categoría constitucional o supra-legal<sup>375</sup> debemos señalar por ejemplo el reconocimiento del rango constitucional que el juez guatemalteco hizo del derecho a la jurisdicción indígena tras servirse de la CADH como instrumento complementario del ordenamiento constitucional<sup>376</sup>, el reconocimiento de los derechos de las víctimas en el ordenamiento constitucional colombiano<sup>377</sup>, las reformas del ordenamiento chileno respecto del derecho a la libertad de expresión o el derecho a la información<sup>378</sup>.

---

<sup>372</sup> Tal como vimos, la extensión de la protección ocurrida en los casos de las masacres de Mapiripán C. Colombia o Ituango c. Colombia. [Supra nota 249.](#)

<sup>373</sup> Entre otras: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 1030 de 2003.y el Tribunal constitucional de Perú, Expd. 1091-2002-HC/TC. En general sobre los avances en la protección a la población carcelaria ver los informes de la Relatoría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre personas privadas de la libertad en <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/default.asp>

<sup>374</sup> Vale la pena señalar, que, por ejemplo el nuevo código sobre infancia y adolescencia dictado en Colombia mediante la ley 1098 de 2006 estuvo ampliamente inspirado en la jurisprudencia interamericana sobre este asunto. Respecto de la protección de la infancia y adolescencia con base en la jurisprudencia interamericana también podemos señalar el caso dominicano, al respecto ver: Abreu Blondet, Rhadys. “La incidencia de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos en las decisiones de los tribunales de la república dominicana”, *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2740/17.pdf> [06 de agosto de 2013]. Otro ejemplo lo podemos encontrar en la jurisprudencia chilena: Corte de Apelaciones de Santiago, rol No. 53.423-2002

<sup>375</sup> Aguilar afirma que el uso de la jurisprudencia interamericana por parte de los jueces nacionales ha reforzado la protección de los derechos económicos, sociales y culturales en la región. Aguilar, Gonzalo. “Surgimiento de un derecho americano de los derechos humanos en América Latina. Cuestiones Constitucionales”. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. No. 24, 2011.

<sup>376</sup> Corte Suprema de Justicia de Guatemala. Recurso de Casación 210-2003-7 de octubre de 2004.

<sup>377</sup> Sobre este asunto ver por ejemplo Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-254 de 2013 o Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-052 de 2012. Consultar también: Córdoba Triviño, Jaime. “Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al derecho constitucional colombiano”, *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2007.2/pr/pr12.pdf> [11 de agosto de 2013]; *Op. Cit.* Góngora Mera, Manuel. Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la corte Constitucional de Colombia; *Op. Cit.* García- Sayán Diego. Jurisprudencia interamericana y tribunales nacionales.

<sup>378</sup> Al respecto ver la reforma constitucional producto de la orden interamericana en el caso de la Última Tentación de Cristo: Ley 19.742 o la regulación del derecho de acceso a la información pública previsto consagrado en la Ley 20.285, Asamblea Legislativa de Costa Rica, Ley 8503 de 2006. ‘Apertura de casación penal’ por medio de la cual se modifica y complementa el Código Procesal Penal, así como la Ley Orgánica del Poder Judicial, como consecuencia de las órdenes en el caso Claudio reyes.

Respecto a las reformas procesales<sup>379</sup>, podemos decir que como consecuencia de la interacción judicial, varios países han logrado la restructuración de los propios procesos de tutela a nivel nacional y de otras tantas normas procesales con el objetivo de asegurar la protección de los derechos. Ya mencionábamos líneas arriba el caso de la creación judicial del recurso de amparo en República Dominicana y las recientes reformas constitucionales y legales ocurridas en México para permitir el ejercicio del control de convencionalidad, o las derogaciones de las normas que, como la amnistía, impedían iniciar procesos judiciales en ciertos casos. Otro ejemplo sobre este asunto pueden ser las modificaciones al recurso de casación penal en el ordenamiento costarricense, a la luz de lo dispuesto por la CorteIDH en el caso Herrera Ulloa<sup>380</sup> o la reforma al código procesal penal argentino con miras a eliminar la cláusula que prohibía instaurar el recursos de casación contra tribunales penales en razón del monto de la pena, para así poder asegurar la doble instancia<sup>381</sup>. También se podría citar la jurisprudencia peruana, ecuatoriana o boliviana respecto de la necesidad de limitar el alcance de la jurisdicción penal militar cuando se trata de investigar y sancionar violaciones a los derechos humanos<sup>382</sup> o las sentencias peruanas, bolivianas o mexicanas que se sirven de la jurisprudencia interamericana para profundizar las garantías del debido proceso<sup>383</sup>.

Por último, hemos de decir, que también con ocasión de estos cambios normativos se han acoplado los mecanismos para el cumplimiento de las órdenes interamericanas. Así ocurrió por ejemplo, tal como ya señalamos, con las reformas al

---

<sup>379</sup> Brewer Carías por ejemplo afirma que “en América Latina, este proceso de fortalecimiento de los mecanismos internos de protección de los derechos humanos además de constituir la expresión de la voluntad del soberano (el pueblo) expresada en las Constituciones, obedece también al cumplimiento de obligaciones internacionales de los Estados establecidas entre otros instrumentos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos” *Op. Cit.* Brewer Carías, Allan. Mecanismos Nacionales de Protección de los Derechos Humanos.

<sup>380</sup> Asamblea Legislativa de Costa Rica, Ley 8503 de 2006. ‘Apertura de casación penal’ por medio de la cual se modifica y complementa el Código Procesal Penal, así como la Ley Orgánica del Poder Judicial.

<sup>381</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Caso Giroldi, 7 de abril de 1995.

<sup>382</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Expd. 010-2002-AI/TC. Tribunal Constitucional de Bolivia: Sentencia 0664/2004-R de 6 de mayo de 2004. Tribunal Constitucional de Ecuador, sentencia 42-2007-TC de 10 de junio de 2008

<sup>383</sup> En Bolivia: Tribunal Constitucional de Bolivia, sentencia 1020/2004-R, del 2 de julio de 2004, Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia 0491/2003 de del 15 de abril de 2003 y Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia 1364/2002 de 7 de noviembre de 2002; En México: Tribunal Colegiado Sentencia de 14 de octubre de 2004. Sobre este asunto ver *Op. Cit.* García-Sayán, Diego. La recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos.

código de procedimiento penal en Colombia, al recurso de casación penal en Costa Rica o a la propia reforma constitucional más reciente en México (*Supra* Cap. I.2.A.b)

El último de los efectos del diálogo que queremos mencionar tiene que ver con el impulso a la efectividad de la protección ofrecida a los individuos, por el propio mecanismo regional y por los jueces nacionales. Desde nuestro punto de vista la existencia de la red judicial han potenciado los alcances de la protección en tres sentidos. Por una parte, brindan herramientas al juez de protección para facilitar su tarea, por la otra, favorecen el cumplimiento de las sentencias internacionales; finalmente, en general, la red da lugar a los cambios necesarios para lograr la protección requerida por el individuo sin necesidad siquiera de acudir a los estrados judiciales. Veamos esto con un poco más de detenimiento.

En primer lugar, debemos reiterar que en este contexto de interacción y progreso el juez de protección encuentra las herramientas que le facilitan su tarea. Por su parte, el juez nacional ve en las reformas procesales y en la ampliación del catálogo de derechos y, en general, en la apertura de los ordenamientos internos hacia el derecho internacional, las herramientas necesarias que le han permitido adelantar y justificar la extensión y profundización de su trabajo. Mientras tanto, el juez interamericano ha descubierto en su homólogo nacional el mejor aliado para cumplir con su tarea: él se ha convertido no sólo en fuente del fundamento de sus sentencias sino, también y sobre todo, en agente directo de sus órdenes.

Respecto de esta última cuestión vale la pena mencionar que el diálogo que acá describimos –y por lo tanto la red- ponen en marcha la estrategia de quienes como Huneeus proponen que la CorteIDH “cultive” su relación con los jueces nacionales con miras a promover el cumplimiento de sus sentencias. Según esta autora la mejor manera de lograr este cometido es a través del diálogo<sup>384</sup> y, especialmente, a través de las medidas de reparaciones y el proceso de supervisión de cumplimiento. De acuerdo con su estudio, los jueces nacionales suelen ser en gran medida los destinatarios principales

---

<sup>384</sup> *Op. Cit.* Huneeus, Alexandra. *Rejecting the Inter-American court: Judicialization, national courts, and regional human rights* p. 8

de las órdenes interamericanas, por ello, si se quiere lograr un alto grado de efectividad es a ellos a quienes hay que convencer<sup>385</sup>. Esto es justamente lo que facilita nuestra red.

En segundo lugar, la red judicial ayuda al cumplimiento de las órdenes internacionales y, con ello, potencia el arraigo (*embeddedness*<sup>386</sup>) de sus efectos no sólo particulares sino también generales. La efectividad de la adjudicación internacional puede ser estudiada desde dos perspectivas diferentes, en sentido amplio y en sentido estricto. En efecto, tal como señalan Helfer & Slaughter<sup>387</sup>, la efectividad de un tribunal internacional se mide “in terms of its ability to compel compliance with its judgments by convincing domestic government institutions, directly and through pressure from private litigants, to use their power on its behalf”. Ahora bien, desde nuestro punto de vista, la efectividad del trabajo de un tribunal internacional no sólo se mide en términos del cumplimiento de sus sentencias (efectividad en sentido estricto), sino, también, en su habilidad para lograr los cambios necesarios para conseguir la protección que persigue aún sin tener que activar su competencia (esto es lo que nosotros llamamos efectividad en sentido amplio).

Respecto de la efectividad en sentido estricto: aun cuando un vistazo generalizado a las estadísticas sobre el número de expedientes que permanecen abiertos ante la CorteIDH con ocasión de su incumplimiento podría contradecir la idea de que sus decisiones son realmente acatadas<sup>388</sup>, una mirada a profundidad nos permite ver que la mayoría de las órdenes han sido cumplidas<sup>389</sup>, y que si el expediente sigue abierto no

---

<sup>385</sup> *Ibidem*

<sup>386</sup> Esto es “the extent to which dispute resolution decisions can be implemented without governments having to take actions to do so”. Such implementation is automatic where ‘autonomous national courts can enforce international judgments against their own governments’” Helfer defiende el arraigo como una de las principales estrategias para lograr la efectividad del derecho internacional de los derechos humanos. *Op. Cit.* Helfer, Laurence. Redesigning the European Court of Human Rights...

<sup>387</sup> *Op. Cit.* Helfer, Laurence y Slaughter, Anne.Marie. Towards theory of effective supranational adjudication.

<sup>388</sup> Según el informe anual de 2012, de los caso 259 casos fallados hasta el momento 138 seguían en etapa de supervisión de cumplimiento [www.corteidh.or.cr/publicaciones](http://www.corteidh.or.cr/publicaciones) Si bien es verdad que muchos de los casos permanecen abiertos –es decir, que la CorteIDH no ha archivado el expediente por cuanto están pendientes de cumplimiento algunas de sus órdenes- ello es así por dos motivos: porque existe un tipo de órdenes cuya observancia resulta realmente difícil o por lo menos requiere un periodo prolongado de tiempo; o por las condiciones particulares del contexto en el que se aplican. En todo caso, la articulación de los ordenamientos y la coordinación del trabajo judicial brindan un escenario que favorece el cumplimiento de las sentencias internacionales

<sup>389</sup> Henneus afirma: “Compliance has been another challenge. A study comparing compliance to the ECHR and the Inter-American Court found that compliance to the Inter-American Court had been

es debido –por lo general- a una negativa sistemática a cumplir las órdenes, sino debido a la complejidad (e incluso imposibilidad en algunos casos) de algunas de las medidas decretadas por el órgano regional. El asunto del cumplimiento de las sentencias interamericanas genera mucho debate, y la lectura es diferente según la perspectiva que se adopte. Desde nuestro punto de vista, pese a la creencia generalizada, si se hace un análisis que tenga en cuenta el tipo de medida decretada y la complejidad de las órdenes interamericanas, así como el contexto en el que se insertan, puede deducirse que el nivel de incumplimiento no es tan alto cuanto se alega<sup>390</sup>. En nuestra opinión, mucho de ese cumplimiento ha tenido que ver con la actitud del juez nacional<sup>391</sup> y con su diálogo con los jueces regionales. Baste remitirnos a los casos sobre leyes de amnistía que reseñamos en este capítulo.

En definitiva, un diálogo cuyo resultado es la ponderación de los intereses nacionales con los intereses regionales, un diálogo que tiene en cuenta la opinión de los jueces nacionales, dota de coherencia sustancial a la jurisprudencia y provee de legitimidad a las decisiones interamericanas, las hace inmune a los reproches y, por lo tanto, hace más fácil su aceptación (*ergo*, su cumplimiento) por parte de las autoridades nacionales<sup>392</sup>.

Además de esta efectividad en estricto sentido, en términos más amplios podemos decir que la verdadera ventaja de todo este diálogo interjudicial y los cambios

---

previously understated; while only 9 percent of cases receive full compliance, a more nuanced view of compliance reveals that 76 percent of cases receive partial compliance”. *Op. Cit.* Huneeus, Alexandra. *Rejecting the Inter-American Court: Judicialization, National Courts, and Regional Human Rights*. Sobre este asunto ver, Baluarte, David C. “Strategizing for compliance: the evolution of a compliance phase of Inter-American court litigation and the strategic imperative for victims’ representatives”, *American University International Law Review*, Vol. 27, N° 2, 2012; Open Society, *From Judgment to Justice Implementing International and Regional Human Rights Decisions*. Open Society Justice Initiative. 2011.

<sup>390</sup> Así por ejemplo, si tomamos en consideración el tipo de medidas propias de los sistemas internacionales de protección –esto es, indemnizaciones- el grado de cumplimiento en el escenario interamericano es considerablemente alto (58% ). Ver: Basch, Fernando; Leonardo Filippini, Ana Laya, Mariano Nino, Felicitas Rossi y Bárbara Schreiber. “The effectiveness of the inter-american system of human rights protection: A quantitative approach to its functioning and compliance with its decisions”, *International Journal Of Human Right*, Vol. 7, N° 12, enero, 2010.

<sup>391</sup> Pues como dice Nollkaemper, las cortes nacionales tienen más poderes entre otros, para hacer efectiva la reparación. *Op. Cit.* Nollkaemper, André. *National Courts and the international rule of law* P 167

<sup>392</sup> Sobre estos asuntos ver *Op. Cit.* Torres Pérez, Aida. *Conflicts of rights in the European Union* y *Op. Cit.* García Roca, Javier. “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”.

que representa tiene que ver con la consolidación de un marco normativo y la generación de una cultura –gubernamental y social- que coadyuvan en la eficacia de la protección de los derechos humanos<sup>393</sup>. Desde nuestro punto de vista, los cambios que ha generado la interacción de los ordenamientos y actores de protección ayudan a la creación de un escenario de tutela en el que los derechos pueden ser garantizados antes, y no sólo después –es decir, tras la violación-, de acudir a los escenarios judiciales –y más aún: antes y no después de acudir al sistema regional-<sup>394</sup>. En este sentido, la eficacia de la protección no se predica sólo respecto de quién acude a los estrados judiciales –nacionales e internacionales- sino, en general, respecto de la población<sup>395</sup>.

Así pues, podemos decir que el diálogo interjudicial asegura la consecución de los objetivos constitucionales de protección y, con ello, la efectividad del derecho internacional de los derechos humanos. Vale la pena recordar que la efectividad del ordenamiento internacional no pasa por el acatamiento de las sentencias internacionales sino por el cumplimiento de las obligaciones internacionales sin que medie la

---

<sup>393</sup> En este sentido, los cambios logrados con ocasión de la relectura de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno vienen a probar la afirmación de lo imprescindible que resulta este último para la efectividad del DIDH. Tal como lo afirma Bazán, “Una de las facetas sustanciales de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno se traduce en que la eficacia real del primero depende en buena medida de la fidelidad con que los derechos nacionales se conformen a las normas internacionales y les den efecto. En particular sobre el derecho internacional de los derechos humanos, la creciente trascendencia que adquieren sus áreas de interacción con el derecho doméstico exige una articulación de ese binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad en pro del fortalecimiento cabal del sistema de derechos”. *Op. Cit.* Bazán, Víctor. Control de Convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas

<sup>394</sup> Ejemplos muy dicentes sobre el litigio estratégico en Latinoamérica en: CELS. Litigio estratégico y derechos humanos. La lucha por el derecho. Siglo XXI Ed. 2008; A.A.V.V. El litigio estratégico en México. Aplicación de los derechos humanos a nivel práctico, experiencias de la sociedad civil. OACNUDH, México, 2007; Beloff, Mary. Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regionales de protección a la niñez en América Latina. En [www.observatoriojovenes.com.ar](http://www.observatoriojovenes.com.ar)

<sup>395</sup> En el caso interamericano ello es particularmente cierto dado el alcance de las órdenes de reparación integral cuyas repercusiones exceden el caso en concreto. En este caso, como lo señala Helfer refiriéndose al arraigo de las normas y jurisprudencia internacionales “At a practical level, embedding the regional human rights regime in national legal systems protects a larger number of individuals in a more expeditious fashion”. *Op. Cit.* Helfer, Laurence. Redesigning the European Court of Human Rights. Así, tal como lo señalan Filippini y otros: “En una región de democracias defectuosas y persistentes violaciones de derechos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión o CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte, o Corte IDH) pueden contribuir a moldear positivamente la conducta de los estados. Ambos órganos, de hecho, han dado respuesta a miles de víctimas a través del sistema de peticiones previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y han fijado estándares que, en mayor o menor grado, guiaron algunas reformas jurídicas y políticas importantes en los países de la región”. Filippini, Leonardo; Fernando Basch, Ana Laya, Mariano Nino, Felicitas Rossi, Bárbara Schreiber. “La efectividad del sistema interamericano de protección de derechos humanos: un enfoque cuantitativo sobre su funcionamiento y sobre el cumplimiento de sus decisiones”, *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, Vol.1, Nº 1, Enero, 2004. p 9.

intervención judicial. Sólo así el derecho internacional de los derechos humanos cumple su verdadero cometido.

En este sentido, el reconocimiento de la CorteIDH como una corte constitucional que ayuda a asegurar la supremacía del cometido de protección y, con ello, a establecer parámetros para su consecución aún sin que medie su activación, así como la existencia del *ius commune interamericano* como lenguaje común que eleva los mínimos de protección, brinda seguridad jurídica, promueve la igualdad y motiva la transformación de los sistemas, resultan ser las estrategias más efectivas a la hora de asegurar el objetivo común de los ordenamientos constitucionales y el derecho interamericano.

En este escenario de efectividad, el juez regional ocupa su verdadera posición como actor subsidiario de protección, permitiendo por lo tanto, que los responsables originarios, es decir, los Estados, asuman la responsabilidad que les corresponde en materia de salvaguarda<sup>396</sup>. En palabras de Úbeda de la Torre

Fostering a dialogue between the Inter-American Court and the domestic judges in the Americas permits therefore to preserve the State's autonomy while keeping a "centralised" protection from an international jurisdiction.

En suma, este diálogo ha traído consigo una metamorfosis considerable<sup>397</sup> no solo en la forma como se relacionan derecho nacional e internacional, y el papel que este

---

<sup>396</sup> *Op. Cit* Abramovich, Víctor. Autonomía y subsidiaridad. El Sistema interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales. p 225

<sup>397</sup> En palabras de Abramovich, podemos resumir la metamorfosis de la que intentamos dar cuenta de la siguiente manera: "La gradual incorporación del derecho internacional de los derechos humanos a los sistemas jurídicos nacionales en varios países de América Latina ha ocasionado una importante transformación del derecho público en la última década. (...) existe alguna evidencia para afirmar que la incorporación de los principales tratados de derechos humanos al régimen constitucional amplió el reconocimiento de derechos fundamentales y contribuyó a la promoción de algunos cambios institucionales relevantes para el adecuado funcionamiento del sistema democrático. Fue clave en ese sentido la jurisprudencia constitucional, que en algunos países asignó carácter operativo a los tratados permitiendo que los derechos que consagraban fueran directamente exigibles ante los tribunales aun en ausencia de leyes reglamentarias. También el principio de que la jurisprudencia de los órganos internacionales que supervisaban esos tratados, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resultaba una guía interpretativa para los tribunales nacionales en el momento de su aplicación doméstica. Esta posición condujo a un proceso de globalización de estándares y principios que transformó el marco conceptual de interpretación de la Constitución e incidió en la producción científica y la cultura jurídica. Así, las opiniones de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos –y aun del tribunal europeo de derechos humanos, que suele ser tomado como fuente de interpretación

último juega en el escenario nacional sino, sobre todo, en el alcance de los derechos humanos y en la efectividad –en sentido amplio y en sentido estricto- de sus mecanismos de protección<sup>398</sup>. Ahora bien, no todos apoyan la idea de red judicial, a renglón seguido nos ocuparemos de este asunto.

## **b. Las críticas a la idea de red judicial**

El proceso de armonización se enfrenta a una serie de críticas que no pueden ignorarse. Los cuestionamientos, que se fundan tanto en vacíos normativos, procesales u orgánicos como en los impedimentos de tipo político, pueden agruparse según se esté criticando el fundamento de la interacción, la forma como esta se adelanta o las consecuencias de la misma. Hay incluso quienes niegan por completo la existencia del diálogo y, como tal, del proceso de armonización. A renglón seguido nos dedicaremos a analizar estos asuntos con detenimiento.

### **i) ¿No hay fundamento jurídico suficiente para la interacción?**

Quienes critican la idea de red y su proceso de armonización señalan que debido a que no todos los ordenamientos de la región han decidido incorporar el derecho internacional de los derechos humanos de la misma forma ni al mismo nivel no todos los funcionarios judiciales están conminados a la interacción con sus homólogos

---

por los órganos interamericanos– se convirtieron, en muchos casos, en argumentos de abogados y juristas [en este contexto] tanto la Comisión como la Corte, se consolida gradualmente como un escenario de activismo de la sociedad civil, que ha desplegado estrategias innovadoras para aprovechar en el ámbito nacional la repercusión internacional de los casos y situaciones denunciadas en las denominadas estrategias de bumerán (Nelson y Dorsey, 2006; Risse y Sikkink, 1999: 1-39; Sikkink, 2003: 301-335) y en guía para la creación de jurisprudencia local en materias diversas, entre ellas el alcance de la libertad de expresión, el acceso a la justicia y las garantías procesales”. *Op. Cit.* Abramovich, Víctor. Autonomía y subsidiaridad. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales. p 213 y ss.

<sup>398</sup> Así pues, podemos decir que, en atención a estos efectos, la red resulta ser una perfecta manifestación de lo que Helfer y Slaughter denominan una comunidad legal o una comunidad de derecho –en este caso de alcance regional-, esto es, una red de actores legales que interactúan conscientemente sobre la base de valores compartidos cuya protección resulta prioritaria. Según estos autores, la existencia de dicha comunidad es precondition para el buen funcionamiento del sistema legal nacional y su extensión más allá de las fronteras es un importante fenómeno toda vez que una comunidad de derecho es causa y consecuencia de la efectiva adjudicación supranacional. *Op. Cit.* Helfer, Laurence y Slaughter, Anne-Marie. Towards theory of effective supranational adjudication.

regionales en la misma medida y ello genera diferencias sustanciales en el proceso de articulación.

En primer lugar, debemos recordar que aun cuando es verdad que la ausencia de normas constitucionales que faciliten el uso del derecho internacional de los derechos humanos por parte de los funcionarios nacionales es un obstáculo para la consolidación de la red judicial toda vez que dicho vacío ralentiza el proceso de diálogo y lo somete a los vaivenes de la jurisprudencia nacional, la ausencia de dichas normas no puede dar lugar al desconocimiento de las obligaciones interamericanas. Así pues, ante tal vacío normativo, los funcionarios judiciales pueden y deben jalonar el proceso de armonización sirviéndose de otras herramientas a su disposición tales como la versión judicial de la interpretación conforme al derecho internacional de los derechos humanos, el principio del *pacta sunt servanda* o la cláusula del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, los artículos pertinentes de la CADH, o el principio de *lex specialis*<sup>399</sup>.

En segunda instancia, como hemos señalado a lo largo de este trabajo, la idea de red no pretende la unificación de los ordenamientos sino su armonización. En ese sentido, el que los alcances del trabajo de articulación varíen no es un defecto del mismo sino una de sus características pues armonización no es sinónimo de unificación.

A la par de esta crítica se encuentra aquella que señala que ni el ordenamiento regional ni los derechos nacionales se han construido sobre un sistema de *common law* por lo que no existe ningún deber de seguir los precedentes jurisprudenciales. Así, se reivindica la ausencia de una norma que obligue a los Estados Parte en la CADH a cumplir las decisiones de la CorteIDH en aquellos procesos en los que no han sido parte o, en otras palabras, la ausencia de una norma que determine la vinculatoriedad de la jurisprudencia interamericana. Al respecto debemos decir, tal como señalamos arriba, que si bien en la Convención no existe una norma que explícitamente obligue al seguimiento de dicha jurisprudencia, la suma de varias de ellas, así como su interpretación armónica nos permite concluir que la jurisprudencia interamericana sí

---

<sup>399</sup> Al respecto ver, por ejemplo: *Op. Cit.* Espósito, Carlos y Nicolás Carrillo Santarelli, “Los jueces nacionales como garantes de bienes jurídicos humanitarios”

tiene efecto de cosa interpretada y que, por lo tanto, la interpretaciones que en ella se adelantan hacen parte integral de las normas cuyo cumplimiento compete a los Estados (léase, todos los agentes estatales, incluidos los jueces). Si a esto se suman, además, los mandatos constitucionales de varios ordenamientos de la región, podemos concluir que, pese a lo señalado por la crítica, existe el deber de tomar en consideración la jurisprudencia internacional a la hora de sustanciar los expedientes judiciales<sup>400</sup>.

En esta misma línea crítica se ubican aquellos que niegan que la CorteIDH tenga el deber de fijarse en el trabajo de los jueces nacionales. Al respecto basta recordar que el juez regional debe asegurar el efecto útil de la CADH (art. 29) y, con ello, garantizar una protección eficaz (art. 8 y 25); si para lograr tal cometido es preciso echar mano de la jurisprudencia nacional, el juez interamericano está en el deber de hacerlo.

ii) ¿son insuficientes las herramientas para el diálogo?

El segundo grupo de críticas se dirige a cuestionar la idoneidad y suficiencia de los espacios y herramientas necesarias para la interacción judicial. En este sentido, los críticos hacen hincapié tanto en las trabas procesales como en las orgánicas.

En términos procesales, por ejemplo, a nivel interamericano, se critica, en general, la reducción de espacios, tiempos y herramientas durante el trámite de los expedientes para que el juez regional conozca y aprehenda los ordenamientos nacionales y el trabajo de sus homólogos. Al respecto cabe decir que, pese a que estamos de acuerdo con la necesidad de moldear las reglas procesales con miras a lograr la mayor protección y no la mayor producción –asuntos que no necesariamente van de la mano- y que, por lo tanto, debería proveerse al juez regional con mejores condiciones para que pueda

---

<sup>400</sup> Según los críticos este mismo problema existe a nivel nacional toda vez que los ordenamientos latinoamericanos se basan en una tradición de derecho continental en la que no se contempla un sistema de precedentes. Ante tal señalamiento cabe decir que si bien es cierto los ordenamientos latinos no están pensados como los de derecho anglosajón es verdad también que la tendencia reciente es la del respeto por la jurisprudencia, especialmente por la de las altas cortes. Así, la ley sigue siendo la principal fuente de producción normativa pero los fallos judiciales se erigen como patrón de conducta especialmente para los miembros de la judicatura. En todo caso, debemos reconocer que ante el permanente miedo al prevaricato, la mejor solución –también obligada por el Sistema- es la adecuación de las normas nacionales según lo previsto en los mandatos constitucionales e interamericanos desarrollados por la jurisprudencia.

‘digerir’ por sí mismo los expedientes y todos los asuntos relacionados con ellos, aún existen herramientas que pueden subsanar las actuales limitaciones procesales. Así, está el trabajo de los propios litigantes a través de los escritos y pruebas que remiten al tribunal, también se puede contar con el auxilio de la sociedad civil –y los propios jueces nacionales- mediante el uso del *amicus curiae* y, finalmente, está la posibilidad de que la propia CorteIDH se apropie de la información necesaria a través de la solicitud de pruebas.

En todo caso, hemos de decir que esta tendencia a reducir los espacios y herramientas procesales, producto de la –eterna- crisis financiera del Sistema y que parece no tener pronto revés, no ha impedido la evolución del diálogo y, en todo caso, puede sanearse, como hasta ahora, con las herramientas propias del diálogo informal. Entre ellas se destaca la creciente interacción de los jueces de protección en diversos foros académicos, así como aquellas adelantadas con ocasión del traslado de las sesiones de la CorteIDH fuera de su sede. También se deben contar otros mecanismos que facilitan la circulación de información desde y hacia el tribunal regional tales como el programa de pasantías e intercambios profesionales que se adelantan en su seno, la contratación de abogados de varias nacionalidades, la constante actualización de su página web, la creciente firma de convenios de cooperación con entidades públicas y privadas, entre otros.

A nivel nacional, por su parte, las críticas se concentran en señalar la imposibilidad del diálogo debido a la forma como están diseñados los procesos judiciales y al imperativo de respetar el principio de legalidad, la seguridad jurídica y el debido proceso de los involucrados. En otras palabras, los críticos dicen que no hay espacio alguno, en el iter procesal, que permita al juez nacional servirse del derecho interamericano y que, además, hacerlo implicaría una violación de los derechos de las partes. Desde nuestro punto de vista, esta crítica se basa en una miope lectura del escenario judicial, del fin del proceso y del papel del juez en el marco de la metamorfosis que experimenta el derecho en el actual escenario global. Si bien es que verdad los sistemas procesales no fueron pensados para permitir la manipulación del derecho internacional por parte de los operadores nacionales ello no quiere decir que el juez carezca de las herramientas normativas –sobre todo constitucionales- y judiciales que le

permitan justificar el uso del derecho o la jurisprudencia interamericana y ajustar los derroteros procesales para hacerlo. Los ejemplos citados arriban dan cuenta de esta posibilidad.

En todo caso, hemos de reconocer que, para evitar el miedo al prevaricato por parte de los jueces, resulta necesario un ajuste a los códigos procesales a nivel nacional con miras a acoplar las herramientas de trabajo de estos operadores a su actual papel como agentes del derecho internacional.

En cuanto a las trabas de tipo orgánico, sin lugar a dudas, uno de los más acuciantes problemas tanto de la judicatura nacional (aunque es verdad que no en todas al mismo nivel) como del sistema interamericano, es la falta de presupuesto suficiente<sup>401</sup>. Como consecuencia de este problema, los jueces se ven obligados a sacrificar la calidad de su trabajo, a reducir la profundidad y extensión de las etapas procesales, a invertir menos tiempo para el análisis de cada expediente, etc. Además, esta falta de presupuesto dificulta el desarrollo de programas de capacitación y actualización que permitan que el personal que participa de la administración de justicia este lo suficientemente informado sobre el trabajo de sus homólogos. Todo esto no sólo afecta la eficacia de los mecanismos de protección sino que también disminuye las posibilidades de interacción judicial. Ahora bien, desde nuestro punto de vista, aun cuando estos vacíos complican las posibilidades de diálogo y dificultan el uso de herramientas útiles al mismo (tales como la publicidad de las sentencias, la difusión de las mismas, la creación de escenarios de intercambio, la capacitación de los funcionarios, entre otras) ellos no impiden su construcción, simplemente la ralentizan o la limitan. Tal como hemos podido corroborar, la interacción se ha construido pese a las carencias.

---

<sup>401</sup> Durante le Seminario titulado “Diálogo Jurisprudencial e Impacto de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Seminario Internacional 11 de octubre de 2013)” llevado a cabo en el marco del 48º Periodo Extraordinario de Sesiones de la CorteIDH en la Ciudad de México, el Presidente de la Corte, Juez Diego García Sayán, advirtió que uno de los retos del Sistema es dotar a su órgano judicial con recursos suficientes para su correcto funcionamiento. Tal como lo señaló el juez García, en la actualidad los recursos propios de la corte solo cubren el 60% de sus gastos de funcionamiento. Sobre las los presupuestos de la administración de justicia a nivel nacional ver, entre otros: A.A.V.V. La inversión en Justicia. VII Seminario de gestión judicial. CEJA-JSCA. 2010; Datos interesantes sobre estos temas: Sousa, Mariana. Breve panorama de la reforma judicial en América Latina: Objetivos, desafíos y resultados. En El estado de las reformas del Estado en América Latina. Eduardo Lora Ed. Banco Interamericano de Desarrollo. 2007; así mismo en el informe preparado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas. CEJA, Reporte sobre la Justicia en las Américas, 2006 – 2007.

Aun cuando compartimos las preocupaciones de los críticos, y creemos que todos los aspectos señalados hasta ahora son relevantes a la hora de perfeccionar el trabajo de la red judicial y sin lugar a dudas son puntos a tener en cuenta al momento de su perfeccionamiento, ninguno de ellos pone en tela de juicio la existencia de un diálogo interjudicial ni brinda fundamentos suficientes para negar su necesidad o la eficacia de sus efectos. En otras palabras, estas críticas marcan el derrotero de los cambios necesarios pero no niegan el fundamento, el desarrollo o el alcance del proceso de armonización pese a que, sin lugar a dudas, lo determinan.

Finalmente, respecto del comportamiento de los miembros de la red, la crítica señala que antes que un diálogo lo que existe es un monólogo interjudicial –e incluso una colonización- toda vez que la CorteIDH ignora por completo la jurisprudencia de los jueces nacionales y, por el contrario, suele imponer sus criterios a estos.

Sobre este punto se pueden decir dos cosas. En primer lugar, la figura de un juez nacional amordazado y sumiso parece inconcebible en el escenario latinoamericano. El que los jueces nacionales se sirvan de la jurisprudencia interamericana no es producto de la obediencia silenciosa sino resultado de la actitud fundada y ponderada que estos asumen ante todos los cambios que hemos reseñado; como hemos visto, los jueces nacionales no reciben la jurisprudencia interamericana sin más, sin cuestionarla y a pie juntillas; su uso se enmarca en procesos de reflexión y adaptación e incluso de rechazo. En segunda instancia, si bien es cierto el juez regional se ha servido muchísimo menos de la jurisprudencia nacional, no es verdad que jamás la haya usado o que su escaso uso resulte ser producto de una actitud de displicencia ante el trabajo de los jueces nacionales. Como vimos arriba, cada día es más común el uso del trabajo de los jueces nacionales por parte de su homólogo regional.

Así pues, no podemos decir que estemos en presencia de un monólogo; entre jueces nacionales y regionales, hay una conversación en toda regla.

iii) ¿Alcances a medias y resultados indeseados?

Finalmente, existe un grupo de críticas que resaltan los límites de los alcances de todo el proceso de armonización. Por ejemplo, una de las críticas más fuertes es aquella que señala las limitaciones de este proceso dada la falta de jurisdicción compulsiva de la CorteIDH. Debido a que no existe una norma que obligue a todos los Estados del continente a ratificar la CADH ni a aceptar la competencia contenciosa de la CorteIDH lo críticos tildan dicho proceso de incompleto o insuficiente. Al respecto, debemos decir que compartimos con la crítica la preocupación por la inexistencia de jurisdicción compulsiva en el escenario regional y por los límites que ello genera al proceso de armonización. Estamos de acuerdo con que la imposibilidad de vincular a todos los Estados de la región al proceso de articulación limita los efectos de la protección ofrecida y mengua la eficacia del trabajo judicial pero ello, aun cuando limita el alcance de la red en términos geográficos, no impide su articulación o la profundización de sus efectos en aquellos espacios que abarca hoy día. En este sentido, si bien será necesario seguir trabajando en pro de la creación de la jurisdicción obligatoria en el escenario interamericano, dado que ese no es un panorama factible en el corto o mediano plazo, hemos de asumir que la red tiene un defecto de nacimiento con el que debe lidiar, sin que ello le impida su consolidación y crecimiento.

Otro de los problemas que se le endilgan al proceso de articulación es la ausencia de sanciones para los Estados reticentes, aquellos que se niegan reiteradamente a someterse al proceso de armonización. Dado que ni la CADH ni la carta de la Organización de los Estados Americanos prevén la posibilidad de sanciones a los Estados que se niegan reiteradamente a cumplir con los compromisos interamericanos, la adaptación de los ordenamientos internos y, con ello, el diálogo pueden verse obstruidos. Por el momento parece impensable una reforma en este sentido, por lo que el trabajo de cabildeo y la presión desde escenarios no jurídicos (tales como el de la cooperación internacional) parecen ser la única respuesta.

En todo caso, no puede abandonarse la idea de perfeccionar los mecanismos jurídicos para afrontar la desidia de algunos Estados parte. En este sentido, entre otras propuestas habría de considerarse, por ejemplo, la adopción de un sistema similar al

europeo según el cual el reiterado incumplimiento de las órdenes judiciales puede llevar incluso a la pérdida de la membresía de la organización regional<sup>402</sup>.

Ahora bien, por fortuna, pese a las dificultades, el sistema ha funcionado y la red se ha tejido, por lo que podríamos decir que se trata de un guijarro en el camino mas no de un muro infranqueable para el proceso de armonización, estaríamos mejor con una herramienta de presión, pero su ausencia no nos impide avanzar.

Finalmente, existe un puñado de críticos que se preocupa por resaltar las consecuencias negativas que tiene todo el proceso de armonización respecto del alcance de la soberanía nacional y el margen de actuación y libertad de los Estados y sus agentes. Dentro de este grupo se encuentran aquellos que afirman que la jurisprudencia constitucional ha limitado de forma considerable el margen de apreciación nacional debido a “un apego excesivo y acrítico a los precedentes internacionales”<sup>403</sup>. Quienes censuran esta actitud del juez constitucional y en general de todo el proceso de armonización, hacen hincapié en el déficit democrático del derecho internacional, y en especial, de las decisiones internacionales<sup>404</sup>.

Sobre estos asuntos caben varias anotaciones. Lo primero es que la vieja excusa de la sacrosanta soberanía ha perdido su poderosa fuerza, el escudo del Estado soberano se desvanece ante la necesidad de proteger a los individuos y de asegurar sus derechos en el actual escenario de interdependencia que experimenta el contexto internacional<sup>405</sup>.

---

<sup>402</sup> Estatuto del Consejo de Europa, Artículo 8.

<sup>403</sup> Expresión usada por Abramovich respecto de la justificación empelada por algunos críticos. *Op. Cit* Abramovich, Víctor. Autonomía y subsidiaridad. El Sistema interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales. P 213

<sup>404</sup> “Cuestionan además el ‘déficit democrático’ de este proceso en dos sentidos. Por un lado, entienden que no hubo suficiente debate sobre el impacto de la incorporación de los tratados al orden constitucional en los procesos políticos nacionales. Por otro, opinan que la jurisprudencia internacional se desarrolla en un espacio aislado y extraño al escenario político y la comunidad jurídica local y observan serias faltas de transparencia en el funcionamiento de los sistemas internacionales de derechos humanos (Abramovich, 2007; Gargarella, 2008; Bonilla, 2009; Rosenkrantz, 2005: 71-95; Rosenkrantz, 2007: 191-213)” *Op. Cit* Abramovich, Víctor. Autonomía y subsidiaridad. El Sistema interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales. p. 213

<sup>405</sup> Tal como lo señala Carozza: “sovereignty has been fragmented and is now re-articulated within a multilevel and polycentric order, where the relations among ‘levels’ of government has become much more decisive and crucial than the constitutional form of all and any particular levels-including the nations –state level”. Carozza, Paolo. “Constitutionalism’s Post-Moderns Opening”. *The paradox of constitutionalism constituent power and constitutional form*. Loughlin, Martin Coord. London. Oxford University Press. 2007. p. 171. Así, tal como lo señala Kumm, la soberanía ya no sirve para mucho, ahora lo que cuenta es la subsidiariedad por lo que una decisión será legítima si se toma atendiendo a una

No se trata sin más de la desaparición de la soberanía sino de su adaptación y del condicionamiento de su respeto al cumplimiento de unos mínimos infranqueables cuya garantía ya no le incumbe solo al Estado. Es en este contexto en el que los argumentos en contra del uso de la jurisprudencia interamericana con base en un presunto quebranto de la soberanía estatal pierden su razón de ser; soberanía versus derechos humanos es una frase de siglos pasados que no tiene cabida en el actual vocabulario global<sup>406</sup>. Además, no podemos olvidar que, como señala González, justamente en el ejercicio de su soberanía el Estado ha decidido participar del Sistema, un Sistema que, por lo demás, siempre deja la primera palabra en manos de los agentes estatales<sup>407</sup>.

Aclarado esto, cabe decir que los jueces nacionales no hacen una recepción acrítica de la jurisprudencia interamericana. Tal como hemos señalado a lo largo de este capítulo, el proceso de armonización que impulsa y facilita la red no implica la colonización ni la sumisión de los sistemas nacionales; justamente por ello, los jueces locales han podido apartarse de la jurisprudencia interamericana y han logrado adaptarla a sus ordenamientos; en ello consiste justamente el proceso de diálogo. Puede que al comienzo del proceso de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno, los jueces hayan sido menos meticulosos a la hora de servirse de la jurisprudencia interamericana, pero hoy la realidad nos muestra un juez nacional más crítico y participativo e incluso, en ocasiones, un juez nacional debidamente reticente ante la opinión interamericana.

En este mismo sentido, tampoco es verdad que el juez regional cercene por completo el margen de apreciación de los Estados. Si bien es verdad que la CorteIDH suele ser menos ‘generosa’ que su homóloga europea en este sentido, ello se debe a la particularidad del tipo de violaciones de las que conoce y del contexto en el que se

---

justificación suficiente, teniendo en cuenta los costos y beneficios y respetando el principio de proporcionalidad. *Op. Cit.* Kumm, Mattias. “The cosmopolitan turn in constitutionalism: on the relationship between national constitutional law and constitutionalism beyond the state”. p. 293, 298 y 300.

<sup>406</sup> En este sentido, existe un problema de legitimidad cuando bajo la excusa de la soberanía se impide el desarrollo del derecho internacional en asuntos que son de interés de la comunidad internacional. *Ibidem*, Kumm, p. 197.

<sup>407</sup> *Op. Cit.* Gonzalez Espinosa, Olger Ignacio. “Acerca del control de convencionalidad por parte de los operadores de justicia (nacionales e internacionales) en situaciones de justicia transicional.

insertan<sup>408</sup> y no al convencimiento de que los Estados carezcan de un margen de maniobra que les permita adaptar sus compromisos internacionales al contexto nacional. Prueba de ello es justamente que el juez regional haya decidido impulsar el control de convencionalidad.

Finalmente, respecto de la crítica que alega un presunto déficit democrático tanto del derecho internacional cuanto de las decisiones internacionales debemos decir que coincidimos completamente con Abramovich, quien afirma

Algunos análisis sobre la limitación de la autonomía política parten de una visión simple o esquemática del proceso de creación de normas internacionales y de su aplicación doméstica. Por un lado, restan importancia a la participación de los actores sociales o institucionales locales en la creación de normas y estándares internacionales de derechos humanos. Por otro lado, consideran la aplicación doméstica como una imposición externa al sistema político y jurídico local, sin tener en cuenta que esa incorporación sólo es posible por la activa participación de actores sociales, políticos y judiciales relevantes, así como por la construcción gradual de consensos en los diversos ámbitos institucionales. De allí que suelen marcarse líneas divisorias nítidas entre la esfera internacional y la doméstica cuando la dinámica de actuación de los mecanismos internacionales evidencia que esa frontera es mucho más borrosa y que existe una constante articulación y relación entre la esfera local y la internacional, tanto en la creación como en la interpretación y aplicación de normas de derechos humanos. Así, actores sociales y políticos locales relevantes participan en los procesos de creación de normas en la esfera internacional: tanto en lo atinente a la aprobación y ratificación de tratados como en las decisiones de los órganos internacionales que definen su contenido por vía de interpretación y su aplicación en casos o situaciones particulares. Al mismo tiempo, esas normas internacionales se incorporan al ámbito nacional por la acción de los Congresos, los gobiernos y los sistemas de justicia, y también gracias a la activa participación de organizaciones sociales que promueven, demandan y coordinan esa aplicación nacional con las diversas instancias del Estado. La aplicación de normas internacionales en el ámbito nacional no es un acto mecánico sino un proceso que involucra diferentes tipos de participación y deliberación democrática, e incluso un amplio margen para la relectura o reinterpretación de los principios y normas internacionales en función de cada contexto nacional<sup>409</sup>.

---

<sup>408</sup> *Op. Cit.* A.A.V.V El margen nacional de apreciación en el sistema interamericano, proyecciones nacionales y regionales. Manuel Nuñez, Paola Acosta Eds. Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional, IJ-UNAM. México, 2012

<sup>409</sup> *Op. Cit* Abramovich, Víctor. Autonomía y subsidiaridad. El Sistema interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales. p 213 y 218

Antes de terminar este acápite es imprescindible hacer mención a una cuestión fundamental. Sin lugar a dudas, la interacción judicial y sus alcances se enfrentan a obstáculos reales (ya admitidos líneas arriba), muchos de los cuales están atravesados por un factor común: el político. Pese a que, como vimos, se pueden matizar los alcances de algunos problemas, hemos de reconocer que nos preocupa la reciente actitud hostil contra el Sistema Interamericano por parte de algunos de los Estados miembros pues ella resulta ser la mayor amenaza para el proceso de armonización, para la protección de los derechos humanos en sí misma. Resulta realmente alarmante que hoy en día más que preocuparnos por convencer a los Estados por dar pasos hacia la consolidación del sistema regional, debamos ocuparnos por invertir esfuerzos en convencerlos para que no lo desmantelen. Por fortuna, son más los Estados amigos del Sistema; esto ha evitado que el andamiaje de protección haya sido desmontado y que el proceso de armonización continúe su marcha. Sin embargo, no podemos ignorar lo peligrosa que resulta esta situación y lo importante que es pensar en estrategias que eviten sus consecuencias nefastas<sup>410</sup>.

- iv) Críticas al reconocimiento de la CorteIDH como corte constitucional y a la idea de *ius commune* interamericano<sup>411</sup>

Partiendo de un concepto clásico de justicia constitucional, algunos críticos niegan la naturaleza constitucional del juez interamericano. Así, señalan por ejemplo que la idea del juez constitucional pensado como contrapeso al poder del legislador y como parte integrante de la estructura estatal, no encuentra asidero en el escenario internacional donde no existe legislativo ni una organización política cuyas acciones

---

<sup>410</sup> Existen varias iniciativas que intentan hacer contrapeso a las propuestas de Reforma al Sistema. Entre ellas ver por ejemplo el documento firmado por varios académicos y activistas del continente titulado “Los límites jurídicos a las reformas al Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” disponible en [www.dejusticia.org](http://www.dejusticia.org); o los documentos redactados por CEJIL y disponibles en <http://cejil.org/publicaciones/documentosdecoyuntura> ; o el documento preparado por la plataforma Asuntos del Sur titulado “Bajo la Lupa, debates en torno a la reforma del Sistema Interamericano de derechos humanos, disponible, en [www.asuntosdelsur.org](http://www.asuntosdelsur.org)

<sup>411</sup> Este capítulo se construyó con base en las críticas que hicieron algunos de los participantes en los seminarios en los que este trabajo fue sometido a consideración: European Universitarian Institut. Florence, 20 Octubre de 2011; Universidade de Braga, 28 de Junio de 2012; Universidad Pompeu Fabra, Área de Derecho Constitucional, octubre 9 de 2012; Universidad Complutense de Madrid, Instituto de Derecho Parlamentario, 27 de febrero de 2013; Instituto de Derecho Humanos, Universidad de Deusto, 8 de marzo de 2013; Institute of international relations, Prague, 15 de marzo de 2013; VU University, Amsterdam, 30 de Agosto de 2013.

deban ser enjuiciadas. Además, señalan los críticos, el tipo de asuntos que debe enfrentar una corte constitucional, así como el tipo de decisiones que puede tomar no se pueden equiparar con las competencias en cabeza de la CorteIDH o con el tipo de órdenes que esta decreta.

Ante tales críticas basta un comentario: la figura del tribunal constitucional ha evolucionado. Más aún, los ordenamientos jurídicos han evolucionado. En efecto, no podemos olvidar que el tribunal constitucional ya no es visto tan solo como un legislador negativo y que sus funciones ya no se limitan al mero control formal de la adecuación de las normas a la Constitución. Con la evolución del constitucionalismo y del propio concepto de Constitución, con la evolución del tipo de normas y tareas constitucionales también ha mutado la figura del juez constitucional. Además, esta metamorfosis del ordenamiento constitucional viene acompañada, como hemos visto, de su permeabilidad y dependencia con el derecho internacional, una interacción que desdibuja la tradicional forma de concebir la estructura estatal y la repartición del poder. En este contexto pueden hacerse varias acotaciones a las críticas señaladas.

Respecto de la ausencia de una estructura a la cual integrarse y sobre la cual ejercer control: si bien es cierto, dado el punto de evolución actual del escenario regional, hoy en día no existe una estructura internacional en el seno de la cual la CorteIDH pueda desarrollar tareas de control; ello no obsta para que pueda ejercer dicho papel respecto de los propios escenarios nacionales o respecto de los Estados como sujetos del derecho internacional. Así, en el marco de la interdependencia e interacción entre los ordenamientos jurídicos y del andamiaje articulado al que éstas dan lugar, puede decirse que la CorteIDH funge como legislador negativo, como ente de control que supervisa el comportamiento estatal y la adecuación de las normas nacionales a las propias Constituciones y a la convención.

En este contexto, si bien podemos conceder razón a la crítica cuando apunta la inexistencia de una estructura y una organización política respecto de la cual la CorteIDH puede funcionar como tribunal constitucional no vemos en ello una razón para negar la naturaleza constitucional del trabajo del juez interamericano. En todo caso, también es preciso apuntar que, llegará el momento en el que el escenario

latinoamericano, como en el europeo, exista una estructura internacional más sofisticada en la que la CorteIDH pueda ejercer como tribunal constitucional en estricto sentido.

A la par de esta crítica, está aquella que señala que la CorteIDH no se pronuncia sobre los asuntos tradicionales que incumben a un tribunal constitucional, así por ejemplo la organización parlamentaria, la jefatura de estado, el proceso electoral, la independencia judicial, entre otros. Ante este cuestionamiento, basta recomendar una lectura cuidadosa de la jurisprudencia interamericana de la cual se hará evidente que a lo largo de sus años de trabajo, sirviéndose de la retórica de los derechos humanos, la CorteIDH se ha pronunciado sobre todos estos asuntos, tal como lo hace un tribunal constitucional.

En cuanto a la crítica que señala que la CorteIDH no tiene las mismas competencias, ni puede tomar el mismo tipo de decisiones que un tribunal constitucional basta recordar que arriba quedó demostrado (*supra* Cap. I.2.B.a) que en ejercicio de sus competencias el juez regional desarrolla exactamente el mismo tipo de funciones que un juez constitucional, esto es, asegurar la supremacía de las normas sobre derechos humanos en cada uno de los ordenamientos nacionales y en el escenario regional, así como asegurar su efectividad, en especial, ofrecer tutela efectiva a los individuos. En desarrollo de estas labores, el juez interamericano, tiene la capacidad de fungir como legislador negativo y de controlar el ejercicio del poder en el seno de la estructura estatal (pero también *ad extra* de la misma (*infra* Cap. II.2.B). En ejercicio de dichas competencias, el juez adopta decisiones equiparables a las del juez constitucional: declarar la incompatibilidad de las normas con los mandatos superiores sobre derechos humanos, proteger a los individuos, ordenar ajustes en la estructura estatal.

Además, de estas críticas al papel de la CorteIDH como tribunal constitucional, existen otras respecto de la figura del *ius commune* interamericano. Los críticos señalan, especialmente, dos asuntos: por una parte, repudian el papel homogeneizador de la figura, por la otra cuestionan el estatus y el alcance que pueda tener.

Tal como hemos explicado, el proceso de armonización que da lugar a la existencia del *ius commune* no pretende, en ninguna medida, anular las particularidades

propias de cada ordenamiento jurídico sino, por el contrario acompañar la evolución del sistema de protección a las necesidades propias de los escenarios locales, por ello es tan importante la figura del diálogo. En esta medida, quienes critican al *ius commune* por anular las diferencias desconocen la naturaleza misma y la razón de ser de esta figura, cuya nota característica es la articulación antes que la homogenización.

En cuanto al estatus y el alcance del *ius commune*, los críticos se hacen varias preguntas: ¿acaso el *ius commune* tiene el estatus de costumbre internacional? ¿Qué ocurre cuando un Estado decide ir en contra de ella? En primer lugar, hemos de decir que, en efecto, el *ius commune* adquiere la naturaleza de costumbre regional toda vez que los Estados de la región han asumido, a través de su práctica reiterada, que se trata de una figura resultado de la interpretación de un conjunto normativo que les es vinculante. En segundo lugar, la reticencia de un Estado puede ser interpretada de dos formas diferentes, dependiendo de si el contenido a cuyo cumplimiento se abstiene ya está plenamente identificado o si está en proceso de definición. En el evento de que se trate de un contenido asentado, el Estado reticente incurriría en responsabilidad internacional; en el caso en que se trate de un contenido en formación la negativa estatal hace parte del proceso dialéctico de formación del *ius commune*, por lo que no habría lugar a la responsabilidad, en este evento, si el contenido llegase a fijarse, el Estado reticente adquiriría el estatus de objetor persistente.

Una vez expuestas las críticas a las propuestas acá esbozadas, nos resta una pregunta ¿cómo hacer frente a los obstáculos hasta ahora señalados? ¿Cuál es, en general, el derrotero que se debe seguir con miras a perfeccionar la red judicial interamericana? A renglón seguido enlistaremos algunas de las cuestiones a tener en cuenta.

v) La lista de tareas pendientes

Como acabamos de ver, no hay argumentos suficientes para desmentir la existencia o la idoneidad –jurídica y fáctica– de la red judicial interamericana. Sin embargo, sí hay varios frentes en los que es necesario trabajar.

A nivel regional una de las tareas más urgentes, y quizás una de las más sencillas de acometer, es el perfeccionamiento de la actitud receptiva de la CorteIDH. Tal como hemos advertido a lo largo de este capítulo, el juez interamericano ya ha dado importantes pasos hacia la consolidación del diálogo. Sin embargo, resulta imprescindible ahondar en esa actitud de reconocimiento del juez nacional como agente del derecho internacional y como aliado fundamental cuyo trabajo es de gran ayuda para el desarrollo de la tarea judicial interamericana. Así, tal como señalan varios autores, llegó la hora de que el juez regional asuma una actitud más modesta que le permita mirar hacia abajo, tener en cuenta el trabajo de sus homólogos nacionales y el contexto en el que se insertarán sus decisiones<sup>412</sup>.

En este sentido, la propuesta de Helfer & Slaughter puede ser de gran utilidad<sup>413</sup>. Al enlistar los diversos criterios que deben tenerse en cuenta para asegurar la efectiva adjudicación internacional, estos autores señalan diferentes variables que están en manos del juez internacional a la hora de asegurar la cooperación de sus colegas nacionales.

El primer criterio que estos autores señalan es ‘the awareness of the audience’. De acuerdo con este criterio, la CorteIDH debe ser consciente de a quién dirige su trabajo, de cuán necesaria es la colaboración de las autoridades nacionales y del potencial de sus propias ideas. Además, el juez internacional debe esforzarse por convencer a los actores nacionales de que la colaboración entre los dos niveles también es benéfica para ellos. En segundo lugar, el juez regional debe asegurar su neutralidad y su autonomía de los intereses políticos pues su parcialidad puede afectar su credibilidad y esto minaría la efectividad de sus decisiones. En tercer lugar, Helfer & Slaughter hacen alusión al ‘*incrementalism*’ eso es a la necesidad de preferir los pequeños pasos pero certeros, adecuados al contexto, antes que las ambiciosas hazañas. En este contexto, podría resultar más útil a los fines de protección la decisión de abstenerse de intervenir, respetando el margen de apreciación de los Estados antes que la de toma de medidas<sup>414</sup>;

---

<sup>412</sup> *Op. Cit.* A. A.V.V Justicia constitucional y derechos fundamentales el control de convencionalidad p 47 y ss; *Op. Cit.* Huneeus, Alexandra. “Rejecting the Inter-American court: Judicialization, national courts, and regional human rights”.

<sup>413</sup> Helfer, Laurence y Slaughter, Anne-Marie. Towards theory of effective supranational adjudication.

<sup>414</sup> Según Krisch “La interpretación evolutiva y el margen de apreciación nacional son herramientas de política judicial para acomodarse y para facilitar el cumplimiento de las órdenes internacionales por parte de las autoridades nacionales. Gracias a ellas el juez internacional se gana el

así mismo, medidas de reparación adecuadas a cada contexto y realizables están a la orden del día. Cuarto, la CorteIDH debe esforzarse por asegurar la calidad de su razonamiento legal. El juez internacional debe esforzarse por mantener la lógica interna y la coherencia sistémica de sus decisiones<sup>415</sup>. Quinto, como consecuencia de la toma de conciencia de la importancia del trabajo de los agentes nacionales el juez regional debe ahondar su actitud receptiva respecto del trabajo del juez nacional. Entablar tal conversación con los agentes nacionales le ayudará a que estos avalen y promuevan su cumplimiento, al mismo tiempo que facilitará la promoción de un objetivo común pese a las diferencias locales. Finalmente, Helfer & Slaughter llaman la atención respecto de la utilidad de los votos disidentes a la hora de convencer a las autoridades nacionales. A estos criterios nosotros sumaríamos la importancia de asegurar el debido proceso pues los agentes nacionales sólo estarán dispuestos a cumplir órdenes internacionales respetuosas de todas las garantías legales.

Huneus por su parte, señala algunas cuestiones que, a la hora de decretar las reparaciones desde el escenario regional, pueden ayudar a perfeccionar el diálogo. Así, según esta autora la CorteIDH debe preocuparse por señalar específicamente las autoridades responsables de la ejecución de cada una de sus órdenes, además, según ella, el juez interamericano debe mostrar una actitud más deferente y respetuosa de los jueces nacionales especialmente de las altas cortes nacionales. En tercer lugar, la CorteIDH debe usar mucho más la jurisprudencia nacional, cuarto el juez regional debe procurar el diálogo personal con los jueces nacionales<sup>416</sup>.

Como se observa, modestia, autocrítica, reconocimiento, deferencia, buena argumentación y respeto están en el orden de día y son el marco de los ‘pequeños

---

respeto de sus homólogos nacionales y así se ayuda a evitar enfrentamientos con los Estados miembros”. Krisch, Nico. “The open architecture of European Human rights law”, *Law, Society and Economy Working Papers*, N°11, 2007. p 27

<sup>415</sup> Esta es quizás una de las tareas más acuciantes de la jurisprudencia interamericana. El ejercicio de análisis que Castilla hace respecto de la evolución de la figura del control de convencionalidad, sirve como ejemplo de los vaivenes y de la falta de precisión y elaboración argumentativa que suele caracterizar la jurisprudencia interamericana y pone de manifiesto cuán urgente es trabajar en superar este problema. Ver *Op. Cit.* Castilla, Karlos. ¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados

<sup>416</sup> *Op. Cit.* Huneus, Alexandra. “Rejecting the Inter-American court: Judicialization, national courts, and regional human rights”, p 41 y ss

grandes pasos' que debe dar el juez interamericano con miras a perfeccionar el diálogo interjudicial.

Ahora bien, tratándose del escenario regional, no todo está en manos del juez interamericano. La superación de algunos de los obstáculos al diálogo depende de los Estados que dan vida al Sistema y que se aglomeran en la Organización de Estados Americanos (OEA). En efecto, está en manos de la OEA conseguir un mayor compromiso y respeto de los Estados hacia la corte regional y, con ello, evitar muchas de las trabas enlistadas. Por ejemplo, está en manos de esta organización evitar la politización y elevar los estándares del proceso de selección de los miembros de la CorteIDH, reforzar el mecanismo de supervisión de cumplimiento, promover y apoyar la interacción informal entre los miembros de todas las judicaturas y, como no, lo más urgente, dotar al Sistema de mayores recursos<sup>417</sup>. Así mismo, está en manos de la OEA aunar esfuerzos para que todas sus instancias, programas y herramientas ayuden a fortalecer el estado de derecho en la región. Judicaturas fuertes, separación de poderes, pesos y contrapesos, democracias en pleno funcionamiento, entre otras, son precondiciones esenciales para el diálogo interjudicial y, con él, para el efectivo cumplimiento de las obligaciones internacionales<sup>418</sup>.

Tratándose del escenario nacional también hay varias tareas pendientes: evitar el miedo al prevaricato, capacitar a los jueces y dotar a la judicatura con mayores recursos son algunas de las más urgentes. Para evitar las negativas del juez nacional a servirse del derecho internacional hacen falta dos cosas. Por una parte, allí donde haga falta, reformular el marco normativo con miras a impedir que una interpretación errónea del

---

<sup>417</sup> Interesantes análisis y propuestas sobre estos y otros asuntos relacionados con el perfeccionamiento del Sistema Interamericano pueden consultarse en la serie “Documentos de Coyuntura” publicada por CEJIL y disponible en su página web <http://cejil.org/publicaciones/documentosdecoyuntura> o A.A.V.V. Bajo la lupa: Debates en torno a la reforma del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En línea. Disponible en [www.asuntosdelsur.org](http://www.asuntosdelsur.org) [27 febrero de 2013]; A.A.V.V. Los límites jurídicos a las reformas al Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Análisis jurídico sobre las propuestas de enmienda a los instrumentos interamericanos de derechos humanos en el marco del proceso de “Reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos. En línea. Disponible en [http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=sistema\\_judicial&publicacion=1455](http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=sistema_judicial&publicacion=1455) [22 de septiembre de 2013]

<sup>418</sup> Tal como lo señala Kirsch, allí donde el Estado de derecho es fuerte incumplir las obligaciones internacionales tiene un alto costo político por lo que el riesgo de desacato de las órdenes judiciales es menor. *Op. Cit.* Kirsch, Nico. “The open architecture of European Human rights law”, p 31

principio de legalidad y del respeto por el debido proceso o el apego al formalismo se erijan como justificaciones a la actitud judicial reticente. En este sentido, las cláusulas constitucionales que reconocen que derecho internacional de los derechos humanos es parte del ordenamiento supremo son una buena solución, pero también son imprescindibles las reformas a los códigos de procedimiento y la formulación expresa de cláusulas de derechos innominados o de interpretación conforme. Por la otra, asegurar que los funcionarios judiciales tengan todas las herramientas cognitivas necesarias para el ejercicio de su rol como agentes del derecho internacional. En este sentido, hay que hacer un esfuerzo por elegir jueces que tengan conocimientos sobre derecho internacional general y derecho internacional de los derechos humanos, entre otros. Así mismo, resulta importante ofrecer a los miembros de la judicatura programas continuos de actualización y capacitación e incluso escenarios de interacción con sus homólogos regionales.

Esta importante labor viene de la mano con otra asignatura pendiente en algunos escenarios nacionales: proveer a la judicatura con recursos humanos, técnicos y financieros suficientes para el correcto ejercicio de la labor judicial. Este reclamo perenne, que no sólo afecta al diálogo sino, en general, a toda la actividad judicial y con ella al correcto funcionamiento del Estado, requiere del mayor compromiso y la mayor atención.

Además de estos ajustes al contexto, el propio juez nacional puede ayudar a la consolidación de la red. Tal como en el escenario regional, el juez nacional debe reconocerse a sí mismo como partícipe del diálogo interjudicial y debe asumir a la CorteIDH como un interlocutor válido. Así mismo, el juez nacional debe esforzarse por perfeccionar su razonamiento legal, por ser consistente en la forma como se sirve del derecho interamericano, por dar cuenta de su posición ante el mismo y por ofrecer los argumentos necesarios que justifican dicha posición. En este sentido, de acuerdo a lo que hemos señalado, actitud receptiva no es sinónimo de aceptación acrítica, todo lo contrario, el diálogo exige que el juez nacional esté en condiciones de criticar a su homólogo regional y de apartarse de sus criterios justificadamente si ello es necesario para lograr una mayor protección de los individuos.

Aun cuando estas no son las únicas asignaturas pendientes a la hora de perfeccionar el diálogo, sin embargo, son algunas de las más urgentes y, por lo tanto, son aquellas respecto de las cuales queríamos llamar la atención. En términos generales, a manera de conclusión de esta primera parte podemos decir que la figura de la red judicial interamericana nos permite explicar una realidad palpable, nos ayuda a organizarla y comprenderla, nos permite dotarla de un fin claro y, a la vez, nos ayuda a ubicar y contextualizar su existencia en el marco de una realidad aún mayor que da cuenta de la nueva forma en que derecho nacional e internacional interactúan, así como del nuevo rol de los jueces nacionales e internacionales, y de como ellos se acoplan y participan de las nuevas dinámicas jurídicas en el marco del creciente proceso de metamorfosis que ambos escenarios experimentan. Justamente del papel de la red en este mentado proceso de metamorfosis aún mayor, es de lo que pretendemos hablar a renglón seguido.



## Capítulo II: Red judicial interamericana y constitucionalismo multinivel

“El impacto de los ideales está en la base de las más recientes transformaciones del derecho internacional”<sup>419</sup>

José Antonio Pastor Ridruejo

### Introducción

Tal como señalábamos al inicio de este trabajo, el derecho internacional se ha visto abocado a una constante renovación debido a los cambios experimentados por el escenario en el que este se crea y aplica. Cada uno de estos cambios ha dado lugar a unas necesidades particulares y, por lo tanto, a nuevos cometidos de dicho ordenamiento.

Así por ejemplo, la globalización nos obliga, entre otros, a concebir una forma de equilibrar y controlar el ejercicio del poder más allá de las fronteras estatales y más allá del modelo estado-céntrico<sup>420</sup>; la incapacidad del Estado, del derecho nacional y de la tradicional concepción del derecho internacional para afrontar los nuevos retos, nos obliga a re-pensar el alcance de la soberanía y las relaciones entre el derecho nacional y el derecho internacional<sup>421</sup>; la aparición de nuevos actores nos conduce a la creación de nuevas formas de reconocimiento, de involucramiento y de control de los mismos; los nuevos temas de interés y sus nuevos escenarios nos llevan a pensar en la forma de mantener la coherencia del derecho internacional; la humanización nos obliga a reconocer un nuevo eje del ordenamiento internacional y, por lo tanto, una nueva manera de construir, enfocar y hacer eficaz este sistema legal.

---

<sup>419</sup> *Op. Cit.* Pastor Ridruejo, J.A. Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales, pág. 34

<sup>420</sup> En este sentido, compartimos la idea de Mattias Kumm cuando señala que el ejercicio del poder público y la práctica del derecho se explican mejor desde el paradigma cosmopolita antes que desde el tradicional paradigma estista. Kumm, Mattias. “The Cosmopolitan turn in Constitutionalism: On the relationship between constitutionalism in and beyond the State”. *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*. Dunoff & Trachtman Eds. Cambridge, 2009.p 258-324

<sup>421</sup> *Ibidem*.

En nuestra opinión, todas estas necesidades, que desde la perspectiva del derecho internacional han de ser comprendidas como objetivos, pueden satisfacerse gracias a la constitucionalización de dicho ordenamiento jurídico. En efecto, creemos que el constitucionalismo provee un adecuado marco de comprensión y resolución de la actual complejidad del derecho internacional y que la constitucionalización es una realidad que se está construyendo y gracias a la cual el derecho internacional puede hacer frente a varios de sus retos.

Si bien la constitucionalización del derecho internacional no es una idea de reciente data, el auge del debate en torno a esta sí que lo es; en la última década, y más aún en el último quinquenio, y con ocasión de varios fenómenos propios del derecho internacional –presunta fragmentación, verticalización, algunos procesos de integración, entre otros-, el interés por el constitucionalismo más allá del Estado ha adquirido un interesante revuelo<sup>422</sup>.

En este contexto, uno de los focos de atención suele ser el asunto de los derechos humanos y, con estos, de los regímenes especializados en su protección. De aquellos se resalta su papel protagónico en el discurso constitucional como herramientas y cometidos del mismo y de éstos su relevancia a la hora de avanzar en la constitucionalización del derecho internacional. No obstante, pese a dicho protagonismo, en el seno del actual debate sobre la constitucionalización aún no está plenamente definido cuál es el papel de los derechos humanos, y menos aún, de los sistemas internacionales de protección, a la hora de concretar un eventual proceso constitucional.

Desde nuestro punto de vista, la constitucionalización del derecho internacional es una realidad palpante que encuentra *una* de sus principales manifestaciones en la forma como los sistemas regionales de protección se articulan y coordinan con los

---

<sup>422</sup> Pablo Martín señala entre las razones del auge del constitucionalismo internacional, algunas tales como: la inserción del derecho internacional en el escenario nacional, el traslado de competencias del escenario nacional al internacional, el intento por explicar y justificar la limitación al voluntarismo estatal, así como el creciente aumento del contenido axiológico del ordenamiento internacional y la globalización judicial. Martín Rodríguez, Pablo. Los paradigmas del derecho internacional; ensayo interparadigmático sobre la comprensión científica del Derecho Internacional. Granada. Ed. Universidad de Granada, 2008. p. 42 y 43.

derechos nacionales. Creemos que el trabajo adelantado por los tribunales regionales, como máximos exponentes del andamiaje internacional de protección, así como su relación con los jueces nacionales son en sí mismos importantes pasos hacia la consolidación del proceso constitucional. Partiendo de esta hipótesis, en este capítulo pretendemos aclarar cuál es el papel del juez interamericano, especialmente de la red de protección descrita hasta ahora, en la constitucionalización del derecho internacional.

Para tal efecto, en primer lugar, debemos aclarar qué entendemos por constitucionalismo, constitucionalización y constitución internacional para así poder tener claro cuál es el marco conceptual que nos servirá de referencia (II.1.A). A renglón seguido, nos interesa resaltar el papel que los derechos humanos, y especialmente, el derecho internacional de los derechos humanos, juegan en el discurso constitucional internacional (II.1.B). Una vez estudiada la relación entre los derechos humanos y el constitucionalismo, y tomando en consideración el foco de nuestro estudio, dedicaremos nuestra atención a poner de presente la relevancia que tiene el poder judicial en el proceso de constitucionalización del derecho internacional (II.1.C).

Finalmente, tomando en cuenta nuestra hipótesis de trabajo, en la segunda parte de este capítulo nos concentraremos en presentar los aportes del juez interamericano al discurso constitucional (II.2.A) y más específicamente el aporte de la red judicial de protección interamericana al proceso de constitucionalización del derecho internacional (II.2.B). Al finalizar intentaremos esbozar las proyecciones y los obstáculos de este proceso (II.2.C). Ocupémonos, por ahora, del marco conceptual que sirve de referencia a nuestra hipótesis.

## **1. Constitucionalismo internacional, derechos humanos y judicatura**

Para poder analizar el papel que cumple el juez interamericano en el proceso de constitucionalización del derecho internacional debemos, ante todo, tener claros los conceptos claves de nuestra hipótesis, así como el papel que tanto derechos humanos cuanto jueces juegan en el seno del discurso constitucional. Así, a renglón seguido aclararemos, en primer lugar, el alcance del constitucionalismo como discurso, de la

constitucionalización como proceso y de la idea de constitución más allá de sus originales acepciones (II.1.A). En segunda instancia, expondremos el rol de los derechos humanos como telón de fondo, norte e hilo conductor del discurso constitucional y de la constitucionalización (II.1.B). Finalizaremos con la idea de los jueces como actores constitucionales y figuras claves en la articulación del proceso constitucional internacional (II.1.C).

## **A. El debate constitucional en el escenario internacional: delimitando conceptos.**

Tomando en consideración que la idea de un orden constitucional en el escenario internacional tiene diferentes matices y alcances, y toda vez que sobre el asunto de la constitución del derecho internacional, el constitucionalismo y la constitucionalización se ha dicho mucho en los últimos años, en este punto de nuestro trabajo resulta fundamental aclarar cuál es el marco de referencia que nos sirve de derrotero. Ahora bien, debemos decir que no pretendemos hacer un análisis pormenorizado de las diferentes propuestas en torno a este asunto, sus alcances y defectos, pues ello excede el cometido de este trabajo. En todo caso, en un primer momento haremos un mapeo general del discurso constitucional en el derecho internacional (II.1.A.a) para luego aclarar nuestras ideas en torno a este asunto (II.1.A.b).

### **a. Las ideas constitucionales en el escenario internacional<sup>423</sup>.**

Las ideas constitucionales en el escenario internacional no son de reciente data<sup>424</sup>. Ya en 1926 el Profesor Verdross se pronunciaba sobre la necesidad de reconocer el carácter constitucional de algunas normas del derecho internacional. Tras él, y bien

---

<sup>423</sup> Las ideas reseñadas en este acápite se construyen principalmente con base en los documentos de Bardo Fassbender. Fassbender, Bardo. "The United Nations Charter as constitution of international community". *Columbia Journal of Transnational Law*. 529, 1998. p. 528-619.) y Anne Peters. *Op. Cit.* Peters, Anne. "Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures". No obstante, algunas de ellas se refuerzan, tal como se indica en las notas a pie de página, con otros desarrollos doctrinales.

<sup>424</sup> Bien nos recuerda Habermas el papel fundamental de Kant en la idea de una constitución cosmopolita. Habermas, Jürgen. *El derecho internacional en la transición hacia un escenario posnacional*. Katz Ed. Madrid, 2003; Habermas, Jürgen. *El occidente escindido*. Trotta, Madrid, 2006.

sea siguiendo sus pasos (Simma) o dándoles una nueva marcha (Mosler, Tomuschat), varios autores se dedicaron a construir un discurso en torno a la necesidad de reconocer una tendencia constitucional (o incluso un marco constitucional ya consolidado) en el seno del derecho internacional<sup>425</sup>.

En 1998 Bardo Fassbender decía que el discurso constitucional en el derecho internacional puede estudiarse a partir de las tres escuelas que lo han promovido, cada una desde diferentes ópticas, esto es, la Escuela de Viena, *The New Haven School* y la Escuela de ‘la comunidad internacional’.

La primera de ellas, conformada a partir de las enseñanzas de Verdross y continuada por su discípulo el profesor Simma, presenta un análisis normativo del discurso constitucional según el cual existe una constitución<sup>426</sup> del derecho internacional que precede a las demás normas del ordenamiento y, por lo tanto, condiciona su existencia; dicha Constitución estaría conformada por los principios del derecho internacional encargados de determinar sus fuentes, sus sujetos, su forma de aplicación, así como de delimitar las competencias de los Estados. En la actualidad dicha Constitución se habría visto ampliada en términos sustantivos dada la extensión de los espectros geográficos y temáticos que ha alcanzado el derecho internacional.

En los inicios de su trabajo, el profesor Verdross señalaba que la Constitución, que se conformaría principalmente por normas consuetudinarias y por tratados de particular relevancia, existiría sólo en el marco del derecho internacional general y sería de alcance casi-universal. No obstante, en sus trabajos posteriores, contruidos de la mano de B. Simma, y dada la evolución que para aquel entonces había adquirido el

---

<sup>425</sup> Como lo dice Anne Peters, se trata de hacer una relectura de la vieja idea del constitucionalismo, a la luz de los cambios que ha significado la globalización. *Op. Cit.* Peters, Anne. *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, pág. 580. Biaggini también cree que la Globalización es un “catalizador” del proceso constitucional, ver Biaggini, Giovanni. “La idea de constitución: ¿Nueva orientación en la época de globalización?”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 7, España, 2003. p. 51

<sup>426</sup> Que según su entendido “son las normas que se refieren a la estructura y la subdivisión de, y la distribución de, las esferas de competencia en una comunidad” *Op. Cit.* Fassbender, Bardo. *The United Nations Charter as constitution of international community*, pág. 541.

aparato de Naciones Unidas, estos académicos optaron por reconocer en la Carta de San Francisco el texto constitucional del derecho internacional<sup>427</sup>.

*The New Haven School*, por su parte, es expresión de un discurso constitucional completamente diferente, en el que el término ‘constitución’ ha de leerse en el marco de lo que ellos denominan un ‘proceso constitutivo’, es decir, aquel que permite a la autoridad decidir y repartir las funciones indispensables, en este caso del derecho internacional y de sus sujetos, y según el cual aquella es solamente el primer paso de todo un proceso decisorio. En este sentido, se deplora el sentido normativo de la Constitución a la luz de las críticas que los realistas -de los cuales esta escuela es una de sus manifestaciones- hacen a la concepción normativa y positivista del ordenamiento internacional. Así, se trata de una mirada completamente diferente de lo que tradicionalmente se ha entendido por constitucionalismo, tanto a nivel nacional como internacional.

Finalmente la llamada ‘doctrina de la comunidad internacional’, formada a raíz de los pensamientos del profesor Mosler<sup>428</sup> y consolidada tras las enseñanzas de Ch. Tomuschat<sup>429</sup>, nos presenta una visión más extensa del discurso constitucional internacional. Según el profesor Mosler, la comunidad internacional es una comunidad legal, esto es, una comunidad regulada por el derecho. Con ello, el profesor alemán, nos señala la existencia de unas normas básicas -que al estilo de Kelsen- determinan la existencia y la validez del derecho<sup>430</sup>.

Siguiendo los pasos de H. Mosler, el profesor Tomuschat ha perfeccionado la idea de la interdependencia entre comunidad internacional y Constitución<sup>431</sup> e incluso ha ampliado el concepto de ésta última al incluir en ella, además de las cuestiones

---

<sup>427</sup> *Ibidem.* pág. 542.

<sup>428</sup> Mosler, Hermman. The international society as a legal community. Recueil des Cours 140, 1974.

<sup>429</sup> Tomuschat, Christian. Obligations arising for states without or against their will. Recueil des Cours 241. 1993.

<sup>430</sup> En este contexto, como señala el profesor Fassbender, pareciera que, según Mosler los principios de tipo sustantivo no forman parte de la constitución sino de un concepto paralelo: el orden público *Op. Cit.* Fassbender, Bardo The United Nations Charter as constitution of international community, p.547.

<sup>431</sup> *Op. Cit.* Tomuschat, Christian. p. 216-218

relacionadas con aspectos formales señaladas por su predecesor, aquellas normas de alcance sustancial que propenden por la salvaguarda de unos valores comunes de particular interés para la comunidad internacional<sup>432</sup>.

Como se observa, tanto la escuela de Viena como la doctrina de la comunidad internacional enfocan su discurso en el reconocimiento de unas normas básicas que pretenden regular los aspectos fundamentales del derecho internacional. No obstante, entre una y otra hay marcadas diferencias en dos aspectos elementales, esto es, respecto al cómo y al por qué de estas normas. En relación con el cómo, a partir de Tomuschat la doctrina de la comunidad internacional se esfuerza por señalar la presencia de una Constitución internacional pese a la ausencia de voluntad de los Estados o, incluso, justamente, en contra de la voluntad de los Estados; por su parte, la Escuela de Viena prefiere reconocer la existencia de dichas normas en el marco del tradicional sistema de fuentes respetuoso del voluntarismo clásico. Por otro lado, y respecto al por qué, mientras que el discurso vienés se ocupa de explicar la existencia de una Constitución, en mayor medida, en la necesidad de darle una estructura coherente al sistema jurídico internacional que explique la legitimidad y validez de sus normas, la escuela de Tomuschat va un paso más allá al rescatar la existencia de valores comunes que ameritan una salvaguarda reforzada y que, por lo tanto, justifica la presencia de normas constitucionales.

Además de estas escuelas, en 2005, Fassbender incluía una nueva escuela del discurso constitucional en los siguientes términos

A fourth approach, championed by Ernst-Ulrich Petersmann, insist on the need for integration human rights into the law of the United Nations...Most recently, this array of approaches has been supplemented by an important contribution from political philosophy. Re-Examining the Kantian vision of world republic, Jürgen Habermas has outlined the structure of “a political constitution of a decentralized world society as a multilevel system of governance<sup>433</sup>.

---

<sup>432</sup> *Op. Cit.* Fassbender, Bardo. The United Nations Charter as constitution of international community, p. 548

<sup>433</sup> Fassbender, Bardo. “The meaning of international constitutional law”. *Towards world constitutionalism. Issues in the legal ordering of the world community*. Macdonald, Ronald St. J. eds. Martinus Nijhoff Publishers, 2005. P. 841.

Ahora bien, pese a lo útil que resulta la clasificación del discurso constitucional con base en las escuelas que lo promovieron partiendo de la idea de que existen unas “normas básicas” en el derecho internacional, hoy en día la sistematización propuesta por Fassbender resulta insuficiente toda vez el constitucionalismo no sólo reivindica el talante constitucional de algunas normas del ordenamiento sino que aboga por un proceso más integral que, además, se ocupa de las estructuras, los procedimientos, los actores, etc. En general, hoy el discurso constitucional es visto como una respuesta a la actual complejidad del derecho internacional<sup>434</sup> y, como tal, sus matices responden a las necesidades que se quieran enfrentar y a los objetivos que se persigan -los cuales pueden variar desde el mismo reconocimiento de una Constitución internacional hasta la aceptación de la naturaleza constitucional de ciertos escenarios/estructuras/regímenes-. En este orden de ideas, la etiqueta constitucional la han usado quienes buscan fundamentar el derecho internacional en ciertos valores, los que pretenden fortalecer ‘*the international rule of law*’ y, en general, los mecanismos de control, los que quieren articular los procesos de integración, quienes abogan por la sistematización y coherencia del ordenamiento, los que pretenden la salvaguarda de ciertos bienes que reivindican como fundamentales, entre muchos otros.

Ante este nuevo panorama de variadas y disímiles ideas y objetivos, la doctrina ha propuesto nuevas formas de agrupar las ideas constitucionales. Schowöbel, por ejemplo, afirma que existen cuatro visiones predominantes del discurso constitucional actual: el constitucionalismo social, el constitucionalismo institucional, el

---

<sup>434</sup> Según Klabbers el constitucionalismo responde a fenómenos que como el de la presunta fragmentación, la verticalización o la privatización del derecho internacional requieren la reformulación de este ordenamiento. *Op. Cit.* Klabbers, Jan; Peters, Anne; Ulfstein, Geir. *The constitutionalization of international law*. p. 1-43. En igual sentido el profesor Díez de Velasco señala que el constitucionalismo no es un mero fenómeno doctrinal sino un discurso basado en las necesidades actuales del derecho internacional, así: “no es un ejercicio teórico sino una inducción de la práctica internacional y una necesidad derivada de las contradicciones de la escena internacional actual y las exigencias de un orden público internacional que tenga características constitucionales...” Díez de Velasco, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid, Tecnos, 17ª ed. 2009, p. 112; Dunoff y Trachtman afirman que el constitucionalismo nació en medio de los debates por la creciente densidad de normas internacionales y la ampliación de su alcance, la multiplicación de actores internacionales y las amenazas sobre el constitucionalismo local. Según ello el marco de este debate son la globalización y la fragmentación. Dunoff, Jeff y Trachtman Joel. *A functionalist approach to international constitutionalization*. En *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*. Dunoff & Trachtman Eds. Cambridge, 2009. P. 4, 5 y 6.

constitucionalismo normativo y el constitucionalismo analógico. En sus palabras, este esquema puede resumirse como sigue<sup>435</sup>:

Proponents of Social Constitutionalism center concerns for coexistence in international society. An example of this vision is that of a global constitutionalism of civil society. Gunter Teubner, one of the proponents of this type of global constitutionalism, disassociates constitutionalism entirely from the State. In his view, the constitution of world society ‘emerges incrementally’ through a process of the constitutionalization of autonomous sub-systems of this society. The emphasis of this vision is on participation of individuals in society. Institutional Constitutionalism looks to where power is situated in the international sphere and seeks to legitimize this power through its institutionalization. The most common vision of this dimension – possibly the most common of the debate on global constitutionalism as a whole – is that which describes the United Nations Charter as the global constitution. Bardo Fassbender is among the most assertive proponents of this view, as evidenced by the title of his article from 1998 ‘The United Nations Charter as Constitution of the International Community.’ Other authors of international law identify specific norms as global constitutional norms, which they believe provide the framework for a global constitutional order. Such visions are described here as Normative Constitutionalism. What makes these specific norms, say the right to be free from torture, a global constitutional norm is supposedly their inherent moral value. Authors group these norms by referring to ‘world law’, ‘fundamental norms’ or ‘jus cogens norms’. Finally, visions that suggest analogies between domestic or regional constitutionalism and the international sphere can be described as visions of Analogical Constitutionalism. Matthias Kumm, for example, examined in how far international law can be awarded with legitimacy from a constitutional perspective by making analogies between international law and EU law.

Por su parte, Krisch, piensa que existen por lo menos tres tendencias principales en el seno del constitucionalismo internacional, bien sea por que se concentran en los controles, en la estructura o en el discurso. En palabras de este autor

“[t]he first strand is characterised by an emphasis on the *checks* on law and power in the global realm”. [Así, se trata de una visión que persigue identificar límites sustanciales y formales al poder en el ámbito mundial] The second strand – [...] operates on a grander scale. It sets its sights onto the global order as a whole, seeking to identify and conceive structures that would redeem constitutional promises on a global level. [...]a third, *discursive*

---

<sup>435</sup> Schwöbel, Christine. The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers. En German Law journal Vol 13 No. 1 p 4.

strand of constitutionalism has emerged as an alternative vision, drawing on quite different ideas of what a constitution is and ought to be. This is driven in part by authors who, like Neil Walker, see their theories for Europe only as a particular expression of broader trends in postnational law; accordingly, his ideas about constitutional pluralism, dialogue and process extend well beyond the realm of European politics. Others have begun to follow this line, but it is certainly less pronounced than in the European context”<sup>436</sup>.

Chang, por su parte, cuando habla de constitucionalismo se refiere al fundacionalismo, al reflexionismo y al constructivismo<sup>437</sup>; Walker por ejemplo habla de un enfoque nominalistas, otro formalista y otro sustancial<sup>438</sup>.

Además de estas sistematizaciones podrían lograrse otras<sup>439</sup>. Así, podría pensarse en una clasificación en atención a su extensión, esto es, en un constitucionalismo global, en uno funcional, en uno regional, en uno multinivel que se estructure atendiendo a uno o a varios de estos matices. También podrían agruparse las ideas constitucionales atendiendo a su alcance en términos normativos, es decir, según si lo que se pretende es la conformación de un solo texto constitucional, el reconocimiento de la naturaleza constitucional de varias normas dispersas o la asunción de una pluralidad de regímenes constitucionales. Igualmente, podría hablarse de un constitucionalismo orgánico, de uno procedimental o de un constitucionalismo fundacional dependiendo de si lo que se persigue es la conformación de una estructura constitucional, de la constitucionalización de ciertos procedimientos o si lo que se pretende es que el constitucionalismo funja como fuente legitimadora del derecho internacional.

---

<sup>436</sup> Krisch, Nico. “Postnational Constitutionalism?”, *Draft for discussion, Hauser Globalization Colloquium* Fall 2008: Global Governance and Legal Theory, NYU Law School, agosto, 2008

<sup>437</sup> *Op. Cit.* Yeh, Jiunn-Rong y Chang, Wen-Chen. The Emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges and Solutions.

<sup>438</sup> Según Walker los nominalistas usan el constitucionalismo como una mera etiqueta que legitima un determinado escenario, los formalistas creen que la organización y el ejercicio del poder público más allá del Estado debe seguir los pasos del modelo estatal, el enfoque sustancial se refiere a la salvaguarda de ciertos valores propios del modelo constitucional estatal en los escenarios post nacionales. Walker, Neil. “Multilevel constitutionalism: looking beyond the german debate”, *LSE ‘Europe in Question’ Discussion Paper Series*, N° 08, junio, 2009. p 8

<sup>439</sup> Klabbbers por ejemplo divide la literatura en torno a estos temas en dos, por una parte, la literatura sobre el constitucionalismo, es decir, aquella que propone la idea de un “mundo mejor” partiendo de las ideas constitucionales y, por la otra, la literatura sobre la constitucionalización, esto es, aquella dedicada a dar cuenta de la existencia de un proceso constitucional. *Op. Cit.* Klabbbers, J; Peters, A; Ulfstein, G. The constitutionalization of international law. Oxford, Oxford University Press, 2010. Pág 4

Ninguna de estas clasificaciones es definitiva o suficiente, pues a la par de estas categorías podrían crearse otras tantas según la perspectiva que se prefiera y los objetivos que se persigan. Además, pese a que en ciertas ocasiones y contextos algunas de las perspectivas del discurso constitucional pueden resultar incompatibles, también es verdad que lo que suele suceder es que la mayoría de ellas se entrecruzan por lo que su comprensión como compartimentos estancos resulta casi imposible. En todo caso, lo que vale la pena resaltar en este punto de nuestro trabajo es la ampliación y profundización que el discurso constitucional ha experimentado, así como la complejidad del mismo. Nuestra tarea en el punto que sigue es determinar cuál de todos los significados posibles sirve como marco de referencia a nuestro trabajo.

## **b. Nuestro marco conceptual**

Como acabamos de ver, pese a que los términos ‘constitución’ o ‘constitucionalismo’ son cada vez más usados en el marco del derecho internacional, ello no significa que exista unanimidad en su significado o coherencia en la forma en que se emplean, todo lo contrario<sup>440</sup>. En este orden de ideas, para poder determinar el alcance de nuestra hipótesis de trabajo nos corresponde delimitar el alcance de nociones tales como constitución, constitucionalización y el propio constitucionalismo.

En primer lugar debemos decir que, siguiendo lo dicho por Peters<sup>441</sup> y Klabbers<sup>442</sup>, entre otros, entendemos por constitucionalismo internacional la corriente

---

<sup>440</sup> *Op. Cit.* Fassbender, Bardo. The United Nations Charter as constitution of international community. P. 538; Fassbender, Bardo. “The meaning of international constitutional law”. Towards world constitutionalism Issues in the legal ordering of the world community. Macdonald, Ronald St. J. ed. La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 837 y ss. *Op. Cit.* Peters, Anne. Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures, pág. 581; *Op. Cit.* Klabbers, J; Peters, A; Ulfstein, G. The constitutionalization of international law. p. 4. En el mismo sentido Milewicz, Karolina. “Emerging Patterns of Global Constitutionalization: Toward a Conceptual Framework”. *Indiana Journal of Global Legal Stud.* 16-413 2009.

<sup>441</sup> “I employ the term ‘*global (or international) constitutionalism*’ in order to characterize a strand of thought (an outlook or perspective) and a political agenda which advocate the application of constitutional principles, such as the rule of law, checks and balances, human rights protection, and democracy, in the international legal sphere in order to improve the effectivity and the fairness of the international legal order”. *Op. Cit.* Peters, A. Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures, pág 583.

<sup>442</sup> “Constitutionalism, as far we are concerned, signifies not so much a social or political process, but rather an attitude, a frame of mind”. *Op. Cit.* Klabbers, J; Peters, A; Ulfstein, G., The constitutionalization of international law, p. 10

de pensamiento o el movimiento político e intelectual (artefacto académico<sup>443</sup>) que pretende dotar al derecho internacional de rasgos constitucionales<sup>444</sup>, esto es, pretende que este derecho sea un ordenamiento que fundamente, organice y limite el ejercicio del poder<sup>445</sup> y que, por lo tanto, sea respetuoso del principio de legalidad, la separación de poderes, el régimen democrático y los derechos humanos<sup>446</sup>.

El constitucionalismo pretende satisfacer las necesidades que traen consigo los cambios actuales del contexto internacional. Esto es, pretende establecer controles y límites, compensar la pérdida de poder del Estado y del derecho nacional, establecer unos parámetros básicos de coherencia del sistema, así como unos mínimos de protección y, en general, organizar a la comunidad internacional y cuidar de sus intereses.

Si bien esta corriente de pensamiento ha tejido sus disquisiciones a la luz de lo aprendido del proceso constitucional estatal y sirviéndose de sus razonamientos, sobre todo de su justificación, hoy en día el constitucionalismo internacional se para en “sus

---

<sup>443</sup> *Op. Cit.* Peters, A. Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures, pág 582.

<sup>444</sup> En palabras de Weiler y Trachtman, podemos decir que el constitucionalismo es el ‘prisma’ a través del cual se puede ver y organizar el actual paisaje del derecho internacional. Weiler, Joseph y Trachtman, Joel. “European Constitutionalism and Its Discontents”. *Northwestern Journal of International Law & Business*. Vol 17-1. 1997. p.355.

<sup>445</sup> “La idea, la razón de ser de ser de la constitución es la necesidad de limitar [formal y materialmente] el poder omnipotente de quien hace el derecho”. *Op. Cit.* Bryde, Brunn-Otto. *International Democratic Constitutionalism*. pág. 106; Según Kumm El constitucionalismo es un marco conceptual de aplicación universal para analizar las instituciones, los procedimientos y las decisiones de las autoridades públicas. *Op. Cit.* Kumm, Mattias. *The cosmopolitan turn in constitutionalism: on the relationship between national constitutional law and constitutionalism beyond the state*. p 263. Según Bodansky el constitucionalismo se explica en la idea de que las relaciones internacionales deben someterse a la ley y no al poder o a los intereses, en otras palabras el constitucionalismo se basa en la idea de “the rule of law”. Bodansky, Daniel. “Is There an International Environmental Constitution?”. *Indiana Journal of Global Legal studies*. 16-565 2009. p 566

<sup>446</sup> Entendido estos últimos en palabras de Preuss como power-limiting devices. Preuss, Ulrich. “Disconnecting Constitutions from Statehood, is Global Constitutionalism a viable concept?” *The Twilight of constitutionalism? Oxford constitutional Theory*. Loughlin, Martin y Dobner, Petra Eds. 2010. p. 23. *Op. Cit.* Biaggini, G. La idea de Constitución: ¿nueva orientación en la Época de la Globalización? pág. 67: “La Constitución es, más bien, en primer lugar, fin antes que medio: sirve a la realización de una ordenación adecuada al hombre, a la realización de objetivos fundamentales que existen antes que la Constitución, como los derechos del hombre, la limitación del poder, la democracia, la justicia. Estos son los objetivos que, por así decirlo, están unidos al concepto de Constitución ilustradamente enriquecido”. Bryde dice, por ejemplo: En el constitucionalismo [...] el objetivo es limitar la omnipotencia del legislador (y en el sistema del derecho internacional los legisladores son en primer término los Estados, que estatuyen el derecho) mediante principios jurídicos superiores, principalmente los derechos humanos. Citado por Habermas, *Op. Cit.* El occidente escindido, p. 155.

propios pies”<sup>447</sup>, al adecuarse a los matices del grupo social que pretende regentar, a su devenir histórico y a sus complejidades actuales<sup>448</sup>.

En este contexto, podemos decir que los principales objetivos del constitucionalismo internacional son<sup>449</sup> a) el reconocimiento de unos valores fundamentales que se conjugan para servir como cimiento y como norte del derecho internacional –democracia, legalidad, paz, dignidad humana, solidaridad, etc.- y b) la construcción de un marco normativo, así como de un andamiaje institucional apto para la limitación del poder y la salvaguarda de dichos valores.

En este orden de ideas, el constitucionalismo puede ser formal –aquel que se preocupa por la emergencia de procedimientos y estructuras constitucionales, o sustancial, - el que se encarga de reivindicar ciertos valores y principios constitucionales. Dentro de uno y otro, tal como lo señalamos líneas arriba, hay un variopinto grupo de posibilidades que se enmarcan en un amplio espectro que va desde la idea de construir

---

<sup>447</sup> Fassbender, Bardo. “We the Peoples of the United Nations’: Constituent Power and Constitutional Form in International Law”. *The paradox of constitutionalism constituent power and constitutional form*, Loughlin, Martin Coord. London. Oxford University Press. 2007. p. 269 Fassbender nos recuerda que, en todo caso hay una identidad entre el constitucionalismo nacional y el internacional: “Classical goals of constitutionalism, such as security and freedom of the individual member of the community, transparency and unambiguousness of the law, separations of powers, law making procedures adequate to the needs of the community and peaceful settlement of disputes are yet to be achieved on the international plane”. *Op. Cit.* Fassbender, Bardo. *The United Nations Charter as constitution of international community*, pág. 554

<sup>448</sup> En este contexto, creemos que, tal como lo señala Kumm, la propuesta constitucionalista puede comprenderse mejor desde el actual escenario cosmopolita en el que no existe una diferencia tajante entre los ordenamientos nacionales y el derecho internacional y en el que el Estado deja de ser el referente principal en la comprensión, construcción y fundamentación del poder. En este sentido, creemos en un constitucionalismo cosmopolita gracias al cual se puede explicar y aprehender mejor la actual realidad del escenario internacional (p. 263). En palabras de este autor “Cosmopolitan constitutionalism establishes an integrative basic conceptual framework for a general theory of public law that integrates national and international law [p. 264] (...) [this] Cosmopolitan constitutionalism carves out a distinct position beyond monism and dualism to describe the relationship between national and international law: constitutional pluralism (...) it is a mistake to imagine national and international law as strictly separate legal systems that follow their own ultimate legal rules with only contingent secondary connections between them as dualism does. Instead, common principles underlying both national and international law provide a coherent framework for addressing conflicting claims of authority in specific contexts. These principles will sometimes favour the application of international rules over national –even national constitutional– rules. At other times they will support the primacy of national rules. [p. 273]. Kumm, Matthias. *The cosmopolitan turn in constitutionalism: on the relationship between national constitutional law and constitutionalism beyond the State*.

<sup>449</sup> Sobre las funciones de la Constitución ver: Walter, Christian. “Las consecuencias de la globalización para el debate constitucional europeo”. *La constitucionalización de la Comunidad Internacional*. Peters, A; Aznar, M; Gutiérrez, I. Eds. Valencia, Tirant lo Blanch, Monografías 688, 2010. p. 183 y ss.

un régimen constitucional único hasta la posibilidad de articular diferentes estructuras constitucionales o la mera idea de prever ciertas funciones u objetivos constitucionales del ordenamiento internacional o de partes de éste.

Además, tal como lo afirman Schowöbel, Schilling o Van Aaken<sup>450</sup>, entre otros, en la actualidad existen tres diferentes enfoques de este discurso que, por lo general, se entremezclan. Estos son, el enfoque normativo, el descriptivo y el conceptual (doctrinal). El primero de ellos se preocupa por lo que debería ser a futuro el derecho internacional desde la perspectiva constitucional o en otras palabras, cuáles son las metas que persigue –o debería perseguir- el constitucionalismo internacional. El segundo se dedica a dar cuenta de los elementos que actualmente pueden encontrarse en el terreno del derecho internacional y que pueden calificarse como constitucionales. El tercero se preocupa por explicar el fenómeno constitucional y por construir conceptos útiles a su consolidación, así como por estudiar las cuestiones mínimas que deben cumplirse para lograr la efectiva constitucionalización.

En este amplio escenario, nuestra idea del constitucionalismo se preocupa tanto por lo formal, en la medida en que abogamos por el reconocimiento de estructuras y procedimientos de naturaleza constitucional; como por lo sustancial, pues también nos interesa la salvaguarda de los derechos humanos como piedra angular del ordenamiento y, con ellos, la promoción del principio de legalidad, la separación de poderes y la democracia<sup>451</sup>. Además, nuestro discurso constitucional se edifica desde una perspectiva descriptivo-normativa, es decir, tomando en consideración algunas de las metas que debe perseguir el constitucionalismo a la vez que teniendo en cuenta la forma como se construye hoy en día.

---

<sup>450</sup> *Op. Cit.* Schwöbel, Christine. “The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers”; Van Aaken, Andrea. “A Functional Approach to International Constitutionalism: The Value Added of a Social Science Contribution”. *University of St. Gallen Law School Law and Economics Research Paper Series Working Paper No. 2008-08 May 2008*; Schilling, Theodore. “On the Constitutionalization of General International Law”. *Jean Monnet Working Paper 06/05. 2005.*

<sup>451</sup> Nosotros, como Paulus, creemos que sustancia y forma son inseparables. Por lo que “Any claim of constitutionalization needs to talk not only about form but also about substance. Paulus, Andrea. “The international legal system as a Constitution”. *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance.* Dunoff & Trachtman Eds. Cambridge, 2009. p. 87

En segunda instancia, debemos decir que entendemos por constitucionalización el proceso gracias al cual se materializa el constitucionalismo, es decir, el proceso (*work in progress*<sup>452</sup>) mediante el cual se implementan estructuras, procedimientos o normas que cumplen funciones constitucionales en el marco del derecho internacional<sup>453</sup>. En palabras de Peters<sup>454</sup>

... ‘*global (or international) constitutionalization*’ is used (...) as a catchword for the continuing process of the emergence, creation, and identification of constitution-like elements in the international legal order (...) ‘Constitutionalization of public international law means recognition of interests of the community of states and the introduction of mechanisms for their implementation’

La evolución del derecho internacional con miras a la concreción del proceso de constitucionalización no es la misma en todos los aspectos ni en todos los escenarios<sup>455</sup>

---

<sup>452</sup> “Work in progress” según las palabras de Jhonston. Johnston, Donald. “World constitutionalism in the theory of international law”. *Towards world constitutionalism. Issues in the legal ordering of the world community*. Macdonald, Ronald St. J. ed. La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 2005. pág. 27

<sup>453</sup> Al respecto, Klabbbers afirma que “constitutionalization is a process, inspired by constitutionalist thought”. *Op. Cit.* Klabbbers, Jan; Peters, Anne; Ulfstein, Geir. p. 10; Loughlin dice que la Constitucionalización es el intento de someter el ejercicio de todo tipo de poder público, cualquiera que sea el medio para su ejercicio, a la disciplina de normas y procedimientos constitucionales. Loughlin, Martin. “What is constitutionalization?” *The Twilight of constitutionalism?* Oxford constitutional Theory. Loughlin, Martin y Dobin, Petra. 2010. p. 47. Sobre lo que actualmente significa el término constitucionalización en la doctrina constitucional nacional Ver Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano” (trad. de José Ma. Lujambio) en Carbonell, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª edición, Madrid, Trotta-UNAM, 2009. La definición del término constitucionalización según este autor italiano podría trasladarse, en parte y con matices, al escenario internacional. Su postura puede resumirse, según Atienza, en los siguientes términos: “La constitucionalización no es una cuestión de todo o nada, sino un fenómeno esencialmente graduable, puesto que los rasgos que la definen pueden darse con una intensidad variable. Básicamente, son los siguientes: fuerza vinculante de la Constitución, esto es, los contenidos constitucionales no tienen un valor puramente programático, sino que obligan a todos los poderes públicos; en particular suponen un límite a la soberanía del legislador, de los parlamentos; garantía jurisdiccional de la Constitución, lo que supone la existencia de tribunales con competencia para anular las leyes y otras disposiciones o decisiones que vulneren la Constitución; rigidez constitucional, esto es, existencia de mecanismos que dificultan el cambio constitucional (por ejemplo, exigencia de mayorías cualificadas, distintas a las mayorías necesarias para modificar las leyes); interpretación conforme a la Constitución de las leyes y del resto de normas del ordenamiento jurídico; aplicación directa de la Constitución e influencia directa suya sobre las relaciones políticas”. Atienza, Manuel. “Constitucionalismo, globalización y derecho”. *El canon neoconstitucional*, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (Comps). Trotta, IJ-UNAM. 2010

<sup>454</sup> *Op. Cit.* Klabbbers, Jan; Peters, Anne; Ulfstein, Geir. p 590

<sup>455</sup> En palabras de Milewics: I distinguished among three types of global constitutionalization: formal constitutionalization, suggesting the institutionalization of procedural guidelines for interstate relations; substantive constitutionalization, indicating the institutionalization of human rights provisions for individuals comprising civil-political and socio-economic rights; and encompassing global constitutionalization, implying the simultaneous emergence, creation, and identification of formal and substantive international norms. *Op. Cit.* Milewicks, Karolina. *Emerging Patterns of Global*

y ello, por supuesto, se debe a las características especiales de este ordenamiento, principalmente a la tradicional lectura estatista del mismo en la que resalta el marcado respeto por la voluntad de los Estados en su creación y aplicación.

Así por ejemplo, pese a que hay importantes avances sobre todo en la construcción de conceptos claves para el proceso constitucional (tales como el de comunidad internacional), en el reconocimiento de ciertos valores como cimientos del ordenamiento (dignidad humana), en la articulación de estructuras o procedimientos para la salvaguarda de los mismos (i.e. sistemas regionales de protección y justicia penal internacional) e incluso en la constitucionalización de ciertos regímenes especializados, aún resta mucho trabajo en el campo de la representación y la participación, la identificación y separación de poderes, así como respecto a su articulación o la reformulación del sistema de fuentes para lograr su concreción, entre muchos otros.

Ahora bien, el que la evolución del proceso de constitucionalización sea disímil no niega su existencia, simplemente evidencia la complejidad del mismo y pone de presente sus matices y la posibilidad/necesidad de pensar en diversas formas y niveles de concreción del proyecto constitucional en el escenario global.

En efecto, justamente esta particularidad del proceso de constitucionalización del derecho internacional (su concreción disímil) y la consecuente imposibilidad de pensar en un ordenamiento constitucional único en el escenario internacional, así como la creciente interacción entre los diferentes escenarios legales nos lleva a reconocer que en el actual escenario jurídico global la única manera de concretar el proyecto constitucional es a través del constitucionalismo multinivel. En otras palabras, atendiendo a la graduación del proceso de constitucionalización del derecho internacional y dadas las particularidades que caracterizan al escenario global debido a la actual forma en la que se ejerce el poder público (especialmente a la creciente interacción entre los diversos ordenamientos jurídicos), creemos que una constitucionalización multinivel -esto es, un proceso escalonado que articule diversos niveles (vertical, horizontal y funcional)- que dé lugar a un sistema de redes

---

Constitutionalization: Toward a Conceptual Framework. p. 434 Ver también. *Op. Cit.* Bryde, Brunn-Otto. International Democratic Constitutionalism. p 106.

constitucionales antes que a un régimen constitucional único, no sólo es la más realista sino la más viable posible y es, en efecto, la que se está adelantando<sup>456</sup>.

Así pues, el constitucionalismo multinivel nos permite asumir (1) que cada uno de los ordenamientos jurídicos hoy estrechamente interdependientes experimentan diversos grados de constitucionalización –lo que no resulta ser un defecto sino una característica propia del proceso- y (2) que es la suma de todos ellos lo que nos permite pensar en un proyecto constitucional global cuya concreción, no obstante, no aspira a la conformación de un régimen constitucional único sino a la articulación de los diversos espacios jurídicos con miras a la consecución de objetivos constitucionales<sup>457</sup>.

En palabras de Peters,

All in all, considering both international and national law together, we can discern fragmentary constitutional law elements at various levels of governance, in part relating only to specific sectors (e.g. human rights law or trade law). We might visualize these elements as situated both ‘horizontally’ (sectorally) and ‘vertically’ (encompassing both the international and the national level). The constitutional elements at the various levels and in the various sectors may complement and support each other. I call this criss-cross a ‘constitutional network’. The term ‘network’, which is currently in vogue in various disciplines, is used here to describe relationships and interaction of norms and of their users. The network picture graphically describes relationships on an ideal scale between a horizontal/loose/market-like

---

<sup>456</sup> Entre muchos otros, Carozza defiende esta idea cuando señala que “la soberanía ha sido fragmentada para articularse en un orden policéntrico y multinivel donde las relaciones entre los niveles son mucho más decisivas y cruciales que la forma constitucional del todo o de los niveles, incluyendo el nivel estatal. [En este contexto] la dimensión nacional de la polis y su forma constitucional se insertan en un complejo sistema multinivel de gobierno, o en un constitucionalismo multinivel cuya característica definitoria es precisamente la falta de un mecanismo que permita la *reductio ad unitatem*”. En este orden de ideas, y en vista de que ninguno de los niveles puede asumir de forma integral la tarea de ordenar y unificar la multiplicidad de sistemas legales de forma jerárquica el constitucionalismo multinivel resulta ser la respuesta más adecuada. En este escenario, en el que los Estados seguirían siendo las unidades básicas del sistema, la clave estaría en las competencias. Toda vez que no habría relación jerárquica sino de mutua demarcación de las competencias. *Op. Cit.* Carozza, Paolo. “Constitutionalism’s Post-Moderns Opening”. p. 169

<sup>457</sup> Al respecto, Cottier señala que: The crucial point is to conceive international, regional, and domestic levels as a single and ideally coherent regulatory architecture of multilayered governance. Multilayered governance proposes a process and direction. It does not stand for the idea of world government or a comprehensive world legislature, but it builds upon the interaction and interdependence of the domestic and international spheres (...) Multilayered governance thus relies upon a common and shared body of underlying constitutional values and legal principles, which penetrate all layers of governance alike. Today, these foundations exist in positive international law and are formally shared by the constitutions of a large number of states *Op. Cit.* Cottier, Thomas. “Multilayered governance, pluralism, and moral conflict”, p. 656 y 657

structure and a hierarchical/institutionalized/state-like one. The construction of a transnational constitutional network, in which the relevant norms cannot be aligned in an abstract hierarchy, has at least one important legal consequence: the resolution of eventual conflicts between international and national constitutional law requires a balancing of interests in concrete cases<sup>458</sup>.

En este sentido, Walter, citando a Pernice y en atención al ejemplo europeo, habla del surgimiento de una red de elementos constitucionales, una “liga escalonada de constituciones complementarias, que se fundamenta en un sistema de poder público en varios niveles, con sus respectivos ámbitos materiales de competencia limitados, orientados a la realización de las tareas públicas que han sido encomendadas a cada uno en régimen de división de trabajo”<sup>459</sup>.

En este orden de ideas, el constitucionalismo que defendemos –y con él, la constitucionalización que creemos se está llevando a cabo– no pretende el establecimiento de un Estado mundial o de una estructura única<sup>460</sup>; por el contrario, el discurso constitucional que nos ocupa parte del supuesto de que existen varios niveles

---

<sup>458</sup> *Op. Cit.* Peters, Anne. Compensatory constitutionalism, p 601. En opinión de esta autora, esta idea de constitución no es un deseo, es una realidad gracias a la cual la suma de todos los niveles proveen una protección total. En este sentido Cananea habla de una “sistema constitucional compuesto” y Pernice de capas constitucionales complementarias, de un sistema multinivel en el que los agentes nacionales actúan como agentes de los diversos niveles. Cananea, Giacinto. “Is european constitutionalism really “multilevel”?” *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2010; *Op. Cit.* Pernice, Ingolf; Ralf Kanitz. “Fundamental rights and multilevel constitutionalism in Europe”; *Op. Cit.* Pernice, Ingolf. “The treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action”.

<sup>459</sup> *Op. Cit.* Walter, Christian. Las consecuencias de la Globalización para el debate constitucional europeo. p. 192; En similar sentido Carozza: “sovereignty has fragmented and is now re-articulated within a multilevel and polycentric order, where the relations among ‘levels’ of government has become much more decisive and crucial than the constitutional form of all and any particular levels-including the nations –state level”. *Op. Cit.* Carozza, Paolo. Constitutionalism’s Post-Modern Opening. p. 171

<sup>460</sup> “Together with most international constitutionalists I neither search for the constitution of a World state, no try to introduce the complete tradition of western constitutionalism to international law: the international community has no constitution in the emphatic sense of Art. 16 of the French Declaration of human rights”. *Op. Cit.* Bryde, Brunn-Otto. International Democratic Constitutionalism. p. 105; Kumm afirma: “Constitutionalism does not require the framework of a State to be meaningful”. Kumm, Mattias. The cosmopolitan turn in constitutionalism: on the relationship between national constitutional law and constitutionalism beyond the state. p 263

(funcionales y territoriales<sup>461</sup>) que se articulan<sup>462</sup> para el ejercicio de funciones constitucionales<sup>463</sup>, gracias a la existencia de herramientas de gobernanza multinivel<sup>464</sup> tales como el principio de complementariedad, la subsidiariedad, la “cláusula Solange” o el margen de apreciación, entre otros.<sup>465</sup>

---

<sup>461</sup> “The present global basic structure is thus not a set of sovereign states. Rather, it is a system of "multilevel governance" where states and other actors enjoy several forms of decision-making. "Multilevel" has many different meanings; here it refers to the vertical dispersal of political authority from the state upward to the supranational level and downward to subnational levels with complex forms of interplay. Multilevel also refers to the horizontal dispersal of authority whereby non-state actors participate in rule formulation and implementation”. Follesdal, Andrea. When Common Interests Are Not Common: Why the Global Basic Structure Should Be Democratic. *Indiana Journal of Global Legal studies*. 16- 585 2009. p.588

<sup>462</sup> Este constitucionalismo por el que abogamos se asemeja a la inter-constitucionalidad propuesta por la escuela lusa de la mano del Maestro Gomes Canotilho.

Gomes Canotilho, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* Almedina Ed. 2013 .Reimpressão da 7.ª Edição de 2003 p 1407 y ss. Ver también. Oliveira Junior, Valdir Ferreira. “Constitucionalismo multinível – contribuição para compreensão da interconstitucionalidade no estado constitucional”, *Revista Eletrónica del Derecho de Estado*, Nº 10, Bahia, Brasil, abril-junio, 2007

<sup>463</sup> “A single, uniform, consented constitutionalist approach does not exist. The constitutionalist reading, as suggested here, in no way implies the quest for a world state (...) The idea is not to create a global, centralized government, but to constitutionalize global (poly-archic and multi-level) governance, as defined above. Ultimately, the constitutionalist reconstruction of international law may help to promote a multi-level, genuinely global constitutionalism, which may compensate for national constitutions’ growing deficiencies”. *Op. Cit.* Peters, Anne. *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, pág 610. Ella misma señalan que sólo varios niveles de gobernanza, unidos, pueden proveer un completa protección constitucional, pág 580. “Global constitutional pluralism is thus associated with the emergence of different constitutional sites and processes that are configured in a horizontal, rather than a hierarchical and vertical, pattern.” *Op. Cit.* Milewicz, Karolina. *Emerging Patterns of Global Constitutionalization: Toward a Conceptual Framework*, p 425; Martinelli: reconoce la poliarquía pero la necesidad de articularse, es decir hay múltiples Fuentes de poder y por eso tienen que haber múltiples régimen constitucionales que deben articularse. Martinelli, Alberto. “From World system to world society”. *Journal of World System research*. Vol XI, No. 2, Dic. 2005. En palabras de Shaw: \_se entrecruzan varias esferas normativas sin que se privilegie ninguna de ellas. Shaw, Jo. “Postnational constitutionalism in the European Union”. *Journal of European Public Policy* 6:4 Special Issue 1999: 579Ð 97. Este tipo de constitucionalismo, tal como lo señalan Kotzur permite responder eficazmente a los problemas globales mediante la articulación de medidas nacionales, regionales y universales, lográndose así el equilibrio entre las necesidades locales y las universales. Kotzur, Markus. “Universality – a Principle of European and Global Constitutionalism”. *Historia Constitucional (revista electrónica)*, n. 6, 2005.<http://hc.rediris.es/06/index.html>.

<sup>464</sup> “The crucial point is to conceive international, regional, and domestic levels as a single and ideally coherent regulatory architecture of multilayered governance. Multilayered governance proposes a process and direction. It does not stand for the idea of world government or a comprehensive world legislature, but it builds upon the interaction and interdependence of the domestic and international spheres”. *Op. Cit.* Cottier, Thomas. *The Multilayered Governance, Pluralism, and Moral Conflict*. p 656

<sup>465</sup> “The three forms of interplay, i.e. coordination, cooperation and normative strategies, are to be understood in all their dimensions: among states, among legal systems, and among actors, taking advantage of the opportunities offered by the global landscape. The coordinated, joint and orderly action by several actors through the mechanisms available under several interacting legal systems is essential for the protection of common legal interests and values of a global entity (GLGs).” Carrillo, Nicolás. Enhanced multilevel protection of human dignity in a globalized context through humanitarian global legal goods. *Workin paper* No. 2/2011. Global legal goods project DER2009/11436. UAM. <http://globallegalgoods.net/> p. 36; “This empowerment of common institutions at the European level is often understood as a loss of autonomy and sovereignty for the state, as well as a threat to democracy and the rights of individuals. However, one must remember that the principle of subsidiarity, in a larger meaning, governs not only the attribution of these powers to the Union, but it governs particularly their

Así, partiendo de una interpretación propia de las diferentes propuestas de constitucionalismo multinivel (Habermas<sup>466</sup>, Pernice<sup>467</sup>, Peters<sup>468</sup>, Cottier<sup>469</sup>, Walker<sup>470</sup>, entre otros) nuestro trabajo aboga por el reconocimiento de unos valores comunes cuya protección se consigue a través de la coordinación de un andamiaje de diversos niveles, gracias al cual, además, se logra organizar el ejercicio de la autoridad pública internacional.

Este constitucionalismo multinivel y la idea de red constitucional vienen de la mano con el pluralismo constitucional, esto es, con el reconocimiento de que existen diferentes escenarios y autoridades constitucionales que se relacionan de forma 'heterárquica' y complementaria antes que siguiendo reglas de jerarquía<sup>471</sup>.

---

exercise by its institutions. This means that European powers are limited to what the Member States cannot effectively achieve individually. Thus, the creation of European institutions to implement such policies results not in a loss of sovereignty for a Member State's citizens, but rather in a gain in the form of new opportunities available to promote their interests. Yet this is not national sovereignty in the traditional sense, but another kind of sovereignty. It is not so much autonomy or autarchy (which, thanks to globalization pressures and dependencies, does not exist anymore), but rather the "capacity to participate in trans-governmental networks of all types . . . sovereignty as participation". *Op. Cit.* Pernice, Ignolf. *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism* p. 37; "The prospects of multi-layered governance therefore depend upon the level of shared procedural avenues established at and among different layers of governance". *Op. Cit.* Cottier, Thomas. *Multilayered Governance, Pluralism, and Moral Conflict*. p 662

<sup>466</sup> *Op. Cit.* Habermas, Jürgen. *El derecho internacional en la transición hacia un escenario posnacional*; Habermas, Jürgen. *El occidente escindido*.

<sup>467</sup> Pernice se ha encargado especialmente de construir la teoría del constitucionalismo multinivel desde su escenario original, esto es, el europeo: "It explains what multilevel constitutionalism means as a theoretical approach to conceptualize the constitution European system as an interactive process of establishing, dividing, organizing, and limiting powers, involving national constitutions and the supranational constitutional framework, considered as two interdependent components of a legal system governed by constitutional pluralism instead of hierarchies". *Op. Cit.* Pernice, Ignolf. *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in action*. p. 349.

<sup>468</sup> *Op. Cit.* Peters, Anne. *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*. "Overall, state constitutions are no longer 'total constitutions'. In consequence, we should ask for compensatory constitutionalization on the international plane. Only the various levels of governance, taken together, can provide full constitutional protection". p 580

<sup>469</sup> "Contemporary and future challenges of globalization therefore call for an intellectual framework that allows the classical division to be overcome and brings about a more coherent and rational interaction of different regulatory layers, including international law and global relations. This is essentially what the doctrines of multilayered governance and constitutionalization of international law seek to bring about". *Op. Cit.* Cottier, Thomas. *Multilayered Governance, Pluralism, and Moral Conflict*. p. 648

<sup>470</sup> Walker, Neil. "The idea of constitutional pluralism". *The modern law review*, Vo. 65, No. 3, 2002. p. 317-359

<sup>471</sup> "Global constitutional pluralism is thus associated with the emergence of different constitutional sites and processes that are configured in a horizontal, rather than a hierarchical and vertical,

Maduro se refiere al pluralismo constitucional y a sus diversas manifestaciones en los siguientes términos:

Constitutional pluralism (...) refers to a pluralism of constitutional jurisdictions. Those equally valid normative constitutional claims are now supported or developed by different jurisdictions. That is a new dimension of the constitutional pluralism which, however, is inherent in constitutionalism itself. [Nowadays, there are five expressions of the new constitutional pluralism]: The first one is a plurality of constitutional sources (...) the second one is a pluralism of jurisdictions or of different constitutional sites (...) the third one is an interpretative pluralism if you want. It is a pluralism which is based not only on different sources but on competing interpretations of the same source by institutions that are not organized in a hierarchical manner. (...) the fourth expression of pluralism is a pluralism of powers. We increasingly have new forms of public and private power that challenge traditional legal dogmatic categories and raise constitutional questions because they affect the mechanisms of accountability linked to those legal categories. (...) and the fifth pluralism is a pluralism of polities<sup>472</sup>.

En este contexto, la relación entre los diferentes ordenamientos - nacional e internacional- no se concibe en términos de jerarquía sino de heterarquía<sup>473</sup>. En palabras de Walker:

Constitutional pluralism recognises that in the post-Westphalian world there exists a range of different constitutional sites and processes configured in a heterarchical rather than a hierarchical pattern, and seeks to develop a number of empirical indices and normative criteria which allow us

---

pattern” *Op. Cit.* Milewicks, Karolina. *Emerging Patterns of Global Constitutionalization: Toward a Conceptual Framework*. p. 425

<sup>472</sup> Maduro, Miguel. *Four Visions of Constitutional Pluralism*. En *EUI Working Papers LAW* 2008/21. Matej Avbelj and Jan Komárek (eds.) p. 5

<sup>473</sup> La heterarquía constitucional en palabras de Halberstam es un principio de organización que se hace necesario ante la pluralidad de normas, actores, instituciones, autoridades e interpretaciones. *Op. Cit.* Halberstam, David. *Constitutional Heterarchy the centrality of conflict in the European Union and the United States*.p 355. Al respecto Komarek señala: “MacCormick’s suggestion: ‘the most appropriate analysis of the relations of [the European and national] legal systems is pluralistic rather than monistic, and interactive rather than hierarchical’. Having constitutional authority, European law would therefore compete with national constitutions on equal terms – none of them would have prima facie claim to primacy in case of conflict, since both were „constitutional” properly speaking”. Komarek, Jan. “The legal world beyond the state: constitutional and pluralist?” [www.cosmopolis.wzb.eu](http://www.cosmopolis.wzb.eu). Hay quienes, por su parte, se refieren a poliarquía: Sabel, Charles y Gerstenberg, Oliver. “Constitutionalising an Overlapping Consensus: the ECJ and the Emergence of a Coordinate Constitutional Order”. *European Law Journal*, 16-5, 2010. 511-550.

to understand this emerging configuration and assess the legitimacy of its development<sup>474</sup>.

Así pues, en el marco del constitucionalismo multinivel y, por lo tanto, del pluralismo constitucional, tal como decíamos arriba, siguiendo a Kumm, las relaciones entre los diferentes niveles se regulan atendiendo a los principios y objetivos constitucionales comunes y no según una norma última, bien sea del derecho nacional, regional o universal<sup>475</sup>. En su entender, “la coherencia o unidad de la práctica constitucional se garantizan no con un texto ni con el poder constituyen ni con un árbitro final sino con la deferencia mutua y el compromiso institucional atados todos con principios comunes”<sup>476</sup>. O en palabras de Pernice: “Instead of monism as for Kelsen and Schmidt there is constitutional pluralism; instead of hierarchy and supremacy of federal law, there is functional primacy based upon mutual consideration, recognition, and cooperation”<sup>477</sup>. En consecuencia, en el constitucionalismo multinivel lo que

---

<sup>474</sup> *Op. Cit.* Walker, Neil. The idea of constitutional pluralism. Según Halberstam: “We find in both systems a habit of deference and accommodation that enables each system to function as a stable and predictable system of constitutional governance. Let us call this kind of constitutional order, in the absence of hierarchy, constitutional heterarchy. Constitutional heterarchy is a system of spontaneous, decentralized ordering among the various actors within a system. But it is more than that. Constitutional heterarchy is not merely conflict and accommodation based on raw power differentials or random fortuity of positions of relative advantage. Instead, constitutional heterarchy reflects the idea that the coordination among the various actors is based in constitutional considerations, that is, in the values of constitutionalism itself. Because conflict and accommodation are ordered in this way, constitutional heterarchy helps crystallize what these values are. Actors will base their respective claim of superior authority in their relative ability to vindicate the values of constitutionalism. And even when actors make what appears to be a naked bid of power, they will phrase their claim in terms of constitutional principle. Put another way, those normative and interpretative conflicts are carried out in what Neil Walker has called a “constitutional register” *Op. Cit.* Halberstam, David. Constitutional Heterarchy the centrality of conflict in the European Union and the United States. p 337

<sup>475</sup> Kumm se refiere a principios de jurisdicción, principios procesales y principios sustanciales, Halberstam los llama valores y se refiere al valor de participación (voice), al de experticia (expertise) y derechos (rights), Maduro por su parte lo llama *contrapunctual law* y con ello se refiere a la necesidad de que los jueces suscriban la idea del pluralismo, a que busquen consistencia y coherencia vertical y horizontal y que desarrollen su razonamiento en términos universales. Ver los textos de estos autores *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance.* Dunoff & Trachtman Eds. Cambridge, 2009.

<sup>476</sup> Kumm, Matthias. “The best of times and the worst of times. Between constitutional Triumphalism and nostalgia”. *The Twilight of constitutionalism?* Oxford constitutional Theory. Loughlin, M. McCormick, J. Walker, N. 2010. p. 204.

<sup>477</sup> *Op. Cit.* Pernice, Ignolf. The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in action. p. 384. De acuerdo con Bogdandy, tomando en cuenta que el monismo y el dualismo están moribundos, en el actual panorama jurídico actual la única respuesta posible es el pluralismo constitucional y con él, el constitucionalismo multinivel. Gracias al pluralismo se conforma un sistema de vínculos sin jerarquía a través del ‘coupling’ que está en manos, entre otros, de las autoridades judiciales quienes usan doctrinas constitucionales tales como el efecto directo y la interpretación conforme para balancear principios constitucionales y asegurar la legitimidad democrática. *Op. Cit.* Von Bogdandy, Armin. Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional.

realmente importa es cumplir los objetivos constitucionales y por lo tanto, lo que cuenta es la aptitud de la autoridad/herramienta/procedimiento para lograr ese cometido<sup>478</sup>.

En este contexto, podría decirse que el constitucionalismo multinivel es la propuesta erigida ante la nueva realidad internacional en la que el pluralismo constitucional enmarca el ejercicio de la autoridad pública y la consecución de los cometidos constitucionales. En dicho escenario, la red constitucional es la forma a través de la cual se consolida el proceso de constitucionalización y el diálogo entre los diferentes niveles (bajo presupuestos de complementariedad, subsidiariedad, margen de apreciación y cláusula Solange, *et.al*) es la herramienta para su concreción.

Para concluir este acápite, luego de señalar lo que entendemos por constitucionalismo y por constitucionalización en el escenario internacional y tras aclarar los alcances de nuestra perspectiva, nos corresponde determinar lo que entendemos por Constitución en el escenario internacional.

El término Constitución<sup>479</sup> ha estado asociado al Estado y suele tener diversos significados. Según Guastini este vocablo tiene cuatro significados principales: en primer lugar, denomina al ordenamiento jurídico que tiene como pretensión básica limitar el poder; así se dice que un ordenamiento tiene constitución cuando “la libertad de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado est[á] protegida mediante oportunas técnicas de división del poder político”. En segundo lugar, este término se refiere al conjunto de normas sobre asuntos fundamentales de un ordenamiento (la forma de Estado, la forma de gobierno, producción normativa). Además, constitución es sinónimo de código o documento único en el que se depositan la mayoría de normas relacionadas

---

<sup>478</sup> “Constitutional pluralism, which challenge the hierarchical ordering imposed by the principle of primacy, opens doors to an examination of whether the institution which takes a particular decision is in the best position to adopt it and whether the effects of its decision should persist beyond the context of that particular situation.” *Op. Cit.* Komárek, Jan. Institutional dimension of Constitutional Pluralism. p. 2

<sup>479</sup> Según Besson, la constitución es entendida desde diversas perspectivas, así la constitución como texto, como norma superior, como proceso, como el orden político que se desprende de ella, como fuente de legitimidad. Cuando se entiende como una norma se distingue entre el concepto amplio y el estricto de constitución, así como entre los elementos materiales y procesales de la constitución. En sentido estricto la constitución es el conjunto de normas secundarias. En sentido amplio, se integran esas normas secundarias junto con normas procesales –tales como la cláusula de revisión- y sustantivas –como los derechos fundamentales y el principio democrático-. Besson, Samantha. “Whose Constitution?” *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*. Dunoff & Trachtman Eds. Cambridge, 2009. P. 384 y ss.

con dichos aspectos fundamentales. Finalmente, constitución es un texto normativo con ciertas características particulares (o bien que su proceso de formación es diferente o bien que su fuerza normativa es diferente)<sup>480</sup>.

Pese a estas múltiples acepciones, por lo general, la voz constitución hace alusión a la suma de los tres últimos significados y, por lo tanto, se refiere a un documento único cuyas funciones básicas son: determinar el fundamento del poder, organizar la estructura para su ejercicio y erigir los límites al mismo en aras de asegurar la libertad individual<sup>481</sup>. Tradicionalmente, dichas normas se caracterizan por su supremacía normativa y su estabilidad reforzada; además, la constitución suele concebirse como un texto comprensivo, esto es, un documento que regula el ejercicio de todo el poder público y asegura todos los intereses fundamentales de una determinada comunidad<sup>482</sup>.

Si tomamos en consideración la realidad actual, esta idea de constitución, resulta insuficiente para el escenario nacional<sup>483</sup> e incompatible con el escenario

---

<sup>480</sup> Guastini, Riccardo. "Sobre el concepto de constitución". *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Carbonell, Miguel (Ed.) Trotta. 2007 p. 15-27

<sup>481</sup> Según Aragón, la garantía de la libertad individual es el núcleo de la constitución por lo que la organización y limitación del poder son contenidos constitucionales básicos sólo en la medida en que de ello depende dicha tutela. Aragón, Manuel. "La Constitución como paradigma". *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Carbonell, Miguel (Ed.) Trotta. 2007. p. 31

<sup>482</sup> Respecto de las características tradicionalmente atribuidas a la constitución ver, entre otros: De Otto, Ignacio. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Ariel derecho, Barcelona, 2008; García de Enterría, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Cuarta ed. Thomson-Civitas. Navarra 2008; Peters se refiere a tres concepciones diferentes del término constitución: "The broadest notion of constitution refers to the bulk of laws organizing and institutionalizing a polity. International law is currently in a state of some organization and institutionalization. Therefore we have an international constitution in this broadest sense. The narrower, functional notion of constitution relates to rules and principles fulfilling typical constitutional functions. The traditional constitutional functions are to constitute a political entity as a legal entity, to organize it, to limit political power, to offer political and moral guidelines, to justify governance, and, finally, to contribute to integration. The third and narrowest notion, which I should like to call a legitimist notion of a constitution, is the one underlying eighteenth- and nineteenth-century constitutionalism. It has been enunciated most famously in Article 16 of the French Declaration of the Rights of Man and Citizen of 26 August 1789 (...). Nowadays, further material elements have been added, most importantly democracy and a minimum of social security guarantees. From this perspective, 'constitution' is a value-laden concept". *Op. Cit*, Peters, Anne. *Compensatory Constitutionalism*, p 585.

<sup>483</sup> Debido a la dispersión del ejercicio del poder más allá de las fronteras y más allá del Estado, la posibilidad de su regulación de forma exclusiva y comprensiva por parte de la constitución nacional resulta improbable Kuo, Ming-Sung. "Between Law and Language: When Constitutionalism Goes Plural in a Globalising World." *Modern Law Review*, Vol. 73, pp. 858-882 (2010). p. 34 y 35 Además, hoy en día la garantía de los intereses de una determinada comunidad suele escalonarse en diversos niveles y articularse con los intereses de comunidades más reducidas o más ampliadas por lo que la aspiración omnicompreensiva de la constitución resulta poco realista. Como consecuencia de lo anterior, la idea de una constitución cerrada resulta improbable en el escenario actual. Entre otros ver: *Op. Cit*. Atienza, Manuel. *Constitucionalismo, globalización y derecho* y *Op. Cit*. Zagrebelsky, Gustavo. "El juez

internacional<sup>484</sup>. En este último caso, la idea de un documento único, con superioridad normativa, estabilidad reforzada y comprensivo no se corresponde con la dinámica real del ordenamiento internacional cuya principal característica es la difusión, complejidad e inestabilidad normativa, la ausencia –cada vez más desdibujada pero aún existente- de jerarquías y la multiplicación de titulares de la autoridad pública, así como de escenarios aptos para la garantía de los intereses de la comunidad internacional<sup>485</sup>. Es en este contexto en el que la reformulación, o mejor, la adaptación de la idea de constitución resulta imprescindible.

---

constitucional en el siglo XXI”, p. 12. Sobre estas ideas ver también: *Op. Cit.* Bustos Gisbert, Rafael. La constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución. p. 177 y ss, así como Halberstam, Daniel. Systems pluralism and institutional pluralism in constitutional law: national, supranational and global governance. *Constitutional Pluralism in the European Union and beyond*. Avbelj, Matj y Komárek, Jan Eds. Hart Publishing. 2012.

<sup>484</sup> En este escenario se han elevado diversas propuestas respecto del alcance del término. Entre otros ver: En palabras de Peters, la constitución es “el conjunto de normas legales básicas (materialmente más importantes) que regulan de forma comprensiva la vida social y política en una comunidad organizada” *Op. Cit.* Peters, A. Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures. pág. 581. Esta definición encuentra sustento en la opinión de varios iusinternacionalistas. Así, *Op. Cit.* Fassbender, Bardo. The United Nations Charter as constitution of international community, págs. 8 y 9; Dupuy, Pierre Marie. “The constitutional dimension of the charter of United Nations revisited”. *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 1, 1997. Págs. 1-33; Breau, Susan. “The Constitutionalization of the International Legal Order”. *Leiden Journal of International Law*, 21 (2008), pág. 548; *Op. Cit.* Biaggini, Giovanni. La idea de Constitución: ¿nueva orientación en la Época de la Globalización? p. 52 y ss Otra completa definición de lo que se entiende por constitución en: *Op. Cit.* Klabbers, Jan; Peters, Anne; Ulfstein, Geir. pág. 9. “I will understand constitution in a normative sense as the sum of the basic and materially most important legal norms which comprehensively regulate the social and political life of a polity and usually have special impediments for changeability. The norms do not have to be written in one single document. They include the most basic value of a polity as well as institutional and procedural organization of the same. Stone: Thus, I define a constitution as a body of meta-norms, those higher-order legal rules and principles that specify how all other lower-order legal norms are to be produced, applied, enforced, and interpreted”. *Op. Cit.* Van Aaken, Andrea. A Functional Approach to International Constitutionalism: The Value Added of a Social Science Contribution. p 2; “How should we understand the concept of a constitution? At the most general level, a constitution is a higher body of law, typically of an enduring nature, setting forth the fundamental rules of a political community. There are two types. First, constitutions set forth the procedural rules that establish the basic political institutions of a community and define how other norms are created, interpreted, changed, and enforced-what H.L.A. Hart called “secondary rules” and Bardo Fassbender refers to as “metarules.”” Second, constitutions may also contain substantive rules, such as basic human rights protections. Although these substantive rules are not as obviously constitutive as the procedural rules that establish the basic framework of government, they also help create a political community by defining its core values.” *Op. Cit.* Bodansky. Daniel. Is There an International Environmental Constitution? p. 569 y ss.

<sup>485</sup> *Op cit.* Peters, Anne. Compensatory Constitutionalism, p 581. *Op. Cit.* Kumm, The best of times and the worst of times. p. 202. Según Paulus: “In a globalized but fragmented world, the very idea of a comprehensive even totalizing constitution of any social realm may be bound to fail, domestically as well as internationally. Constitutionalization as a principle of legal ordering, however, continues to have great potential to rule the world as a rule of law rather than the rule of power”. Paulus, Andrea. The international legal system as a Constitution. En *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*. p. 109.

Desde nuestro punto de vista, tratándose del escenario internacional vale la pena mantener la distinción entre la idea de constitución como orden de aquella que entiende a la constitución como texto normativo único con características especiales pues gracias a ella puede o no hablarse de constitución internacional. Así, atendiendo a las características actuales del ordenamiento internacional y a la propuesta multinivel acá desarrollada, creemos que el derecho internacional sí tiene una constitución si pensamos en ella como un orden articulado, siguiendo las propuestas de, entre otros, Pernice o De Wet.

La profesora De Wet señala:

[the term constitution is used] to describe a system in which the different national, regional and functional (sectoral) constitutional regimes form the building blocks of the international community (international polity) that is underpinned by a core value system common to all communities and embedded in a variety of legal structures for its enforcement. (...) The international community is therefore in essence made up of different, sometimes overlapping communities each with its own normative (value) system, which can be of a national, regional or a functional (sectoral) nature (...) Together the different communities complement one another in order to constitute a larger whole in the form of the international community<sup>486</sup>.

Por su parte, el profesor alemán concibe la idea de una constitución postnacional en los siguientes términos:

According to what I call a "postnational" concept [of constitution], this would include all instruments -national, sub-national, and supranational- for the establishment, organization, and limitation of public authority, including the legislative, executive, and judicial powers (...)<sup>487</sup>

---

<sup>486</sup> De Wet, Erika. "The international constitutional order". *International and Comparative Law Quarterly*. vol 55, January 2006. p 53 y 56 Según esta autora existe un núcleo de valores cuyo cumplimiento depende de diferentes estructuras, en especial, ella afirma que controlar el poder y asegurar esos valores sólo es posible en la medida en que derecho nacional e internacional se articulen y se complementen.

<sup>487</sup> Y continúa (...). The distinctive feature of the constitution as compared to any other law, thus, is its fundamental character to establish the original and basic legal relationship between such institutions and the individuals who, in the case of a democratic constitution, are considered both the authors and the addressees of such authority. What distinguishes this postnational concept from the classical idea of a constitution is twofold. First, it is not exclusive; that is, it does not comprise the entirety of powers and public authority exercised within a determined territory or society (...) Second, it is not based upon the pre-existence of a state, the pre-defined people of which -as the constitution-making power- give the state its constitution. *Op. Cit.* Pernice, Ignolf. *The Treaty Of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in action*, p 365.

Así pues, el término constitución en esta propuesta de ‘constitución articulada’<sup>488</sup> del derecho internacional se refiere a conjunto de normas que pretende la consecución de un objetivo determinado: la garantía de la dignidad humana a través de la organización y limitación del poder<sup>489</sup>. Ahora bien ¿qué ocurre con la idea de constitución como texto único o como norma o conjunto de normas con determinadas características? En la actualidad podemos decir que ya que en el escenario internacional no hay un solo centro de autoridad ni de producción normativa y no parece probable o deseable el proyecto de un Estado internacional o de una estructura mundial omnicompreensiva, tampoco existe un texto constitucional internacional único, no hay una constitución en el sentido previsto tradicionalmente por la doctrina<sup>490</sup>.

Ahora bien, pese a que no podemos hablar de constitución internacional sí podemos hablar de normas constitucionales internacionales -parafraseando a Fassbender normas con ‘calidad constitucional’-, tanto a nivel sectorial como general<sup>491</sup>, normas constitucionales cuya naturaleza no está determinada por el documento que las contiene sino por su función<sup>492</sup> y, en consecuencia, por su contenido<sup>493</sup>. En estén sentido, las

---

<sup>488</sup> Bustos habla de la ‘constitución red’. *Op. Cit.* Bustos Gisbert, Rafael. La constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución. p. 188.

<sup>489</sup> En este contexto se entiende la afirmación de Peters y Armigeon cuando señalan que en el actual escenario internacional antes que hablar de constitución hemos de pensar en derecho constitucional, pero no en uno de cualquier tipo sino en un “*constitutional constitution*” esto es una constitución en el sentido liberal del término, aquella que propende por la organización y limitación del poder para proteger la dignidad humana. Peters, Anne y Armigeon, Kalus. “Introduction-Global Constitutionalism from an Interdisciplinary Perspective” *Indiana Journal of Global Legal studies*. 16-385 2009 p. 387

<sup>490</sup> “Needless to say, no one document is currently universally recognized as the constitution of the world”. *Op. Cit.* Schwöbel, Christine. The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers. p 4; “at the heart of the modern tradition of constitutionalism is not primarily the idea of a formal constitutional text. It is the adoption of a particular cognitive frame for the construction of legitimate authority. A constitutional text symbolically supports and anchors that cognitive frame in the public imagination, but it is not a necessary feature of constitutionalism”. Kumm, Mattias. The cosmopolitan turn in constitutionalism: on the relationship between national constitutional law and constitutionalism beyond the state. p. 321.

<sup>491</sup> Esto, entre otras cuestiones, es lo que hace que estemos en presencia de un pluralismo constitucional.

<sup>492</sup> Se puede decir que las normas internacionales desarrollan funciones constitucionales en dos sentidos diferentes: dentro del propio seno del derecho internacional o en el marco de los ordenamientos nacionales.

<sup>493</sup> Así, nos decantamos por un concepto funcional según el cual lo que importa a la hora de determinar la naturaleza constitucional de una determinada norma es el objetivo que ella persigue y los efectos que puede tener su implementación. Sobre este asunto Fassbender, Bardo. ‘We the Peoples of the United Nations’: Constituent Power and Constitutional Form in International Law. p. 281; Respecto de las funciones que cumplen las normas constitucionales: *Op. Cit.* Bodansky, Daniel. Is There an International

normas constitucionales internacionales serán aquellas que: a) determinen las competencias propias del ordenamiento internacional<sup>494</sup>, b) articulen la relación entre los diversos niveles, c) organicen y limiten el ejercicio del poder y d) protejan los valores fundamentales<sup>495</sup>.

En el escenario multinivel y pluralista que acabamos de describir, la supremacía normativa de las disposiciones constitucionales, es una cualidad que no depende del tipo de disposición del que se trate –esto es de su pertenencia a una determinada categoría del sistema de fuentes- sino de su capacidad para truncar<sup>496</sup> la aplicación de otra norma como resultado de un ejercicio dialéctico contextual para el que poco importa la existencia de jerarquías normativas fijas<sup>497</sup>. En este sentido, la “garantía de la

---

Environmental Constitution? p. 572 y ss; *Op. Cit.* Schilling, Theodore. “On the Constitutionalization of General International Law”. Según De Wet, las normas constitucionales son aquellas que reparten competencias y protegen los intereses de la comunidad internacional, De Wet, E. “The emerging international constitutional order: the implications of hierarchy in international law for the coherence and legitimacy of international decision-making”, *PER*, Vol.2, 2007. Pernice por su parte afirma que el constitucionalismo multinivel necesita un concepto de constitución funcional que no dependa de la visión estatista omnicompreensiva jerárquica. Pernice, Ingolf. “Multilevel constitutionalism and the treaty of Amsterdam: European constitution making revisited? *Common Market Law Review*, N°36, 1999. Según Dunoff y Trachtman el constitucionalismo no aboga por la existencia de una única constitución ni por la existencia de una cierta cantidad de reglas sino por la existencia de un determinado tipo de ellas. Dunoff, Jeff y Trachtman Joel. A functionalist approach to international constitutionalization. p.9

<sup>494</sup> Al respecto Fassbender señala: “In accordance with the principle of subsidiarity, which regulates the allocation of competencies in a multilevel system of governance, a constitution of the international community shall not and need not replicate a national constitution. Instead, its content depends on the specific task and responsibilities of the international community” *Op. Cit.* Fassbender, Bardo. ‘We the Peoples of the United Nations’: Constituent Power and Constitutional Form in International Law. p. 281.

<sup>495</sup> En similar sentido Kumm quien apunta que las normas constitucionales se encargan de tres cosas: el diseño y funcionamiento de las instituciones básicas, los procedimientos que permiten la participación y deliberación, y la protección de derechos. Kumm, Matthias *Op. Cit.* The best of times and the worst of times. Between constitutional Triumphalism and nostalgia. p. 213.

<sup>496</sup> En este sentido, de Wet, al referirse a ciertas normas de derechos humanos, señala su supremacía en la medida en que pueden truncar la aplicación de otras normas internacionales o la aplicación de normas constitucionales nacionales. Al conjunto de estas normas ella lo denomina orden público, nosotros lo llamamos *ius commune*. *Op. Cit.* De Wet, Erika. The emerging international constitutional order: the implications of hierarchy in international law for the coherence and legitimacy of international decision-making y *Op. Cit.* De Wet, Erika. “The international constitutional order”.

<sup>497</sup> Al respecto resulta fundamental la propuesta de quienes abogan por el constitucionalismo pluralista. Entre ellos, Kumm o Walker. Este último por ejemplo, según Klabbbers “proposes a ‘metaconstitutionalism’ to provide closure in given cases, and in cases of collisions, metaconstitutionalism could consist of a dialogue between constitutional authorities”. *Op. Cit.* Klabbbers, Jan; Peters, Anne; Ulfstein, Geir. The constitutionalization of international law. p 29; Kumm dice, por ejemplo que: “the fact that a treaty [or any international norm] is a constitution does not mean that it establish the supreme law of the land [it means that] the scope of its authority [and therefore its capacity to dismiss another norm] depends on the extent to which a constitution actually fulfills its promise to instantiate and help realize constitutional principles”. *Op. Cit.* Kumm, Matthias. The best of times and the worst of times. Between constitutional Triumphalism and nostalgia. p. 215; En este mismo sentido Klabbbers dice que “if neither a world deferral order nor a hierarchical order are entirely plausible global constitutionalism has to make

constitución” –rasgo básico del actual constitucionalismo- ha de ser entendida como la garantía de las normas constitucionales y su ejecución estará en manos de la estructura articulada que propone el constitucionalismo multinivel.

En suma, al referirnos a la constitución como texto podemos decir que si bien el derecho internacional no tiene una constitución única con las características propias de este tipo de documentos sí que hay normas constitucionales que cumplen los cometidos del texto constitución y que cuentan con varias de sus características esenciales. En todo caso, para concluir, debemos recordar que el constitucionalismo no implica exclusivamente la idea de constitución entendida como texto único, ésta es una de las herramientas de las que se sirve el proceso constitucional pero no la única, su existencia no es el fin último del mismo<sup>498</sup>. En este sentido compartimos la afirmación de Peters, según la cual “a body of (international) constitutional law, even if not codified in one single document, provides some glue to hold actors together, because it sets out common objectives or aspirations, and defines the rules of interaction”<sup>499</sup>. Así pues, es posible pensar en la idea de un régimen constitucional o de una ‘constitución articulada’ y en la evolución del proceso de constitucionalización a través de diversas y disímiles estructuras ubicadas a diferentes niveles, así como también en la existencia de normas en cada uno de esos niveles que, articuladas, permiten la organización del ejercicio de la autoridad pública internacional pese a que no haya un texto constitucional único<sup>500</sup>.

---

use of other, more specific and limited techniques at its disposal. Three such techniques can be identified: subsidiarity, margin of appreciation, and, perhaps most of all, proportionality. *Op. Cit.* Klabbers, Jan; Peters, Anne; Ulfstein, Geir. *The constitutionalization of international law.* p 32. Kumm por su parte afirma que a la hora de determinar que norma precede a la otra hay que tener en cuenta lo que el llama constitucionalismo cosmopolita, esto es, “the position according to which a set of universal principles central to liberal democratic constitutionalism undergrid the authority of public law and determine which norms take precedence over others in particular circumstances” Kumm, Mattias. “Rethinking constitutional authority: on the structure and limits of constitutional pluralism”. *Constitutional Pluralism in the European Union and beyond.* Avbelj, Matj y Komárek, Jan Eds. Hart Publishing. 2012. p.54

<sup>498</sup> Ni derecho constitucional ni constitución son necesarios o suficientes para el constitucionalismo. Gardbaum, Steve. “Human rights and international constitutionalism”. *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance.* Dunoff & Trachtman Eds. Cambridge, 2009. p. 255 Ignacio de Otto, expresamente señala: “La finalidad del movimiento que históricamente se llamó constitucionalismo no era, obviamente, introducir en los ordenamientos una norma denominada constitución, sino asegurar la garantía de la libertad frente al poder público”. *Op. Cit.* De Otto, Ignacio. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes.* p. 12.

<sup>499</sup> *Op. Cit.* Klabbers, Jan; Peters, Anne; Ulfstein, Geir., *The constitutionalization of international law.* p. 393

<sup>500</sup> Pues, al final, tal como señala De Otto, el “que una sociedad tenga constitución, que un Estado sea constitucional, significa, ante todo, que en él la organización de los poderes responde a un determinado fin, el aseguramiento y la garantía de la libertad de los ciudadanos”. *Op. Cit.* De Otto, Ignacio. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes.* p. 12

Aclaradas las ideas en torno al constitucionalismo, la constitucionalización y la idea de constitución nos resta decir que siendo férreos defensores del constitucionalismo y su necesidad, creemos en un proceso de constitucionalización que, aunque disímil según el escenario, puede dar lugar al ejercicio de funciones constitucionales y, por lo tanto, al cumplimiento de objetivos de la misma naturaleza. En el marco de dicho proceso articulado, los sistemas regionales de protección de los derechos humanos funcionan como pieza clave del engranaje de la constitucionalización multinivel toda vez que su importancia está determinada no sólo por la temática que abordan sino también por la forma como abren paso al proceso mismo de constitucionalización. De esto nos ocuparemos en la segunda parte de este capítulo; sin embargo, para comprender los argumentos que desarrollaremos allí aún debemos ocuparnos de estudiar la relevancia de los derechos humanos y de los jueces en el proceso de constitucionalización.

## **B. Derechos humanos y constitucionalismo**

La dignidad humana ha sido uno de los motores fundamentales del discurso constitucional a lo largo de la historia ya que su salvaguarda es, no sólo parte esencial de su justificación y herramienta para su consolidación, sino, sobre todo, objetivo básico del mismo<sup>501</sup>. En el escenario internacional, la dignidad humana también juega este doble rol<sup>502</sup>; en palabras de Fassbender, ella funge como ‘la piedra angular’ del constitucionalismo<sup>503</sup>. Desde nuestro punto de vista, con ocasión del reconocimiento de la dignidad humana como valor fundamental del ordenamiento internacional y, por lo tanto, debido a la necesidad de proteger los derechos humanos, se han dado los mayores pasos tanto respecto de la importancia de asumir las necesidades constitucionales, cuanto del proceso mismo de constitucionalización en todos los ámbitos del ordenamiento. En otras palabras, el proceso de humanización, y en especial el discurso de los derechos humanos, jalonan la constitucionalización y, además, los avances

---

<sup>501</sup> *Ibidem*

<sup>502</sup> El derecho internacional de los derechos humanos y el constitucionalismo persiguen un mismo objetivo: la limitación del voluntarismo y, con ello, la protección de los seres humanos. *Op. Cit.* Peters, Anne. *Global constitutionalism revisited*, pág. 51

<sup>503</sup> *Op. Cit.* Fassbender, Bardo. *The United Nations Charter as constitution of international community*, pág. 551.

logrados con ocasión de su salvaguarda desde diferentes ámbitos del derecho internacional, se erigen como punto de referencia para todo el proceso en sí.

Así pues, creemos que los derechos humanos son el telón de fondo del constitucionalismo internacional por cuanto ellos ofrecen un terreno fértil desde el cual se ha logrado justificar su necesidad (a.) a la par que han permitido construir el contexto y las herramientas que permiten su afincamiento (b.). Veamos estos asuntos.

#### **a. Los derechos humanos como telón de fondo del constitucionalismo internacional.**

Tal como habíamos señalado, la lucha por el reconocimiento y la protección de la dignidad humana en el derecho internacional pone de presente la necesidad de configurar este ordenamiento de forma armónica en torno a unos valores comunes de la humanidad, a partir de una relectura del marcado voluntarismo imperante desde siempre, esto es, más allá de los intereses estatales<sup>504</sup>. Este contexto, en el que los Estados ya no son los únicos protagonistas, sus intereses no son el único objeto de protección y su voluntad no es la única fuente de legitimidad<sup>505</sup>, sirve como terreno fértil para el constitucionalismo. En efecto, una de las primeras justificaciones del discurso constitucional internacional se encuentra en la necesidad de salvaguardar el bien

---

<sup>504</sup> Se trata, como lo señala De Wet, del reconocimiento de unos valores que, en mayor medida, se expresan en las normas de derechos humanos y, particularmente, en las normas de *ius cogens*. *Op. Cit.* De Wet, Erika. The international constitutional order. p 53, 57 y ss. “This article extends the use of the term constitution beyond this usage to describe a system in which the different national, regional and functional (sectoral) constitutional regimes form the building blocks of the international community (.international polity.) that is underpinned by a core value system common to all communities and embedded in a variety of legal structures for its enforcement”. En otro de sus artículos la autora desarrolla la idea de la emergencia de un sistema de valores como manifestación de un constitucionalismo internacional emergente. Ver *Op. Cit.* De Wet, Erika. The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order. p. 614 y ss

<sup>505</sup> Sobre la crisis de legitimidad del derecho internacional y la creciente importancia de estudiar este asunto, así como la aparición del constitucionalismo como respuesta a estos asuntos ver Kumm, Mattias. “The legitimacy of international law: a constitutionalist framework of analysis”, *The European Journal of International Law*, Vol. 15, N°6, 2004.

común<sup>506</sup>, en la idea de que hay intereses a proteger más allá de los propios del Estado, intereses que suelen materializarse, entre otras, en la idea de derechos humanos<sup>507</sup>.

Al respecto, B Bryde afirma<sup>508</sup>:

The core of a constitutionalised international law is the general acceptance of a common interest of mankind that transcends the sum of individual state interests. This acceptance has materialised in very different areas of international law (...) even more important for this subject is the development of international human rights law.

(...) the recognition of common interest of mankind is of fundamental importance. The challenges facing mankind cannot be solved by balancing the interest between individual states. Solutions can only be found if common interest of mankind recognized as paramount and all actors of international law are obligated to pursue a global policy program. (...) this program has been concretized especially in the human rights treaties.

(...) [that is why] the regional human rights courts, are the most advanced examples of a constitutionalised international law.

Del Vecchio por su parte afirma que<sup>509</sup>

Today the traditional approach to international relations no longer seems capable of resolving the problems of the current international community where there is a growing conviction as to the existence of “community interests” deemed worthy of special protection. In other words, there is an enormous range of relationships for which the legal rules of domestic legal

---

<sup>506</sup> Walker relaciona el constitucionalismo con la meta-política cuyo interés es la salvaguarda de un interés común independientemente de que las raíces del mismo se encuentren en el Estado o en el escenario post-nacional. Walker, Neil. “Multilevel constitutionalism: looking beyond the german debate”, *LSE ‘Europe in Question’ Discussion Paper Series*, N° 08, junio, 2009. p. 13 y ss. Kleinlein, Thomas. “Constitutionalization in international law”. *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, 231.201, p. 705

<sup>507</sup> Tal como afirma Fassbender “la protección de los derechos humanos como contenido central del bien común”. Fassbender, Bardo. “La protección de los derechos humanos como contenido central del bien común internacional”. *La constitucionalización de la Comunidad Internacional*. Peters, Anne; Aznar, Mariano; Gutierrez, Ignacio. Eds. Valencia, Tirant lo Blanch, Monografías 688, 2010. p. 121-172; “The growth of the human rights system is a critical part of the case for those who argue that such fundamental changes have taken place in international law as to justify or require a shift in overall paradigm from a horizontal conception of sovereign equality to a more vertical, ‘constitutionalist’ conception. The contemporary human rights system is undoubtedly one of the strongest parts of this general constitutionalist claim” *Op. Cit.* Gardbaum, Steven. *Human Rights as International Constitutional Rights*. p. 762. En el mismo sentido Nollkaemper afirma: “constitutional law is based on recognition of public interest norms that protect the interest of the polity as a whole, rather than only the interests of individual states.” Nollkaemper, André. *Constitutionalization and the Unity of the Law of International Responsibility*. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16-535 2009. p. 540

<sup>508</sup> *Op. Cit.* Bryde, Brunn-Otto. *International Democratic Constitutionalism*. págs. 109 y 110.

<sup>509</sup> Del Vecchio, Antonio. “Globalization and its effect on international courts and tribunals”. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 5. 2006. p. 1

orders are no longer sufficient in that such matters call for international or cross-border rules capable of protecting interests that belong to the international community as a whole and not merely to single States.

Así pues, esta idea del bien común y de los valores comunes es la piedra de toque de conceptos que, como el de comunidad internacional, conciencia jurídica universal u orden público internacional<sup>510</sup>, ayudan a justificar la existencia del discurso constitucional y, con ella, la limitación del voluntarismo estatal como precondition para su afincamiento<sup>511</sup>. En este sentido, Habermas señala que uno de los grandes avances del derecho internacional que permite la concreción de la idea constitucional, el cual se logró gracias a la Carta de San Francisco, es la reivindicación de los derechos humanos como principios básicos de la comunidad internacional. Así, señala que con la Carta de Naciones Unidas “la comunidad internacional se comprometía a hacer valer a escala mundial los principios constitucionales que hasta entonces sólo se habían realizado dentro de las fronteras de los Estados nacionales”<sup>512</sup>.

Simma, por su parte, basa su idea de la constitucionalización del derecho internacional en la aparición de la comunidad internacional, en la afirmación de esta como una comunidad legal y en el proceso de institucionalización que de sus intereses se hace en la Carta de Naciones Unidas<sup>513</sup>. Bajo una perspectiva similar, Tomuschat afirma que todas las normas encaminadas a la protección de esos intereses comunes de

---

<sup>510</sup> Sobre estos conceptos ver, entre otros, los cursos de la Haya de los profesores Simma (1994), Tomuschat (1993 y 1999) y Cançado Trindade (2005). Simma, Bruno. "From bilateralism to community interest in international law". *Recueil des Cours*, 250, 1994; Tomuschat, Christian. "Obligations arising for states without or against their will". *Recueil des Cours* 241. 1993; Cançado Trindade, Antonio. "International law for humankind: towards a new jus gentium (II) : general course on public international law". *Recueil des Cours* 317, 2005; Cançado Trindade, Antonio. "International law for humankind: towards a new jus gentium (I): general course on public international law". *Recueil des Cours* 316, 2005. De Wet señala que el orden constitucional está conformado por la comunidad internacional, su sistema de valores y las estructuras que los protegen. *Op. Cit.* De Wet, Erika. "The international constitutional order".

<sup>511</sup> Siguiendo a Peters, podemos decir que, dado que la premisa básica del constitucionalismo es la existencia de la comunidad internacional como una comunidad legal, el consentimiento ya no es el fundamento de la legitimidad del ordenamiento. *Op. Cit.* Peters, Anne. "Global constitutionalism revisited", p.11. Kleinlein afirma que una de las razones de la constitucionalización es que el derecho internacional ha dejado de ser entre Estados para ser de la comunidad internacional. *Op. Cit.* Kleinlein, Thomas. *Constitutionalization in international law*. p. 705.

<sup>512</sup> *Op. Cit.* Habermas, Jürgen. *El occidente escindido*, pág. 157.

<sup>513</sup> *Op. Cit.* Simma, Bruno. *From Bilateralism to community interest*. p. 256

la comunidad internacional pueden ser comprendidas como la constitución material del derecho internacional<sup>514</sup>.

Otro de los vínculos entre los derechos humanos y la justificación del constitucionalismo tiene que ver con la necesidad de replantear el fundamento de la legitimidad del derecho internacional<sup>515</sup>. En efecto, la humanización, y con ella la idea de comunidad internacional, ha puesto de presente que la voluntad de los Estados ya no es fuente suficiente de legitimidad y ha señalado a los derechos humanos como fundamento esencial del ordenamiento jurídico; el constitucionalismo hace suya esta preocupación y asume tal reivindicación<sup>516</sup>.

En tercer lugar, el constitucionalismo encuentra en el discurso de los derechos humanos una razón más para organizar y limitar el ejercicio de la autoridad pública internacional, al mismo tiempo que una herramienta para lograr tal cometido<sup>517</sup>. En este sentido, protección de los derechos humanos y ‘*the rule of law*’<sup>518</sup> resultan piezas casi indisolubles que se erigen como fundamento y objetivo básico del discurso constitucional<sup>519</sup>.

---

<sup>514</sup> “To sum up, the international community has many different faces. It is not a homogeneous organizational unit, but can be defined as an ensemble of rules, procedures and mechanisms designed to protect collective interests of humankind, based on a perception of commonly shared values. In this sense, one might also speak, *ratione materiae*, of a constitution of humankind made up precisely of the normative framework established with a view to upholding those collective interests.” *Op. Cit.* Tomuschat, Christian. *Obligations arising for states without or against their will.* p 88.

<sup>515</sup> “The very term ‘constitution’ carries with it a promise of legitimacy”. *Op. Cit.* Schwöbel, Christine. *The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers.* p 11; *Op. Cit.* Kumm, Matthias. *The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis.* Kleinlein afirma que la constitucionalización señala que hay que limitar y justificar el poder. *Op. Cit.* Kleinlein, Thomas. *Constitutionalization in international law.* p 11

<sup>516</sup> Ver *Op. Cit.* Gardbaum, Steven. *Human Rights as International Constitutional Rights.* p. 762 Cottier, citando a Buchanan dice que los derechos humanos proveen el fundamento normativo del derecho internacional, su legitimidad y justicia. *Op. Cit.* Cottier. *The Multilayered Governance, Pluralism, and Moral Conflict.*

<sup>517</sup> Ulfstein por ejemplo dice el constitucionalismo aboga por el control del poder desde los derechos humanos y, por lo tanto, por el ejercicio del control judicial sobre las organizaciones internacionales y del poder en general. *Op. Cit.* Klabbers, Jan; Peters, Anne; Ulfstein, Geir. *The Constitutionalization of international law.* p. 357

<sup>518</sup> Según Nollkaemper ‘the rule of law’ significa que la concesión, el ejercicio y el control del poder debe hacerse en el marco de lo señalado por el derecho y, en respeto de los derechos humanos. Además, en caso de un desvío de poder la autoridad pública ha de ser responsable. *Op. Cit.* Nollkaemper, André. *National Courts and the international rule of law.* p 2-5

<sup>519</sup> Entre otros ver. *Op cit.* Bryde, Brunn-Otto. *Democratic Constitutionalism.* p. 106

Al respecto Gardbaum señala<sup>520</sup>:

There is undoubtedly something inherently constitutional in the very nature and subject-matter of international human rights law, in that one of its primary functions is to specify limits on what governments can lawfully do to people within their jurisdictions. This is a central constitutional function; indeed, it is arguably the most direct and straightforward constitutional function performed by any type of international law – in that international law does not (EU supranationalism apart) clearly organize and empower any general political authority.

Otra de las cuestiones que incentivan el constitucionalismo es la necesidad de articular el derecho internacional en torno a la protección de los derechos humanos, así como la importancia de coordinar la tutela ofrecida por el escenario nacional y el internacional<sup>521</sup>. En efecto, toda vez que gracias a los derechos humanos se ha señalado la existencia de unos valores comunes cuya protección le incumbe a toda la comunidad internacional y cuya salvaguarda ha de lograrse más allá de la voluntad de los Estados, la necesidad de coordinación con miras a la consecución de ese objetivo resulta un imperativo del actual ordenamiento internacional que puede ser satisfecho gracias al proceso constitucional<sup>522</sup>.

Así mismo, no podemos olvidar que el discurso de los derechos humanos ha cambiado la visión que el ordenamiento internacional tenía del derecho nacional (y viceversa) y ha puesto de presente la necesidad de la articulación de estos dos regímenes para la consecución de objetivos comunes. El constitucionalismo viene a satisfacer esa necesidad y hace gala de esta mutación, de ahí que, Bruno-Otto Bryde señale que la constitucionalización del derecho internacional no es un camino de un solo sentido. Desde su punto de vista, mientras que conceptos constitucionales han servido para cambiar el derecho internacional, éste ha influido en el derecho constitucional, especialmente en el área de los derechos humanos. Esto ha creado a “world wide

---

<sup>520</sup> *Op. Cit.* Gardbaum, Steven. Human Rights as International Constitutional Rights. p. 762

<sup>521</sup> No podemos olvidar que, como señala Kotzur, los derechos humanos son ahora parte de todos los sistemas legales: *Op. Cit.* Kotzur, Markus. Universality – a Principle of European and Global Constitutionalism.

<sup>522</sup> Esta es la idea que sirve de fundamento a las propuestas de constitucionalismo compensatorio y multinivel.

discourse”, que ha ayudado a la constitucionalización del derecho internacional publico<sup>523</sup>. En sus palabras:

“Thus, constitutionalization of international law and internationalization of national constitutional law work together to create a world constitutional law based on human right and the rule of law”.

Como se observa, los derechos humanos son terreno fértil para el discurso constitucional, pues gracias a ellos se construyen los argumentos necesarios para su fundamentación y se establecen los cimientos indispensables para poner en marcha el proceso constitucional, siendo el principal de ellos la reformulación del papel del Estado, sus intereses y su voluntad<sup>524</sup>.

Ahora bien, el papel de los derechos humanos en el seno del discurso constitucional no se limita a la construcción de sus cimientos; ellos y, en especial, su régimen de protección, son en sí mismos prueba fundamental del proceso de constitucionalización, escenario desde el que se crean sus herramientas de consolidación, norte a seguir del mismo e hilo conductor de su tarea articuladora.

## **b. El derecho internacional de los derechos humanos como pieza clave del proceso de constitucionalización**

A la luz de lo que acabamos de señalar, el derecho internacional de los derechos humanos, al ser el régimen por antonomasia (aunque no el único, es verdad) encargado de la protección de algunos de los valores más importantes de la comunidad internacional<sup>525</sup>, resulta ser pieza clave del proceso de constitucionalización desde una triple perspectiva.

---

<sup>523</sup> Según éste autor, todo comenzó con la creación de los tratados de derechos humanos pues estos, además de poner de presente en el escenario internacional la necesidad de proteger a los individuos, también fueron fuente de inspiración en muchos procesos de constitucionalización nacional. Además, muchos de estos documentos han sido incorporados al derecho constitucional nacional. Bryde, Brunn-Otto. *Op. Cit.* International Democratic Constitutionalism. p. 120

<sup>524</sup> *Op. Cit.* Peters, Anne. Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures. p. 606 y 607. Sobre los cambios que ha experimentado el derecho internacional. Ver entre otros, *Op. Cit.* Cançado Trindade, A.A. International law for humankind : towards a new jus gentium .

<sup>525</sup> Siguiendo las palabras del Profesor Carlos Villán Durán, podemos decir que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es aquel “sistema de principios y normas que regulan un sector

En primer lugar, si atendemos a la definición que dimos líneas arriba (supra Cap II.1.A.b), el derecho internacional de los derechos humanos resulta ser prueba por excelencia del proceso constitucional<sup>526</sup> ya que a través de su consolidación se ha logrado poner de presente la existencia de una comunidad internacional<sup>527</sup> y, por lo tanto, se ha conseguido el establecimiento de unas normas y unos mecanismos para la protección de los derechos humanos como valores fundamentales de la misma<sup>528</sup>. Además, el derrotero mínimo de protección que se construye en el seno del derecho internacional de los derechos humanos funge como parte importante del discurso constitucional.

---

de las relaciones de cooperación institucionalizada entre Estados de desigual desarrollo socioeconómico y poder, cuyo objeto es el fomento del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales universalmente reconocidos, así como el establecimiento de mecanismos para la garantía y protección de tales derechos y libertades, los cuales se califican de preocupación legítima y, en algunos casos, de intereses fundamentales para la actual comunidad internacional de Estados en su conjunto” Villán Durán, Carlos. *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid. Ed. Trotta. 2002. Págs. 85-86

<sup>526</sup> Podría decirse, siguiendo a Gardbaum, que: “[the development of] the human rights system have combined to further and promote global constitutionalism (...) it takes constitutionalism to a new stage in its historical development”. *Op. Cit.* Gardbaum, Steven. *Human Rights as International Constitutional Rights*. p 768.

<sup>527</sup> Con ello, el derecho internacional de los derechos humanos coadyuva en la construcción de los cimientos del discurso constitucional. Esto es, pone de presente la existencia de unos intereses – valores- comunes de la humanidad que fundamentan el derecho internacional y que se erigen como límites a la voluntad soberana de los Estados; intereses que han de ser protegidos por unas normas que irradian todo el ordenamiento y que tengan una protección reforzada. (Se trata, como lo señala E. de Wet, del reconocimiento de unos valores que, en mayor medida, se expresan en las normas de derechos humanos y, particularmente, en las normas de *ius cogens*. *Op. Cit.* De Wet, Erika. *The international constitutional order*. p 53, 57 y ss. *Op. Cit.* De Wet, Erika. *The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order*. 614 y ss. Simma nos recuerda el importante rol que ha jugado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el desarrollo de conceptos claves para el constitucionalismo, tales como el de ‘orden público internacional’ o ‘instrumento constitucional’. Así, cuando este autor se refiere al importantísimo papel que el sistema de Estrasburgo ha jugado en la construcción de un verdadero ‘derecho público’ (Con esta expresión se refiere a un derecho basado en la responsabilidad social y la rendición de cuentas de sus sujetos) anota que “I am referring to the European Convention on Human Rights which, through the jurisprudence of its organs and the laudable indulgence of its states parties, is outgrowing its conventional, interstatal framework and developing into what the Conventions organs themselves have for a long time been labeling as an ‘objective public order’ and (...) ‘constitutional instrument’ facilitating the collective enforcement of human rights. Here we not only have the public law substance but also something like a public infrastructure: convention organs which, for instance, through their control of reservations and declarations of acceptance and their dynamic method of treaty interpretation, have established themselves as ‘masters’ o their activity to that of a constitutional court. From these Strasbourg heights it is a long way back down to the United Nations scene”. *Op. Cit.* Simma, Bruno. *Does the UN charter provide an adequate legal basis for individual or collective responses to violations of erga omnes?* pág. 129.

<sup>528</sup> *Supra* nota 483

Respecto de esta última cuestión, vale la pena recalcar que las normas internacionales de derechos humanos vienen a cumplir varias funciones constitucionales. Así, por ejemplo, ellas llenan los vacíos que dejan las cartas de derechos a nivel constitucional nacional, así mismo gracias a ellas se puede lograr la protección extraterritorial de los individuos y la protección de los no ciudadanos. De igual forma, las normas internacionales de derechos humanos adhieren una nueva capa de límites al poder del Estado cuya ejecución no compete, como tradicionalmente, sólo al derecho nacional, sino que ahora también le incumbe a otros actores internacionales<sup>529</sup>. En general las normas del derecho internacional de los derechos humanos ayudan a establecer los estándares mínimos de protección y elevar los parámetros de salvaguarda, facilitan la comunicación entre los diversos escenarios de tutela, permiten alcanzar cierto grado de coherencia entre los diversos componentes del derecho internacional y entre este y los ordenamientos nacionales, finalmente, sirven como parámetro de validez de las normas, tanto constitucionales, como internacionales y en ese sentido se erigen como un derrotero para el legislador y, en general, como parámetro de conducta para el ejercicio del poder.

En segunda instancia, el derecho internacional de los derechos humanos es una herramienta fundamental de la constitucionalización del derecho internacional. Desde este escenario se han logrado varios de los cambios necesarios para la adaptación del ordenamiento a las aspiraciones constitucionales y se han construido varios instrumentos útiles a la constitucionalización<sup>530</sup>. Así por ejemplo, se ha reconocido a los individuos como sujetos del ordenamiento y se ha reivindicado su protección como objetivo básico

---

<sup>529</sup> *Op. Cit.* Gardbaum, Steve. Human rights and international constitutionalism. p. 252

<sup>530</sup> En este contexto encajan las ideas de Gardbaum quien afirma que, además de que las normas internacionales de derechos humanos tienen ciertos rasgos constitucionales, afirma que el derecho internacional de los derechos humanos puede ser leído desde una doble perspectiva constitucional: bien puede ser visto como un régimen que coadyuva en la constitucionalización del derecho internacional (en la medida en que genera muchos de los cambios necesarios para su desarrollo) o bien, como un régimen constitucionalizado en sí mismo (toda vez que tiene la capacidad de irradiar los ordenamientos nacionales e imponer ciertas obligaciones más allá del consentimiento estatal). *Op. Cit.* Gardbaum, Steven. Human Rights as International Constitutional Rights. p. 752; Schilling señala que toda vez que la constitucionalización del derecho internacional implica reconocer la existencia de unos intereses de la comunidad internacional y la puesta en marcha de mecanismos para su protección pueden contarse como avances en dicho proceso, entre otros la reivindicación del individuo como sujeto del derecho internacional, la posibilidad de someter a los Estados a ciertos controles, la eventual jerarquización del ordenamiento y el fortalecimiento en la protección del individuo. Como hemos visto a lo largo de este trabajo, todos estos son asuntos estrechamente relacionados con el derecho internacional de los derechos humanos. *Op. Cit.* Schilling, Thomas. On the Constitutionalization of General International Law. p 4.

del mismo, se ha superado la naturaleza contractual del derecho internacional, se ha abogado por la superación del consentimiento estatal como pieza clave para la generación de obligaciones, se ha limitado el ejercicio del poder, entre otros<sup>531</sup>. En este orden de ideas, tal como señala Gardbaum

The growth of the human rights system is a critical part of the case for those who argue that fundamental changes have taken place in international law that justify shift in overall paradigm from a horizontal conception of sovereign equality to a more vertical, constitutionalist conception<sup>532</sup>.

Ahora bien, el derecho internacional de los derechos humanos no sólo es prueba del proceso constitucional; su consolidación y perfeccionamiento es, *per se*, uno de los objetivos básicos de la constitucionalización.

En palabras de este mismo autor:

“(…) the development of international human rights law is a critical part of the more general case for rejecting the traditional, horizontal paradigm of international law based on the sovereign equality of states, and replacing it with a more vertical, constitutionalist, or ‘public law’ paradigm (...) because it performs both the general public law function of regulating relations between the state and individuals and the particular constitutional function of limiting governmental power, the contemporary human rights system is undoubtedly one of the strongest parts of this general constitutionalist claim<sup>533</sup>.

Por ello, tal como señala De Wet, todos los pasos dados en torno al perfeccionamiento del derecho internacional de los derechos humanos son, a su vez, logros del proceso constitucional<sup>534</sup>.

En tercer lugar, el trabajo adelantado desde el derecho internacional de los derechos humanos permite -a la vez que exige- la articulación que requiere el proceso

---

<sup>531</sup> Todos estos asuntos son referenciados y ejemplificados en *Op. Cit.* Gardbaum, Steven. Human Rights as International Constitutional Rights. p. 762 y ss.

<sup>532</sup> Gardbaum, Steven. Human rights and international constitutionalism. p. 249.

<sup>533</sup> *Op. Cit.* Gardbaum, Steven. Human Rights as International Constitutional Rights. p. 752 y 762

<sup>534</sup> *Op. Cit.* De Wet, Erika. The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order. p. 629

constitucional en los términos planteados en este trabajo. El mínimo común de protección que se construye desde los escenarios especializados es la expresión del sistema de valores que sirve como “pegante”<sup>535</sup>, como hilo conductor, de los diferentes bloques del derecho internacional y que permite la articulación de los diversos escenarios tanto desde el punto de vista vertical como funcional. Este rol, del derecho internacional de los derechos humanos puede comprenderse desde dos puntos de vista diferentes. Por una parte, su papel en la articulación entre el derecho nacional y el derecho internacional; por la otra, su tarea en la articulación de los diferentes niveles funcionales y territoriales del derecho internacional.

En primer lugar, hemos de decir que el principal motor del cambio en la relación entre el ordenamiento internacional y los ordenamientos nacionales ha sido el derecho internacional de los derechos humanos<sup>536</sup>. Gracias a él se ha reformulado el vínculo entre estos dos niveles a partir de la relectura de la soberanía estatal y de la idea de que ambos ordenamientos tienen un objetivo común: la protección del ser humano. Además, los operadores jurídicos de ambos niveles han comprendido que la eficacia de un ordenamiento depende del auxilio del otro y, por ello, han desarrollado un lenguaje común<sup>537</sup> que les permite entablar un diálogo gracias al cual ambos ordenamientos se complementan y articulan para el ejercicio de funciones constitucionales<sup>538</sup>.

Así mismo, como mencionamos líneas arriba, gracias en parte al trabajo adelantado en el seno del derecho internacional de los derechos humanos, hoy en día se reconoce la existencia de un objetivo común de protección cuyo cumplimiento requiere de la articulación de todo el ordenamiento. En este contexto, el régimen especializado de tutela se convierte en referente del trabajo de los demás componentes del derecho internacional<sup>539</sup>.

---

<sup>535</sup> De Wet, Erika. The emerging international constitutional order: the implications of hierarchy in international law for the coherence and legitimacy of international decision-making. p 5.

<sup>536</sup> *Op. Cit.* Peters, Anne. Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures, pág- 591

<sup>537</sup> *Op. Cit.* Carrillo, Nicolás. Enhanced multilevel protection of human dignity in a globalized context through humanitarian global legal goods. p 29 “At the same time, in practice, domestic authorities find a “common” language in international law, and this helps to create common understandings”

<sup>538</sup> *Op. Cit.* Peters, Anne. Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures, pág- 591

<sup>539</sup> La literatura sobre la influencia del derecho internacional de los derechos humanos sobre los demás regímenes del derecho internacional es casi inabarcable, por ahora solo queremos mencionar

Además, el trabajo adelantado en el seno del derecho internacional de los derechos humanos no sólo resulta útil respecto de la protección del individuo sino también respecto de la salvaguarda de otros valores constitucionales tales como la democracia, el principio de legalidad o la separación de poderes. En este orden de ideas, bien sea desde el propio escenario del derecho internacional de los derechos humanos o a través de otros regímenes especializados o en el marco del derecho internacional general, el derecho internacional de los derechos humanos se erige como herramienta útil, como lenguaje común, a la hora de asegurar varios principios constitucionales<sup>540</sup>.

Finalmente, el derecho internacional de los derechos humanos se erige como herramienta fundamental en la configuración de parámetros que permiten fundamentar, articular, organizar y limitar el ejercicio de la autoridad pública –nacional e internacional- y en este sentido, se convierte en herramienta indispensable del discurso constitucional<sup>541</sup>.

---

algunos ejemplos que pueden ilustrar cuan estrecha es esta relación. Ver por ejemplo, A.A.V.V. *The impact of human rights law on General International Law*. Menno T. Kamminga and Martin Scheinin Eds. Oxford University Press. 2009; A.A.V.V. *International Trade and Human Rights. Foundations and Conceptual Issues*, Abbott, Frederick, Christine Breining-Kaufmann y Thomas Cottier (eds.) Michigan, The University of Michigan Press, 2006; A.A.V.V. *Human Rights and International Trade*, Cottier, Thomas, Joost Pauwelyn y Elisabeth Bürgi Bonanomi (eds.), Oxford University Press, 2005; Monash University, Castan Centre for Human Rights Law, “WTO/Human Rights. Literature Review”, September 2005. Disponible en: <http://www.law.monash.edu.au/castancentre/projects/wto/wto-lit-review-05.pdf>; A.A.V.V. *Medio ambiente y derecho internacional, una guía práctica*. Caja Madrid, 2007; Ferreira de Carvalho, Edson. “La contribucion del derecho humano internacional a la proteccion ambiental: integrar para mejor cuidar la tierra y la humanidad”. *American University International Law Review* No. 24. 2008; Shelton, Dinah. *Derechos ambientales y obligaciones en el sistema interamericano de derechos humanos. Anuario de Derechos Humanos 2010*, Universidad de Chile. pp. 111-127; A.A.V.V. *From Human Rights to International Criminal Law. Studies in Honour of an African Jurist, the Late Judge Laity Kama*. Martinus Nijhoff. 2009; De Than, Claire y Shorts, Edwin. *International Criminal Law and Human Rights*. Thomson, 2003; A.A.V.V. *International Humanitarian Law and Human Rights Law*; A.A.V.V. *Towards a New Merger in International Law*. Edited by Roberta Arnold and Noëlle Quéniwet. Martinus Nijhoff, 2008.

<sup>540</sup> Al respecto ver el arsenal de documentos de Naciones Unidas en donde se resalta el fuerte vínculo entre los derechos humanos y los demás principios constitucionales, así como las resoluciones en las que, desde diversos escenarios del derecho internacional, los derechos humanos sirven como herramienta para la consecución de objetivos constitucionales. Consultar, entre otros: <http://es.unrol.org/>; <http://www.un.org/en/ruleoflaw/>; <http://www.un.org/democracyfund/>; [http://www.un.org/en/globalissues/democracy/democracy\\_and\\_un.shtml](http://www.un.org/en/globalissues/democracy/democracy_and_un.shtml);

<sup>541</sup> “Human rights overall have the potential to play an important structural role in multilayered governance. This is particularly true for core rights limiting the powers of governments. International law limits such powers in the same way that constitutional rights limit the powers of sub-federal entities. They exert vertical checks and balances and thus form an important ingredient of multi-layered governance. Human rights on a global and a regional level offer checks on domestic law, much as constitutional rights monitor legislation of federal and sub-federal entities. The emphasis on past and contemporary protection is clear within constitutional and domestic law. Conceptually, it does not exclude reinforcing protection

Una vez que logramos comprender el papel de los derechos humanos en el marco del constitucionalismo y la constitucionalización, nos corresponde ver el papel de los jueces en este contexto.

### **C. La judicatura y el proceso de constitucionalización**

Originalmente la figura del juez en el constitucionalismo estatal tenía poco brillo pues su papel como ‘la boca de la ley’ limitaba su protagonismo. No obstante, la evolución del pensamiento constitucional ha venido de la mano con la reivindicación de la judicatura especialmente cuando se trata de reconocer su papel en la protección de la propia constitución y, con ello, en la salvaguarda los derechos humanos<sup>542</sup>. Así, con ocasión de este protagonismo, los jueces se erigen en importantes figuras a la hora no sólo de asegurar los procesos de constitucionalización ya consolidados sino, también, cuando se requiere impulsar dichos procesos allí donde haga falta.

En derecho internacional, el papel de la judicatura ha surtido una evolución similar. A la par de la creciente judicialización del ordenamiento internacional, los jueces han pasado de ser meros árbitros o intérpretes de la voluntad de los Estados a actores indiscutibles de la importante metamorfosis del ordenamiento internacional. En este contexto, la importancia de los jueces internacionales y su papel en el proceso de constitucionalización resulta indiscutible<sup>543</sup>: gracias a ellos se construyen los cimientos del discurso constitucional, se perfeccionan conceptos útiles al mismo, se articulan estructuras que ejercen funciones constitucionales y, en fin, se abren las puertas de la constitucionalización multinivel.

---

on the international and regional layers of governance”. *Op. Cit.* Cottier, Thomas. Multilayered governance pluralism, and moral conflict.p 658.

<sup>542</sup> Sobre este asunto ver la emblemática obra de Gustavo Zagrebelsky. *El Derecho dúctil, ley, derechos, justicia*. Ed. Trotta. 2011.

<sup>543</sup> “Al tercer poder le agradecemos notables contribuciones a la penetración constitucional del Derecho internacional, sobre todo en el ámbito de los derechos del hombre. No sólo en el ámbito nacional, también en el internacional es la justicia la aliada silenciosa de la idea de Constitución”. *Op. Cit.* Biaggini, Giovanni. “La idea de constitución: ¿Nueva orientación en la época de globalización? p. 69

A renglón seguido nos ocuparemos de resaltar la tarea de la judicatura en el marco del proceso de constitucionalización del derecho internacional desde dos perspectivas diferentes. En primer lugar, veremos cuál es el aporte de los jueces tanto al discurso constitucional como al proceso de constitucionalización (a). En segunda instancia nos concentraremos en ver su papel en la articulación de la constitucionalización multinivel (b).

### **a. Los jueces y el discurso constitucional.**

Los jueces juegan un papel fundamental en la constitucionalización del escenario internacional desde una doble perspectiva. En primera instancia, son protagonistas de varios de los fenómenos que determinan la actual complejidad del derecho internacional y que, en parte, han motivado el discurso constitucional. En segundo lugar, el escenario judicial da cuenta de algunos de los avances del proceso constitucional.

Varios de los fenómenos que motivan o que sirven de contexto a la constitucionalización del derecho internacional están estrechamente relacionados con el trabajo judicial. En primer lugar, tenemos la multiplicación de los escenarios judiciales. Este crecimiento exponencial es muestra de la evolución del “derecho internacional contemporáneo hacia la construcción de una comunidad internacional guiada por *‘the rule of law’* y comprometida con la realización de justicia”<sup>544</sup>, dos ideas que subyacen al constitucionalismo<sup>545</sup>. En este sentido, desde nuestro punto de vista, tal como señalamos líneas arriba, la multiplicidad de escenarios judiciales no es un obstáculo para la constitucionalización sino, por el contrario, es en sí misma una manifestación del proceso constitucional toda vez que gracias a ella se fortalece el sistema judicial y, con ello, el Estado de Derecho.

Ahora bien, dicha proliferación trae consigo algunos inconvenientes, entre ellos, la posibilidad de que un mismo problema encuentre diferentes respuestas según el

---

<sup>544</sup> *Op. Cit.* Cançado Trindade, Antonio. The Relevance of international adjudication revisited: reflections on the need and quest for international compulsory jurisdiction. p 522 y ss.

<sup>545</sup> Así lo señala, entre otros Paulus. *Op. Cit.* Paulus, Andreas. The international legal system as a Constitution. p. 99

escenario del que se trate. En este sentido, son justamente las posibles ambigüedades que ello puede traer, así como las consecuencias nocivas de las mismas, las que justifican la necesidad de articulación y armonización en torno a la que gira el constitucionalismo. No obstante, la existencia de esta diversidad de actores judiciales y, sobre todo, la forma como estos interactúan y se coordinan –en búsqueda de justicia y del desarrollo del derecho internacional<sup>546</sup>- refuerzan la idea, tal como señalan Slaughter y Helfer, de que existe una comunidad legal o en sus palabras una “global community of law”<sup>547</sup>.

Por otra parte, tenemos el asunto del ensanchamiento funcional del derecho internacional el cual está estrechamente vinculado con otro de los fenómenos que tiene relación con el constitucionalismo: el de la pérdida de poder por parte del Estado y la consecuente multiplicación de actores internacionales y su empoderamiento. Ante tales fenómenos, los jueces han puesto de presente la necesidad de establecer controles -tanto sobre el proceso de transferencia de competencias, sus perfiles y alcances cuanto sobre los nuevos sujetos- y se han dado a la tarea de ejecutarlos<sup>548</sup>. En este sentido, los jueces, nacionales e internacionales, se erigen como actores imprescindibles para la salvaguarda de *‘the rule of law’*<sup>549</sup> y, con ello, del proceso constitucional<sup>550</sup>.

Otro de los fenómenos, estrechamente relacionados con el constitucionalismo y en el que el juez es protagonista es el de la humanización del derecho internacional<sup>551</sup>.

---

<sup>546</sup> *Op. Cit.* Cançado Trindade, A. The Relevance of international adjudication revisited: reflections on the need and quest for international compulsory jurisdiction. P. 536

<sup>547</sup> *Op. Cit.* Slaughter, Anne- Marie y Helfer, Laurence.

<sup>548</sup> Entre otras ver, Tribunal Constitucional Federal Aleman, sentencia de 29 de mayo de 1974. BVerfGE 37, 271 (Solange I); Tribunal Constitucional Federal Alemán, sentencia de 22 de octubre de 1986. BVerfGE 73, 339 (Solange II) y El asunto sobre la constitucionalidad de la ley que aprobaba el Tratado de Lisboa. Tribunal Constitucional Federal Aleman, sentencia de 30 de junio de 2009. BVerfG, 2 BvE 2/08; Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso *Kadi y Al Barakaat International Foundation c. Consejo*. 2008

<sup>549</sup> Sobre este asunto ver, *Op. Cit.* Nollkaemper, André. National Courts and the international rule of law; también Ulfstein en *Op. Cit.* Klabbers, Jan; Peters, Anne; Ulfstein, Geir. The Constitutionalization of international law. p. 357

<sup>550</sup> Respecto de la relación entre The Rule of Law y constitucionalismo ver, entre otros, Ten, Chin Liew. “Constitutionalism and the Rule of Law”. *A Companion to Contemporary Political Philosophy*. Goodin, Robert; Pettit, Philip and Pogge, Thomas (eds). Blackwell Publishing, 2007; Stimson, Shannon. *Constitutionalism and the Rule of Law*. The Oxford Handbook of Political Theory. Oxford University Press, 2009.

<sup>551</sup> “Al tercer poder le agradecemos notables contribuciones a la penetración constitucional del Derecho internacional, sobre todo en el ámbito de los derechos del hombre. No sólo en el ámbito nacional, también en el internacional es la Justicia la aliada silenciosa de la idea de Constitución. En ello han participado no sólo tribunales a escala internacional como el Tribunal de Estrasburgo de Derechos del

En el acápite anterior ya señalábamos la relación del proceso de humanización con el constitucionalismo, así que en este punto solo queremos recalcar el papel fundamental que juegan los jueces internacionales en general, pero los jueces de protección en particular, en el seno de dicho proceso. Han sido los jueces de protección quienes, partiendo de su tarea como guardianes de la dignidad humana<sup>552</sup> -como valor fundamental, principio fundante del derecho internacional y norte a seguir-, han logrado matizar el acentuado voluntarismo estatal y ubicar a los individuos en el centro de atención del ordenamiento jurídico<sup>553</sup>, a la par que lograron cambios fundamentales para la inserción del discurso constitucional (*infra* Cap. II.2.A).

Finalmente, debemos señalar el papel de los jueces en la “des-estatalización” del sistema de fuentes del derecho internacional desde dos perspectivas útiles al constitucionalismo. Por una parte, debemos resaltar su papel en la configuración de obligaciones internacionales más allá de la voluntad estatal<sup>554</sup>, por la otra, su creciente protagonismo en la reivindicación de la jurisprudencia como fuente del derecho internacional, y su consecuente papel como *lawmakers*<sup>555</sup>.

Como se observa, los jueces internacionales juegan un importante papel en algunos de los fenómenos que sirven como contexto al discurso constitucional. Ahora bien, dada la innegable relación entre el derecho internacional y el derecho nacional en los tiempos que corren, no solo los jueces internacionales son partícipes de estos fenómenos que alimentan el constitucionalismo, también los funcionarios judiciales a

---

Hombre” Biaggini, Giovanni. La idea de Constitución: ¿nueva orientación en la Época de la Globalización? En Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, p. 69

<sup>552</sup> Jouannet reivindica a los jueces como guardianes de los valores del derecho internacional. Jouannet, Emmanuelle. Universalism and Imperialism: The True-False Paradox of International Law? En The European Journal of International Law Vol. 18 no. 3, 2007

<sup>553</sup> Tal como señala Cançado Trindade, los tribunales de derechos humanos se han encargado de imponer límites al voluntarismo, de darle prevalencia a las consideraciones de orden público y de proteger la integridad de los tratados de derechos humanos. “Both the European and the Interamerican Courts of human rights have rightly set the limits to state voluntarism, have safeguard the integrity of the respective human rights conventions and the primacy of considerations of *ordre public* over the will of individual states, have set higher standards of state behaviour and established some degree of control over the interposition of undue restrictions by states, and have reassuringly enhanced the position of individuals as subject of the international law of human rights, with full procedural capacity”. *Op. Cit.* Cançado Trindade, A. The Relevance of international adjudication revisited: reflections on the need and quest for international compulsory jurisdiction. p. 540.

<sup>554</sup> *Op. Cit.* Tomuschat, Christian. Obligations arising for states without or against their will

<sup>555</sup> Von Bogdandy, Armin y Venzke, Ingo. “Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers”, *German Law Journal* 12- 979-1004 (2011).

nivel nacional han formado parte del proceso de metamorfosis que justifica e impulsa la constitucionalización.

Así por ejemplo, los jueces nacionales pueden tanto profundizar<sup>556</sup> como ayudar a superar los problemas generados<sup>557</sup> por la diversidad de criterios para la resolución de asuntos en el derecho internacional<sup>558</sup>. Igualmente, los jueces nacionales pueden promover la necesidad de controlar la transferencia de competencias a los escenarios internacionales, incitar el ejercicio de control sobre los actores internacionales y convertirse en espacios idóneos para adelantar dicho control<sup>559</sup>. A la par de estos

---

<sup>556</sup> El uso del derecho internacional por parte de los jueces nacionales y los efectos que ello tenga en dicho ordenamiento jurídico (en términos de fragmentación) depende de varios factores entre ellos la incorporación del derecho internacional en el derecho nacional, la posibilidad de que éste tenga efecto directo, la forma como se trasladan los principios de reparación del derecho internacional al ordenamiento nacional, la doble personalidad que adquieren las normas internacionales al insertarse en los derechos nacionales o el proceso de auto-interpretación judicial. *Op. Cit.* Nollkaemper, André. National Courts and the international rule of law. p. 217

<sup>557</sup> Tal como señala Nollkaemper al referirse al uso que hacen los jueces nacionales del derecho internacional: "...as in the case of the proliferation of international tribunals, a multiplicity of judicial institutions may have positive effects in terms of creative experimentation, explorations, and learning" (...) "The exchange of interpretations between courts may further help to mitigate the degree of fragmentation caused by unilateral interpretations". *Op. Cit.* Nollkaemper, André. National Courts and the international rule of law. p. 224 y 235.

<sup>558</sup> Un ejemplo de lo primero lo encontramos en el emblemático asunto Medellín (Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América, Caso Medellín c. Texas. 25 de marzo de 2008), en este caso el juez nacional se erige como fuente de divergencia en relación con los criterios señalados por los tribunales internacionales (CIJ. Case concerning Avena and Other Mexican Nationals, Mexico vs. United States of America. Judgment of 31 March 2004) al negarse a seguir la orden de la Corte Internacional de justicia según la cual debía revisarse las condenas de varios ciudadanos mexicanos procesados en los Estados. Igual ocurrió, por ejemplo, en el caso Gramara (Pvt) Ltd and Colin Bailie Cloete v. Government of the Republic of Zimbabwe, cuando la Alta Corte de Zimbabue se negó a darle eficacia al fallo de la Corte de la Comunidad Sudafricana para el Desarrollo alegando que dicho fallo era contrario a una política pública. Mayor información sobre este asunto en: *Op. Cit.* Nollkaemper, André. National Courts and the international rule of law. Ejemplo de lo segundo son todas aquellas decisiones en las que el juez nacional ha ayudado a desarrollar y consolidar un precedente internacional o aquellos en los que basándose en casos internacionales el juez nacional unifica la interpretación de una norma internacional. Así por ejemplo, Tribunal supremo administrativo de Portugal A y B c. el estado de Portugal. Caso No. 0308/07, tribunal constitucional alemán Caso Görgülü, 2BvR 1481/04, Corte Suprema de Uganda, attorney general v. Susan Kigula, constitutional appeal No. 02 de 2006. Por ello Cançado Trindade señala que la jurisprudencia nacional también es importante a la hora de determinar el contenido del "case-law" referido en el artículo 38 del Estatuto de la corte Internacional de Justicia. En este sentido, el trabajo judicial nacional resulta ser una pieza clave en la determinación de las fuentes del derecho internacional y, por lo tanto, una pieza clave del constitucionalismo. *Op. Cit.* Cançado Trindade, A. The Relevance of international adjudication revisited: reflections on the need and quest for international compulsory jurisdiction. p. 529.

<sup>559</sup> En este sentido, Nollkaemper, argumenta que los jueces nacionales son pieza clave para asegurar 'the international rule of law' toda vez que son agentes al servicio del mismo. *Op. Cit.* Nollkaemper, André. National Courts and the international rule of law. p 8. Un ejemplo emblemático del papel del juez nacional en el ejercicio de este tipo de controles lo podemos ver en el Tribunal Constitucional Alemán quien, especialmente con ocasión del proceso de integración europea, ha reiterado la necesidad de controlar que la transferencia de competencia a los actores internacionales se haga bajo el estricto respeto de unos parámetros determinados (derechos humanos, democracia, legalidad, entre otros)

controles los jueces nacionales también ayudan a humanizar el derecho internacional desde sus estrados al reivindicar a los individuos y a la protección de sus derechos como derroteros en el ejercicio del poder en el escenario internacional o al requerir que su protección oriente el uso del derecho internacional en los escenarios nacionales<sup>560</sup>.

Igualmente, los jueces nacionales ayudan a reivindicar el poder del precedente judicial internacional y a reforzar su importancia en el proceso de mutación del ordenamiento jurídico, al servirse de él como fundamento de sus decisiones tanto en procesos que involucren el uso del derecho internacional como en casos en los que se interpreta el derecho nacional<sup>561</sup>. Así mismo, los jueces nacionales pueden ayudar a los jueces internacionales en el desarrollo de las funciones que el Estado transfiere al escenario internacional, bien sea al ofrecerles parámetros que les faciliten sus tareas o convirtiéndose en aliados de los mismos<sup>562</sup>. Ello ocurre especialmente en el campo de los derechos humanos<sup>563</sup>.

---

El mejor ejemplo al respecto lo encontramos en el trabajo adelantado por el Tribunal Constitucional Alemán. Sobre este asunto ver, Tribunal Constitucional Federal Aleman, sentencia de 29 de mayo de 1974. BverfGE 37, 271 (Solange I); Tribunal Constitucional Federal Aleman, sentencia de 22 de octubre de 1986. BverfGE 73, 339 (Solange II) y El asunto sobre la constitucionalidad de la ley que aprobaba el Tratado de Lisboa. Tribunal Constitucional Federal Aleman, sentencia de 30 de junio de 2009. BVerfG, 2 BvE 2/08.

<sup>560</sup> Ejemplos de este asunto, son los mencionados casos Solange I y Solange II o la saga de casos de los tribunales nacionales europeos con ocasión de la ‘orden de detención europea’. Al respecto ver, Komárek, Jan. “European constitutionalism and the European arrest warrant: contrapunctual principles in disharmony”. *Common Market Law Review*, 44, 2007. pp. 9-40

<sup>561</sup> Ejemplos sobre este asunto en *Op. Cit.* Nollkaemper, André. National Courts and the international rule of law. También se puede consultar el catalogo de Oxford Reports on International Law disponible en <http://opil.ouplaw.com/home/oril>

<sup>562</sup> *Op. Cit.* Carrilo Nicolás, y Espósito, Carlos. Los jueces nacionales... p 52 y ss.

<sup>563</sup> Al respecto, no podemos olvidar que, tal como lo señala Carrillo, lograr la protección de los seres humanos hoy en día requiere de la participación de los actores a todos los niveles y, en especial, del trabajo de los jueces tanto nacionales como internacionales. En sus palabras: “In any case, the role of domestic authorities as guarantors of international law is undeniable, just as domestic judges are important for guaranteeing European Union law or the European human rights system, for example. (...) Judges play an important role in this regard, because they may take notice of decisions adopted within other legal systems and incorporate their reasoning, or exert influence in the formation of norms in other legal systems, such as the international one.(...) An integral and adequate protection of human beings against all threats cannot be achieved without cooperation, complementarity, coordination and (especially) normative and strategic joint action addressed at constructing beliefs and commitments on the protection of human dignity, which is based on the existence of binding explicit or implied duties”. *Op. Cit.* Carrillo, Nicolas. Enhanced Multi-Level Protection of Human Dignity in a Globalized Context through Humanitarian Global Legal Goods. p 15 y 34

Ahora bien, además de participar en los fenómenos que justifican el discurso constitucional, los jueces (nacionales e internacionales) también juegan un papel importante a la hora de abrir paso al proceso de constitucionalización gracias al esfuerzo que hacen para adaptar el derecho al tiempo y a su contexto logrando con ello el desarrollo del derecho internacional y de su interacción con los ordenamientos nacionales<sup>564</sup>.

Como hemos mencionado a lo largo de este capítulo, a partir del reconocimiento de la existencia de intereses comunes se construyen varios conceptos con base en los cuales se reformula el papel de la voluntad de los Estados en el seno del derecho internacional y, con ello, muchos de sus rasgos fundamentales. Esta metamorfosis, que resulta fundamental para el constitucionalismo, ha sido jalonada en gran medida desde el escenario judicial. Bastan algunos ejemplos para dar cuenta de ello.

En primer lugar, en gran parte gracias al trabajo de los jueces ha sido posible reconocer que el Estado no es el único sujeto del derecho internacional y que sus intereses ya no son los únicos objetos de protección de este ordenamiento. Así por ejemplo, el trabajo de los jueces penales internacionales durante los juicios de Nüremberg y Tokio fue el primer paso hacia la superación del positivismo jurídico clásico que radicaba la subjetividad internacional exclusivamente en el Estado<sup>565</sup>. La jurisprudencia penal internacional, desde entonces y la de más reciente data, existe gracias al reconocimiento de que los individuos pueden ser internacionalmente responsables. Siguiendo esta línea argumentativa, los tribunales internacionales de derechos humanos erigieron a los individuos ya no solo como titulares de obligaciones y posibles responsables sino, también, como titulares de derecho con capacidad jurídica para reivindicarlos. Como consecuencia de este reconocimiento el interés de protección

---

<sup>564</sup> Petersmann. Por ejemplo dice que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no pensó en las normas sobre derechos Humanos Petersmann, Ernst-Ulrich. "Multilevel judicial governance as guardian of the constitutional unity of international economic law", *L.A. International & Comparative Law Review*, Vol. 30, 2008. Venzke en el mismo sentido Venzke, Ingo. "The role of international courts as interpreters and developers of the law: working out the jurisgenerative practice of Interpretation", *L.A. International & Comparative Law Review*, Vol. 34, 2011.

<sup>565</sup> Tribunal Militar Internacional de Nüremberg. Francia y otros c. Goering y otros. Sentencia de 30 de septiembre de 1946.

de los individuos entra a jugar un importante papel de contrapeso a los intereses de los Estados<sup>566</sup>.

En palabras de las propia Corte Internacional de Justicia:

25. As one of the constitutive elements of these latter -- and a most prominent one -- is their population, it comes as no surprise that provisional measures indicated in successive orders of the ICJ have transcended the artificial inter-State dimension of the past, and have come to preserve also rights whose ultimate subjects (*titulaires*) are the human beings. This reassuring development admits no steps backwards, as it has taken place to fulfil a basic need and aspiration not only of States, but of the contemporary international community as a whole<sup>567</sup>.

También fueron los jueces quienes dieron los primeros pasos hacia el reconocimiento de la subjetividad de las organizaciones internacionales, en este sentido, por ejemplo, ver el trabajo de la Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva sobre la reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas<sup>568</sup> la interpretación del acuerdo entre la Organización Mundial del comercio y Egipto<sup>569</sup>. En este mismo sentido puede apreciarse el trabajo, entre otros, por ejemplo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>570</sup>.

---

<sup>566</sup> Respecto del papel de los jueces en esta evolución ver: Perez-Leon, Juan Pablo. El individuo como sujeto de derecho internacional. Anuario. Mexicano de Derecho Internacional [online]. 2008, vol.8, pp. 599-642. También: Antonio Cancado Trindade. La persona Humana como sujeto del derecho internacional. Avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del Siglo XXI. Revista IIDH No. 46. 2007. p. 289 y ss.

<sup>567</sup> Corte Internacional de Justicia. Asunto relativo a la obligación de investigar o extraditar. Bélgica c. Senegal. mayo 28 de 2009

<sup>568</sup> Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas. 11 de abril de 1949. Esto no equivale a decir que la Organización sea un Estado, lo que ciertamente no es, o que su personalidad jurídica, sus derechos o deberes sean los mismos que los de un Estado, cualquiera que sea el sentido de esta expresión. Ni siquiera implica ello que todos los derechos y deberes de la Organización deban encontrarse en el terreno internacional, de la misma manera que no todos los derechos y deberes de los Estados deben encontrarse en él. Esto significa que la Organización es un sujeto de derecho internacional, que tiene capacidad para ser titular de derechos y deberes internacionales y que tiene capacidad para prevalerse de estos derechos por vía de reclamación internacional”

<sup>569</sup> En 1980 la Corte Internacional de Justicia afirmó (l)a organización internacional es un sujeto de derecho internacional ligado en tanto que tal por todas las obligaciones que le imponen las reglas generales del derecho internacional, su acto constitutivo o los acuerdos internacionales de los que son parte. Corte Internacional de Justicia Opinión consultiva relativa a la interpretación del acuerdo OMS-Egipto de 20 de diciembre de 1980, párr. 37.

<sup>570</sup> Entre otros ver: Tribunal de Justicia de la Unión Europea. E. A. Mondiet Sa c. A. Islais S, 1993. Originariamente, véase Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Cornelis Kramer y otros, 1976; Tribunal de Justicia de la Unión Europea. International Fruit Company NV y otros, 1972; Tribunal de

En segunda instancia, la construcción del concepto de comunidad internacional, ha estado en buena medida apoyada por los jueces y han sido ellos quienes han permitido hacer palpables los cambios que trae consigo su aparición. Así por ejemplo, con base en la existencia de la comunidad internacional los jueces han abierto el paso a la conformación de una incipiente jerarquía del derecho internacional y, con ello, al establecimiento de unos límites a la voluntad del Estado. Los casos emblemáticos en torno a estos asuntos son, entre otros: en la Corte Internacional de Justicia, sus sentencias en los asuntos *Barcelona Traction* (1970), *Pruebas nucleares* (1974), *Nicaragua c. United States* (1986), *Timor Oriental* (1995), y *Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia* (1996); en el Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia las decisiones en los casos *Furundzija* (1998), *Jeliscic* (1999), *Kupreskic y otros* (2000), *Kunarac* (2001), *Krstic* (2001) y *Simic* (2002); en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otros, el asunto *Soering c. United Kingdom* (1989)<sup>571</sup>.

Por otra parte, el que ahora el que gran parte del derecho internacional no tenga naturaleza contractual y que, por lo tanto, además de la voluntad de los Estados los jueces deban considerar la protección de los individuos y, en general, la salvaguarda de los intereses de la comunidad, hace que los métodos de trabajo judicial varíen y tiendan a identificarse mucho más con métodos constitucionales<sup>572</sup>. Siguiendo este patrón, tal como ha ocurrido en el escenario nacional<sup>573</sup>, también en el contexto internacional los jueces han promovido la irradiación del ordenamiento con los valores propios del constitucionalismo<sup>574</sup>.

---

Justicia de la Unión Europea., Herbert Weber y Universal Orden Services Ltd , 2002; Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Racke GmbH & Co. y Hauptzollamt Mainz*, 1998. Sobre este asunto consultar; Sánchez Patrón, José Manuel. “La aplicación del derecho internacional general a las actuaciones de las organizaciones internacionales. La práctica de las comunidades europeas-uniión europea”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol. 6, 2006.

<sup>571</sup> *Op. Cit.* Cançado Trindade, Antonio. *International law for humankind: towards a new jus gentium (II): general course on public international law*. p 335 y ss.

<sup>572</sup> *Op. Cit.* Bryde, Brunn-Otto. *International Democratic Constitutionalism*. p 109. Quien dice que la metodología de los órganos de derechos humanos es claramente constitucional. Desmedt, Axel. “Proportionality in WTO Law”. *Journal of International Economic Law* (2001) 4 (3); Mitchell, Andrew. “Proportionality and Remedies in WTO Disputes”. *The European Journal of International Law* Vol. 17 no.5, EJIL 2007. P. 985-1008; *Op. Cit.* Maduro, Miguel. *Courts and Pluralism. Essay on a theory of judicial adjudication in the context of legal and constitutional pluralism*.

<sup>573</sup> Bryde, Brunn-Otto. “Fundamental rights as guidelines and inspiration: German constitutionalism in international perspective”. *Wisconsin International Law Journal* Vol. 25, No. 2.

<sup>574</sup> De nuevo, el mayor ejemplo de esto es la construcción de un régimen de derechos humanos en la Unión Europea, a partir de la presión de los jueces nacionales (*Caso Solange*) y el trabajo del juez

Ahora bien, desde nuestro punto de vista, el mayor síntoma del proceso constitucional está justamente en el ejercicio de funciones constitucionales de protección y control por parte de los jueces, tanto nacionales cuanto internacionales, y la articulación entre unos y otros para asegurar el éxito de las mismas<sup>575</sup>. Ese es el asunto que ocupará nuestra atención más adelante en este capítulo.

Como se observa, el escenario judicial sirve de telón de fondo y de escenario al proceso constitucional. Ahora bien, la judicatura no se limita a participar en los fenómenos que justifican el discurso constitucional o a sentar las bases de los cambios que este requiere, desde nuestro punto de vista atendiendo a nuestra convicción de que la constitucionalización del derecho internacional es un proceso escalonado, disímil y multinivel, creemos que la judicatura juega un papel elemental en la articulación y proyección de dicho proceso. Veamos esto con algo más de detalle.

## **b. Judicatura y constitucionalización multinivel**

El papel de los jueces en la constitucionalización multinivel puede comprenderse desde una triple perspectiva.

En primer lugar, ellos son fundamentales en la reformulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno. Han sido los jueces quienes atendiendo a diversas notas características del escenario internacional actual (protección de valores comunes, procesos de integración, amenazas comunes a la paz, por ejemplo) han

---

europeo (el Tribunal de Justicia y su interacción con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), a partir del cual se ha promovido la separación de poderes el principio de legalidad y la democracia en cuestiones tan variadas como el comercio internacional o el mantenimiento de la paz. Sobre esta interacción ver entre otros: A.A.V Human Rights Protection in the European legal order: the interaction between the European and the national courts. Porpelier, Patricia; Van de Heyning, Catherine y Van Nuffel, Piet (eds.) Intersentia. Law and cosmopolitan values. 2011.

<sup>575</sup> Estas funciones constitucionales pueden encontrar su fundamento bien sea en el propio ordenamiento internacional o en el derecho constitucional nacional toda vez que su desarrollo puede responder a un ejercicio bien de coordinación, bien de transferencia o bien de subsidiariedad. Tal como señala Burgorge-Larsen para el caso Europeo, ha sido la interacción de los jueces, su diálogo, lo que ha permitido la constitucionalización del escenario jurídico europeo. *Op. Cit* Burgorgue-Larsen, Laurence. “La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial”. p. 43.

ayudado a reformular las relaciones entre estos dos ordenamientos facilitando así un proceso de interacción necesario para la concreción de objetivos constitucionales<sup>576</sup>.

En segundo lugar, han sido los jueces –a través del diálogo- quienes han jalonado el proceso de interacción entre diversos regímenes del derecho internacional permitiendo el ejercicio de funciones constitucionales por parte de diversas estructuras del escenario internacional<sup>577</sup>. Ello resulta evidente, por una parte en la interacción entre los diversos regímenes de derechos humanos, pero, también en la interacción entre estos y otras áreas funcionales del derecho internacional<sup>578</sup>.

Finalmente, son justamente los cambios en las relaciones verticales y horizontales jalonados en gran medida por los jueces, los que permiten la articulación de las estructuras constitucionales de varios niveles<sup>579</sup>. Así, esta dinámica de interacción tanto vertical cuanto funcional, resulta ser prueba de dos asuntos fundamentales.

En primer lugar, prueba que estamos en presencia de un sistema legal bastante particular en el que rige el pluralismo y las relaciones heterárquicas guiadas por principios constitucionales.

---

<sup>576</sup> En este sentido, los jueces reconocen la insuficiencia de los modelos dualista-monista y promueven una nueva forma de interacción basada en una realidad pluralista según la cual resulta imprescindible dar prioridad a la consecución de objetivos comunes y, por lo tanto, matizar el concepto de soberanía estatal y su papel en la creación y aplicación del derecho internacional. Un ejemplo de cómo esta actitud ayuda al proceso constitucional se puede leer en Helfer quien destaca la importancia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como catalizador del proceso constitucional europeo. *Op. Cit.* Helfer, Laurence. Constitutional analogies in the international legal system. p 201

<sup>577</sup> Sobre este asunto ver *Op. Cit.* Slaughter, Anne-Marie A new world order. p 64 y ss. Por ello puede afirmarse que la coordinación para el ejercicio de funciones constitucionales no sólo es posible en términos verticales sino, también desde una perspectiva funcional-horizontal.

<sup>578</sup> Ejemplo fehaciente de lo segundo es el ejercicio de funciones constitucionales por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la luz de los derroteros marcados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así en el Caso o en el caso *Emesa Sugar NV c. Aruba* o en el Caso *Vermeulen c. Bélgica*. Tribunal de Justicia de la Unión Europea., *Emesa Sugar (Free Zone) NV v. Aruba*, 2000; Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Vermeulen v. Belgium*, 2001. Respecto de lo primero, resultan pertinentes las palabras de Cançado Trindade “Human rights treaties such as the European and American Conventions have, in this way, by means of such [judicial] interpretative interaction, reinforced each other mutually, to the ultimate benefit of the protected human beings. Interpretative interaction has in a way contributed to the universality of the conventional law on the protection of human rights; this paved the way for a uniform interpretation of the *corpus iuris* of contemporary international human rights law”. *Op. Cit.* Cançado Trindade, Antonio. The Relevance of international adjudication revisited: reflections on the need and quest for international compulsory jurisdiction. p 541

<sup>579</sup> *Op. Cit.* Helfer, Laurence. Constitutional analogies in the international legal system. p 201

## En palabras de Slaughter

Taken together, these [interactions] represent the gradual construction of a global legal system. [But] it is a far different kind of system than has traditionally been envisaged by international lawyers. That vision has always assumed a global legal hierarchy, with a world Supreme Court such as the International Court of Justice resolving disputes between states and pronouncing on rules of international law that would then be applied by national courts around the world. What is in fact emerging is messier and much more complex. It is a system composed of both horizontal and vertical networks of national and international judges, usually arising from jurisdiction over a common area of the law or a particular region of the world<sup>580</sup>.

En segundo lugar, explica el protagonismo de los jueces a la hora de articular los diversos niveles para lograr el ejercicio de funciones constitucionales. En este sentido, tal como lo advierte Cheng-Chang, resulta evidente que el diálogo entre los jueces es una de las características que distinguen la extensión del constitucionalismo más allá de las fronteras<sup>581</sup> y que su desarrollo se erige como la opción más viable para la consecución de cometidos constitucionales dado el estado actual del ordenamiento internacional<sup>582</sup>.

En este mismo sentido de Wet afirma:

---

<sup>580</sup> *Op. Cit.* Slaughter, Anne.Marie. A new world order. p. 67 Según esta autora, lo que motiva la interacción judicial –el diálogo más no la colonización judicial- es la existencia de una empresa común y lo que surge de la misma es una “community of Courts”, con unos principios de organización identificables, mas no una centralizada jerarquía.

<sup>581</sup> Chang, Wen-Chen y Yeh, Jiunn-rong. "The Emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges and Solutions". *Penn State International Law Review* 27.1 (2008) p 95 y ss: “The second feature of transnational constitutionalism is the abundance of transnational judicial dialogues and references. Such conversations are threefold. One is domestic judicial reference to international norms including decisions by international tribunals. Another is domestic judicial reference to foreign laws of other nation-states including decisions of foreign national courts. The other is reference made by international tribunals to other international regimes or decisions by other international tribunals...The domestic judicial reference to international norms and decisions comes from either constitutional mandate or judicial self-assertion.”

<sup>582</sup> Tal como lo señala Koch, “dialogue among supranational tribunals will be essential in the evolution of a global legal culture (...) process of judicial exchange among a variety of tribunals, the justification of judicial positions, and the advocacy that drives judicial resolution offers a formidable vehicle whereby the global society can come to grips with the cacophony of legal cultures. It can bring about some consensus, intellectual and elite consensus at least, rather than settling for dominance.” Koch, Charles. “Judicial dialogue for legal multiculturalism”. *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25:1, 2004. p. 24

(...) at the current stage of development of the international constitutional order, the international value system has to be enforced within a variety of institutional structures, given the absence of a binding, centralised international judiciary. It is therefore up to regional and functional judicial bodies, as well as national courts within domestic jurisdictions to enforce the emerging international value system in a decentralised fashion<sup>583</sup>.

A la par de estas ideas, Petersman señala<sup>584</sup>:

Constitutional nationalism and power-oriented foreign policies fail to acknowledge that the collective supply of international public goods depends on multilevel judicial protection of international rule of law, which is universally recognized in the customary law requirement of settling "disputes concerning treaties, like other international disputes,... in conformity with the principles of justice and international law," including "universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all." (...) Due to the frequent lack of explicit international law rules on the coordination of competing and overlapping jurisdictions, judicial comity and conditional solange-cooperation among national and international courts, as long as courts mutually respect the basic constitutional principles of their limited jurisdictions-may offer the most effective, second-best approach for multilevel judicial protection of rule of law and transformative justice in international cooperation among citizens.

Como se observa, los jueces internacionales tienen mucho que aportar al proceso de constitucionalización multinivel. Ahora bien, esta participación a tres bandas en el proceso constitucional por parte de los jueces se intensifica cuando se trata de los jueces de protección<sup>585</sup>. Así lo veremos en las líneas que siguen cuando estudiemos el aporte del juez interamericano al proceso de constitucionalización.

---

<sup>583</sup> De Wet, Erika. "The Emerging International Constitutional Order. The Implications of Hierarchy in International Law for the Coherence and Legitimacy of International Decision-Making". *Potchefstroom Electronic Law Journal* (2007). p. 9

<sup>584</sup> Petersmann, Ernst-Ulrich. "International rule of law and constitutional justice in international investment law and arbitration", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 16, N° 2, 2009. p 516 y 523.

<sup>585</sup> Tal como afirma Cançado Trindade, hay un diálogo entre las diferentes cortes internacionales de derechos humanos gracias al cual se refuerzan mutuamente, coadyuvando así a asegurar la universalidad en la protección e interpretación lo que facilita la creación de un *corpus iuris* internacional del derecho contemporáneo de los derechos humanos. *Op. Cit.* Cançado Trindade, Antonio. *The Relevance of international adjudication revisited: reflections on the need and quest for international compulsory jurisdiction.* p. 537. Al respecto Petersman afirma: "The multilevel, judicial protection of fundamental freedoms was the driving force in the progressive transformation of the intergovernmental EC and EEA treaties, and of the ECHR, into constitutional instruments protecting citizen rights and

## **2. El escenario regional: derechos humanos, jueces y constitucionalización multinivel.**

Tal como señalábamos al inicio de este capítulo, desde nuestro punto de vista, la constitucionalización del derecho internacional es una realidad palpitante que encuentra algunas de sus más importantes manifestaciones en el derecho internacional de los derechos humanos y, particularmente, en la forma como los sistemas regionales de protección se articulan con los derechos nacionales para el ejercicio de funciones de naturaleza constitucional y, por lo tanto, para el cumplimiento de fines constitucionales.

Creemos pues, que en este escenario de interacción se entrecruzan todas las variables que hemos mencionado hasta ahora respecto del vínculo entre derechos humanos, judicatura y constitucionalismo y que hacen posible creer en el proceso constitucional. En particular, consideramos que el trabajo adelantado por los tribunales regionales es en sí mismo un importante paso hacia la constitucionalización, pero más aún creemos que la interacción entre los jueces nacionales e internacionales, de la cual la red de protección descrita en el primer capítulo de este trabajo es una de sus manifestaciones, resulta ser prueba fehaciente del proceso constitucional. Para demostrar esta hipótesis, en las líneas que siguen pretendemos aclarar cuál es el papel del juez interamericano y, especialmente, de la red de protección descrita hasta ahora, en la constitucionalización del derecho internacional.

Para tal efecto, en el primer acápite expondremos los aportes que el juez interamericano ha hecho a la configuración del contexto propio del constitucionalismo, así como los matices que este le ha impreso al voluntarismo estatal y que son útiles al proceso constitucional (A.); en segunda instancia, nos concentraremos en demostrar los aportes de la red judicial interamericana al proceso de constitucionalización (B.); finalmente expondremos las críticas a las que se puede enfrentar nuestra propuesta, tratando de esbozar algunas respuestas a las mismas (C.).

---

community interests across national frontiers by three different kinds of ‘ multilevel constitutionalism ’”. Petersmann, Ernst-Ulrich. “Human rights, international economic law and constitutional justice”, *The European Journal of International Law*, Vol. 19, N° 4, 2008. p. 775.

## **A. Justificación y herramientas de la constitucionalización en el escenario interamericano.**

La relación entre el trabajo de la CorteIDH y la constitucionalización del derecho internacional debe ser abordada desde una doble perspectiva pues acorde con el rol asignado tanto a jueces como a derechos humanos en el marco teórico recientemente descrito, el juez interamericano, por una parte, ha ayudado a construir sus cimientos (a.), por la otra, ha abierto las puertas a cambios imprescindibles -tanto en la propia teoría general del derecho internacional como en sus relaciones con el derecho interno- para la evolución de dicho proceso de constitucionalización (b). A renglón seguido nos ocuparemos de estos asuntos.

### **a. Un nuevo centro de gravedad del derecho internacional.**

Uno de los aportes fundamentales de la CorteIDH al proceso de constitucionalización es el reconocimiento de la existencia de unos intereses comunes de la humanidad y, con ello, de una comunidad internacional. En efecto, la CorteIDH se sirve de la idea de comunidad internacional pues ella le permite afirmar la existencia de un interés común –la tutela de los individuos- que subyace a todo el ordenamiento internacional y que justifica e irradia su labor de protección<sup>586</sup>.

Así por ejemplo, este órgano judicial ha señalado, entre otras, que ha sido la comunidad internacional la que se ha encargado de dar lugar a las normas que propenden por la salvaguarda de los seres humanos<sup>587</sup> y que, en este sentido, es esta propia comunidad y los valores que ella representa el fundamento de normas ‘superiores’ del

---

<sup>586</sup> Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. párr. 100, Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153. párr. 128

<sup>587</sup> Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100. párr. 133, Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110. párr. 162

ordenamiento internacional (*infra* Cap.II.2.B) y, por lo tanto, de los deberes reforzados de protección que se erigen en torno a ellas<sup>588</sup>.

Así mismo, y con base en lo anterior, la Corte se ha referido a la comunidad internacional como la razón de ser de la existencia de un deber genérico de lucha contra la impunidad -y, por lo tanto, de garantía del derecho de acceso a la justicia, nacional e internacional- cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos, por lo que la propia configuración del Sistema encuentra cimiento en dicho concepto<sup>589</sup>.

Con ocasión de lo anterior, la jurisprudencia ha destacado la naturaleza particular del sistema interamericano, recordando que se trata de un régimen objetivo en el que la reciprocidad no juega ningún papel y en relación con el cual las reglas generales del derecho internacional han de ser moldeadas en aras de la mayor protección posible (*infra*)<sup>590</sup>.

Otro de los importantes conceptos acuñados por la CorteIDH es el de ‘conciencia jurídica universal’. Fue el juez Cançado Trindade quien, en el seno de la CorteIDH, se refirió por primera vez a la necesidad de reconocer en “la conciencia jurídica universal

---

<sup>588</sup> Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153. párr. 131 y 132. En ese sentido la Corte ha recordado que la violación de este tipo de prerrogativas erigen a la propia humanidad como víctima: Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. párr. 105

<sup>589</sup> Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153. párr. 131 y 132; Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162. párr. 160

<sup>590</sup> “A este respecto interesa tener presente que los tratados concernientes a la protección de los derechos humanos están orientados a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano, más que a fijar las normas de relación entre los Estados. Así, los tratados de derechos humanos no se contraen a definir el intercambio entre éstos, sino sirven al fin de proteger los derechos fundamentales de los seres humanos frente a su propio Estado y ante los otros Estados contratantes. Se inspiran en valores comunes superiores, centrados en la protección del ser humano, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo y cuentan con mecanismos de supervisión específicos”. Corte IDH. Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-19/05 del 28 de noviembre de 2005. Serie A No. 19. Párr. 21. Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104. párr. 96; Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105. párr. 62; Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55. párr. 41; Corte IDH. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2. párr. 29.

[...] la fuente material última de todo Derecho”<sup>591</sup>. Según sus propias palabras, la consideración de la conciencia jurídica universal nos ubica frente a la “apremiante necesidad” de “reconceptualizar las propias bases del ordenamiento jurídico internacional [...] de manera que] los avances de este ordenamiento [se correspondan con la asunción] de la conciencia humana orientada a la necesidad de la realización del bien común y de la justicia”<sup>592</sup>.

Siguiendo este presupuesto, la CorteIDH ha enfocado su trabajo hacia la satisfacción de las exigencias de tal conciencia jurídica. Así por ejemplo, cuando se trata de solventar las consultas que le son erigidas, la Corte aclara que su trabajo “no constituye una mera especulación académica y que el interés en la misma [*sic*] se justifica por el beneficio que pueda traer a la protección internacional de los derechos humanos y al fortalecimiento de la conciencia jurídica universal”<sup>593</sup>.

Igual ocurre cuando intenta fundamentar el ejercicio de su competencia de supervisión de cumplimiento de sentencias en la práctica reiterada de los Estados consistente en remitirle informes de acatamiento. En este caso, la CorteIDH señala que dicha práctica es una manifestación de la existencia de una conciencia jurídica universal<sup>594</sup>.

Así mismo, la Corte ha señalado que la especial atención que debe prestar el Sistema en general y los Estados en particular ante la violación de ciertas prerrogativas de puntual relevancia encuentra fundamento en el reconocimiento que, con base en la

---

<sup>591</sup> Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105. Voto Razonado Juez Cañado Trindade párr. 13; Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153. Voto Razonado Juez Cañado Trindade párr. 7 y 14

<sup>592</sup> Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101. Voto Razonado Juez Cañado Trindade párr. 32.

<sup>593</sup> Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. párr. 65; Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17. párr. 35; Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16. párr. 49; Corte IDH. Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997. Serie A No. 15. párr. 32.

<sup>594</sup> Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104. párr. 102

conciencia jurídica, ha hecho el derecho internacional de ciertos intereses fundamentales<sup>595</sup>. En consecuencia, con base en la ampliación de dicha conciencia universal la CorteIDH también ha ampliado el contenido material del *ius cogens*, sirviéndose, como ella misma señala, de un concepto de derecho imperativo que va más allá del derecho de los tratados<sup>596</sup>.

Finalmente, como resultado de esta práctica sistemática en torno al reconocimiento de unos intereses superiores, de una comunidad internacional, de una conciencia jurídica como razón de ser y norte del ordenamiento internacional, recientemente la jurisprudencia interamericana, siguiendo los pasos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>597</sup>, aceptó la existencia de un orden público internacional.

Como consecuencia, el órgano judicial interamericano ha decidido afirmar que en el marco de sus competencias, y en atención a que la tutela de los derechos humanos es una cuestión de orden público, éste puede tomar decisiones que incluso superen la voluntad de los Estados miembros del Sistema<sup>598</sup>.

En efecto, ha señalado,

Dado que los procesos ante esta Corte se refieren a la tutela de los derechos humanos, cuestión de orden público internacional que trasciende la voluntad de las partes, la Corte debe velar porque tales actos [los de reconocimiento de

---

<sup>595</sup> Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Voto Concurrente Juez Cañado Trindade párr. 68, Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114 Voto Razonado Juez Cañado Trindade párr. 25; Corte IDH. Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C No. 123. Voto Razonado Juez Cañado Trindade párr. 88< Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. Voto Juez Cañado Trindade párr. 5, 6 y 26

<sup>596</sup> Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 99.

<sup>597</sup> TEDH, Irlanda c. Reino Unido, 1978, párr. 239; TEDH, Loizidou c. Turquía, 1995, párrs. 70, 72, 75, 93, 96.

<sup>598</sup> Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177. párr. 24; Corte IDH. Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191. párr. 21; Corte IDH. Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196. párr. 24; Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205. párr. 25

responsabilidad] resulten aceptables para los fines que busca cumplir el Sistema Interamericano<sup>599</sup>.

En suma, nuestro juez regional fundamenta su trabajo en una de las ideas que sirven de telón de fondo al constitucionalismo: la existencia de una comunidad legal internacional y en la necesidad de proteger uno de sus pilares fundamentales, cual es la dignidad humana. Dicho reconocimiento ha llevado, además, a la reconfiguración del papel de los Estados, del alcance de su voluntad y, por lo tanto, de las propias normas del derecho internacional lo que ha generado el desplazamiento del centro de gravedad del ordenamiento internacional desde la voluntad estatal hacia la salvaguarda de los individuos. Como vimos líneas arriba, este desplazamiento resulta ser una de las justificaciones básicas del discurso constitucional, objetivo y argumento esencial del mismo, gracias al cual se han materializado varias de las herramientas útiles del proceso de constitucionalización. Veamos.

#### **b. La relectura del derecho internacional y de sus relaciones con el derecho interno.**

Una de las más importantes riquezas de la jurisprudencia interamericana radica en su capacidad para leer el derecho internacional general según los cometidos propios del Sistema de Protección y por lo tanto, su capacidad para dar lugar a una relectura de dicho ordenamiento jurídico en la que se hace imperioso matizar el marcado voluntarismo estatal.

Las principales manifestaciones de esta nueva visión pueden apreciarse en diversos aspectos de la teoría general del derecho internacional; no obstante, por ahora queremos mencionar dos asuntos claves para la constitucionalización: por una parte, el énfasis en la regla del efecto útil a la hora de interpretar ciertas normas del derecho internacional y lo que ello ha significado para figuras elementales del derecho de los tratados y, en general para el sistema de fuentes; por la otra, la reformulación de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno.

---

<sup>599</sup> Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209. párr. 61

Sin lugar a dudas, la cuestión de la interpretación de las normas del derecho internacional es el punto neurálgico, piedra angular, de la relectura que el juez interamericano hace de la teoría general del derecho internacional toda vez que el particular uso de la regla del ‘*efett util*’ y de la interpretación ‘*pro personae*’, así como de la llamada interpretación evolutiva del derecho internacional son el fundamento clave de la hermenéutica progresista de su jurisprudencia.

Por lo general, cuando se trata de interpretar normas de derecho internacional se acostumbra a preferir interpretaciones restrictivas que propendan por la salvaguarda de la voluntad de las partes. Sin embargo, la jurisprudencia interamericana ha optado por un “énfasis claro y especial sobre el elemento del objeto y fin del tratado, con el fin de asegurar una protección efectiva (*effet utile*) de los derechos garantizados”<sup>600</sup>. En consecuencia, la “Corte ha afirmado que la interpretación del ‘sentido corriente de los términos’ de un tratado no puede ser una regla por sí misma sino que debe involucrarse dentro del contexto y, en especial, dentro de su objeto y fin”<sup>601</sup>. Es decir, el tribunal interamericano prefiere siempre una interpretación *pro personae*<sup>602</sup> que evite interpretaciones restrictivas, aun cuando éstas pretendan salvaguardar la soberanía de los Estados.

Así mismo, tomando en consideración el carácter dinámico del derecho internacional de los derechos humanos, la CorteIDH ha reivindicado la necesidad de adaptar la interpretación de dicho régimen jurídico a las nuevas necesidades de tutela del ser humano<sup>603</sup> y, con ello, ampliar su espectro de protección, aun cuando ello signifique reinterpretar la voluntad de los Estados.

---

<sup>600</sup> Corte IDH. Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C No. 123. Voto Razonado Juez Cañado Trindade párr. 4 y ss.

<sup>601</sup> Corte IDH. Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A No. 20. Párr. 26.

<sup>602</sup> Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160 párr. 30

<sup>603</sup> Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10. párr. 37-38; párr. 114-115; Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17. Párr. 24 y ss; Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63. párr. 193-194; Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69. párr. 99 y 102-103; Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 148-149.

Como consecuencia de lo anterior, la CorteIDH ha podido matizar algunas de las figuras propias de uno de los componentes del ordenamiento más marcados por el voluntarismo estatal: el derecho de los tratados. Así por ejemplo, el juez interamericano ha impuesto limitaciones al poder de hacer reservas y a la capacidad de terminar o suspender las obligaciones convencionales.

Según la jurisprudencia interamericana, las reglas previstas en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados en materia de reservas son insuficientes a la hora de regular el asunto cuando de tratados de derechos humanos se trata, por lo tanto, estas reglas deben ser moduladas en el marco del Sistema Interamericano.

Ya en sus tempranas *Opiniones Consultivas No. 2 (1982) y No. 3 (1983)* la CorteIDH reconocía la dificultad de aplicar las reglas de la CVDT/69 al régimen de la Convención Americana. En el primer caso, la Corte se negó a aceptar la regla de reciprocidad prevista en dicho instrumento como condicionante de la entrada en vigor de una reserva señalando que el régimen de la CVDT/69 no puede ser aplicado a la Convención Americana por cuanto esto la desnaturalizaría. En particular, no puede aplicarse el régimen de aceptación previsto en dicho tratado, ya que el mismo fue pensado en tratados que preveían compromisos recíprocos entre los Estados y éste no es el caso de la Convención Americana<sup>604</sup>. En el segundo pronunciamiento, la CorteIDH dejó claro que las reservas deben interpretarse en el contexto del tratado al que se incorporan y atendiendo a su objeto y fin<sup>605</sup>.

---

<sup>604</sup> En este contexto sería manifiestamente irrazonable concluir que la referencia del artículo 75 a la Convención de Viena, obliga a la aplicación del régimen legal establecido por el artículo 20.4 de la última, según el cual la entrada en vigor de una ratificación con reserva, depende de su aceptación por otro Estado. Un tratado que da tal importancia a la protección del individuo, que abre el derecho de petición individual desde el momento de la ratificación, difícilmente puede decirse que tienda a retrasar la entrada en vigencia del tratado hasta que por lo menos otro Estado esté dispuesto a aceptar al Estado reservante como Parte. Dado el marco institucional y normativo de la Convención, tal atraso no cumpliría ningún propósito útil. Corte IDH. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2. párr. 34

<sup>605</sup> En este contexto sería manifiestamente irrazonable concluir que la referencia del artículo 75 a la Convención de Viena, obliga a la aplicación del régimen legal establecido por el artículo 20.4 de la última, según el cual la entrada en vigor de una ratificación con reserva, depende de su aceptación por otro Estado. Un tratado que da tal importancia a la protección del individuo, que abre el derecho de petición individual desde el momento de la ratificación, difícilmente puede decirse que tienda a retrasar la entrada en vigencia del tratado hasta que por lo menos otro Estado esté dispuesto a aceptar al Estado

Como consecuencia de esta postura, en las oportunidades en las que la Corte IDH ha debido estudiar este asunto, ha optado por la interpretación más favorable a la protección de los individuos pese a que ello contravenga la voluntad de los Estados contratantes. Por ello, la solución suele ser o bien declarar inválidas las reservas hechas a la Convención Americana como instrumento base del Sistema, o bien limitar los efectos de las mismas<sup>606</sup>.

En suma, según la jurisprudencia interamericana la interpretación de las reservas debe hacerse siempre con miras a preservar la integridad de los tratados de derechos humanos y de los mecanismos de protección previstos, todo ello atendiendo al objeto y fin de los tratados a los que éstas se integran.

Otra de las cuestiones de mayor relevancia en el derecho de los tratados es aquella de la terminación y/o suspensión de las obligaciones previstas en los instrumentos del Sistema. Al respecto la Corte IDH se ha pronunciado sobre dos asuntos

---

reservante como Parte. Dado el marco institucional y normativo de la Convención, tal atraso no cumpliría ningún propósito útil. Corte IDH. Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3. párr. 65.

<sup>606</sup> [U]na reserva que suspenda todo el derecho fundamental cuyo contenido es inderogable debe ser considerado como incompatible con el objeto y el propósito de la Convención y, consecuentemente, incompatible con la misma. La situación podría ser diferente si la reserva solamente restringe ciertos aspectos del derecho interno inderogable sin privar al derecho de su contenido básico<sup>606</sup>. Al realizar esta determinación el Tribunal debe examinar si aún cuando la reserva sólo restringe algunos aspectos de un derecho inderogable, ésta impide darle pleno sentido y efecto útil al tratado Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209. Párr 310. [...] Trinidad y Tobago no puede prevalerse de las limitaciones formuladas en su instrumento de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en virtud de lo establecido en el artículo 62 de la Convención Americana, por cuanto dicha limitación es incompatible con el objeto y fin de la Convención<sup>606</sup>.

La Corte Interamericana reitera que al momento de interpretar la Convención Americana de conformidad con las normas generales de interpretación de los tratados contenidas en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y considerando el objeto y fin de la Convención Americana, el Tribunal, en ejercicio de la autoridad que le confiere el artículo 62.3 de la Convención Americana, debe actuar de manera tal que se preserve la integridad del mecanismo previsto en el artículo 62.1 de la misma. Sería inadmisibles subordinar tales preceptos a restricciones que harían inoperante la función jurisdiccional de la Corte y, consecuentemente, el sistema de protección de derechos humanos establecido en la Convención Corte IDH. Caso Hilaire Vs. Trinidad y Tobago. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001 Serie C No. 80. párr. 82 y 84; Corte IDH. Caso Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 8. párr. 73 a 75; Corte IDH. Caso Constantine y otros Vs. Trinidad y Tobago. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 82. párr. 73 a 75.

particulares, por una parte la posibilidad de denunciar la Convención Americana y los efectos de dicha denuncia, por la otra la eventualidad de suspender las obligaciones previstas en ella.

Respecto de la posibilidad de denuncia, en el *Caso del Tribunal Constitucional c. Perú (1999)* pese a que el Estado adujo el retiro de su aceptación de la competencia contenciosa de la Corte y, por lo tanto, se negó a la tramitación de dicho proceso, el órgano judicial decidió conocer de la demanda en vista de que la Convención Americana prevé un régimen particular de denuncias, que en este caso no se habían acatado y según el cual éstas deben hacerse siguiendo unas formalidades precisas que tienen por objeto evitar sustraer a los individuos de la protección del Sistema atendiendo al mero capricho de los Estados<sup>607</sup>.

Por lo tanto, en opinión del órgano judicial la República del Perú no puede intentar desvincularse de la Convención Americana ni de la competencia de la Corte IDH a través de una mera declaración en la que niega los efectos de la aceptación de la cláusula facultativa prevista en dicho tratado.

En relación con los efectos de la denuncia, en el *Caso Caesar c. Trinidad y Tobago (2005)* la Corte señaló que pese a que Trinidad y Tobago había denunciado la Convención el 26 de mayo de 1998, el tribunal conservaba competencia para conocer de los hechos ocurridos durante el periodo en que dicho instrumento era vinculante para

---

<sup>607</sup> En palabras de la Corte: Una interpretación de la Convención Americana “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”, lleva a esta Corte a considerar que un Estado Parte en la Convención Americana sólo puede desvincularse de sus obligaciones convencionales observando las disposiciones del propio tratado. En las circunstancias del presente caso, la única vía de que dispone el Estado para desvincularse del sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte, según la Convención Americana, es la denuncia del tratado como un todo (cfr. *infra* 45 y 49); si esto ocurriera, dicha denuncia sólo produciría efectos conforme al artículo 78, el cual establece un preaviso de un año.

El artículo 29.a de la Convención Americana establece que ninguna disposición de la misma puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. Una interpretación de la Convención Americana en el sentido de permitir que un Estado Parte pueda retirar su reconocimiento de la competencia obligatoria del Tribunal, como pretende hacerse en el presente caso, implicaría la supresión del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Convención, iría en contra de su objeto y propósito como tratado de derechos humanos, y privaría a todos los beneficiarios de la Convención de la garantía adicional de protección de tales derechos por medio de la actuación de su órgano jurisdiccional Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55. párr. 39 y 40*

dicho Estado pues “una denuncia no tiene por efecto desligar al Estado Parte denunciante de las obligaciones contraídas en la Convención con respecto a los actos que puedan constituir una violación de la Convención y que fueron efectuados por el Estado antes de la fecha de entrada en vigor de la denuncia”<sup>608</sup>.

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de suspender las obligaciones previstas en la Convención Americana la Corte asume que ello es posible sólo atendiendo a las restricciones previstas en el artículo 27 de dicho instrumento, es decir, siempre que ello ocurra con ocasión de un estado de excepcionalidad declarado y correctamente notificado a la Organización de Estados Americanos y a condición de que la suspensión en la garantía de los derechos previstos en la Convención se haga bajo estrictas condiciones de no discriminación, legalidad, necesidad y proporcionalidad y tomando en consideración el límite impuesto respecto de aquellos derechos no susceptibles de ser suspendidos<sup>609</sup>.

Así pues, la continuidad en el cumplimiento de las obligaciones convencionales no está sujeta a condición de reciprocidad alguna sino a las normas propias del régimen interamericano que propenden por la estabilidad y aplicación uniforme el marco normativo previsto.

Como podemos apreciar, uno de los temas más relevantes del derecho internacional, cual es el derecho de los tratados, ha sido matizado por la Corte IDH atendiendo a la naturaleza particular de las normas propias del Sistema, pero, sobre todo, a los objetivos que éste persigue. Esto resulta ser una prueba de cómo el derecho internacional puede ser reformulado desde los espacios judiciales, por una parte, así como de la importancia que ha adquirido la necesidad de proteger a los individuos en el escenario internacional aún por encima de la voluntad de los Estados, por la otra.

---

<sup>608</sup> Corte IDH. Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C No. 123. párr. 6

<sup>609</sup> Corte IDH. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8; Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9; Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166

Otro de los asuntos característicos de la jurisprudencia regional es la ampliación material del contenido del *ius cogens*. Así, según la CorteIDH, en atención a la salvaguarda de valores esenciales de la comunidad internacional<sup>610</sup>, es imprescindible reconocer que existe una categoría normativa superior –y por lo tanto una incipiente jerarquía normativa- en el seno del derecho internacional la cual abarca varias normas básicas del régimen de los derechos humanos.

Así, la CorteIDH, siguiendo el camino trazado por el derecho internacional general, asume que la prohibición respecto de crímenes de lesa humanidad tales como la tortura, la desaparición forzada y las ejecuciones extrajudiciales es una norma de *ius cogens*, es decir, es una norma superior de derecho imperativo internacional<sup>611</sup>.

Así mismo, y producto de una construcción jurisprudencial propia, la CorteIDH asume que la salvaguarda del derecho a la igualdad y la consecuente prohibición de discriminación es también una norma de derecho imperativo<sup>612</sup>. En igual sentido, el órgano judicial ha señalado que el deber de investigar las violaciones a estas normas superiores asume, a su vez, un carácter de deber imperativo oponible a todos los Estados miembros, del cual se desprende un deber de cooperación especial y reforzada entre los propios Estados<sup>613</sup>.

Igualmente, y atendiendo a lo anterior, la CorteIDH ha decidido que según el imperativo deber de investigar y sancionar a los responsables de las violaciones a las normas de *ius cogens*, ciertas figuras del derecho interno, tales como las amnistías o los indultos, son nulas de pleno derecho ante los ojos del derecho interamericano y, por lo tanto, no pueden producir ningún tipo de efecto a nivel nacional<sup>614</sup>:

---

<sup>610</sup> Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC 18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18

<sup>611</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154 párr. 99; Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160 párr. 402.

<sup>612</sup> Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. párr. 101

<sup>613</sup> Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153. párr. 131 y 132

<sup>614</sup> Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. párr. 41; Corte IDH. Caso Del Caracazo Vs. Venezuela. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95 párr. 119; Corte IDH. Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Reparaciones

Para finalizar este acápite debemos señalar que los cambios en el seno del derecho internacional no son los únicos aportes del juez regional a la constitucionalización. Otra de las piezas claves de este proceso en general y, sobre todo, de la constitucionalización multinivel, es la relectura de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno gracias a la cual se puede construir la red judicial de la que hemos hablado.

La Corte IDH se ha preocupado por reformular el marcado respeto por la soberanía en el desarrollo de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno sin que ello signifique un quebranto de la misma. Prueba de ello, son las órdenes que ha dado el juez interamericano sirviéndose de los artículos 2, 63 y 68 de la CADH, tal como evidenciamos en el primer capítulo de este trabajo. Al mismo tiempo, el órgano judicial regional ha reconocido en el derecho nacional y en el trabajo de sus homólogos nacionales una fuente útil al proceso de protección, con base en la cual se puede ampliar o reformular el alcance de la tutela ofrecida. Estas dos situaciones han servido como cimiento fundamental para la construcción de la red judicial que sirve como foco de nuestra atención y de cuyo aporte a la constitucionalización nos ocuparemos a renglón seguido.

En conclusión, el trabajo del juez regional resulta ser fundamental para la constitucionalización toda vez que su hermenéutica progresista permite impulsar los cambios necesarios para dicho proceso. Por una parte, el trabajo interamericano nos permite reconocer que existe una comunidad internacional y con ella, la necesidad de salvaguardar un bien común cuya piedra angular son los derechos humanos; segundo, la existencia de esta comunidad y, sobre todo, la necesidad de proteger dichos derechos,

---

y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92. párr. 106; Corte IDH Caso Barrios Altos. Interpretación de la Sentencia de Fondo. (Art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párr. 15 Corte IDH. Caso Blanco Romero y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138 párr. 98; Corte IDH. Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136. párr. 140; Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134. párr. 304. Igual ocurre con el matíz que la Corte ha hecho de la aplicación del principio non bis in idem: Corte IDH. Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211. Párr. 233.

nos lleva a trasladar el centro de gravedad del ordenamiento internacional y, con ello, a reformular el papel de la voluntad de los Estados; tercero, y como consecuencia de lo anterior, los jueces se abrogan la capacidad de matizar dicha voluntad y, con ello, de reformular aspectos claves del ordenamiento, así como de reestructurar las relaciones de éste con los derechos internos. Todos estos son, como señalábamos en el acápite anterior, asuntos esenciales del discurso constitucional y de la constitucionalización.

Otra de las consecuencias de este rol que asumen los jueces regionales, así como de su nueva idea de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, es su capacidad para articularse con los jueces internos para la consecución del objetivo de protección. De éste asunto y de cómo ello hace parte del proceso de constitucionalización nos ocuparemos en las líneas que siguen.

## **B. Red judicial interamericana y la constitucionalización del derecho internacional.**

Uno de los más importantes aportes del juez interamericano a la constitucionalización del derecho internacional es el diálogo que mantiene con los jueces nacionales y que permite la creación de la red judicial de protección, así como el surgimiento del *ius commune* interamericano. Desde nuestro punto de vista, dicha red es herramienta y resultado del proceso de constitucionalización pues ella pone en evidencia tanto la necesidad cuanto la posibilidad de que se ejerzan funciones constitucionales desde el escenario internacional al mismo tiempo que ayuda a perfeccionar la forma como ello debe hacerse. Asimismo, creemos que justamente la articulación de este escenario constitucional y su proyección más allá del ámbito regional nos permiten hablar de constitucionalización multinivel en sentido tanto territorial como funcional.

En las líneas que siguen nos ocuparemos de desarrollar estas ideas. En primer lugar, veremos cómo la red judicial descrita en el primer capítulo de este trabajo es prueba del proceso de constitucionalización del derecho internacional (a.). En segunda instancia, nos ocuparemos de su aporte a la idea de una constitucionalización multinivel (b.).

### **a. La red judicial interamericana como prueba de la constitucionalización**

Decíamos líneas arriba que el constitucionalismo pretende lograr la fundamentación y limitación del poder, así como la protección de los intereses de la comunidad, a través de un derecho internacional que reconozca la existencia de ciertos valores y principios comunes –entre ellos los derechos humanos- en los que encuentra su cimiento y norte a seguir. Si atendemos a esta idea, así como a las definiciones que dimos arriba, podríamos decir que el proceso de interacción que da lugar a la red judicial interamericana, así como sus resultados, pueden ser entendidos como prueba del proceso de constitucionalización desde una doble perspectiva.

Por una parte, desde el punto de vista sustancial, este proceso ayuda a reivindicar la existencia de ciertos valores de la comunidad internacional, por la otra, desde la perspectiva formal, su aporte radica en la articulación de normas, procedimientos y estructuras para lograr la protección de dichos valores esenciales y, con ello, el desarrollo ‘*the rule of law*’ tanto a nivel nacional como internacional. Veamos esto con un poco de detenimiento.

El diálogo y, con él, la posibilidad misma de articulación en torno a la red, parte del reconocimiento de que existen unos valores comunes a los ordenamientos de la

región –lo derechos humanos<sup>615</sup>-, así como de la idea de que hay un objetivo mancomunado de salvaguarda<sup>616</sup>.

---

<sup>615</sup> El compromiso regional con la dignidad humana puede apreciarse gracias a una lectura transversal de los preámbulos de la Convención Americana como de las diversas constituciones nacionales. Preámbulo Convención Americana sobre Derechos Humanos “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...” La Constitución brasilera: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controversias...” La Constitución de Colombia: “El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana...” la Constitución del Salvador: “Nosotros, representantes del pueblo salvadoreño reunidos en Asamblea Constituyente, puesta nuestra confianza en Dios, nuestra voluntad en los altos destinos de la Patria y en ejercicio de la potestad soberana que el pueblo de El Salvador nos ha conferido, animados del ferviente deseo de establecer los fundamentos de la convivencia nacional con base en el respeto a la dignidad de la persona humana, en la construcción de una sociedad más justa, esencia de la democracia y al espíritu de libertad y justicia, valores de nuestra herencia humanista...” La Constitución de Guatemala: “Nosotros, los representantes del pueblo de Guatemala, electos libre y democráticamente, reunidos en Asamblea Nacional Constituyente, con el fin de organizar jurídica y políticamente al Estado; afirmando la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social; reconociendo a la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad y, al Estado, como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz; inspirados en los ideales de nuestros antepasados y recogiendo nuestras tradiciones y herencia cultural; decididos a impulsar la plena vigencia de los Derechos Humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernados y gobernantes procedan con absoluto apego al Derecho”. Constitución de Nicaragua “Por la institucionalización de las conquistas de la Revolución y la construcción de una nueva sociedad que elimine toda clase de explotación y logre la igualdad económica, política y social de los nicaragüenses y el respeto absoluto de los derechos humanos Nosotros, Diputados electos por la voluntad soberana del pueblo hondureño, reunidos en Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios y el ejemplo de nuestros próceres, con nuestra fe puesta en la restauración de la unión centroamericana e interpretando fielmente las aspiraciones del pueblo que nos confirió su mandato, decretamos y sancionamos la presente Constitución para que fortalezca y perpetúe un estado de derecho que asegure una sociedad política, económica y socialmente justa que afirme la nacionalidad y propicie las condiciones para la plena realización del hombre, como persona humana, dentro de la justicia, la libertad, la seguridad, la estabilidad, el pluralismo, la paz, la democracia representativa y el bien común.” Constitución de Panamá “Con el fin supremo de fortalecer la Nación, garantizar la libertad, asegurar la democracia y la estabilidad institucional, exaltar la dignidad humana, promover la justicia social, el bienestar general y la integración regional, e invocando la protección de Dios, decretamos la Constitución Política de la República de Panamá,” Constitución de Paraguay “El pueblo paraguayo, por medio de sus legítimos representantes reunidos en Convención Nacional Constituyente, invocando a Dios, reconociendo la dignidad humana con el fin de asegurar la libertad, la igualdad y la justicia, reafirmando los principios de la democracia republicana, representativa, participativa y pluralista, ratificando la soberanía e independencia nacionales, e integrado a la comunidad internacional regidos por los valores supremos y los principios fundamentales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad, el imperio de la ley, la justicia, la solidaridad, la convivencia fraterna, el bienestar social, el equilibrio ecológico, el progreso y la paz, factores esenciales para la cohesión social...” La Constitución de Venezuela “En nombre y representación del pueblo soberano de Venezuela, en ejercicio del poder constituyente originario otorgado por éste mediante referendo aprobado democráticamente el veinticinco de abril de mil novecientos

Además, también los resultados del diálogo, en especial la conformación del *ius commune* interamericano ayudan a reivindicar esos valores como fundamento y norte del derecho interamericano y de los ordenamientos nacionales. Decíamos arriba que el *ius commune* se erige como mínimo de protección obligatorio y, por lo tanto, como derrotero de la actividad judicial y, en general, de todo ejercicio del poder público, así como parámetro de validez de las normas nacionales e internacionales. En este sentido, si seguimos los criterios de Guastini señalados arriba (*Supra* Capítulo II.1.A.b) podemos ver como el *ius commune* es la herramienta perfecta para la constitucionalización:

- el contenido del *ius commune* obliga a todos los poderes públicos, tanto a nivel nacional como internacional (*infra* en este mismo apartado), y en particular supone límites a la capacidad normativa de los Estados (nacional e internacionalmente hablando)
- gracias a la articulación de la red, el *ius commune* cuenta con una garantía jurisdiccional en virtud de la cual se deben descartar todas aquellas normas que le contravengan;
- el *ius commune* sirve como estándar para adelantar la interpretación conforme de todas las normas que interactúan en el escenario regional;
- el *ius commune* ejerce una fuerte influencia sobre la vida jurídica y política de la región.

Además de esta contribución al componente sustancial del proceso constitucional, en términos formales podemos decir que la interacción de la que venimos hablando da cuenta de la existencia de unas normas, unos procedimientos y de una estructura dedicada a la consecución de objetivos constitucionales.

En efecto, como decíamos arriba (*supra* Cap. II.1.A.b)) una de las manifestaciones del proceso constitucional es la configuración de un andamiaje útil al

---

noventa y nueve, para transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa...”

<sup>616</sup> En este sentido, si tal como lo afirma de Wet el surgimiento de un sistema de valores es prueba de la constitucionalización, el trabajo adelantado en el seno de la red y sus resultados confirman la realidad de dicho proceso constitucional. *Op. Cit.* De Wet, Erika. The emerging international constitutional order.

ejercicio de funciones constitucionales, esto es, al desarrollo de labores que permitan alcanzar los objetivos del discurso constitucional, cuales son el reconocimiento y la protección de ciertos valores, así como organización y limitación del poder. Tal como acabamos de explicar, el trabajo adelantado en el seno de la red judicial de protección da cuenta de la existencia de una comunidad regional legal y, con ello, reivindica a los derechos humanos como fundamento y derrotero tanto del derecho nacional cuanto del derecho internacional. Ahora bien, además de esta importante tarea de reconocimiento, no podemos olvidar que lo realmente importante es que la red existe justamente para perfeccionar la efectividad de las normas y los mecanismos de tutela de los derechos humanos y es justamente en este contexto, en el que debemos reconocer que tanto las normas como los agentes que interactúan para la construcción de la red, bien sean estos de carácter nacional o internacional, cumplen la importante función constitucional de protección.

En segunda instancia, tal como señalábamos al finalizar el primer capítulo de este trabajo, el diálogo interjudicial potencia la efectividad de la protección ofrecida tanto por el escenario internacional cuanto por el nacional. En este orden de ideas, la interacción resulta útil no sólo para reivindicar la existencia de unos valores comunes sino, sobre todo, para protegerlos. Así pues, podríamos decir que, en el marco de la red judicial, resulta evidente que tanto las normas cuanto los jueces internacionales cumplen la importante función constitucional de salvaguarda de ciertos principios y valores constitucionales.

Por otra parte, la red es un andamiaje articulado que permite la suma de normas y procedimientos que -a la par que logran la protección de dichos valores constitucionales- ayudan a organizar y controlar el ejercicio del poder. En este sentido, la red resulta ser prueba de que, tal como señala Nollkaemper, “*International and national legal orders complement each other in the protection of the rule of law*”<sup>617</sup>.

---

<sup>617</sup> *Op. Cit.* Nollkaemper, André. National Courts and the international rule of law. p. 13. Al respecto debemos decir que, nuestra red resulta ser prueba fehaciente de la teoría de este autor respecto del importante papel que juegan los jueces nacionales a la hora de asegurar ‘the international and national rule of law’. Tal como lo podemos apreciar en el primer capítulo de este trabajo, las condiciones bajo las que el juez nacional puede resolver cuestiones que involucren normas internacionales, la forma como ello ocurre y algunas de sus consecuencias coinciden exactamente con las ideas del profesor holandés. Así por ejemplo, la red es prueba de que la responsabilidad primaria respecto de la protección de los derechos humanos (y con ello, de la eficacia del DIDH) está en cabeza del juez nacional y que tanto el propio

Al respecto, hay que distinguir los alcances de la red a dos niveles diferentes. Por una parte, los efectos sobre la organización y control del ejercicio del poder *ad intra* del Estado y, por la otra, las consecuencias sobre dicha organización y control *ad extra* del mismo.

Resulta fácil comprender que la articulación de los sistemas –nacionales y regional- de protección de lugar a una mejor organización y un mejor control del ejercicio del poder estatal toda vez que su objetivo último es, precisamente, ajustar la infraestructura y el comportamiento del Estado para asegurar la tutela del individuo. En este sentido, mayor y mejor protección suelen significar un mejor control del poder y viceversa. Se trata pues de una estrategia “acción-reacción”, en el entendido de que gracias a la red se potencia tanto la protección como la efectividad de “*the rule of law*” y con ello de los derechos humanos, a nivel nacional.

No obstante, los efectos de la protección ofrecida por la red no se limitan al escenario nacional. Su capacidad para moldear el ejercicio del poder se extiende al escenario internacional desde dos perspectivas diferentes. Por una parte, al moldear el poder del Estado (y sus agentes) en su comportamiento como sujeto –principal- del derecho internacional y, por la otra, al ayudar a irradiar el control sobre el comportamiento de otros sujetos internacionales.

Así, en primer lugar, gracias a los alcances de la red, los derechos humanos determinan la conducta del Estado no solo *ad intra* de su territorio sino también en el escenario internacional y en su rol como principal sujeto del derecho internacional.

---

derecho internacional cuanto el derecho nacional así lo determinan. Ello abre las puertas a que el juez nacional juegue un importante papel en la garantía de ‘*the international rule of law*’, al mismo tiempo que ayuda a asegurar ‘*the national rule of law*’. Igualmente, la red da cuenta de la forma como los jueces nacionales usan el derecho internacional y de las herramientas de las que se sirven para tal efecto, así la red muestra que, tal como lo señala Nollkaemper, la interpretación conforme, el efecto útil, los principios de reparación entre otros, juegan un importante papel en este escenario. Además, la red judicial permite evidenciar cuando y por qué el juez internacional toma en consideración las decisiones de los jueces nacionales, el peso que les da y los alcances que les concede por lo que ayuda a ver los efectos que el trabajo judicial nacional tiene sobre el derecho internacional. En este mismo sentido, la red permite comprender el papel del juez nacional a la hora de desarrollar una perspectiva integral de la aplicación del principio de supremacía del derecho internacional al momento de buscar al eficacia de ‘*the rule of law*’.

Piénsese por ejemplo en las obligaciones que los Estados decidan adquirir respecto de asuntos tan variados como el libre comercio o la seguridad. En ese evento, todas las normas que se creen, y sus procesos de implementación, podrán ser objeto de control por parte de los jueces de protección a la luz del estándar mínimo de tutela resultado de la armonización de los regímenes constitucionales y los instrumentos interamericanos.

Por ejemplo, cuando la Corte Constitucional colombiana estudió la constitucionalidad del tratado de libre comercio suscrito entre Colombia y la Unión Europea, afirmó expresamente que aun cuando la Convención Americana sobre Derechos Humanos no puede por sí misma fungir como parámetro único de constitucionalidad, sus normas sí se integran al bloque de constitucionalidad que sirve como referencia a la actuación del juez constitucional<sup>618</sup>. Con base en este argumento el juez constitucional ha usado las normas y la jurisprudencia interamericana para controlar las normas internacionales que se integran al ordenamiento jurídico<sup>619</sup>.

En segundo lugar, este mismo control se puede aplicar a otros actores internacionales. Así por ejemplo, si en el seno de una organización internacional se llegase a expedir una norma que luego ha de ser aplicada a nivel nacional y cuyo contenido contraviniese este mínimo común de protección, tanto el juez nacional cuanto el juez regional podrían justificar el ejercicio de un control de legalidad e incluso llegar a justificar su incumplimiento en la necesidad de salvaguardar la protección de los intereses compartidos cuya manifestación principal es, precisamente, el *ius commune*<sup>620</sup>. Así, tal como ocurrió en Europa, por ejemplo, con ocasión del caso Kadi y en relación con el control de los actos del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, el *ius*

---

<sup>618</sup> En sus palabras: “Como se indicó, el fundamento normativo de las disposiciones internacionales que se integran al bloque se deriva de cláusulas constitucionales expresas en las que se efectúan remisiones directas a dichas normas y principios, incorporándolos al ordenamiento interno con rango constitucional para efectos de precisar y complementar el sentido de las mismas”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-941 de 2010.

<sup>619</sup> Ver por ejemplo, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-288 de 2009.

<sup>620</sup> En este sentido, tal como lo señala Nollkaemper, el principio de supremacía y la presunción de validez del derecho internacional pueden llegar a desvirtuarse en el escenario judicial siempre que el control que se ejerza pretenda lograr la salvaguarda de ciertos principios fundamentales. *Op. Cit.* Nollkaemper, André. National Courts and the international rule of law. p. 280 y ss

*commune* interamericano también puede servir de estándar mínimo de salvaguarda y los jueces de protección habrán de erigirse como guardianes del mismo.

En suma, podríamos decir que la red es prueba de que ciertas normas y agentes internacionales cumplen funciones constitucionales (de fundamentación, organización, limitación y articulación del poder, así como de protección). Ahora bien, desde nuestro punto de vista la red no sólo da cuenta del proceso constitucional en términos generales ella es expresión de una particular forma de constitucionalización: la constitucionalización multinivel. Veamos esto con más detalle.

### **b. Red judicial interamericana y constitucionalización multinivel**

Decíamos que el constitucionalismo multinivel es aquel que permite la coexistencia y articulación de varios ordenamientos legales, ubicados en diversos niveles tanto territoriales como funcionales, pero entre los cuales existen principios de coordinación. Este modelo hace posible el ejercicio de funciones constitucionales sin que exista un ordenamiento constitucional único ni una fuente de poder constitucional exclusiva. Esta idea multinivel presupone el reconocimiento del pluralismo constitucional y conduce al concepto de red constitucional. A la luz de estas ideas, podemos decir que la red de protección descrita en este trabajo es una manifestación expresa de este modelo de constitucionalización.

Como hemos podido comprobar, en el marco de la red de protección el nivel nacional y el nivel regional se complementan mutuamente, a través de la interacción de sus normas y sus actores (en este caso los jueces de protección), para la consecución de objetivos constitucionales<sup>621</sup>. Así, nuestra red de protección resulta ser la manifestación de una pluralidad de sistemas legales -que no obstante, tienen objetivos comunes- gracias a la cual se puede coordinar la tarea de protección a la par que se crea un estándar

---

<sup>621</sup> En este sentido, tal como afirma Biaggini el derecho nacional ayuda a que el derecho internacional cumplan funciones constitucionales a la par que éste ayuda a aquel a cumplir con sus cometidos constitucionales. Ver Biaggini, Giovanni. *La idea de Constitución: ¿nueva orientación en la Época de la Globalización?* p. 53, 66 y ss

mínimo común de salvaguarda que, además, sirve para orientar el ejercicio de la autoridad pública nacional e internacional<sup>622</sup>.

En otras palabras, nuestra red de protección coincide con la idea de constitución en red propuesta por Peters, Walker, Bustos *et.al* en la que pese a la inexistencia de un ordenamiento constitucional único, el ejercicio de funciones constitucionales es posible gracias a la armonización y el complemento mutuo de los elementos constitucionales ubicados en diferentes niveles. Así, los ordenamientos nacionales y el derecho internacional se complementan para permitir la coordinación del trabajo de los jueces (constitucionales) de protección con el objetivo de permitir la tutela de los valores comunes y la salvaguarda ‘*the rule of law*’.

En este contexto, las normas que conforman el *ius commune* interamericano pueden ser catalogadas como normas de naturaleza constitucional –según la definición que dimos arriba- toda vez que: a) tal como acabamos de ver cumplen las funciones asignadas a este tipo de normas y b) su garantía jurisdiccional está asegurada justamente gracias a la articulación de la red y en los términos heterárquicos propios de un escenario de pluralismo constitucional.

Ahora bien, la red judicial interamericana no solo es prueba de la constitucionalización multinivel, ella es en sí misma motor de la extensión de dicho proceso. Además de las funciones ya asignadas al *ius commune* interamericano en el seno del proceso constitucional regional, este mínimo común también sirve como hilo conductor –pegante en palabras de Wet o cemento en términos de Espósito y Carrillo- de la constitucionalización multinivel desde tres frentes diferentes. Por una parte, el *ius commune* interamericano puede servir como derrotero para la integración de los derechos humanos y, con ello, del objetivo de protección, en los demás regímenes funcionales del derecho regional/internacional, en otras palabras, el *ius commune*

---

<sup>622</sup> En este sentido, la red interamericana de protección resulta ser prueba fehaciente de la idea de Erika de Wet según la cual “Through the inter-action of the different regimes, glued together by the international value system, the fundamental legal framework of the international legal order containing (inter alia) the outer limits for the exercise of public power emerges (...)” De Wet, Erika. *The emerging international constitutional order: the implications of hierarchy in international law for the coherence and legitimacy of international decision-making*. p 5.

cumple la función de irradiación que suele tener todo derecho constitucional<sup>623</sup>. Por la otra, este *ius commune* interamericano, al sumarse a los de otras latitudes en la conformación de un *ius commune* general, podrá fungir como hilo conductor de todo el proceso constitucional gracias al cual se pueden articular los diversos bloques que conforman el escenario internacional<sup>624</sup>. En este sentido, el trabajo regional es solo el primer paso de un proceso de articulación (que no de subsunción) mucho mayor. Para finalizar, creemos que el trabajo adelantado desde este escenario multinivel puede servir como derrotero para la articulación de otras redes constitucionales en diversos escenarios territoriales, funcionales o temáticos.

Así por ejemplo, el trabajo interamericano puede ofrecer información útil para perfeccionar ciertos aspectos del trabajo multinivel adelantado en Europa o para orientar la construcción de una red similar en África<sup>625</sup>. El ejemplo interamericano también puede servir como modelo para el trabajo de redes ya no judiciales sino legislativas, ejecutivas o de cualquier otra naturaleza. Así mismo, su modelo puede inspirar la articulación de redes constitucionales en otras áreas del derecho internacional.

En suma, podemos decir que nuestra red de protección encaja perfectamente en la idea de constitucionalismo multinivel defendida en este trabajo toda vez que gracias a ella se logra el reconocimiento de unos valores comunes cuya protección se consigue a través de la coordinación de un andamiaje de diversos niveles, gracias al cual, además, se logra organizar el ejercicio de la autoridad pública. Por otra parte, además de ser prueba de este proceso, la red interamericana y sus resultados son motor fundamental para la extensión del mismo ya que el mínimo de protección establecido en su seno puede fungir como referente para otros regímenes del hemisferio y, a la vez, como parte

---

<sup>623</sup> En este sentido, si se avanza en el proceso de integración regional el *ius commune* interamericano podría servir como la carta básica de derechos humanos. Sirviéndonos de la idea de Pernice. Pernice, Ingolf; Ralf Kanitz. “Fundamental rights and multilevel constitutionalism in Europe”, *Walter Hallstein-Institut*, Humboldt-Universität zu Berlin, N° 7, 2004.

<sup>624</sup> *Op. Cit.* A.A.V.V. El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos. P 78

<sup>625</sup> Por ejemplo, los avances en materia de reparación integral, el desarrollo de la obligación de adaptación o la figura del control de convencionalidad -y cómo todos ellos ayudan al desarrollo del diálogo y al perfeccionamiento del Sistema- podrían inspirar cambios interesantes en los otros sistemas de protección regional

importante de un *ius commune* general que haga las veces de constitución material del derecho internacional.

### **C. Vientos en contra, pie de lucha**

Sabemos que no son pocos los obstáculos a los que se enfrenta el discurso constitucional y, con él, la constitucionalización del derecho internacional. Además de tener que afrontar varios fenómenos que pueden dificultar su concreción, este proceso es objeto de críticas puntuales respecto de su razón de ser, sus estrategias y sus alcances. Pese a ello, el constitucionalismo sigue siendo un prisma – *a mindset*<sup>626</sup> – útil a la hora de comprender la actual complejidad del derecho internacional y la constitucionalización resulta ser un proceso viable más allá de las dificultades.

Toda vez que no pretendemos hacer una apología constitucional sin sentido, nuestra tarea en las líneas que siguen es evidenciar las críticas a las que se enfrenta la constitucionalización, descartar aquellas que carecen de fundamento suficiente y presentar soluciones respecto de las que pueden ser superadas o pensar en estrategias que permitan matizar los efectos nocivos de las que no tengan solución visible (a.). Además, para finalizar, expondremos algunas de las razones por las cuales el proyecto constitucional ha de considerarse e impulsarse pese a las adversidades (b.)

#### **a. Las críticas al proceso constitucional: ¿obstáculos insalvables?**

Los obstáculos al proceso constitucional que defendemos en este trabajo pueden organizarse en tres grupos diferentes<sup>627</sup>. Por una parte, están aquellos fenómenos propios

---

<sup>626</sup> Koskenniemi, Martti. “Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization”. *Theoretical Inquiries in Law*. 8-1 (2006)

<sup>627</sup> Una lectura interesante sobre las críticas al constitucionalismo en *Op. Cit.* Klabbers, Jan; Peters, Anne; Ulfstein, Geir. *The Constitutionalization of international law*. p. 342-353. En igual sentido, *Op. Cit.* Martín Rodríguez, Pablo. *Los paradigmas del derecho internacional; ensayo interparadigmático sobre la comprensión científica del Derecho Internacional*; Walker, por ejemplo señala críticas al constitucionalismo en términos generales: “Five mayor lines of explicit or implicit criticism of modern constitutionalism run as follows. A first criticism holds that constitutionalism, given its traditional statist framework and continuing statist legacy, is increasingly unable to explain or to act as a container and steering mechanism for the major contemporary circuits and flows of political, economic and social power which scape the state. A second criticism focuses on the danger of what we might term constitutional

del derecho internacional que parecieran ir en contravía de la constitucionalización; en segundo lugar están las críticas puntuales al proceso en sí mismo (esto es, a sus razones, métodos y alcances); en tercera instancia, están las críticas específicas al modelo multinivel propuesto en este trabajo.

Peters afirma que las tendencias anti-constitucionales son la fragmentación, el derecho hegemónico y la deformalización del derecho internacional; sin embargo, tal como señala esta autora ninguna de estas tendencias desvirtúa por completo el discurso constitucional<sup>628</sup>.

Tal como hemos señalado a lo largo de este trabajo, desde nuestro punto de vista la llamada ‘fragmentación’ del derecho internacional no es un obstáculo al proceso constitucional sino, por el contrario, una razón de ser del mismo<sup>629</sup>, especialmente una justificación del modelo multinivel que defendemos.

---

fetishism. This criticism holds that an undue concentration upon –even enchantment with– constitutionalism and constitutional structures overstates and frustrates, obstructs or at least diverts attention from other mechanism through which power and influence are effectively wielded and political community is formed and which should instead provide the central, or at least a more significant, focus of regulatory efforts and public imagination. A third criticism concerns the normative bias of modern constitutionalist, its tendency for favour certain interest and values over others and its failure to provide a level playing field within which all relevant interest and values may be authentically and fairly engaged. A fourth criticism concerns the role of constitutionalism as an ideological resource and the propensity of many to clothe their interests, ideas or aspirations in constitutional garb, not because of a commitment to certain normative standards which may be represented or suggested by constitutionalism but because of the symbolic authority which they hope to draw upon by so doing. Each of the different critiques considered thus far has different starting points and trajectories. Within each critical posture, moreover, there is considerable diversity, but there is also a great deal of convergence and overlap between these positions, not least in that they are all informed by or at least lent new urgency by the gradual escape of political power and authority from the state. A fifth and final criticism, in turn, is closely and complexly related to the other four considered collectively –indeed, in a sense is a cumulation of the other four critiques and the various responses to these critiques. It concerns the disputed or debased conceptual currency of constitutionalist, from this angle, has become a highly protean notion, its field of possible signification increasingly wide and diverse, so raising the prospect of its supplying too indeterminate a discourse to be of any compelling or even persuasive normative value in principle or to provide a viable point of reference for the mobilisation of broad consensus of public and political opinion in practice”. *Op. Cit.* Walker, Neil. The idea of constitutional pluralism. p 319.

<sup>628</sup> *Op. Cit.* Peters, Anne. Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures, p. 602 y ss.

<sup>629</sup> *Op. Cit.* Klabbers, Jan; Peters, Anne; Ulfstein, Geir. The Constitutionalization of international law. the constitutionalization of international law. p 1-43. Para ver la relación entre fragmentación y constitucionalismo ver también el proyecto COST “international law between constitutionalism and fragmentation” en [www.il-cf.eu](http://www.il-cf.eu)

En efecto, la multiplicidad de regímenes especializados en el seno del derecho internacional, y las consecuencias nocivas que ello puede traer, pone de presente la necesidad de idear una estrategia que construya puentes –sustanciales y procesales- entre los diferentes bloques del derecho internacional y esto es justamente lo que pretende –y logra- el proceso constitucional<sup>630</sup>. Así, de la misma manera que en el escenario nacional existen ramas especializadas del ordenamiento (derecho penal, civil, ambiental, económico) bajo el halo coordinador del derecho constitucional, en el escenario internacional los diversos componentes del ordenamiento han de articularse como consecuencia del proceso constitucional que se ha puesto en marcha<sup>631</sup>.

Ahora bien, es imprescindible señalar que esta tendencia armonizadora no desconoce las amplias diferencias entre regímenes, por el contrario es justamente su reconocimiento el que hace que la constitucionalización sea un proceso escalonado y disímil de naturaleza multinivel. En otras palabras, la llamada ‘fragmentación’ del derecho internacional no niega la constitucionalización, simplemente le imprime unas características particulares.

Algo similar ocurre con la deformalización (“softening”) del derecho internacional: la constitucionalización está allí para equilibrar sus consecuencias nocivas a través de la reformulación de los rasgos básicos del derecho internacional. Dicha reformulación permite establecer límites, controles y derroteros a las nuevas formas o a la falta de ellas y a los nuevos actores del proceso de creación normativa. Es en este sentido en el que se afirma que antes que un obstáculo, la deformalización es otra de las razones de ser del proceso constitucional un proceso en el que la articulación de los diversos niveles –territoriales y funcionales- hace más factible la ausencia de espacios de producción normativa faltos de control.

---

<sup>630</sup> En este sentido, tal como lo señala Ulfstein (*Op. Cit.* Klabbers, J; Peters, A; Ulfstein, G. p 357), la fragmentación se soluciona con complementariedad y, desde nuestro punto de vista esta se logra gracias al proceso constitucional que hemos descrito en este trabajo.

<sup>631</sup> *Op. Cit.* Klabbers, Jan; Peters, Anne; Ulfstein, Geir. The Constitutionalization of international law. p 11 En este contexto, si seguimos la metáfora de Schachter que Klabbers trae a colación, el diálogo entre los jueces resulta ser el vehículo que transita por la autopista del derecho internacional general y de los derechos humanos para conectar los diferentes “*isolated villages*” del derecho internacional.

Respecto del obstáculo que implica el llamado derecho hegemónico para el proceso constitucional basta hacer una pregunta: ¿cómo, si no es a través de límites constitucionales, se puede hacer contra peso al abuso del poder, provenga este de donde provenga? La tendencia hegemónica puede ser una piedra en el zapato del proceso constitucional pero es, a la vez, su mayor razón de ser. En efecto, a la potencia hegemónica le puede interesar absorber cultural y jurídicamente el escenario jurídico internacional o por el contrario puede interesarle desregularlo, deformalizarlo, desestabilizarlo. Ambas situaciones ponen en riesgo cualquier intención constitucional. Sin embargo, justamente la necesidad de combatir tales situaciones impulsa el discurso constitucional. ¿Qué si no el miedo al emperador o al rey motivó el constitucionalismo del siglo XVIII? Algo similar ocurre actualmente en el escenario internacional.

En todo caso, no podemos olvidar que ante la amenaza de la imposición de un ordenamiento sobre otro, de un modelo cultural sobre otro nace el modelo multinivel que defendemos en este trabajo. Justamente gracias al ejercicio de pesos y contrapesos entre los diversos niveles de este modelo constitucional es posible evitar los estragos de la imposición jurídica o cultural, así como las pretensiones desestabilizadoras de quien se asuma como hegemón. (*infra* en este mismo acápite)

Ahora bien, además de estos fenómenos que ponen en tela de juicio la viabilidad de la constitucionalización en términos generales, también existen críticas puntuales respecto de aspectos específicos del proceso tales como su razón de ser o sus alcances<sup>632</sup>.

Muchas de estas críticas parten de una comprensión errada de la constitucionalización. En la mayoría de los casos los cuestionamientos aparecen cuando se intenta asimilar la constitucionalización internacional al proceso constitucional estatal<sup>633</sup>. En algunos otros, dicha interpretación equivocada ocurre porque se pretende

---

<sup>632</sup> Una visión muy completa de las fallas del discurso constitucional en Schwöbel, Christine E.J. *Global constitutionalism in international legal perspective*. Martinus Nijhoff, 2011. p. 87-132.

<sup>633</sup> Walker los califica como esencialistas y a ellos suma los culturalistas y los epistémicos. *Op. Cit.* Walker, Neil. *Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate*. ‘p 11 y ss En sus palabras: “If one turns, now, to those who would oppose the movement of constitutionalism beyond the state and reject any prospect of multilevel constitutionalism *sensu lato*, again they range from the primitive to the more sophisticated. Most basically, and more commonly within everyday ‘object’ discourse than in academic ‘observer’ discourse, a position exists that holds that the category of constitution is necessarily restricted to the state. That position is the negative image of nominalism, and just as impervious to counter-

endilgar al proceso constitucional justificaciones y objetivos que, de hecho, éste no considera.

En el primero de los escenarios, por ejemplo, se encuentran todos aquellos que señalan la imposibilidad de trasladar al ordenamiento internacional un concepto inherentemente nacional como el de Constitución (y, con ello, el propio constitucionalismo) toda vez que este se encuentra estrechamente relacionado con el Estado y no con la sociedad o la comunidad internacional<sup>634</sup>. Al respecto, cabe decir dos cosas: en primer lugar, ni la idea de constitución ni mucho menos la de constitucionalismo dependen de la idea del Estado, pese a su estrecha relación, ambas pueden separarse del contexto estatal<sup>635</sup>. Tal como señala Peters: “It is not *per*

---

suggestion. Whereas nominalism holds to or more often simply assumes the solipsistic idea that all meaning is constructed without extralinguistic check or constraint, essentialism holds to or more often simply assumes with some extra-linguistic reality, and so it follows that it is simply meaningless to. Beyond essentialism there are at least two positions – or rather a continuum of possibilities framed by two positions – that treat the idea of the constitution as deeply embedded in the state. One position is culturalist in nature. It holds certain attributes, including the idea of a democratically self-constituting and self-constituted ‘people’ possessing comprehensive powers of self-determination and self-legislation. These attributes, so the claim goes, are ultimately contingent upon certain prior or emergent socio-cultural facts concerning identity, solidarity and allegiance, absent which any self-styled constitutional project is fated to be either a dead letter or a much more modest affair. Since only the modern state has known such a socio-cultural formation, and since even if the modern state is no longer so robust in these terms that it still constitutes a standing impediment to the development of similar cultural formations at non-state sites, no real prospect can exist of a full constitutionalism beyond the state. A second position runs even deeper than the culturalist argument, though without succumbing to the semantic sting of state-centred essentialism. This approach may be called epistemic in that it focuses on the very idea of the modern state and of the political imaginary associated with the idea of the modern state as embracing ‘a scheme of intelligibility ... a comprehensive way of seeing, understanding and acting in the world’ that is prior to and prerequisite to a full, modern articulation of the idea of constitution. The key insight here, and what distinguishes it from the culturalist position, is that the concept of the modern state, understood as a particular type of relationship between territory, ruling authority and people, consists not merely of the expression and fruit of a prior cultural achievement – an accomplishment of national solidarity that supplies the ‘battery of power’ necessary to run the constitutional machine effectively. More than that, it is a political way of knowing and way of being in the absence of whose emergence the very idea of a constitutional polity is simply unimaginable. Both cases – culturalist and epistemic – strongly convey the message that the modern idea and practice of constitutionalism could not have developed except in the context and through the container of the state, and while this does not, as matter of logical necessity, rule out the possibility of a similar constitutionalism emerging in multiple contexts and through a container other than the state, it certainly stacks the odds against such a development and places a heavy burden on the defenders of post-state constitutionalism to explain just how this is possible.

<sup>634</sup> Bryde señala por ejemplo que “Some critics attempt to reserve the concept of constitution on the nation-state. Regularly, their understanding of a (national) constitution is very value loaded and bases on an idealized picture of a constitution”. *Op. Cit.* Bryde, Brunn-Otto. *International Democratic Constitutionalism*. pág. 104. Entre los críticos se cuentan, entre otros: Nicholas Tsagourias, “Introduction – Constitutionalism: A Theoretical Roadmap”. *Transnational Constitutionalism. International and European Perspectives (2007)*, Tsagourias, Nicholas (ed.)

<sup>635</sup> Como señala Habermas: “el Estado no es condición necesaria para los órdenes constitucionales”. *Op. Cit.* Habermas, Jürgen. *El occidente escindido*. p. 134.

*definitionem* impossible to conceptualize constitutional law beyond the nation or state”<sup>636</sup>.

En cuanto a esto último, Biaggini afirma,

El concepto de «Constitución» no está vinculado al Estado, y ello ni considerado históricamente ni desde un punto de vista de Teoría del Derecho (constitucional). El concepto de Constitución se puede separar por completo del Estado y transferirse al contexto de los ordenamientos básicos de Derecho internacional. Presupuesto para ello es estar dispuestos a hacer ciertos recortes en la concepción muy establecida, ilustrada (y referida al Estado) de la Constitución...

En segundo lugar, el constitucionalismo no pretende simplemente trasladar si más, sin matices, sin adaptaciones, el discurso constitucional estatal, aunque se sirva de él como derrotero. En este sentido, el proceso constitucional internacional no puede –ni quiere– ser asimilado al proceso surtido en el escenario nacional. Pese a los puntos en común y a la confluencia de estrategias y presupuestos, el constitucionalismo internacional reconoce su marco de acción, sus matices y sus límites.

En el seno de este primer grupo de confundidos también están aquellos que señalan que uno de los principales motivos por los que no se puede trasladar el discurso constitucional al ordenamiento internacional es que dicho discurso se afinca sobre la idea de unidad nacional, de valores comunes, de homogeneidad ideológica cuestiones que, según los críticos, están ausentes en el ordenamiento internacional<sup>637</sup>. Al respecto también podemos decir dos cosas. Primero, no es cierto que hoy en día el discurso constitucional se asiente sobre la idea de unidad nacional; prueba de ello es que muchas de las constituciones nacionales actuales reconocen como pilar del sistema jurídico el

---

<sup>636</sup> *Op. Cit.* Peters, Anne. Global constitutionalism revisited, pág. 43; *Op. Cit.* Klabbers, Jan; Peters, Anne; Ulfstein, Geir. The Constitutionalization of international law. p. 344.

<sup>637</sup> Ver las conclusiones de *Op. Cit.* Klabbers, Jan; Peters, Anne; Ulfstein, Geir. The Constitutionalization of international law. p 342-353. Una vision interesante que pretende la superación de esta crítica en: Yasuaki, Onuma. “A Transcivilizational Perspective on Global Legal Order in the Twenty-first Century: A way to overcome West-centric and judiciary-centric deficits in the international legal thoughts”. *Towards world constitutionalism Issues in the legal ordering of the world community*. Macdonald, Ronald St. J. ed. La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 151-189; Mirzaee-Yengejeh, Saeid. “International Law as a Cultural Perspective: Towards a Convergence of Civilizations: Contributions of Developing Countries to the Formation and Application of International Law”. *Towards world constitutionalism Issues in the legal ordering of the world community*. Macdonald, Ronald St. J. ed. La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 191-221

respeto por el pluralismo y la multietnicidad<sup>638</sup>. En este sentido, el constitucionalismo internacional también ha de partir de este supuesto. No obstante, (Segundo) si bien es cierto la comunidad internacional, como las nacionales, es una comunidad profundamente heterogénea ello no implica necesariamente la ausencia de universalidad<sup>639</sup>. Por el contrario, justamente debido a esa heterogeneidad la idea de valores comunes concertados y, con ella, la idea constitucional se hace necesaria so pena de someter al derecho internacional al caos y la manipulación constante<sup>640</sup>.

En este contexto, como ya hemos señalado, los derechos humanos resultan ser de gran ayuda al erigirse como prueba de la existencia de un marco mínimo común de valores. En palabras de B. Fassbender<sup>641</sup>

The second objection relates to the fact that the present concept of constitution is grounded in Western legal and political thought. At least, discussion has for centuries focused so much on Western texts, from Aristotle to Kelsen that almost no attention has been paid to the possible existence of constitutional thought in the other culture. However, the universal recognition of fundamental human rights, including the dignity of the individual human being (which is a cornerstone of constitutionalism) as well as an increasingly widespread declaration of belief in democracy, points to a stock of common constitutional values that is more substantial than usually is believed. Particular contributions non-western cultures have made to postwar international law also fit well in the program associated with constitutionalism. These include the promotion of social, economic and cultural rights the fight against colonialism and racism, and the concept of common heritage of mankind.

Ahora bien, esta idea respecto de la existencia de valores comunes también es objeto de críticas en la medida en que según algunos autores, de ella se desprende una visión hegemónica eurocéntrica u occidental (o del ‘norte’) que anula las demás visiones del derecho, en general, y del ordenamiento internacional, en particular. En el mismo sentido de esta última crítica, se erige otra que señala al discurso constitucional como

---

<sup>638</sup> Un diciente ejemplo de esta tendencia son las recientes constituciones de Bolivia y Ecuador.

<sup>639</sup> Simma, Bruno. “Universality of International Law from the Perspective of a practitioner”. *The European Journal of International Law* Vol. 20 no. 2, 2009; p. 265 – 297

<sup>640</sup> Tal como lo señala Ferrajoli: “las constituciones, en efecto, son pactos de convivencia tanto más necesarios y justificados cuanto más heterogéneas y conflictivas son las subjetividades políticas, culturales y sociales que debe garantizar. Ferrajoli, Luigi. *Razones jurídicas del pacifismo*. Trotta. Madrid, 2004. p. 108

<sup>641</sup> *Op. Cit.* Fassbender, Bardo. *The United Nations Charter as constitution of international community*, pág. 554.

un discurso legitimador del *statu quo* eurocentrista del derecho internacional e impide la reformulación del mismo acorde con las necesidades de las voces tradicionalmente acalladas en la formación de este ordenamiento jurídico<sup>642</sup>.

El argumento de defensa ante tales críticas es justamente la razón de ser del modelo multinivel planteado en este trabajo, un modelo que, como acabamos de decir, reconoce la naturaleza universal de ciertos valores pero los dota de contenido desde las particularidades locales permitiendo su armonización con los diversos niveles que conforman el panorama jurídico. En este modelo, la voz de lo local, la voz de las particularidades encuentra su espacio y la reformulación de los rasgos tradicionales del derecho internacional están a la orden del día, dicha relectura es su principal motor.

En el segundo grupo de críticas generadas por una comprensión errada del discurso constitucional encontramos, por ejemplo, a quienes afirman que todos los defensores del discurso constitucional abogan por la existencia de una constitución internacional única. Al respecto debemos decir que no es cierto que esta sea la única y ni siquiera una de las principales aspiraciones del constitucionalismo internacional, por lo menos no de todos los que abogamos por él. En nuestro caso, por ejemplo, tal como dejamos claro líneas arriba, estamos convencidos de que la inexistencia de un documento constitucional único no es óbice para la configuración de un sistema constitucional<sup>643</sup>.

En este orden de ideas, criticar el constitucionalismo porque el derecho internacional no puede tener una constitución solo resulta útil respecto de algunas de las propuestas constitucionales pero no de todas. Además, los críticos que encajan en este grupo olvidan que la inexistencia de un texto constitucional único no significa la ausencia total de normas constitucionales –ver el caso de Inglaterra, por ejemplo-, por lo que sus críticas, construidas también a partir de una comprensión errada del modelo

---

<sup>642</sup> Sobre estas críticas ver la breve reseña de De la Rasilla del Moral, Ignacio. “The Unsolved Riddle of International Constitutionalism”. *International Community Law Review* 12 (2010) p. 105

<sup>643</sup> Bien señalan algunos autores la existencia de régimen constitucional que como el británico sobreviven sin la existencia de un único texto constitucional, supremo e inmutable. Entre otros ver: *Op. Cit.* Peters, Anne. *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, pág. 584.

estatal y de la intención equivocada –como ya vimos- de trasladarlo al escenario internacional, ignoran por completo los matices propios del proceso constitucional.

Al hilo de este grupo de argumentos están quienes, al afirmar la ausencia total de una jerarquía normativa en el derecho internacional, niegan la posibilidad de construir un régimen constitucional cuya nota clave es justamente la supremacía. Tal como hemos señalado, esta crítica puede ser válida para algunos modelos de constitucionalismo pero no se puede aplicar al modelo multinivel y pluralista que proponemos toda vez que su característica esencial es justamente la heterarquía.

Ahora bien, también es necesario decir que los críticos que se sirven de este argumento desconocen por completo que sí que existe una incipiente jerarquía normativa dentro del derecho internacional. Así, aun cuando no compartan la idea del pluralismo constitucional, su crítica deja de tener peso suficiente si se recuerda que la constitucionalización es un proceso y que como tal sí que se han dado los primeros pasos hacia la jerarquización normativa que ellos alegan como condición fundamental<sup>644</sup>.

Dentro de este grupo de críticas fundadas en una comprensión parcial y/o errada del constitucionalismo o del contexto al que se aplica están aquellos que critican el constitucionalismo internacional justamente porque desconoce algunos rasgos propios del discurso constitucional tradicional, entre ellos, el ejercicio de controles, su fundamento democrático o ‘*the rule of law*’<sup>645</sup>.

Desde nuestro punto de vista y apoyados en Chang y Yeh, entre otros autores<sup>646</sup>, las críticas se superan si recordamos que el paradigma estatal y la idea integradora han

---

<sup>644</sup> Entre muchos otros: *Op. Cit.* De Wet, Erika. The emerging international constitutional order: the implications of hierarchy in international law for the coherence and legitimacy of international decision-making

<sup>645</sup> Estos grupos de críticos, que aparecen reseñados en el texto de Chang y Yeh, afirman que dados el efecto directo que algunas normas internacionales adquieren con ocasión del proceso constitucional resulta imposible exigir responsabilidades o ejercer controles. Así mismo, la falta de certeza dada la abundancia de centros de producción normativa y la multiplicidad de normas resquebraja el principio de legalidad. Yeh, Jiunn-Rong y Chang, Wen-Chen. The Emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges and Solutions. En línea. Disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1636163](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1636163). [22 de septiembre de 2013]

<sup>646</sup> *Op. Cit.* Chang y Yeh p 38 y ss: *Op. Cit.* Kumm, Matthias. The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis. Ver las ideas de Kumm y Halberstam en *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Government*.

sido relegadas ante la nueva dinámica desagregada y multipolar del escenario internacional. Así pues, estas críticas se diluyen en el nuevo escenario internacional y ante la posibilidad de articulación basada en principios de gobernanza multinivel gracias a la cual asuntos tales como la legitimidad, el control y la certeza no sólo adquieren un nuevo contenido y un nuevo alcance sino que, también, encuentran nuevos caminos para su concreción<sup>647</sup>. En este sentido no es que el régimen constitucional que se plantea sea ilegítimo o no respete el principio de legalidad o se abstenga de ejercer controles, lo que ocurre es que en el nuevo modelo planteado todos estos asuntos se comprenden y aseguran de forma diferente<sup>648</sup>.

Así por ejemplo, la legitimidad o autoridad de una norma constitucional en el escenario multinivel “rest on its authorization by formal, jurisdictional, procedural and substantive principles of cosmopolitan constitutionalism”<sup>649</sup> y no necesaria o exclusivamente en su autorización por ‘el pueblo’. En este sentido, tal como señala Kumm “within the cosmopolitan paradigm, a complex standard of public reason, which includes reference to jurisdictional and procedural principles, replaces the equally complex idea of a collective will or democracy as the basic point of reference of the construction of legal authority”<sup>650</sup>.

Así, el principio de legalidad deja de verse como el mero apego a la letra de la ley y pasa a entenderse como el respeto de la ley –y no cualquier tipo de ley- con miras

---

<sup>647</sup> Chang y Yeh, por ejemplo, afirman que esos vacíos se deben llevar o bien desde las instituciones nacionales o bien mediante el diseño de las instituciones internacionales atendiendo a principios de gobernanza multinivel de manera que se logre el control dentro de ellas y entre ellas. En sus palabras: “It must be reminded again that transnational governance we see today presents not assingle, large, global governance, but as a multiple complex of transnational bodies and networks. No hierarchy dictates or control over their complicated relationship (...) It is particularly interesting to observe that with the rise of transnational governance, even local courts would possibly become “courts of transnational community” that not only participate in forming transnational norms but are also –more importantly– capable of change them”. *Op. Cit.* Yeh, Jiunn-Rong y Chang, Wen-Chen. *The Emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges and Solutions*. En p.45 y 49

<sup>648</sup> En general, sobre estos asuntos, ver. *Op. Cit.* Kumm, Mattias *The cosmopolitan turn in constitutionalism: on the relationship between national constitutional law and constitutionalism beyond the state*

<sup>649</sup> *Op. Cit.* Kumm, Mattias *The cosmopolitan turn in constitutionalism: on the relationship between national constitutional law and constitutionalism beyond the state*

268

<sup>650</sup> *Op. Cit.* Kumm, Mattias *The cosmopolitan turn in constitutionalism: on the relationship between national constitutional law and constitutionalism beyond the state*

268

a lograr la salvaguarda de unos valores comunes. En consecuencia, la garantía de *the rule of law*, deja de ser un asunto meramente procesal y adquiere un cariz substancial<sup>651</sup>. Además, dicha garantía, así como el ejercicio de cualquier tipo de control, es algo que ya no depende exclusivamente de un solo escenario jurídico, su ejercicio se articula a varios niveles. En palabras del propio Kumm

[This new conception of legality] is not monist in that it allows for legal pluralism: potential of legally irresolvable conflict between national and international law remains. But it is not simply dualist either: the relationship between national and international law is reconceived in light of a common set of principles that play a central role in determining the relative authority of each in case of conflict, thus ensuring legal coherence<sup>652</sup>.

Aparte de estas, hay otro grupo de críticas que omiten los matices propios del proceso constitucional internacional. Dentro de este grupo contamos a aquellos que afirman que toda vez que uno de los rasgos básicos del constitucionalismo es su naturaleza omnicomprendensiva, la imposibilidad de pensar en un andamiaje constitucional total y único en el escenario internacional determina la imposibilidad de su constitucionalización.

Frente a esta crítica, se puede argumentar que el discurso constitucional es *per se* un discurso dinámico que se ha adaptado a lo largo del tiempo a los diversos contextos que lo han enmarcado, hoy en día el constitucionalismo estatal es total pero no lo ha sido así siempre y según lo hemos visto, cada día lo es menos. Por ello, puede que el constitucionalismo internacional actual surta el mismo proceso y deba prescindir por ahora de su naturaleza total dada la complejidad del derecho internacional sin que ello quiera decir, sin embargo, que su evolución no pueda dar lugar a una teoría más comprensiva o incluso a una nueva forma de comprender el constitucionalismo en el que se presinde de su naturaleza comprensiva.

Este asunto nos lleva a las críticas específicas respecto del modelo multinivel planteado en este trabajo. La primera de ellas está estrechamente relacionada con lo que

---

<sup>651</sup> *Op. Cit.* Nollkaemper, André. National Courts and the international rule of law. Cap IV.

<sup>652</sup> *Op. Cit.* Kumm, Mattias The cosmopolitan turn in constitutionalism: on the relationship between national constitutional law and constitutionalism beyond the state

acabamos de mencionar, esto es, con la presunta contradicción implícita entre una afirmación constitucional y la reivindicación de un modelo desagregado y pluralista<sup>653</sup>.

Al respecto, Baquero<sup>654</sup> dice que sin autoridad última no es posible la unidad y coherencia que requiere un régimen constitucional y que lo que se ha denominado pluralismo constitucional no es más que un intento por crear una teoría para justificar el incumplimiento –cuya motivación es política y no jurídica- de obligaciones internacionales. En esta misma tónica se encuentra Goldoni<sup>655</sup>.

Desde nuestro punto de vista, quienes como Baquero alegan que el pluralismo constitucional es un concepto contradictorio e inverosímil lo hacen basándose en una idea única del constitucionalismo según la cual sin unidad y jerarquía lo único que queda es caos. Lo primero que hay que decir al respecto es que incluso en sistemas unitarios y jerárquicos hay diferencias, así la pretendida separación entre constitucionalismo y pluralismo parte de una falsa dicotomía. En palabras de Ulfstein

There is a false dichotomy between pluralism and constitutionalization. We will in the foreseeable future continue to have such a pluralist international legal system and pluralism in the relationship between international and national law. The challenge is how to secure constitutional guarantees in a pluralist legal order. It may be added that neither a pluralist nor a constitutional system are inherently good or bad. The important question is how such systems are designed and how they work<sup>656</sup>.

En este sentido, lo que se necesita es un punto de encuentro formal y material que permita la articulación y armonización de las diferencias (dentro de los sistemas y entre ellos) en aras de la consecución de unos objetivos comunes y esto es justamente lo que ofrece el pluralismo constitucional.

---

<sup>653</sup> Sobre las críticas al pluralismo constitucional ver. Walker, Neil. “Constitutionalism and Pluralism in Global Context”. *Constitutional Pluralism in the European Union and beyond*. Avbelj, Matj y Komárek, Jan Eds. Hart Publishing, 2012.

<sup>654</sup> *Op. Cit.* A.A.V.V. Four Visions of Constitutional Pluralism.

<sup>655</sup> Goldoni, Marco. “Constitutional Pluralism and the Politics of the European Common Good”, *Social Science Research Network*, [en línea], Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1677566> [12 de agosto de 2013]

<sup>656</sup> Ulfstein, Geir. “The relationship between constitutionalism and pluralism”, *Goettingen Journal of International Law*, N° 4, 2012 p 9

Así pues, ante tales quejas la respuesta es muy clara: el pluralismo constitucional no es amigo del caos, todo lo contrario, su razón de ser es el orden, la armonización y convivencia en el marco de la nueva lógica jurídica son su prioridad. Su intención es justamente el establecimiento de un derrotero claro para el correcto funcionamiento de las nuevas relaciones surgidas con ocasión de la creciente interdependencia e interconexión de los diversos ordenamientos jurídicos sin que ello implique la desaparición de ninguno de ellos<sup>657</sup>. Así, ni jerarquía es sinónimo de orden ni heterarquía equivale a caos.

Ante las críticas respecto de la inseguridad que produce el pluralismo, así como en relación con su falta de aporte a la comprensión del actual escenario jurídico Preshova responde:

These tenets of pluralism have been the main target of criticism though. Heterarchy has been attacked mainly because it creates situations in which conflicts are inevitable and the possibility of having irresolvable conflicts seems to be greater the critic goes. In this way legal pluralism, it is claimed, produces instability and insecurity. All of this at the end of the day seriously jeopardizes efficacy and uniformity of international law thus reducing the possibility of establishing an international rule of law. Besides an additional line of criticism has been aimed at the arguably purely descriptive value of legal pluralism that merely describes and accepts the changing and diversifying landscape of the legal world without providing justification why it should be preserved and valued as such. These types of criticism however ignore the advantages of pluralism and their normative strength that is much better perceived through its moderate forms advanced here. Namely main virtues of such existence of plurality of diverse legal orders is the possibility for better accommodation of diversity, encouragement for compromise and dialogue, mutual checks and balances among different orders and in the long run a certain level of convergence<sup>658</sup>.

Otra de las críticas al modelo multinivel señala que el protagonismo asignado al poder judicial da lugar a la creación de una “juristocracia”<sup>659</sup> que pone en riesgo el respeto del principio democrático. Dado el énfasis que asignamos a la labor del juez en

---

<sup>657</sup> A esto se refiere Rosenfeld cuando habla de la fuerza centrípeta y la fuerza centrífuga del pluralismo constitucional. Rosenfeld, Michel. “Rethinking constitutional ordering in an era of legal and ideological pluralism”. *International Journal of Constitutional Law*. 6- 415 2008

<sup>658</sup> Preshova, Denis. *Legal Pluralism: New Paradigm in the Relationship Between Legal Orders*. Marko Novakovic (ed.) *Basic Principles of Public International Law: Monism & Dualism*. Belgrado. 2013

<sup>659</sup> Hirschl, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Harvard University Press, 2004.

el marco de este trabajo, creemos que vale la pena detenernos un poco en este asunto. Veamos.

En el escenario nacional, las críticas al trabajo judicial surgen con ocasión del empoderamiento que ha experimentado el juez constitucional gracias al fortalecimiento del control judicial y a la garantía judicial de los derechos humanos. En efecto, el proceso de constitucionalización que ha vivido el panorama jurídico<sup>660</sup> y, con él, la necesidad de salvaguardar la supremacía constitucional, la creciente formulación de normas constitucionales tipo principio, la indudable importancia de los derechos humanos, la idea de que el derecho constitucional es abierto, entre otros<sup>661</sup>, han permitido la mutación del papel del juez constitucional –ahora es algo más que un mero legislador negativo- y han abierto paso a la idea de que el control constitucional es algo más que un mero control formal<sup>662</sup>.

En opinión de algunos, esta reformulación del papel del juez, así como del alcance del control judicial, va en detrimento del principio democrático. Según los críticos, el efecto redistributivo del poder<sup>663</sup> al que da lugar el fortalecimiento de la judicatura ocasiona la apropiación ilegítima de las competencias del legislador por parte del juez y, por lo tanto, el desplazamiento indebido del poder político<sup>664</sup>. De acuerdo con ellos, dicho desplazamiento es ilegítimo porque ahora las decisiones que afectan al pueblo las toma un ente no representativo que, además, no permite la participación y que no está sometido a los controles democráticos. En otras palabras, cuando los jueces hacen algo más que interpretar la voluntad de los legisladores, se extralimitan en sus

---

<sup>660</sup> Hirschl señala seis tipos diferentes de constitucionalización, en todas ellas ha existido un empoderamiento del poder judicial. *Op. Cit.* Hirschl, R. Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cap I.

<sup>661</sup> “Around the globe, in more than eighty countries and in several supranational entities, constitutional reforms has transferred an unprecedented amount of power from representative institutions to judiciaries (...) most of these countries have a recently adopted constitution or constitutional revision that contains a bill of rights and establishes some form of active judicial review”. *Ibidem*, p 1.

<sup>662</sup> *Op. Cit.* Zagrebelsky, Gustavo. El juez constitucional en el Siglo XXI.

<sup>663</sup> Hirschl, Ran. Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism, Harvard University Press, 2004. p 2

<sup>664</sup> *Op. Cit.* Zagrebelsky, Gustavo. El juez constitucional del Siglo XXI. p 6. *Op. Cit.* Hirschl p 211 quien lo llama la “judicialization of politics”.

funciones, desconocen el principio de legalidad, ponen en riesgo la representación, así como la participación y por ello, adolecen de toda legitimidad<sup>665</sup>.

Siguiendo estos argumentos, el juez nacional actúa de forma ilegítima cuando, por ejemplo, decide interactuar con el juez internacional para descartar o acoplar las normas nacionales con base en argumentos tales como el respeto por los compromisos internacionales, la interpretación conforme, el control de convencionalidad, entre otros, o por el contrario cuando decide ir en contravía de decisiones internacionales cuyo fundamento son normas internacionales avaladas por el legislador nacional<sup>666</sup>.

Críticas similares se extienden al trabajo del juez internacional. Tradicionalmente, la legitimidad del trabajo del juez internacional depende de su respeto por el consentimiento de los Estados, del fiel desempeño de las funciones asignadas por estos y del respeto de la equidad procesal. En este orden de ideas, y desde la perspectiva más clásica, cualquier actividad judicial que desconozca estos criterios -bien sea porque, por ejemplo, manipule la voluntad estatal, porque tenga efectos más allá de las partes en el litigio, porque supere los límites de la competencia asignada- carece de toda legitimidad. En este contexto, desde la perspectiva que nos interesa, la crítica señala dos eventos en los que el trabajo judicial internacional adolece de toda legitimidad. El primero de ellos se refiere al propio escenario internacional, esto es, a las decisiones en las que el juez decide sobre asuntos propios del proceso político internacional. En este caso, las críticas están dirigidas especialmente al papel del juez como legislador<sup>667</sup>.

---

<sup>665</sup> Sobre la crítica democrática al activismo judicial ver, entre otros: Waldron Jeremy. "Judicial Review and the conditions for democracy", *Journal of political philosophy*. 6, 1998, 335- 355; James Allan. "Bill of rights and judicial power, a liberal Qandary", *Oxford journal of legal studies* 16, 1996, 337-352; Waldron, Jeremy. "A rights-based critique of constitutional rights", *Oxford journal of legal studies*, 13, 1993, 18-51.

<sup>666</sup> *Supra* Cap. I. 2.A.b

<sup>667</sup> "There are two famous difficulties to emphasize in this respect: First, the question of judicial law-making and the opposition between law and politics; and second, the related question of judicial discretion and the opposition between democracy and morality. Obviously, these two difficulties are even greater in international adjudication where there is less determinative law, less democracy in the absence of a centralized international legislator, and less common morality in the absence of a political community with common values. As a matter of fact, the jurisgenerative function of judges is more important in international courts than in domestic ones, given the limited number of sources of international law. Moreover, by virtue of the application of the non-liquet in international law, international judges already use general principles to fill legal gaps. This is particularly true in relatively new fields of international law, such as international criminal law or international environmental law. Besides sharing the same, albeit magnified, difficulties as domestic adjudication, international adjudication has unique difficulties of its own. Primarily, these have to do with the sources of applicable international law. First of all,

En el segundo evento, el juez internacional toma decisiones que afectan directamente a los ordenamientos nacionales, especialmente aquellos casos en los que el juez internacional toma decisiones sobre temas reservados al proceso político nacional<sup>668</sup> o decisiones que afectan dicho proceso<sup>669</sup> o, incluso, decisiones que trasladan la competencia sobre ciertos asuntos desde la órbita nacional al escenario internacional<sup>670</sup>.

En este caso, no sólo se critica la falta de legitimidad del juez desde el prisma propio del derecho internacional sino que, además, se critica la propia legitimidad de este ordenamiento para afectar el derecho nacional. Al respecto, la falta de credenciales democráticas de todo el ordenamiento internacional, la afectación a la soberanía e

---

international judges are called to do much more than interpret and apply the law, which is already quite challenging depending on how one understands judicial interpretation. Second, the fragmentation or plurality of sources, regimes, and norms in international law makes judicial interpretation even more pivotal than in the domestic context”. Besson, Samantha. “International Judges as Dispute-Settlers and Law-Enforcers: From International Law without Courts to International Courts Without Law, Reply to Anna Spain”. *Loyola. L.A. International and Comparative Law Review*. 33 (2011). p 43 y ss. Sobre el juez internacional como legislador ver, entre otros. Ginsburg, Tom. “Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking.” *Virginia Journal of International Law* 54:631-673; Ginsburg, Tom. International Judicial Lawmaking. *University of Illinois College of Law Law and Economics Working Papers Year 2005 Paper 26*; Ginsburg, Tom. International Judicial Lawmaking. Von Bogdandy, Armin, and Venzke, Ingo. “On Public Authority and Democratic Legitimation”. *Global Governance Series: Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Vol. 236 (Eds.) 2012, XVII, 509p.

<sup>668</sup> Ver por ejemplo: Corte I.D.H., Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221. Criticas en este sentido en el trabajo de Gargarella. Ver entre otros: Gargarella, Roberto. Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman. En [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13\\_Gargarella\\_CV\\_Sp\\_20120924.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf) [22 de septiembre de 2013]

<sup>669</sup> Ver por ejemplo Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Hirst v UK, 2012. TEDH. Scoppola v Italy, 2012. Un interesante comentario sobre las criticas a la “actitud antidemocrática del TEDH en el comentario de Ben Emmerson: The European Court of Human Rights enhances our democracy. En <http://www.independent.co.uk/voices/commentators/ben-emmerson-the-european-court-of-human-rights-enhances-our-democracy-2207503.html>

<sup>670</sup> Esta crítica se hace evidente en el discurso del Secretario de Estado para la seguridad nacional de los Estados Unidos, Michael Chertoff, citado por Marks. Esta autora resume la postura de Chertoff de la siguiente manera: “his aim was to highlight the emergence of a ‘very activist, extremist legal philosophy’, on the basis of which vague and ambiguous norms of supposedly universal application were being used to trump domestic prerogatives. He observed that this was all the more troubling when you consider who interprets international law: in his words, judges of international courts who have not been ‘appointed or ratified by our legal or political process’, committees like the Human Rights Committee and other UN organs that ‘take some of the impetus for their view of international law from countries like Cuba and Zimbabwe’, and ‘international law experts or self-styled experts, [which] basically means law professors’. Marks, Susan. “International Judicial Activism and the Commodity- Form Theory of International Law”. *The European Journal of International Law* Vol. 18 no. 1 EJIL 2007.

incluso el imperialismo son algunos de los argumentos que sirven de fundamento a la crítica<sup>671</sup>.

Estas críticas al papel del juez nacional, así como las dirigidas a cuestionar el trabajo del juez internacional se complementan mutuamente cuando se trata de poner en tela de juicio el modelo multinivel. En efecto, de la misma manera que los jueces nacionales e internacionales interactúan para darle forma al modelo multinivel, las críticas al trabajo judicial en ambas esferas se entrelazan para cuestionar el protagonismo judicial promovido por el pluralismo constitucional. Así pues, en suma, se critica que ante la ausencia de jerarquías normativas y con la excusa de la interpretación teleológica y del diálogo interjudicial:

- el juez internacional se extralimite en sus funciones, desconozca el consentimiento de los Estados, ignore la equidad procesal y, con ello, afecte los ordenamientos nacionales sin justificación alguna o desconozca el proceso político internacional.
- el juez nacional afecte los ordenamientos nacionales al darle prioridad a las decisiones internacionales, al manipular las normas nacionales y/o al decidir con base en normas de origen internacional carentes de fundamento democrático<sup>672</sup>
- que sean los jueces nacionales los que determinen el rumbo de un ordenamiento llamado a tener efectos más allá de las fronteras nacionales.
- que la interacción entre los jueces cercene los procesos políticos nacionales e internacionales.

En este contexto, podría decirse que, según la crítica, la afectación al principio democrático en marco del proceso multinivel se exagera pues los riesgos del activismo judicial se entrecruzan. Así, a los críticos les preocupa, entre otras, la falta de credenciales democráticas de los jueces, en especial de los jueces internacionales, la

---

<sup>671</sup> Rodríguez, Gabriela. “Derechos humanos: jurisprudencia internacional y jueces internos”. *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2740/19.pdf> [06 de agosto de 2013].p. 214.

<sup>672</sup> *Op. Cit.* Rodríguez, Gabriela. Derechos humanos: jurisprudencia internacional y jueces internos. p 214; Daintith, Terence. “Is the international law the enemy of national democracy? Ambiguity in the rule of law, the interface between international and national legal systems”. *Ambiguity in the rule of law: the interface between national and international legal systems*. Vandamme, Thomas & Reestman, Jan-Herman eds., 2001. 115, 115-16; Bahdi, Reem. “Globalization of Judgment: Transjudicialism and the Five Faces of International Law in Domestic Courts”. *George Washington International Law Review*, Vol. 34, 2002. En línea. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1718609> [22 de septiembre de 2013]

ausencia de controles democráticos sobre el poder judicial, especialmente en el escenario internacional donde, dada la inexistencia de una institucionalidad similar a la estatal, no hay contrapeso al trabajo judicial, el detrimento de los escenarios de participación y representación democrática, la distancia entre los escenarios de decisión y el pueblo. Con base en esto, los críticos esbozan dos grandes preocupaciones. En primer lugar, temen que el empoderamiento de la judicatura sirva a los intereses de una élite cada vez más alejada de las necesidades locales y menos interesada en el respeto por las decisiones del pueblo<sup>673</sup>. En segundo lugar, les preocupa la falta de seguridad jurídica que genera el pluralismo constitucional, en especial, el desarrollo de un diálogo judicial que, según ellos, no tiene estructura, ni reglas, ni controles o contrapesos y que, por lo tanto puede ser usado a discreción y según la conveniencia del juez<sup>674</sup>.

Como se observa, las objeciones al creciente protagonismo de los jueces, tanto a nivel nacional como internacional y en el modelo multinivel, se basan en la creencia de que, dada ante la falta de credenciales democráticas, su trabajo debe limitarse a develar la voluntad del legislador –parlamento o Estado, según el escenario- sin ir más allá de la misma. Basados en esta afirmación, los críticos piensan que el tipo de decisiones en las que el juez reinterpreta la voluntad del legislador o incluso la reformula, carecen de toda legitimidad y ponen en riesgo el equilibrio de poderes, lo que puede llevar al reemplazo del gobierno del pueblo –la democracia- por una juristocracia<sup>675</sup> y dar al trasto con la seguridad jurídica. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, los miedos al protagonismo judicial desconocen la metamorfosis que han sufrido los ordenamientos jurídicos –nacional e internacional-, la interdependencia entre ellos, el verdadero alcance

---

<sup>673</sup> *Op. Cit.* Hirschl. Ran. Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism.

<sup>674</sup> *Op. Cit.* Rodríguez, Gabriela. Derechos humanos: jurisprudencia internacional y jueces internos. p 215. Posner, Richard. “Could I interest you in some foreign law? No, thanks we already have our own laws”. *Legal Affairs* July-August, 2004. p 40 y 41; Malarino, Ezequiel. “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. tendencias antidemocráticas antiliberales de la Corte Interamericana De Derechos Humanos”. *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. 2010, p. 25-62

<sup>675</sup> Esto es, el gobierno de la elite judicial o, en palabras de Hirschl el empoderamiento de los jueces como “new method of pursuing political goals and managing public affairs”. *Op. Cit.* Hirschl, p 1. Desde su punto de vista la juristocracia a la que ha dado lugar la constitucionalización es una gran farsa que reduce el poder del pueblo en favor de las élites. “judicial empowerment through constitutionalization may provide an efficient institutional solution for influential groups who seek to preserve their hegemony and whom given an erosion in their popular support, may find strategic drawbacks in adhering to majoritarian policy-making processes”. p 12

y significado del principio democrático en el actual escenario jurídico global y las ventajas del modelo multinivel. Veamos esto.

Desde nuestro punto de vista, las críticas al trabajo judicial se desvanecen, o por lo menos se matizan, si se toman en cuenta varios asuntos. Por una parte, los cambios que ha experimentado la figura del juez con ocasión de la metamorfosis de los distintos escenarios jurídicos; por la otra, el contenido y alcance del principio democrático en el actual escenario global y, finalmente, las particularidades del modelo multinivel de integración constitucional.

En el escenario nacional, los jueces fueron pensados como herramientas para aplicar y hacer cumplir la ley, así como para solucionar controversias en el marco de ordenamientos jurídicos completos, determinados y cerrados cuya articulación correspondía principalmente al legislador. Es en este contexto en el que la idea del juez como boca de la ley, adquiere sentido. Bajo esta idea, el juez constitucional fue pensado como un legislador negativo<sup>676</sup>, su tarea consistía en verificar el apego de la legislación a la Constitución sin que ello implicase, no obstante, un control sobre el contenido de aquella.

Sin embargo, ninguna de las ideas que sustentan esta imagen es válida hoy en día. En primer lugar, hoy los ordenamientos constitucionales son abiertos, esto es, están llamados a influir y ser influenciados por fenómenos que traspasan las fronteras del Estado<sup>677</sup>. Además, en la mayoría de las oportunidades los jueces, y en especial los jueces constitucionales, tienen que operar con normas tipo principio cuyo contenido suele ser indeterminado<sup>678</sup>. Finalmente, a su labor como legislador negativo -cuyo control ya no se reduce a un juicio de adecuación formal- se suma su nuevo papel como guardián de los derechos fundamentales y, en este punto en especial, se le concede un papel fundamental en la protección de las minorías que no encuentran representación en el proceso político<sup>679</sup>.

---

<sup>676</sup> Entre otros ver: *Op. Cit.* García de Enterría, Eduardo. La constitución como norma y el tribunal constitucional..

<sup>677</sup> *Op Cit*, Zagrebelsky, Gustavo. El juez constitucional del siglo XXI. p. 8

<sup>678</sup> *Ibidem*, p. 3

<sup>679</sup> *Op. Cit.* Goldoni, Marco. “Constitutional Pluralism and the Politics of the European Common Good”. *Sant’Anna Legal studies Stals, Research Paper 4/2011*, p. 51; Kumm, Mattias. “Institutionalising

Estos cambios significan una mutación considerable en el rol del juez en el seno del ordenamiento jurídico. Hoy en día el juez no puede limitarse a ser la boca de la ley o un mero legislador negativo, su trabajo consiste en integrar y dotar de contenido las diversas normas que hacen parte del ordenamiento con miras a asegurar su efectividad y a servir de contrapeso al poder legislativo. Para lograr tal cometido, el juicio de proporcionalidad, la interpretación teleológica, la interpretación sistémica y el diálogo interjudicial son algunas de sus herramientas básicas.

En el escenario internacional, los jueces nacieron como árbitros o como encargado de la aplicación de la ley<sup>680</sup>, cuya tarea principal consistía en develar la voluntad de los Estados y, con base en ello, solucionar controversias. Sin embargo, hoy en día, dada la profunda metamorfosis del ordenamiento internacional y su fuerte proceso de judicialización, los jueces se comportan como verdaderas autoridades públicas<sup>681</sup> que “may adjudicate the international rights and duties of non-litigants, deeply affect the interests of non-litigating stakeholders and shape the law prospectively”<sup>682</sup>. Además, en palabras de Besson, “(i) Judges resolve legal disputes by applying the law; and (ii) when they apply the law, they contribute to its interpretation and development, while also allegedly to its overall normative coherence, and presumably its legitimacy”<sup>683</sup>.

Ante esta reformulación del papel del juez, los criterios para determinar la legitimidad de su trabajo también varían. En el escenario nacional, a los criterios

---

Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review”. *European Journal of Legal Studies*. 1-2, 2007.

<sup>680</sup> Pese a que esas dos tareas no podían ser cumulativas. *Op. Cit.* Besson, Samantha. *International Judges as Dispute-Settlers and Law-Enforcers: From International Law without Courts to International Courts Without Law, Reply to Anna Spain*. p. 42 y ss.

<sup>681</sup> *Op. Cit.* Von, Bogdandy, Armin y Venzke, Igno. “On Public Authority and Democratic Legitimation”.

<sup>682</sup> Grossman, Nienke. A New Approach to the Normative Legitimacy of International Courts. En línea. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2185304>. [22 de septiembre de 2013] Besson refiriéndose a Spain “She claims that on the basis of a clear understanding of the shortcomings of international adjudication, we should be able to identify new ways to develop international adjudication” *Op. Cit.* Besson, Samantha. “International Judges as Dispute-Settlers and Law-Enforcers: From International Law without Courts to International Courts Without Law, Reply to Anna Spain”. p. 34.

<sup>683</sup> *Op. Cit.* Besson, Samantha. “International Judges as Dispute-Settlers and Law-Enforcers: From International Law without Courts to International Courts Without Law, Reply to Anna Spain”. p. 47

procesales de independencia e imparcialidad se suman aquellos funcionales que, ante todo, miden la adecuación de la labor judicial a los objetivos trazados por el contexto jurídico o aquellos discursivos que miden la legitimidad del trabajo judicial de acuerdo con su respeto de las reglas básicas de la argumentación y el discurso<sup>684</sup>.

En el derecho internacional, las propuestas sobre la reformulación de los criterios de legitimidad del trabajo judicial no se han hecho esperar. Así por ejemplo, Grossman plantea:

First, legitimacy requires a re-imagining of procedural fairness to include those whose international rights and duties are being adjudicated by international courts. Further, democratic theory can help to justify the authority of international courts so long as stakeholders are given the opportunity to participate in the formulation of policies that affect them. Second, international courts must adhere to certain universal standards of justice. They cannot facilitate the violation of a set of core norms, including prohibitions against torture, slavery, racial discrimination and genocide, and still retain their legitimacy. Third, the extent to which an international court implements the objectives it was created for may also affect its legitimacy.

Por su parte Bogdandy y Venzke, ante la convicción de que los jueces internacionales se comportan como verdaderas autoridades públicas afirman que su trabajo también puede –debe- encontrar una justificación democrática<sup>685</sup>.

En este contexto en el que la figura del juez adquiere un nuevo perfil y que, por lo tanto, el fundamento de su legitimidad se extiende, carecen de todo sentido las críticas que se basan en la imagen del juez como boca de la ley, o en la idea de ordenamientos jurídicos cerrados y determinados cuya única fuente es el legislador (parlamento o Estado), o en la teoría que equipara democracia con mayorías.

---

<sup>684</sup> Entre muchos otros ver los estudios de Dworking, Habermas o Ferrajoli. Dworking, Ronald. Los derechos en serio. Ariel, 2012; Habermas, Jürgen. Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado Democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Trotta, 1998. Ferrajoli, Luigi. Las Fuentes de legitimidad de la jurisdicción. *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2740/17.pdf> [06 de agosto de 2013].

<sup>685</sup> Von Bogdandy, Armin y Venzke, Igno. “On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking. Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers”. *German Law Journal* 12. 979-1004 (2011), p 1343

Justamente respecto de esta última cuestión hemos de señalar que además de estos cambios en el propio escenario judicial, a la hora de enfrentar las críticas también es importante tener en cuenta la relectura que ha experimentado el contenido y el alcance del principio democrático.

En cuanto a lo primero, hoy en día el principio democrático es algo más que la protección de las mayorías<sup>686</sup>, por lo tanto su salvaguarda no está en cabeza exclusiva del parlamento; por el contrario, el parlamento debe estar sometido a una serie de vetos y controles que aseguren el respeto por los individuos<sup>687</sup>.

En este sentido, tal como señala Kumm, lo importante, en este escenario, es que las decisiones judiciales que imponen un veto sobre las decisiones tomadas en el marco del proceso político “*being grounded in public reason*”<sup>688</sup>. Por ello, en opinión de este autor, el control judicial no representa una amenaza al principio democrático, por el contrario, este es un mecanismo que viene a complementar aquellos otros previstos para su garantía y que incluso sirve para superar los defectos del proceso político<sup>689</sup>. Dicha idea es aún más cierta en escenarios en los que –como en Latinoamérica– los sistemas

---

<sup>686</sup> Tal como lo señala Dworkin, la democracia debe protegerse a sí misma de la tiranía de las mayorías. Dworkin, Ronald. *A Bill of Rights for Britain: Why British Liberty Needs Protecting*. Londres. Chatto & Windus, 1990

<sup>687</sup> But courts have assumed an important editorial function as junior-partners and veto players in the enterprise of specifying and implementing a constitutions commitment to rights. Courts, as guardians and subsidiary enforcers of human and constitutional rights serve as an institution that provides a forum in which legislatures can be held accountable at the behest of effected individuals claiming that their legitimate interests have not been taken seriously. *Op. Cit.* Kumm, Mattias. *Institutionalising Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review* p 24

<sup>688</sup> *Ibidem.* Kumm, Mattias. *Institutionalising Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review*

<sup>689</sup> En sus palabras: “Socratic contestation [which is the practice that has being legalized through the judicial review] is a practice that gives institutional expression to the idea that all legitimate authority depends on being grounded in public reasons, that is, justifiable to others on grounds they might reasonably accept. In practice Socratic contestation is well suited to address a wide range of ordinary pathologies of the political process. [I argue] that judicial review of rights is not in tension with democratic legitimacy but a necessary complement to it [and] that the idea of competitive electoral politics grounded in an equal right to vote and the rights-based practice of Socratic contestation are complementary basic institutional commitments of liberal democratic constitutionalism, whose legitimacy does not turn exclusively on outcome related arguments. Liberal democracy without judicial review would be incomplete and deficient”. *Ibidem.* Kumm, Mattias. *Institutionalising Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review* p. 4

políticos no son los suficientemente fuertes, ni los mecanismos de participación y/o debidamente incluyentes<sup>690</sup>.

Respecto del alcance del principio democrático, tal como acabamos de mencionar, podemos decir que en el actual escenario jurídico global el principio democrático ya no es el único fundamento de legitimidad de la autoridad<sup>691</sup>. Ante este panorama de cambio en la función judicial y en su legitimidad, así como en la

---

<sup>690</sup> Pou Giménes, cuando habla sobre la regionalización del activismo judicial, señala que una de sus ventajas es el fortalecimiento del principio democrático: “[las experiencias sobre activismo judicial], lejos de erosionar la salud de la vida democrática, proporcionan vías que contribuyen a mantenerla o mejorarla, pues ayudan a detectar y superar deficiencias en el funcionamiento de las estructuras legislativas y ejecutivas responsables de satisfacer las necesidades y los derechos de los ciudadanos. Así, se ha destacado, por ejemplo, que las experiencias en materia de judicialización de las políticas sociales en la Argentina en la década pasada han abierto nuevas formas de participación ciudadana en la esfera política, y que su entrada en juego ha contribuido a compensar de algún modo la erosión de los canales tradicionales de debate y acción democrática: la intervención de la judicatura –en ciertos contextos procesales, respecto de ciertos temas y mediante cierto tipo de decisiones– otorga a la ciudadanía maneras de incidir en la agenda pública o en los procesos de definición, monitoreo o aplicación de las políticas estatales que de otro modo no tendría, permitiéndole participar en un “diálogo” entre poderes que ayuda a concretar, más adecuadamente, el programa jurídico-político establecido en la Constitución y los tratados (Abramovich, 2007: 13- 16; 2009: 44-45) (...) Aunque los argumentos anteriores darían pie para apoyar los desarrollos asociados al nuevo activismo judicial en cualquier democracia, resultan especialmente sugestivos en el contexto de sociedades singularizadas por los fenómenos señalados al principio de este escrito. Si la acción de la justicia constitucional en materia de derechos opera en sociedades marcadas por la exclusión, la debilidad de las instituciones, el desprestigio de la política y las omisiones y deficiencias en el desarrollo de las políticas públicas de las que depende la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos, es obvio que aquellas dinámicas de intervención que contribuyen a dar voz a quien no la tiene (Smulovitz, 2008: 205); que establecen nexos de confianza entre los jueces y la ciudadanía –aminorando su tradicional desprestigio, creando eficacia y legitimidad (véase Böhmer, en este volumen) e incentivando el recurso a los canales institucionales de protesta y acción–, y que parecen ayudar, aunque sea marginalmente, a redirigir el funcionamiento del sistema en beneficio de la mayoría, no deben ser rechazadas (...) Antes que decir que, en estos casos, los jueces participan en un diálogo “horizontal” entre poderes –imagen que otorga una centralidad quizá excesiva a los poderes ejecutivo y legislativo donde se originan los problemas que denuncia el litigio basado en los derechos y que, como veremos luego, podría dar a los jueces un mensaje equívoco sobre las herramientas a su alcance–, podría hablarse de una intervención judicial en clave de diálogo democrático “vertical”, en cuyo contexto los jueces constitucionales devienen mediadores entre los ciudadanos, por un lado, y el legislador, el Ejecutivo o las agencias administrativas, por otro, dando eco y obligando a atender demandas que estos últimos probablemente desatenderían, instándolos a ejecutar compromisos adquiridos o eliminando factores que impidan su disfrute igualitario. La intervención de la justicia constitucional contribuye de este modo a materializar la vertiente deliberativa (en oposición a la electoral) del proceso por el cual los ciudadanos ponderan las implicaciones de imaginarse como titulares iguales de derechos (Sager, 2004: 194-207), dado que los jueces atienden y responden individualmente a los intereses de las personas según sus méritos –no por el dinero, el poder o los votos que las respalden (Sager, 2004: 203; Ferreres, 2009: 93)–, lo cual abre vías relevantes de reconocimiento e inclusión en sociedades profundamente segmentadas”. *Op. Cit.* Pou Giménes, Francisca. “Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: el debate sobre la regionalización del activismo”. p. 236

<sup>691</sup> “On the conceptual level, constitutional pluralism allows basic commitments of liberal democracy to be articulated in a way that divorces them from the Hobbesian statist conceptual framework in which they originally had to fit. It allows us to reconceive legitimate authority and institutional practices in a way that makes without the ideas of the state, of sovereignty, of ultimate authority, and of “we the people” as basic foundations of law and the reconstruction of legal practice. *Op. Cit.* A.A.V.V. Four Visions of Constitutional Pluralism p. 366.

comprensión del principio democrático, las críticas pierden parte de su fuerza. Así, no existe un “desplazamiento del poder”, en la medida en que el origen del derecho no es exclusivamente legislativo y que el principio democrático no se refiere tan sólo a la protección de las mayorías, tampoco existe una usurpación de competencias en la medida en que la metamorfosis de los ordenamientos jurídicos obliga a la reformulación de las tareas judiciales y, finalmente, el riesgo a que el derecho nacional se vea afectado por las decisiones internacionales o viceversa se disminuye pues el ejercicio de autoridad está determinado por el principio democrático y la suma de otros importantes criterios de legitimidad que permiten la complementariedad y armonización de los dos ordenamientos jurídicos bajo presupuestos de heterarquía y no de colonización.

Ahora bien, más allá de los matices que estos cambios le imprimen a las críticas esbozadas, no podemos olvidar que el modelo multinivel está diseñado justamente para atender las características particulares del actual escenario jurídico global y con miras a superar varios de los obstáculos propios de la tradicional lectura de las relaciones entre los diversos niveles normativos. Así por ejemplo, el modelo multinivel nos recuerda que el hogar de la democracia son los Estados<sup>692</sup>, y que la articulación de los diversos niveles ayuda a compensar la debilidad de las credenciales democráticas del ordenamiento internacional ya que permite estructurar una serie de controles y contrapesos a las autoridades internacionales, especialmente a los jueces<sup>693</sup>. En este sentido, antes que

---

<sup>692</sup> “Democracy is primarily a national phenomenon”, *Op. Cit.* Ulfstein, Geir. “The Relationship Between Constitutionalism and Pluralism. p 5

<sup>693</sup> En este sentido, tal como lo señala Ulfstein no necesitamos el mismo nivel de democracia a nivel nacional que internacional y en todo caso lo que realmente importa es que los órganos nacionales actúen como filtro democrático de las decisiones internacionales. Ulfstein, Geir. “The relationship between constitutionalism and pluralism”, *Goettingen Journal of International Law*, N° 4, 2012.p 579. Torres afirma que uno de los mayores beneficios del pluralismo constitucional (ergo del modelo multinivel) es la posibilidad de fortalecer los pesos y los contrapesos. En sus palabras “en este nuevo escenario la línea divisoria entre lo nacional y lo internacional es cada vez más difusa. Como indicamos, el pluralismo constitucional no es un modelo sólo descriptivo de una fase de transición a superar, sino que se postula como modelo normativo para regular la estructura y el ejercicio del poder público. ¿qué argumentos existen a su favor? Algunos han indicado sus ventajas desde la perspectiva de la flexibilidad y una mejor y más rápida adaptación a los cambios en un mundo globalizado. También se ha enfatizado que es un marco que favorece la inclusión más allá del Estado nación y un mayor respeto de la diversidad. Además, el modelo pluralista se ha defendido desde el principio de la utonomía pública en un contexto postnacional. En este trabajo, se defiende que la mayor virtud del pluralismo proviene de la noción de equilibrio institucional (checks and balances), es decir de la posibilidad de diseñar un marco institucional en el que las diversas instituciones que participan en la creación y aplicación del derecho colaboren y se limiten mutuamente, sin que exista ninguna que pueda reclamar autoridad última” Torres Pérez, Aida. “En defensa del pluralismo constitucional”. *Asociación de Constitucionalistas españoles. El derecho constitucional europeo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.p 171.

poner en riesgo la democracia nacional, el propio modelo multinivel ayuda fortalecerla<sup>694</sup>.

Tal como señalan Bogdandy y Venzke,

The resulting tension may be relaxed by holding up the political and legal responsibility that municipal constitutional organs retain in deciding about the effect of international decisions and by bearing in mind how they, in turn, can feed back into developments on the international level. (...) This approach frees the international legal order from legitimacy burdens that it may not always be in a position to shoulder. The interplay between levels of governance opens up yet another strategy of maintaining the possibilities of democratic self-determination in the post-national constellation<sup>695</sup>.

Así mismo, el constitucionalismo multinivel reduce los riesgos del imperialismo jurídico pues permite balancear los intereses locales con las necesidades globales y dotar a las autoridades nacionales de herramientas para defender sus prioridades. En este sentido, podemos decir que el constitucionalismo multinivel no desdibuja los modelos nacionales, los adapta y protege ante la nueva realidad de interdependencia en el escenario jurídico global.

En este mismo sentido, el modelo multinivel es la mejor opción ante la preocupación de que sean las autoridades nacionales quienes tomen decisiones cuyos efectos se extiendan más allá de las fronteras o que sean ellas quienes determinen el rumbo del ordenamiento internacional. Gracias al balance que pretende el modelo y a la relación dinámica que presupone, ningún ordenamiento tiene la capacidad de absorber al otro.

Finalmente, ante los riesgos de inseguridad jurídica de los que se acusa al modelo multinivel, vale la pena recordar que justamente la tarea del pluralismo constitucional consiste en establecer meta-principios, reglas de interacción y solución de conflictos, así

---

<sup>694</sup> Burchill, Richard. "International Law's Contribution to Democratic Multi Level Governance: the Position of Regional Intergovernmental Organisations", *Paper prepared for conference on MultiLevel Governance: Interdisciplinary Perspectives* 28- 30 June 2001, University of Sheffield. Sobre este asunto, ver lo ocurrido en la República Checa. Entre otros: Evas, Tatjana. "Enhancing democracy through constitutional pluralism? The Czech, German and Latvian Lisbon rulings in dialogue". *Contribution to the Fifth Pan-European Conference on EU Politics*, Porto, Portugal, 23-26 June 2010

<sup>695</sup> Von Bogdandy, Anriin y Venzke, Igno. In Whose Name? An Investigation of International Courts' Public Authority and Its Democratic Justification. En *European Journal of International Law* Vol. 23 no. 1 EJIL 2012. p. 33

pues, los jueces no actúan a discreción y sin sentido, su trabajo se enmarca en unas reglas de juego que estructuran y condicionan su trabajo. En este sentido, tal como señala Maduro, los jueces están haciendo lo que se les pide que hagan dentro de un marco legal, atados por ciertas restricciones<sup>696</sup>.

Además, la interacción de los jueces en el marco del modelo multinivel permite decidir lo que es el derecho ante la variedad de normas que conviven y la indeterminación que ello implica. Esto, antes que generar inseguridad jurídica, permite dotar al escenario jurídico de cierta certeza.

Como podemos ver, el preponderante papel del juez es objeto de varias críticas. Sin embargo, todas las quejas en torno a la actividad judicial pueden superarse si se atiende al actual contexto jurídico global, a la metamorfosis de los ordenamientos jurídicos y a su creciente interdependencia. En este sentido, basta una adecuada lectura del rol del juez, del principio democrático y del constitucionalismo multinivel para descartar la mayoría de las críticas endilgadas.

Ahora bien, aun cuando confiemos en el trabajo judicial y reconozcamos su protagonismo, hemos de aceptar que el pluralismo constitucional debería prestar más atención a la forma de integrar y articular el trabajo de las demás autoridades públicas en el seno del constitucionalismo multinivel<sup>697</sup>. Además, pese a que muchas críticas pueden ser desmontadas, algunas otras sobreviven. En este sentido, la construcción del modelo multinivel y, por lo tanto, el pluralismo constitucional debe hacer su mejor esfuerzo para fortalecer las credenciales democráticas del escenario internacional y, en particular del juez internacional, así como reivindicar los demás criterios que fundamentan el ejercicio de autoridad en el seno del constitucionalismo multinivel.

Como se observa, las críticas al proceso constitucional son múltiples y muy variadas. No obstante, la mayoría de ellas pueden matizarse si se toman en consideración varios asuntos: en primer lugar, debemos recordar que el discurso constitucional puede

---

<sup>696</sup> *Op. Cit.* Poiares Maduro. Interpreting European law.

<sup>697</sup> Komarek, Jan. "European constitutionalism and the European arrest warrant – in search of the contrapunctual principles' limits". *Jean Monnet Working Paper* 10/05 NYU, School of law, 2005.

escindirse del escenario estatal y que, además, puede pararse sobre sus propios pies (parafraseando a Fassbender) por lo que sus razones, herramientas, objetivos y alcances pueden diferir del modelo nacional. En segunda instancia, es imprescindible tener presente que la constitucionalización *es per se* un proceso, así pues, el que muchas de las condiciones necesarias no existan en el momento actual no quiere decir que el proceso no pueda seguir su marcha e ir logrando sus objetivos paulatinamente. Finalmente, en atención a lo anterior, debemos recordar que el proceso constitucional no ha sido pensado en términos de ‘todo o nada’ sino desde una perspectiva gradual y matizada<sup>698</sup>.

Así pues, basta una comprensión acertada y un enfoque contextualizado y realista de la propuesta constitucional para matizar e incluso desvirtuar varias de sus críticas<sup>699</sup>. Sin embargo, resulta imprescindible señalar que hay obstáculos reales al proceso constitucional; desde nuestro punto de vista dos de ellos merecen especial atención: las dificultades para articular diversos escenarios normativa e institucionalmente débiles en aras de asegurar su correcta participación en el escenario multinivel y los obstáculos para asegurar el principio democrático en el actual contexto global.

Respecto de lo primero: es evidente que pese a lo útil que resulta la propuesta multinivel para subsanar las deficiencias del andamiaje internacional, su éxito puede verse obstaculizado por la debilidad tanto normativa como institucional de varios sectores del ordenamiento internacional y del escenario nacional. Así por ejemplo, aquellos regímenes articulados mayoritariamente sobre normas de *soft law* o aquellos que no cuentan con una jurisdicción propia o suficientemente fuerte y actualizada o los políticamente más manipulables tendrán un camino mucho más difícil a la hora de participar de la articulación constitucional.

---

<sup>698</sup> *Op. Cit.* Walker, Neil. The idea of constitutional pluralism.

<sup>699</sup> Esta es la respuesta que plantea Walker ante las críticas al modelo constitucional. En su entender, todas ellas son superables si se toma en consideración el contexto pluralista y los rasgos esenciales del actual escenario internacional. En opinión de este autor, las críticas al constitucionalismo se pueden agrupar en cinco categorías diferentes que se resumen de la siguiente manera: el origen estatal del constitucionalismo y sus rasgos típicos no explican el contexto actual ni lo controlan (statist legacy); El constitucionalismo pierde su potencial explicativo y transformador al usarse para todo (constitutional fetishism); el constitucionalismo padece de una fuerte parcialidad ideológica que favorece ciertos valores sobre otros (normative bias), existe un fuerte abuso de su autoridad simbólica y de su uso como recurso ideológico (ideological exploitation); su creciente manipulación desdibuja su verdadero alcance (debased conceptual currency) *Op. Cit.* Walker, Neil. The idea of constitutional pluralism.

En cuanto a lo segundo, pese a que, como dijimos líneas arriba, el principio democrático adquiere un nuevo significado en el actual escenario global, la concreción de este nuevo contenido sigue siendo una grave preocupación pues aún no hay respuestas del todo satisfactorias ante el reto que implica la necesidad de compensar la pérdida de control de los ciudadanos sobre las decisiones que los afectan<sup>700</sup>.

Ahora bien, estas dificultades no niegan la utilidad del constitucionalismo ni la puesta en marcha del proceso constitucional simplemente ponen de presente lo difícil que es y nos ayudan a comprenderlo a la par que nos permiten saber cuál es el mejor camino para su fortalecimiento<sup>701</sup>. Como veremos a continuación, existen razones suficientes para reivindicar la importancia del discurso constitucional y defender la existencia de la constitucionalización en los términos propuestos.

## **b. Más allá de los obstáculos**

Pese a las reconocidas dificultades a las que se enfrentan el discurso y el proceso constitucional, aún existen razones suficientes para asumir la bandera del constitucionalismo internacional. Analizar el derecho internacional desde el prisma constitucional nos permite comprender los vacíos de su actual funcionamiento y, sobre todo, nos ayuda a pensar en el ordenamiento que queremos y en la forma de conseguirlo<sup>702</sup>. Además, la lectura del derecho internacional desde la mentalidad

---

<sup>700</sup> Sobre los retos al principio democrático en el escenario de la globalización y las posibles respuestas al mismo ver: Bogdandy, Armin Von. "Globalization and Europe: How to square democracy, globalization, and international law", *The European Journal of International Law*, Vol. 15, Nº.5, 2004.

<sup>701</sup> *Op. Cit.* Klabbers, Jan; Peters, Anne; Ulfstein, Geir., *The constitutionalization of international law*. p 390

<sup>702</sup> En este sentido el constitucionalismo genera conocimientos, nos ayuda a entender el derecho, y sobre todo el papel del derecho en la política. *Op. Cit.* Klabbers, Jan; Peters, Anne; Ulfstein, Geir., *The constitutionalization of international law*. p 390

constitucional no sólo le es útil a este ordenamiento, ella ayuda a pensar en un ‘espacio jurídico global’<sup>703</sup> en el que el derecho nacional también juega un papel fundamental<sup>704</sup>.

Así, desde nuestro punto de vista, el discurso y el proceso constitucional pueden defenderse tomando en consideración dos perspectivas diferentes. Por una parte, la superación de los defectos del derecho internacional y la comprensión del actual panorama legal. Por la otra, la búsqueda de un mejor ordenamiento y, por lo tanto, la planificación del camino a seguir.

En efecto, el constitucionalismo nos permite enfrentarnos a los defectos del pasado y a los actuales problemas del ordenamiento internacional. Tal como hemos señalado a lo largo de este trabajo, el discurso constitucional se alimenta de las fallas que padece el ordenamiento internacional toda vez que la superación de sus consecuencias nocivas y la consecución de un mejor ordenamiento es su razón de ser. En este sentido, el constitucionalismo aparece como una oportunidad para abandonar los lastres del pasado y para repensar el escenario internacional (parafraseando a Walker: *constitutionalism as imagination*<sup>705</sup>). Baste mencionar sólo un par de cuestiones para dar cuenta de ello.

Así, este discurso nos ofrece una oportunidad para adaptar la idea horizontal del derecho internacional -concebido como un ordenamiento que regulaba los intereses

---

<sup>703</sup> “En consecuencia, los contactos entre los órdenes internacional e interno y sus respectivos agentes pueden aproximar su contenido y ofrecer posibilidades de interpretación que armonicen sus normas y eviten posibles contradicciones en virtud de la persecución de metas comunes y la difuminación de la frontera entre lo interno y lo internacional, potenciada por la globalización. Una frontera que, además, se ve debilitada en virtud de la expansión material del Derecho internacional, que propicia la coincidencia entre el ámbito de aplicación de los Derechos internacional e internos en diversas áreas, como las relativas a la protección de la dignidad humana. Este solapamiento, aunado al aumento de órganos encargados de la vigilancia del Derecho internacional, potencia la posibilidad de que las normas y las decisiones internacionales sean examinadas en los foros internos. A su vez, esta situación puede conducir a que el prestigio y la operatividad del Derecho internacional se vea fortalecido o debilitado en el plano interno en virtud de su recepción por los jueces nacionales, cuya práctica puede generar un mensaje simbólico legitimador.” *Op. Cit.* Espósito, Carlos y Nicolás Carrillo Santarelli. Los jueces nacionales como garantes de bienes jurídicos humanitarios. p 55

<sup>704</sup> La mezcla de los ordenamientos producto del pluralismo constitucional facilita el logro de los ideales del constitucionalismo. Maduro, Miguel Poiars. “The three claims of constitutional pluralism”, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung [en línea], Disponible en: <http://www.wzb.eu/sites/default/files/veranstaltungen/miguelmadurothreeclaimsofconstitutionalpluralismh> [18 de agosto de 2013]. p13 y 14

<sup>705</sup> Walker, Walker. “Constitutionalism and Pluralism in Global Context” *Constitutional pluralism in the European Union and Beyond*, Matej Avbelj and Jan Komarek (eds). Hart, 2012. P. 17-38

entre los actores participantes (Estados)- a la nueva realidad que lo ubica como un derecho más vertical y público<sup>706</sup>. En este sentido, el constitucionalismo nos ayuda a reformular el papel del voluntarismo estatal en asuntos tan importantes como el fundamento y la legitimidad del ordenamiento internacional o el proceso de formación normativa. Gracias a esto, el Estado y los nuevos actores internacionales se ubican en un lugar más realista respecto de su papel en la conformación del ordenamiento internacional lo que, a su vez, permite articular mejores controles al ejercicio del poder.

Así pues, podemos ver en el constitucionalismo una ocasión para, parafraseando a Kumm<sup>707</sup>, superar las viejas dicotomías y, con ello, plantear una nueva forma de pensar el derecho internacional acorde con la realidad plural y multinivel del actual escenario internacional sin renunciar a las pretensiones de universalidad o al respeto por la

---

<sup>706</sup> *Op. Cit.* Klabbers, Jan; Peters, Anne; Ulfstein, Geir, The constitutionalization of international law. P 388; *Op. Cit.* Chang, Wen-Chen y Yeh. The Emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges and Solutions. p.18. Schwöbel Luego de hablar de como se ha privatizado y de como hay fuerzas mas alla del derecho dice A constitutionalised international law would reintroduce the ‘publicness’ of public international law in a way that it would act as a framework for this currently obscured or invisible sphere of legal relationships. The framework would provide a mechanism of making these legal relationships more controllable. It is after all control and order that provide the comforting duvet (or is it a security blanket?) for lawyers. Constitutionalism, the quintessence of the ‘public’, would thus undoubtedly confirm the power of law to regulate international society. Schwöbel, Christine E. J. “Organic global constitutionalism”, *Leiden Journal of International Law*, N°23, 2010. p. 10.

<sup>707</sup> ...the constitutionalist approach conceptually reconnects to a tradition of thinking about national and international law in which the legal and political world was not yet deeply divided between national and international law (...) Today citizens in constitutional democracies would do well to assess and engage the world of legal and political practice using a conceptual framework that transcends old dichotomies. The constitutionalist model is committed *not* to an international constitutional law but to constitutionalism beyond the state. It suggests that constitutionalist analysis is usefully undertaken when confronting and assessing legal and political practices that effect citizens. It is increasingly less obvious that it even makes sense to think about something called ‘domestic law’ and something else called ‘international law’ relating to one another. The unity of domestic law is disintegrating at the same time as international lawyers worry about fragmentation. Simultaneously, deep linkages between national and international practices in specific areas of regulation are established. It may be more helpful to think of the legal world consisting of a myriad of legal and political practices relating to one another in complicated and highly differentiated ways, ultimately grounded in a commitment to an idea of the human dignity and autonomy and plausibly assessed by constitutionalism as a method of analysis. There is no longer a person (the king) or an institution (the parliament), a text (the constitution) or even a source (‘We the People’) that can plausibly serve as an ultimate normative point of reference and symbol of the unity and coherence of the legal and political world. In this sense, the world may be moving beyond constitutions. But it may just be discovering constitutionalism beyond the state. *Op. Cit.* Kumm, Matthias. The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis. p 929.

diversidad<sup>708</sup>, logrando con ello la armonización, la superación de los vacíos y, por lo tanto, la verdadera protección de los intereses jurídicos de la comunidad internacional<sup>709</sup>.

Esta oportunidad para superar los defectos del pasado nos permite, a su vez, pensar en el futuro que queremos para el derecho internacional. Aun cuando el discurso constitucional no trae soluciones últimas sí que facilita la construcción de un mejor ordenamiento jurídico, toda vez que permite apuntar hacia un derecho más humano, más armónico, mejor estructurado, con mejores controles, todo ello gracias al reconocimiento de sus límites y particularidades y sirviéndose de los diversos procesos que experimenta el derecho internacional.

Como hemos señalado a lo largo de este trabajo, el discurso constitucional, pero sobre todo el modelo pluralista y multinivel acá propuesto, parte del reconocimiento de

---

<sup>708</sup> “To put it more concretely, the pluralist conception of the international legal system recognizes—and possibly thrives on—the diversity of the system. A wide range of courts will interpret, apply, and develop the corpus of international law. States will face differing sets of obligations that may even be interpreted differently by various tribunals and may at times conflict. Possibly most significantly, national and international legal processes will interact and influence one another, resulting in new hybrid procedures, rules, and courts. Yet, these developments will occur within a common system of international law engaged in a constructive and self-referential dialogue that consciously seeks to maintain the coherence of the overall system. (...) pluralist system will operate most effectively if it is closely linked to the aforementioned interjudicial dialogue. Through this dialogue the diverse elements of the international legal system can remain part of an interconnected global conversation that recognizes both diversity and unity”. *Op. Cit.* Burke-White, William. *International legal pluralism*. p. 977, 978 y 979

<sup>709</sup> “An integral and adequate protection of human beings against all threats cannot be achieved without cooperation, complementarity, coordination and (especially) normative and strategic joint action addressed at constructing beliefs and commitments on the protection of human dignity, which is based on the existence of binding explicit or implied duties. The three forms of interplay, i.e. coordination, cooperation and normative strategies, are to be understood in all their dimensions: among states, among legal systems, and among actors, taking advantage of the opportunities offered by the global landscape. The coordinated, joint and orderly action by several actors through the mechanisms available under several interacting legal systems is essential for the protection of common legal interests and values of a global entity (GLGs). Besides the required interplay of multiple participants in the global context, an interaction between different legal mechanisms in an organized manner is required in order to fill existing gaps. This is related to tools of multi-level governance, such as complementarity or subsidiarity, among others, that arrange the interaction and phases in which different legal levels are to try to tackle certain problems. Another aspect related to multi-level frameworks, in a global and somewhat “neomonist” context, has to do with the lesser resources currently available to international bodies when compared to those at the disposal of many -but not allnational authorities, and the fact that the contribution of domestic authorities pursuing global humanitarian goals is essential in order to provide an effective protection to human dignity, given their closeness to people and the immediacy with which they can address cases to be examined. In the light of the above, by stressing the idea that legal systems are intertwined and have underlying common goals, the procedural dimension of the protection of global legal goods should count with the contribution of multiple systems and actors, both by adopting multi-level and simultaneity-based strategies, and by taking advantage of the strengths and complementarity of each of them. First of all, GLGs operate in accordance to several criteria of distribution of competences and allocation of responsibilities, each of which complement each other”. Carrillo, Nicolás. *Enhanced multilevel protection of human dignity in a globalized context through humanitarian global legal goods*. P 36 y ss.

las necesidades y carencias del escenario internacional, es en ellas, y en el anhelo de superarlas, donde encuentra sus cimientos. Reconocer los obstáculos y las particularidades con miras a la concreción de los ajustes necesarios es el primer paso para construir un mejor ordenamiento jurídico. Ahora bien, este reconocimiento no es la única ventaja del discurso constitucional ni es exclusivo del mismo. En general, el proceso de metamorfosis que le sirve de excusa y herramienta al proceso constitucional ha sido jalonado por diversos y disímiles discursos, sin embargo, la ventaja que ofrece el constitucionalismo es la articulación y potencialización de todos ellos<sup>710</sup>. Como resultado de este reconocimiento y del ensamblaje de todos los procesos de cambio experimentados por el ordenamiento jurídico, el constitucionalismo puede ofrecernos un conjunto de respuestas, una serie de herramientas y estrategias que ayuden a la renovación del ordenamiento internacional sin perder de vista la realidad en la que se inserta.

Ahora bien, el constitucionalismo internacional no sólo es beneficioso para el derecho internacional, su consolidación también ayuda al fortalecimiento de los ordenamientos y las instituciones nacionales, así como al perfeccionamiento de los procesos de integración y, en general, a la conformación de un mejor espacio jurídico global.

Como hemos visto, una visión constitucional del derecho internacional en los términos acá propuestos permite, por una parte, reivindicar el protagonismo de los ordenamientos nacionales en el escenario global y, por la otra, ayudar a su perfeccionamiento<sup>711</sup>. No se trata pues de promover la absorción de los ordenamientos nacionales por un derecho global o por un Estado global sino por el contrario de fortalecer los ordenamientos locales y de empoderar a sus operadores<sup>712</sup> para que puedan

---

<sup>710</sup> Volk se refiere a él como un concepto sombrilla en el que se cobijan todos los cambios, sus explicaciones y las respuestas a los mismos. Volk, Christian. "Why global constitutionalism does not live up to its promises", *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 4 N° 2, 2012. p 4

<sup>711</sup> Schilling. La constitucionalización del derecho internacional ayuda a proteger a la comunidad internacional y a sus intereses pero también ayuda a proteger al derecho nacional. *Op. Cit.* Schilling, Theodore. "On the Constitutionalization of General International Law"

<sup>712</sup> Tal como señala Pisarello, es imprescindible asegurar la coherencia entre los ordenamientos sin que ello signifique sacrificar ideantidades o relegar las necesidades propias, por ello es imprescindible asegurar la efectividad de los sistemas nacionales e internacionales de protección que garantizan la eficacia de las normas constitucionales. Hay que lograr, así, equilibrar la satisfacción de las necesidades locales con las universales. Pisarello, "Gerardo. Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías

participar del escenario global, para que logren reivindicar sus prioridades y perspectivas, para que coadyuven en la consecución de objetivos comunes y para que asuman las responsabilidades que les impone el nuevo panorama jurídico, entre ellas, la de ejercer un mejor control sobre los actores internacionales.

Siguiendo esta misma línea, el modelo propuesto nos permite comprender la nueva forma como el derecho internacional y los ordenamientos nacionales se relacionan para la construcción de dicho espacio jurídico global. Así, el modelo multinivel nos ayuda a entender que cuando se trata de la relación entre estos dos ordenamientos no podemos comprenderlos como compartimentos estancos, pero tampoco como un sistema jerárquicamente constituido, por el contrario, el constitucionalismo multinivel nos permite articular una respuesta acorde con el actual escenario pluralista según la cual podemos satisfacer la necesidad de interacción y armonización a través de normas y procedimientos sincronizados.

Además, el constitucionalismo multinivel también permite guiar y perfeccionar los diversos procesos de integración. El fortalecimiento de los ordenamientos y actores nacionales, la reformulación de su relación con el escenario internacional, el reconocimiento de objetivos comunes cuya consecución requiere del trabajo mancomunado, el nuevo rol del derecho internacional en el seno de los ordenamientos internacionales, son algunos de los cambios que facilitan los diferentes proyectos de integración funcional y/o territorial.

En suma, el constitucionalismo que proponemos sirve para ver el mundo tal y como es y para pensar el derecho en consecuencia; el constitucionalismo nos deja ver que vivimos en medio de un escenario fragmentado y profundamente pluralista en el que, sin embargo, no hay diferencias profundas entre el derecho internacional y los ordenamientos nacionales; el constitucionalismo nos permite ver que ambos ordenamientos tienen muchas cosas en común y que lo que importa es pensar como articularlos, armonizarlos, conseguir sus objetivos comunes, mantener coherente su interacción; el constitucionalismo nos deja ver que la legitimidad de toda autoridad

---

del cosmopolitismo jurídico". *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Carbonell, Miguel (Ed.) Trotta. 2007. p. 173 y 180

dependerá de su apego a los propósitos para los cuales fue creada, de su ayuda en la realización de objetivos comunes, de su aporte a la coherencia de todo el escenario jurídico global.

Así, pese a lo difícil que puede llegar a ser la consolidación del proceso constitucional, sus promesas están a la orden del día, por ello, aun cuando suene a utopía, tal como sonaba el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX en su momento<sup>713</sup>, podemos pensar en un futuro esperanzador siempre que apuntemos en la dirección correcta para poder conseguirlo<sup>714</sup>. En este sentido, más allá de la utopía, la constitucionalización internacional es un proyecto que, aun cuando difícil, es realizable<sup>715</sup> pero, sobre todo, necesario.

---

<sup>713</sup> Tal como lo señala Pisarello, el constitucionalismo nacional también se creó sobre una cultura y contexto necio *Ibidem* p. 180

<sup>714</sup> Atienza, citando a Ferrajoli, señala: “la ampliación del paradigma del Estado constitucional de derecho a las relaciones internacionales” supone para él ‘el máximo reto lanzado por la crisis del derecho y del Estado a la razón jurídica y a la razón política’ y representa, además, ‘la única alternativa racional a un futuro de guerras, de violencias y fundamentalismos’. No existen, en su opinión, ‘razones para ser optimistas’, pero no porque se trate de un programa utópico o irrealizable: ‘simplemente no se quiere hacer porque entra en conflicto con los intereses dominantes”. *Op. Cit.* Atienza, Manuel. Constitucionalismo, globalización y derecho. p. 274

<sup>715</sup> Usando las palabras de Pisarello, se trata de un proyecto utópico pero realizable. Pisarello, “Gerardo. Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico” p. 178



## Conclusiones

La mirada tradicional, típicamente estatista, del derecho internacional y de su relación con los ordenamientos internos ya no es suficiente para afrontar los retos del actual escenario jurídico. Hoy en día, resulta imprescindible adoptar una postura más comprensiva que dé cuenta de la interacción de las diversas esferas jurídicas y de su papel en la articulación de respuestas útiles ante la creciente complejidad de los problemas a los que se enfrenta la comunidad internacional. Nuestro trabajo se enmarca en esta premisa. Así, más que desarrollar un típico análisis de una estructura propia del derecho internacional, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, nos preocupamos por estudiar su interacción con los ordenamientos nacionales, la importancia de dicha relación, los alcances de la misma, pero, sobre todo, el papel que todo ello juega en la comprensión del actual panorama jurídico global.

Esta particular perspectiva nos permite extraer conclusiones sobre tres cuestiones diferentes. En primer lugar, este trabajo nos permite evidenciar los cambios en las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, su creciente interacción e interdependencia, así como las consecuencias que dicha transformación tienen sobre la protección ofrecida a los individuos. Todo esto nos permite analizar el trabajo del sistema interamericano de protección, comprender el esfuerzo de los jueces nacionales y apuntar el norte a seguir con miras a perfeccionar el trabajo mancomunado de los dos niveles de salvaguarda. En segundo lugar, este trabajo nos ayuda a comprender el papel de los mecanismos nacionales y regionales en el seno del proceso de cambio del derecho internacional, específicamente en el marco de su proceso de constitucionalización. En este sentido, logramos dos cometidos: probar que la constitucionalización está teniendo lugar y que el trabajo de los esquemas multinivel de protección es fundamental para la misma. Finalmente y respecto de esta última cuestión, este trabajo nos permite elaborar algunas ideas en torno al proceso de constitucionalización en sí mismo y a su papel en la configuración del escenario jurídico global. A continuación, nuestras conclusiones respecto de cada uno de estos asuntos.

## **a. Del monismo y el dualismo a los esquemas multinivel de protección**

*(Primera) En el escenario latinoamericano los cambios experimentados tanto por el derecho internacional como por los ordenamientos internos dan lugar a un marco normativo y al desarrollo de algunos mecanismos que facilitan el diálogo entre los jueces.*

Gracias al proceso de humanización, así como a la expansión y el fortalecimiento del constitucionalismo a nivel nacional, hoy en día derecho internacional y ordenamientos nacionales comparten un objetivo: la protección de los individuos. Como consecuencia de este giro, el derecho internacional ha matizado varios de sus marcados rasgos estatistas y los ordenamientos constitucionales de la región se han abierto al derecho internacional de los derechos humanos. Todo esto explica y facilita la interdependencia de los dos niveles de protección y la creciente interacción entre sus operadores.

Así pues, como consecuencia de esta metamorfosis, aparecen las normas que permiten la interacción de los jueces de protección. En el derecho interamericano contamos con el preámbulo de la Convención Americana, las obligaciones generales sobre reconocimiento, respeto y garantía (Art. 1.1 y 2 CADH), el derecho de acceso a la justicia (Art. 8 y 25 CADH), las reglas de interpretación (Art. 29 CADH) y las normas sobre obligatoriedad y cumplimiento de las sentencias (Art. 63, 65 y 68 CADH). Por su parte en los ordenamientos nacionales tenemos cláusulas de incorporación, de interpretación o de remisión al derecho internacional de los derechos humanos y las normas sobre cumplimiento de condenas internacionales.

Todas estas disposiciones que pretenden lograr la protección efectiva de los individuos sirven como sustento al deber de coordinación entre los dos niveles de salvaguarda y, por lo tanto, ofrecen la justificación necesaria para la comunicación entre sus operadores. Así, como resultado de este marco normativo se desarrollan las herramientas jurisprudenciales que permiten la articulación de los ordenamientos jurídicos: la interpretación conforme y el control de convencionalidad. Estos dos

mecanismos, escaños diferentes del proceso de armonización, resultan ser fundamentales para la protección pues gracias a ellos se perfeccionan los mecanismos que sirven como base al andamiaje de tutela.

*(Segunda) La suma de todos estos factores -contexto, normas y herramientas- permite el desarrollo del diálogo interjudicial que da lugar a la creación de una red de protección (en cuyo seno la CorteIDH funge como corte constitucional) gracias a la cual se abre paso a la creación de un ius commune interamericano.*

En efecto, tal como pudimos comprobar, gracias al marco normativo nacional y regional, la creciente interacción entre los jueces de protección en Latinoamérica puede ser catalogada como algo más que migración de ideas o como un ejercicio de derecho comparado. Dicha comunicación judicial es, en estricto sentido, un diálogo entre jueces, esto es, un proceso comunicativo que surge como consecuencia de la obligación de tener en cuenta el trabajo de otros jueces para poder aplicar el propio derecho. Si bien es cierto el desarrollo de este diálogo no es uniforme y sus alcances difieren de un escenario a otro, su puesta en marcha es una realidad en proceso de perfeccionamiento a lo largo y ancho de la región.

A partir de este diálogo se construye la red judicial latinoamericana, una estructura multinivel de protección en la que los mecanismos nacionales e internacionales se articulan para proveer la mejor protección posible a los individuos. En el marco de esta red, los jueces nacionales fungen también como agentes del derecho internacional toda vez que de su trabajo depende la efectividad de las normas regionales y dado que de su tarea puede determinar la formación y aplicación de dicho ordenamiento. Al mismo tiempo, los jueces interamericanos desarrollan funciones propias de un juez constitucional ya que se erigen como custodios de normas - internacionales y nacionales- con funciones constitucionales y, en este sentido, se pronuncian sobre la compatibilidad de las normas nacionales con las normas interamericanas, establecen parámetros para la interpretación conforme a la Convención y protegen a los individuos.

Esta naturaleza constitucional de los jueces regionales no significa, en ninguna medida, que la CorteIDH es superior jerárquico de los jueces constitucionales nacionales. La relación entre los dos ordenamientos involucrados y, por lo tanto, entre sus agentes, se desarrolla en el marco del pluralismo constitucional por lo que la relación de los jueces de protección se construye en términos heterárquicos y no jerárquicos. En este sentido, a la hora de decidir cuál de las interpretaciones ha de prevalecer, debe tenerse en cuenta, por encima de todo, la necesidad de asegurar la mayor y mejor protección posible a los individuos.

Otra de las consecuencias de la red es la creación de un *ius commune* interamericano, esto es, un marco mínimo de protección que incluye las obligaciones elementales respecto de la protección de los derechos humanos. El *ius commune*, que se caracteriza por su naturaleza dinámica y por lograr el equilibrio entre la realidad regional y los intereses nacionales, tiene cinco funciones básicas: establece un estándar mínimo de protección, a la vez que eleva los parámetros de salvaguarda. Así mismo, facilita la comunicación entre los diversos agentes de protección y la coherencia del sistema de tutela. Finalmente, sirve como parámetro de validez de las normas, tanto constitucionales, como internacionales y en ese sentido se erige como un derrotero para el legislador y, en general, como parámetro de conducta para el ejercicio del poder.

*(Tercera) La red judicial facilita la protección de los derechos humanos pues no sólo asegura la eficacia de los mecanismos de protección sino que, además, permite la tutela de los individuos incluso sin que sea necesario acudir a los escenarios judiciales.*

Los alcances de la red de protección, es decir, de la interacción judicial, deben evaluarse tomando en cuenta los cambios que esta genera y que ayudan a potenciar la efectividad de la tutela de los derechos humanos. Desde nuestro punto de vista, existen tres grandes logros que vale la pena destacar.

El primero es el impacto que la red ha generado en la forma como se conciben las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. La conformación de la red es, a su vez, causa y consecuencia de la mutación que experimenta la relación entre estos dos ordenamientos. Ella da cuenta, ante todo, de su mutua permeabilidad e

interdependencia y de la necesidad de que sus actores interactúen y se reconozcan como agentes de un mismo cometido cuya efectividad depende de la armonización de los dos sistemas. Así, La articulación de la red judicial a través del diálogo demuestra que antes que compartimentos estancos (dualismo) o que estructuras jerárquicamente consolidadas (monismo), derecho internacional de los derechos humanos y derecho constitucional son parte de un pluriverso normativo que permite la articulación de la estructura multinivel de protección.

En este sentido, la red permite: por una parte, comprender que los agentes de ambos ordenamientos ya no actúan independientemente, sino que se insertan en un escenario mucho más complejo de coordinación y complementariedad en el que no existe jerarquía alguna. Por la otra, dar cuenta de cómo se teje esa relación y de los resultados de la misma. Lo primero nos ayuda a asumir y, por lo tanto, a enfrentar mejor y más fácilmente el nuevo escenario, lo segundo nos permite trazar derroteros que perfeccionen la interacción y que eviten sus baches con miras a lograr una mejor protección de los individuos.

El segundo son los ajustes experimentados por los ordenamientos nacionales. Así, con ocasión del diálogo se ha logrado: reformas constitucionales o reinterpretaciones constitucionales que facilitan el uso del derecho internacional de los derechos humanos en el seno del derecho interno, la ampliación del alcance del catálogo de derechos, las reformas procesales e institucionales que facilitan la protección, la expedición de reglas para lograr el cumplimiento de las sentencias internacionales. Todo esto redundando en el fortalecimiento de la protección ofrecida a los individuos.

El tercero son los efectos sobre los mecanismos de protección: el diálogo ofrece herramientas tanto a los jueces nacionales como al juez regional para justificar la extensión y profundización de su trabajo. Al mismo tiempo, tal como pudimos ver, la interacción entre los jueces ayuda al cumplimiento de las órdenes internacionales y con ello, potencia la efectividad del mecanismo regional.

Ahora bien, desde nuestro punto de vista el mayor logro del diálogo interjudicial radica en sus consecuencias más allá de los mecanismos de protección, en los cambios

que genera en el seno de cada ordenamiento y que permiten que los derechos humanos sean protegidos antes de acudir a los estrados judiciales o, por lo menos, antes de acudir al escenario regional. Es en este sentido, en el que podemos afirmar que la red judicial de protección asegura la efectividad del ordenamiento internacional, su existencia hace posible la protección prevista en el derecho interamericano toda vez que permite el cumplimiento de las obligaciones de reconocimiento, respeto y garantía.

*(Cuarta) Si bien este modelo multinivel de protección no está exento de críticas la mayoría de ellas pueden superarse gracias a una comprensión apropiada de los alcances de la red judicial. En todo caso, hay algunos retos que deben tenerse en cuenta. Entre ellos, la profundización y estructuración del ejercicio dialógico.*

Muchas de las críticas a la red judicial se basan en la inexistencia del diálogo, en la insuficiencia de sus resultados o en los obstáculos al mismo. Como pudimos comprobar el diálogo se está llevando a cabo, sus resultados ya son palpables y si bien es cierto que aún existen obstáculos por superar, ello no niega la conformación de la red judicial, simplemente marca el derrotero a seguir para su perfeccionamiento. En este sentido, hay que trabajar tanto desde el ámbito nacional como desde el escenario regional.

A nivel regional hace falta trabajo en dos frentes: por una parte los propios jueces interamericanos, por la otra la organización regional. En efecto, los jueces regionales deben profundizar y perfeccionar su actitud receptiva, reconocer a sus homólogos nacionales como agentes del derecho interamericano y como fuente de conocimiento útil al cometido de protección; también deben esforzarse por aclarar el fundamento de sus decisiones y los alcances de las mismas, asumir los errores y hacer propósito de enmienda de ser el caso, en suma: modestia, autocrítica, reconocimiento, deferencia y respeto están en el orden de día y son el marco de los ‘pequeños grandes pasos’ que debe dar el juez interamericano con miras a perfeccionar el diálogo interjudicial, su tarea consiste en tener siempre presente el impacto sistémico de sus decisiones. Por su parte, La OEA puede ayudar al diálogo asegurándose de dotar a la CorteIDH con los mejores jueces, así como con mayores recursos. Igualmente, la Organización puede respaldar el trabajo de la CorteIDH reforzando el mecanismo de supervisión de cumplimiento de las

sentencias interamericanas o apoyando la interacción informal entre los miembros de todas las judicaturas. Así mismo, está en manos de la OEA aunar esfuerzos para que todas sus instancias, programas y herramientas ayuden a fortalecer el estado de derecho en la región. Judicaturas fuertes, separación de poderes, pesos y contrapesos, democracias en pleno funcionamiento, entre otras, son precondiciones esenciales para el diálogo interjudicial y, con él, para el efectivo cumplimiento de las obligaciones internacionales.

Tratándose del escenario nacional también hay varias tareas pendientes, evitar el miedo al prevaricato con un marco normativo que avale el uso del derecho internacional por parte de los operadores jurídicos, capacitar a los jueces y dotar a la judicatura con mayores recursos son algunas de las más urgentes. Además de estos ajustes al contexto, el propio juez nacional puede ayudar a la consolidación de la red. Tal como en el escenario regional, el juez nacional debe reconocerse a sí mismo como partícipe del diálogo interjudicial y debe asumir a la CorteIDH como un interlocutor válido. De igual forma, el juez nacional debe esforzarse por perfeccionar su razonamiento legal, por ser consistente en la forma como se sirve del derecho interamericano, por dar cuenta de su posición ante el mismo y por ofrecer los argumentos necesarios que justifican dicha posición.

Estos no son todos los frentes de trabajo que deben tenerse en cuenta, sin embargo, desde nuestro punto de vista son aquellos que requieren mayor atención a la hora de perfeccionar el diálogo y con él, el andamiaje multinivel de protección.

En suma, podemos decir que la figura de la red judicial interamericana nos permite explicar una realidad palpable, nos ayuda a organizarla y comprenderla, nos permite analizar sus alcances. En este sentido, la idea de la red judicial nos ayuda a entender el nuevo papel de los jueces nacionales e internacionales en el seno del proceso de protección, nos ayuda a descubrir los efectos de la internacionalización del derecho constitucional, nos muestra los cambios del derecho internacional y nos deja apreciar los efectos de todo ello sobre el sistema interamericano de protección y los mecanismos nacionales de tutela. Ahora bien, no podemos olvidar que esta articulación con miras a

la consecución del cometido de protección hace parte de un proceso de metamorfosis del derecho internacional aún mayor.

### **b. El modelo multinivel de protección y el constitucionalismo internacional**

*(Quinta) En el actual escenario jurídico, dadas las particularidades del derecho internacional y su interdependencia con los ordenamientos nacionales, la única manera de pensar el proceso constitucional es a través de estructuras multinivel.*

El discurso constitucional ha adquirido fuerza considerable en las últimas décadas en el escenario internacional. Pese a ello, no existe una idea única respecto de lo que significa el constitucionalismo ni hay acuerdo en los alcances del término “constitucionalización” o en relación con la idea de Constitución.

Para nosotros, el constitucionalismo internacional es la corriente de pensamiento que pretende dotar al derecho internacional de rasgos constitucionales. Los principales objetivos del discurso constitucional internacional son a) el reconocimiento de unos valores fundamentales que se conjugan para servir como cimiento, y como norte, del derecho internacional –democracia, legalidad, dignidad humana, solidaridad, etc.- y b) la construcción de un marco normativo, así como de un andamiaje institucional apto para la limitación del poder y la salvaguarda de dichos valores. En este contexto, la constitucionalización del derecho internacional es el proceso gracias al cual se materializa el constitucionalismo, es decir, el proceso mediante el cual se implementan estructuras, procedimientos o normas que cumplen funciones constitucionales en el marco del derecho internacional.

Dadas las particularidades del ordenamiento jurídico, la constitucionalización internacional tiene diferentes alcances según el ámbito del que se trate. La concreción de todos los valores no es la misma y la articulación del marco normativo y del aparato institucional en torno a su protección varía según el tema y el escenario del que se trate.

*(Sexta) Atendiendo a la disímil concreción del proceso constitucional en el escenario internacional, actualmente sólo es posible hablar de un tipo particular de constitucionalización, esto es, la constitucionalización multinivel.*

El constitucionalismo multinivel parte de dos supuestos fundamentales: (1) cada uno de los ordenamientos jurídicos hoy estrechamente interdependientes experimentan diversos grados de constitucionalización y (2) es la suma de todos ellos lo que nos permite pensar en un proyecto constitucional global cuya concreción, no obstante, no aspira a la conformación de un régimen constitucional único sino a la articulación de los diversos espacios jurídicos con miras a la consecución de objetivos constitucionales.

Este constitucionalismo multinivel y la idea de red constitucional surgen en un contexto de pluralismo constitucional, esto es, parten del reconocimiento de que existen diferentes escenarios, normas y autoridades constitucionales que se relacionan de forma ‘heterárquica’ y complementaria antes que siguiendo reglas de jerarquía. En este contexto, podría decirse que el constitucionalismo multinivel es la propuesta erigida ante la nueva realidad internacional en la que el pluralismo constitucional enmarca el ejercicio de la autoridad pública y la consecución de los cometidos constitucionales. En dicho escenario, la red constitucional es la forma a través de la cual se consolida el proceso de constitucionalización y el diálogo entre los diferentes niveles es la herramienta para su concreción.

En el marco del constitucionalismo multinivel la idea de un texto constitucional único no tiene cabida. En este escenario hablamos de constitución en red, esto es, del conjunto de normas, ubicadas a diversos niveles, que se articulan para lograr la garantía de la dignidad humana a través de la organización y limitación del poder. En este sentido, pese a que no podemos hablar de constitución internacional sí podemos hablar de normas constitucionales internacionales, tanto a nivel sectorial como general.

La naturaleza constitucional de estas normas no depende del documento que las contiene sino de la función que desempeñan, y su supremacía normativa depende de su capacidad para trincar la aplicación de otra norma en el marco de un ejercicio dialéctico contextual para el que poco importa la existencia de jerarquías normativas fijas. La

garantía de estas normas se logra a través de la estructura multinivel que se construye gracias a la interacción de las diversas esferas jurídicas.

*(Séptima) A la luz de estas ideas, la red judicial Interamericana, resulta ser prueba y motor de la constitucionalización del derecho internacional.*

Si atendemos a las ideas que acabamos de exponer, podemos decir que el proceso de interacción que da lugar a la red judicial latinoamericana, así como sus resultados, pueden ser entendidos como prueba del proceso de constitucionalización desde una doble perspectiva. En primer lugar, desde el punto de vista sustancial, podemos decir que la red judicial da cuenta de la existencia de ciertos valores comunes cuya salvaguarda le interesa a todos los Estados de la región. En efecto, sin el reconocimiento de estos valores comunes y este objetivo compartido, el diálogo no sería posible, la red no existiría. Además, los propios resultados del diálogo refuerzan este reconocimiento toda vez que permiten ubicar a los derechos humanos como fundamento y norte a seguir del ordenamiento interamericano y de los derechos internos.

En segundo lugar, desde el punto de vista formal, la red da cuenta de un andamiaje normativo e institucional que propende por la salvaguarda de los valores comunes, así como por la organización y limitación del poder. En efecto, como pudimos ver, los agentes que interactúan en el seno de la red cumplen la importante función constitucional de protección y potencian la efectividad de los mecanismos previstos para lograr la tutela de los individuos. De la mano con esta función, la red ayuda a la organización y limitación del poder desde dos perspectivas diferentes: dentro del Estado y fuera de él.

Resulta fácil comprender que la articulación de los sistemas –nacionales y regional- de protección de lugar a una mejor organización y un mejor control del ejercicio del poder por parte del Estado toda vez que su objetivo último es, precisamente, ajustar la infraestructura y el comportamiento estatal para asegurar la tutela del individuo. En este sentido, mayor y mejor protección suelen significar un mejor control del poder y viceversa. Se trata pues de una estrategia “acción-reacción”, en el entendido de que gracias a la red se potencia tanto la protección como la efectividad de “*the rule*

*of law*” y con ello de los derechos humanos, a nivel nacional. No obstante, los efectos de la protección ofrecida por la red no se limitan al escenario nacional. Su capacidad para moldear el ejercicio del poder se extiende al escenario internacional desde dos perspectivas diferentes. Por una parte, al moldear el poder del Estado (y sus agentes) en su comportamiento como sujeto –principal- del derecho internacional y, por la otra, al ayudar a irradiar el control sobre el comportamiento de otros sujetos internacionales.

En suma, podríamos decir que la red es prueba de que ciertas normas y agentes internacionales cumplen funciones constitucionales (de fundamentación, organización, limitación y articulación del poder, así como de protección).

*(Octava) Ahora bien, desde nuestro punto de vista la red no sólo da cuenta del proceso constitucional en términos generales ella es expresión de una particular forma de constitucionalización: la multinivel.*

Gracias a la red judicial, los dos niveles de protección –nacional y regional- se complementan y armonizan para poder cumplir funciones constitucionales, tal como prevé el constitucionalismo multinivel. La relación entre los diversos niveles que interactúan se construye en un escenario de pluralismo constitucional por lo que no se trata de una relación jerárquica sino heterárquica. Además, el ejercicio de articulación permite la construcción de una constitución en red. En este sentido, las normas que conforman el *ius commune* interamericano pueden ser catalogadas como normas de naturaleza constitucional toda vez que: a) cumplen funciones asignadas a este tipo de normas y b) su garantía jurisdiccional está asegurada justamente gracias a la articulación de la red y en los términos heterárquicos propios de un escenario de pluralismo constitucional.

*(Novena) Finalmente, la red judicial interamericana no solo es prueba de la constitucionalización multinivel, ella es en sí misma motor de la extensión de dicho proceso.*

Además de las funciones ya asignadas al *ius commune* interamericano en el seno del proceso constitucional regional, este mínimo común también sirve como hilo

conductor de la constitucionalización multinivel desde tres frentes diferentes. Por una parte, el *ius commune* interamericano puede servir como derrotero para la integración de los derechos humanos y, con ello, del objetivo de protección, en los demás regímenes funcionales del derecho regional/internacional; en otras palabras, el *ius commune* cumple la función de irradiación que suele tener todo derecho constitucional. Por la otra, este *ius commune* interamericano, al sumarse a los de otras latitudes en la conformación de un *ius commune* general, podrá fungir como hilo conductor de todo el proceso constitucional gracias al cual se pueden articular los diversos bloques que conforman el escenario internacional. En este sentido, el trabajo regional es solo el primer paso de un proceso de articulación (que no de subsunción) mucho mayor. Para finalizar, creemos que el trabajo adelantado desde este escenario multinivel puede servir como derrotero para la articulación de otras redes constitucionales en diversos escenarios territoriales, funcionales o temáticos.

En suma, podemos decir que nuestra red de protección encaja perfectamente en la idea de constitucionalismo multinivel defendida en este trabajo toda vez que gracias a ella se logra el reconocimiento de unos valores comunes cuya protección se consigue a través de la coordinación de un andamiaje de diversos niveles, por medio de la cual, además, se logra organizar el ejercicio de la autoridad pública. Por otra parte, además de ser prueba de este proceso, la red interamericana y sus resultados son motor fundamental para la extensión del mismo ya que el mínimo de protección establecido en su seno puede fungir como referente para otros regímenes del hemisferio y, a la vez, como parte importante de un *ius commune* general que haga las veces de Constitución material del derecho internacional.

### **c. El escenario jurídico global.**

Como señalamos al comienzo de este trabajo, nuestro interés, además de estudiar el trabajo de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, es comprender su papel y el de su interacción con los ordenamientos nacionales en el devenir del escenario jurídico global. En este sentido, además de las conclusiones que acabamos de esbozar nos interesa resaltar las consecuencias de estas ideas sobre el

panorama actual y la futura proyección tanto del derecho nacional como del ordenamiento internacional.

En primer lugar debemos decir que el modelo multinivel que se desarrolla en el escenario latinoamericano nos permite corroborar varios asuntos respecto del derecho nacional. Así por ejemplo, la red nos muestra que las autoridades nacionales ya no necesitan del Estado para desarrollar un papel importante en el escenario internacional ni, respecto del ordenamiento internacional. En este sentido, podría decirse que el Estado se desagrega (Slaughter) para poder hacer parte del concierto internacional. También nos muestra, como señalamos, que los jueces nacionales pueden fungir como jueces internacionales (Tzanakopoulos), o más exactamente, como actores del derecho internacional. Igualmente, este modelo da cuenta de los matices que experimenta la soberanía nacional no sólo en su faceta externa, tal como hemos señalado, sino también en su faceta interna, así, la red nos muestra que cada vez es menor el control absoluto del Estado sobre su territorio y las relaciones que en él se desarrollan.

Ahora bien, este modelo no solo pone en evidencia dicho cambio sobre la soberanía sino que, además, trae consigo la respuesta a los problemas que el mismo genera. En efecto, el modelo multinivel que planteamos tiene la ventaja de permitir que muchas de las decisiones que se toman fuera del ámbito local, pero que tienen efectos sobre el ordenamiento nacional, puedan ser controladas y acopladas a las necesidades locales. Es en este sentido en el que se comprende el paradójico efecto de la red sobre los ordenamientos nacionales: a la vez que se construye sobre los cambios que han permitido restarle control y poder al derecho interno, su articulación exige el desarrollo de una institucionalidad nacional fuerte, así como de un modelo democrático saludable.

En este contexto de cambios, de interacción y ponderación, el derecho constitucional tiene un papel protagónico. Por una parte, el derecho constitucional ha sido uno de los primeros en experimentar la internacionalización: cada vez con mayor frecuencia los ordenamientos constitucionales se ven reforzados por normas de origen internacional que vienen a complementarlos o a coadyuvar en la consecución de sus cometidos. Por la otra, corresponde justamente al derecho constitucional, controlar los

alcances y efectos de este proceso, así como establecer los derroteros para la interacción y la armonización.

Es justamente en este contexto dialéctico en el que se enmarca el futuro de los ordenamientos internos. Al derecho nacional aún le espera una fuerte dosis de internacionalización, pero también un importante proceso de empoderamiento. La necesidad de interacción obligará a los Estados a reforzar su marco normativo y a dotar a sus agentes con las herramientas necesarias para que puedan participar del escenario internacional en igualdad de condiciones o, al menos, con la menor desventaja posible, y para que puedan fungir como agentes del derecho internacional sin que uno u otro rol de lugar al detrimento de los intereses nacionales. Dicho empoderamiento de los ordenamientos y los agentes nacionales ayudará a evitar los efectos negativos de la internacionalización, permitirá aprovechar sus efectos positivos y ayudará a la consolidación del modelo multinivel que defendemos.

Paradójicamente, gran parte de ese fortalecimiento de la institucionalidad o del marco normativo estará determinado por el ordenamiento internacional y en este contexto los sistemas internacionales jugarán un gran papel. A ellos les corresponde ser el faro que guía el fortalecimiento institucional y el freno de los efectos desmesurados de la internacionalización de los ordenamientos internos. Su interacción con los agentes estatales les permitirá sentar un derrotero claro al devenir estatal, su trabajo permitirá reivindicar a la dignidad humana como fundamento y norte de toda mutación.

En el marco de este proceso de transformación y mejora de los ordenamientos nacionales, aún son muchos los asuntos a los que hay que prestar atención. Así por ejemplo, valdría la pena aclarar las cuestiones relativas a la jerarquía de todo tipo de normas internacionales en el seno de los ordenamientos internos y los alcances de los efectos directos de algunas de ellas; las posibilidades y los efectos de su uso por los agentes nacionales no sólo en el seno del derecho interno sino respecto del derecho internacional; las consecuencias de la internacionalización sobre la separación de poderes, en especial sus consecuencias dado el fortalecimiento del papel de la judicatura; la importancia de la garantía del principio democrático ante la incorporación y el uso de las normas internacionales. Estos y otros asuntos serán necesariamente objeto del debate,

cuando se trate de estudiar el futuro del derecho nacional en relación con su interdependencia con el ordenamiento internacional y, por lo tanto, cuando se estudie el futuro del proceso constitucional.

En segundo lugar, además de estas ideas respecto del derecho nacional, el modelo multinivel que desarrollamos también tiene importantes consecuencias sobre la comprensión y la proyección del derecho internacional. Así por ejemplo, este modelo tiene importantes efectos sobre la formación y evolución de las normas internacionales: piénsese por ejemplo, en los límites a la voluntad del Estado en la determinación del alcance de las normas internacionales, o en el protagonismo que han adquirido los jueces al respecto, o en el papel que tiene la interacción judicial en la formación de la costumbre internacional. Sobre este tema de las fuentes del ordenamiento también podría pensarse en la incipiente formación de una jerarquía normativa al interior del ordenamiento, una jerarquía cuyo ápice son los derechos humanos y cuya efectividad depende justamente del andamiaje multinivel. También sobre este asunto de las fuentes habría que pensar en la creciente preponderancia de la jurisprudencia internacional, así como en los alcances del uso de la jurisprudencia nacional en el marco del escenario internacional. Por otra parte, el modelo multinivel también permite pensar en la forma de activar y/o perfeccionar mecanismos de control sobre las actividades que los Estados desarrollan como sujetos del derecho internacional, al mismo tiempo que permite extender estos controles sobre otros sujetos e incluso sobre actores internacionales aún no titulares de subjetividad. Además, este modelo ayuda a prevenir la responsabilidad internacional de los Estados a la par que concede a sus agentes la posibilidad de declarar y enfrentar las consecuencias del incumplimiento de normas internacionales. Estos y otros asuntos dan cuenta de los efectos del modelo que planteamos en la actual lectura y en la futura comprensión del derecho internacional.

Ahora bien, tratándose del presente y el futuro de este ordenamiento jurídico, desde nuestro punto de vista y tal como hemos señalado a lo largo de este trabajo, lo más importante es que la perspectiva multinivel, y el abandono del modelo estatista que ella implica, nos permite concebir el derecho internacional en términos constitucionales. Así, el modelo que planteamos ubica al constitucionalismo en su justo nivel, lo aterriza a la realidad actual y lo muestra como posible.

Gracias a ello, podemos dejar de ver al derecho internacional como un ordenamiento exclusivo de los Estados, como un ordenamiento desarticulado y fuera de control, podemos abandonar la mirada fatalista y asumir una perspectiva más propositiva de tinte humanista que nos permita abordar los cambios y sus retos de forma diferente. En este contexto resulta más fácil pensar, por ejemplo, en controles al proceso de deformalización del derecho internacional o en la construcción de puentes que eviten los efectos nocivos de su fragmentación, en la superación de los graves problemas que trae la debilidad democrática de este ordenamiento, así como en el equilibrio de las necesidades globales con los intereses locales. Así mismo, esta realidad articulada ayuda a superar las debilidades institucionales o normativas de los escenarios nacionales, a la vez que potencia el control del crecimiento exponencial del derecho internacional.

En este escenario, los sistemas internacionales de protección y su interacción con los ordenamientos nacionales resultan ser pieza clave. Su trabajo es el corazón del proceso de articulación, por lo tanto, son el eje del discurso constitucional. Su efectividad asegura la irradiación del andamiaje entero con los valores propios del constitucionalismo; de su éxito depende, en gran medida, la constitucionalización y con ella, la superación de los grandes retos del ordenamiento internacional.

En otras palabras, podemos decir que todos los cambios que reseñamos ponen de presente una realidad indiscutible: la supervivencia individual de los ordenamientos es imposible, resulta fundamental la articulación, armonización y complementariedad entre ellos con miras a lograr su efectividad. Esta interdependencia y las posibilidades de interacción a las que da lugar, es una de las razones que hace posible el triunfo del constitucionalismo y, con él, la superación de los vacíos propios de cada ordenamiento. En este sentido, si bien Slaughter y Burke White dijeron hace algunos años que el futuro del derecho internacional es doméstico, nosotros creemos que el futuro del escenario jurídico, desde la perspectiva que se prefiera –nacional o internacional-, es multinivel.

## Bibliografía

### Libros y capítulos de libros

#### A

A.A.V.V. Enforcing International Human rights in domestic Courts. International studies in human rights, Conforti, Benedetto; Francioni, Francesco Eds. Vo. 49. Martinus nijhoff publishers. 1997.

A.A.V.V. “Globalización de los Derechos, Repensando la condición humana”. *Debates en Derechos Humanos*. Jesús Balbín Álvarez, William y Arango Velásquez, Oscar Ignacio Comps. Instituto Popular de Capacitación. 2003

A.A.V.V. Anuario de derecho constitucional latinoamericano No. 19. Fundación Konrad Adenauer, 2013.

A.A.V.V. Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Herrera García, Alfonso y García Sayán, Diego. Eds. Tirant Lo Blanch, 2013.

A.A.V.V. El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos. García Roca, Javier; Santolaya, Pablo; Fernández, Pablo; Canosa, Raúl. Eds. Civitas, 2012.

A.A.V.V. El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales. Acosta, Paola y Nuñez, Manuel. IJ-UNAM, SLADI. 2012.

A.A.V.V. European Constitutionalism beyond the State. Weiler, Joseph y Wind, Marlene Eds. Cambridge Press University, 2003.

A.A.V.V. From Human Rights to International Criminal Law. Studies in Honour of an African Jurist, the Late Judge Laity Kama. Martinus Nijhoff. 2009

A.A.V.V. Globalización y derechos humanos. Días Müller, Luis. Coord. Serie Doctrina Jurídica No. 151. IJ-UNAM. 2003.

A.A.V.V. Human Rights and International Trade, Cottier, Thomas, Joost Pauwelyn y Elisabeth Bürgi Bonanomi (eds.), Oxford University Press, 2005; Monash University, Castan Centre for Human Rights Law, “WTO/Human Rights. Literature Review”, September 2005. Disponible en: <http://www.law.monash.edu.au/castancentre/projects/wto/wto-lit-review-05.pdf>

A.A.V.V. Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos Aportes para los procesos legislativos. CEJIL, 2009.

A.A.V.V. International Trade and Human Rights. Foundations and Conceptual Issues, Abbott, Frederick, Christine Breining-Kaufmann y Thomas Cottier (eds.) Michigan, The University of Michigan Press, 2006

A.A.V.V. Justicia constitucional y derechos fundamentales el control de convencionalidad. Nash, Claudio y Bazan, Victor. (eds.) (Santiago, CDH-FKAS, 2012).

A.A.V.V. La Aplicación judicial de los tratados internacionales. León Gómez, Alberto; Ortíz Loretta; Landa César; Nash, Claudio Eds. Serie democracia y judicatura. ILSA, Corporación región. 2006.

A.A.V.V. La inversión en Justicia. *VII Seminario de gestión judicial*. CEJA-JSCA. 2010.

A.A.V.V. Medio ambiente y derecho internacional, una guía práctica. Caja Madrid, 2007

A.A.V.V. Slaughter, Anne-Marie; Stone sweet, Alec y Weiler, Joseph Eds. The European Courts and national courts, doctrine and jurisprudence. Hart Publishing. 1998

A.A.V.V. The constitutionalization of international law. Oxford, Oxford University Press, 2010.

A.A.V.V. The impact of human rights law on General International Law. Menno T. Kamminga and Martin Scheinin Eds. Oxford University Press. 2009

A.A.V.V. Towards a New Merger in International Law. Edited by Roberta Arnold and Noëlle Quénivet. Martinus Nijhoff, 2008.

A.A.V.V. Human Rights Protection in the European legal order: the interaction between the European and the national courts. Porpelier, Patricia; Van de Heyning, Catherine y Van Nuffel, Piet (eds.) Intersentia. Law and cosmopolitan values. 2011.

Acosta Alvarado, Paola. “El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana”. *Colección temas de derecho público* No. 79. Universidad Externado de Colombia 2007.

Ayala, Natalia. Derechos Humanos y Globalización, Un análisis preliminar para América Latina. Documentos de Discusión Global. D3E, 2003.

## C

Cassimatis, Anthony. Human rights related trade measures under international law: the legality of trade measures imposed in response to violations of human rights

obligations under general international law. Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007

Castañeda Otsu, Susana. “El principio de interpretación conforme a los tratados de derechos humanos y su importancia en la defensa de los derechos consagrados en la constitución”, *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/342/11.pdf> [11 de agosto de 2013].

Comanducci, Paolo. Modelos e interpretación de la constitución Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos. Miguel Carbonell Ed. Trotta, IJ-UNAM.2007

## D

De Otto, Ignacio. Derecho constitucional. Sistema de fuentes. Ariel derecho, Barcelona, 2008;

De Than, Claire y Shorts, Edwin. International Criminal Law and Human Rights. Thomson, 2003

De Vergottini, Giuseppe. Más allá del diálogo entre tribunales, comparación y relación entre jurisdicciones. Civitas, 2011.

Del Toro Huerta, Mauricio Iván. “El diálogo inter-judicial entre las jurisdicciones constitucionales y los tribunales internacionales de derechos humanos. Especial referencia al sistema interamericano”, *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/invest/docen/maest/ProteccionConstitucional/curriculum/MauricioDelToro.pdf> [11 de agosto de 2013].

Dulitzky, Ariel E. *Estudios especializados de derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 133 a 166.

Dulitzky, Ariel. “La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales: estudio comparado. *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Abregú, Martín y Curtis Chirstian. Comp. CELS. 2000

Dunoff, Jeff y Trachtman Joel. A functionalist approach to international constitutionalization. *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*. Dunoff & Trachtman Eds. Cambridge, 2009.

Dworkin, Ronald. *A Bill of Rights for Britain: Why British Liberty Needs Protecting*. Chatto & Windus, 1990

## E

Escobar García, Claudia. “Entre identidad e intercambio jurídico. El nuevo modelo de justicia y control constitucional en el Ecuador”, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/19.pdf> [13 de agosto de 2013].

Espósito, Carlos. “La interpretación constitucional de las normas internacionales”. *La Constitución en 2020. 48 ideas para una sociedad igualitaria*. Roberto Gargarella, Coord. Siglo XXI Editores. 2011

## F

Falk, Richard A; Robert C. Johansen y Samuel S. Kim. “Global Constitutionalism and World Order”. *The paradox of constitutionalism constituent power and constitutional form*, Loughlin, Martin y Walker, Neil Coord. London. Oxford University Press. 2007. P. 269-291

Fassbender, Bardo. “La protección de los derechos humanos como contenido central del bien común internacional”. *La constitucionalización de la Comunidad Internacional*. Peters, Anne; Aznar, Mariano; Gutierrez, Ignacio Eds. Valencia, Tirant lo Blanch, Monografías 688, 2010.

Fassbender, Bardo. “The meaning of international constitutional law”. *Towards world constitutionalism Issues in the legal ordering of the world community*. Macdonald, Ronald St. J. y Johnston, Douglas. Eds. La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

Fassbender, Bardo. “We the Peoples of the United Nations!: Constituent Power and Constitutional Form in International Law”. *The paradox of constitutionalism constituent power and constitutional form*, Loughlin, Martin y Walker, Neil Coord. London. Oxford University Press. 2007

Faúndez Ledesma, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales*. 3. ed. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

Ferreres Comella, Víctor. “El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos. Algunas reflexiones en torno a la idea de diálogo”. *La constitución europea*.

Actas del III congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España- Carrillo, Marc y Lopez Bonfill, Héctor. Tirant lo Blanch, 2006.

Francioni, Francesco. *Environment, Human Rights and International Trade*. Hart Publishing, 2001

## G

Gama Leyva, Leopoldo. “Ilegitimidad democrática del control difuso y presunción de constitucionalidad de las leyes”, *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

Gardbaum, Steve. “Human rights and international constitutionalism”. *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*. Dunoff & Trachtman Eds. Cambridge, 2009.

Gomes Canotilho, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* Almedina Ed. 2013 Reimpressão da 7.ª Edição de 2003

Guastini, Ricardo. “Sobre el concepto de constitución”. *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. Miguel Carbonell ed. Trotta, IJ-UNAM.2007

Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. *Neoconstitucionalismo(s)*. Carbonell, Miguel (editor), 4ª edición, Madrid, Trotta-UNAM, 2009.

## H

Habermas, Jürgen. *El derecho internacional en la transición hacia un escenario posnacional*. Katz Ed. Madrid, 2003;

Habermas, Jürgen. *El occidente escindido*. Trotta, Madrid, 2006.

Habermas, Jürgen. *La constelación posnacional. Ensayos políticos*. Paidós. 2000.

Halberstam, Daniel. *Systems pluralism and institutional pluralism in constitutional law: national, supranational and global governance. Constitutional Pluralism in the European Union and beyond*. Avbelj, Matj y Komárek, Jan Eds. Hart Publishing. 2012.

Halberstam, David. “Constitutional Heterarchy the centrality of conflict in the European Union and the United States”. *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*. Dunoff & Trachtman Eds. Cambridge, 2009.

Hirschl, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Harvard University Press, 2004.

## I

Ibáñez Rivas, Juana María. “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Jimena Quesada, Luis. Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos. Thomson Reuter, Arazandi. 2013.

Irujo, Antonio. Comercio internacional y Derechos Humanos. Pamplona, Arazandi, 2007

## **J**

Johnston, Donald. “World constitutionalism in the theory of international law”. *Towards world constitutionalism Issues in the legal ordering of the world community*. Macdonald, Ronald St. J. y Johnston, Douglas. Eds. La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

## **K**

Kumm, Mattias. “Rethinking constitutional authority: on the structure and limits of constitutional pluralism”. *Constitutional Pluralism in the European Union and beyond*. Avbelj, Matj y Komárek, Jan Eds. Hart Publishing. 2012.

Kumm, Mattias. “The best of times and the worst of times. Between constitutional Triumphalism and nostalgia”. *The Twilight of constitutionalism?* Oxford constitutional Theory. Loughlin, Martin; McCormick, John y Walker, Neil. Eds. Oxford University Press. 2010

Kumm, Mattias. “The Cosmopolitan turn in Constitutionalism: On the relationship between constitutionalism in and beyond the State”. *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*. Dunoff & Trachtman Eds. Cambridge, 2009.p 258-324

## **L**

Lopez Medina, Diego. El derecho de los Jueces. Legis, 2006.

Loughlin, Martin. “What is constitutionalization?” *The Twilight of constitutionalism?* Oxford constitutional Theory. Loughlin, Martin; McCormick, John y Walker, Neil. Eds. Oxford University Press. 2010

## **M**

Maduro, Miguel. “Courts and Pluralism. Essay on a theory of judicial adjudication in the context of legal and constitutional pluralism”. *Ruling the world?*

*Constitutionalism, international law, and global governance*. Dunoff & Trachtman Eds. Cambridge, 2009.

Martín Rodríguez, Pablo. Los paradigmas del derecho internacional; ensayo interparadigmático sobre la comprensión científica del Derecho Internacional. Granada. Ed. Universidad de Granada, 2008

Mayer, Franz y Wendel, Mattias. “Multilevel constitutionalism and constitutional pluralism, Querelle Allemande or Querelle d’Allemand?” *Constitutional Pluralism in the European Union and beyond*. Avbelj, Matj y Komárek, Jan Eds. Hart Publishing. 2012.

Meron, Theodor. “International law in the age of human rights”, *Recueil des courses* Vol. 301, 2003.

Morales Antoniazzi, Mariela. “¿La democracia como principio del ius constitutionale commune en américa latina? Construcción, reconstrucción y desafíos actuales para la justicia constitucional”, Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/12.pdf> [15 de agosto de 2013].

Mosler, Hermman. The international society as a legal community. *Recueil des Cours* 140, 1974.

## N

Neves, Marcelo. “Transconstitucionalismo, con especial referencia a la experiencia latinoamericana”, Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/22.pdf> [15 de agosto de 2013].

Nikken, Pedro. “Aporte de la Sociedad Civil al Perfeccionamiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”. Memoria II Curso Interamericano Sociedad Civil y Derechos Humanos. IIDH, 2002.

Nogueria Alcalá, Humberto. Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur. Palestra Editores. Lima, Perú. 2006

Nollkaemper, André. National Courts and the international rule of law. Oxford University Press, 2011

## O

Ordoñez Reyna, Alín. El régimen constitucional de los tratados internacionales en centro américa. Tesis Doctoral. Universidad Autónoma de Barcelona. 2010.

Osuna, Néstor. "Panorama de la justicia constitucional colombiana", Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/25.pdf> [15 de agosto de 2013].

## **P**

Pastor Ridruejo, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, 2011.

Paulus, Andreas. "The international legal system as a Constitution". *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*. Dunoff & Trachtman Eds. Cambridge, 2009

Pérez Esquivel, Adolfo. *Globalización y Derechos Humanos. Serie Doctor Honoris Causa no. 4* Miguel. Universidad Nacional de Río Cuarto. 2001

Pisarello, Gerardo. *Globalización, constitucionalismo, y derechos: las vías del cosmopolitanismo jurídico. Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. Miguel Carbonell Ed. Trotta, IIJ-UNAM.2007

Pou Giménez, Francisca. "Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: el debate sobre la regionalización del activismo". *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. César Rodríguez Garavito Coord. 1ª ed. Siglo Veintiuno Editores, 2011. p 231.

Preshova, Denis. "Legal Pluralism: New Paradigm in the Relationship Between Legal Orders". *Basic Principles of Public International Law: Monism & Dualism*. Marko Novakovic (ed.) Belgrado. 2013

Preuss, Ulrich. "Disconnecting Constitutions from Statehood, is Global Constitutionalism a viable concept?" *The Twilight of constitutionalism?* Oxford constitutional Theory. Loughlin, Martin; McCormick, John y Walker, Neil. Eds. Oxford University Press. 2010

Prieto Sanchís, Luis. *El constitucionalismo de los derechos. Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. Miguel Carbonell Ed. Trotta, IIJ-UNAM.2007

## **R**

Rey Cantor, Enesto y Rey Anaya, Angela. *Las medidas cauterlaes y las medidas provisionales en el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos*. IIDH, IIJ-UNAM, Temis. 2008.

Rodríguez Garavito, César. “Navegando la globalización: un mapamundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina”. *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. César Rodríguez Garavito Coord. 1ª ed. Siglo Veintiuno Editores, 2011

## S

Saavedra Alessandri, Pablo y Pacheco, Gabriela. “Las sesiones itinerantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar por América”. *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2740/8.pdf> [06 de agosto de 2013]

Salvioli, Fabian. “Un análisis desde el principio *pro persona*, sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de derechos humanos”. *En defensa de la Constitución: libro homenaje a Germán Bidart Campos*. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2003.

Schwöbel, Christine E.J. *Global constitutionalism in international legal perspective*. Martinus Nijhoff, 2011

Simma, B. "From bilateralism to community interest in international law". *Recueil des courses*, 250, 1994, no. VI.

Simma, B. “Does the UN charter provide an adequate legal basis for individual or collective responses to violations of erga omnes?” *The future of international law enforcement new scenarios - New Law ? proceedings of an international symposium of the Kiel Institute of International Law*, March 25 to 27, 1992. Christian-Albrechts Universität zu Kiel Institut für Internationales Recht International Symposium 1992. Kiel, Duncker & Humblot, 1993.

Slaughter, Anne-Marie. *A new world order*. Princeton, Princeton University Press. 2005.

Stimson, Shannon. *Constitutionalism and the Rule of Law*. The Oxford Handbook of Political Theory. Oxford University Press, 2009.

Stone Sweets, Alec. *Constitutional Courts*. *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford, University Press. 2012

## T

Ten, Chin Liew. “Constitutionalism and the Rule of Law”. *A Companion to Contemporary Political Philosophy*. Goodin, Robert; Pettit, Philip and Pogge, Thomas (eds). Blackwell Publishing, 2007

Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos. Miguel Carbonell Ed. Trotta, IJ-UNAM.2007

Tomuschat, Christian, "International law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century : general course on public international law". *Recueil des cours*, 281, 1999.

Tomuschat, Christian. "La Comunidad internacional". *La constitucionalización de la Comunidad Internacional*. Peters, Anne; Aznar, Mariano; Gutierrez, Ignacio. Eds. Valencia, Tirant lo Blanch, Monografías 688, 2010. p. 93-119

Tomuschat, Christian. "Obligations arising for states without or against their will". *Recueil des Cours* 241. 1993

Torres Pérez, Aida. "En defensa del pluralismo constitucional". *Asociación de Constitucionalistas españoles. El derecho constitucional europeo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.

Torres Pérez, Aida. *Conflicts of rights in the European Union, a theory of supranational adjudication*. Oxford University Press, 2009.

Tzanakopoulos, Antonios. *Judicial Dialogue in Multi-level Governance: The Impact of the Solange Argument. The practice of international and national courts and the (de-)fragmentation of international law*. Ole Kristian Fauchald y André Nollkaemper (eds) Hart Publishing, 2012.

## V

Vanneste, Frédéric. *General International Law before Human Rights courts, Assessing the specialty claims of the international human rights law*. Antwerp, Oxford, Portland, Intersentia, 2010.

Von Bogdandy, Armin. "Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público", Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/19.pdf> [13 de agosto de 2013].

## W

Walker, Neil. "Constitutionalism and Pluralism in Global Context". *Constitutional Pluralism in the European Union and beyond*. Avbelj, Matj y Komárek, Jan Eds. Hart Publishing. 2012.

Walter, Christian. “Las consecuencias de la globalización para el debate constitucional europeo”. *La constitucionalización de la Comunidad Internacional*. Peters, A; Aznar, M; Gutiérrez, I. Eds. Valencia, Tirant lo Blanch, Monografías 688, 2010

## **Z**

Zagrebelsky, Gustavo. “El juez constitucional en el siglo XXI”. *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2725> [25 de agosto de 2013].

Zagrebelsky, Gustavo. Jueces constitucionales. Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos. Miguel Carbonell Ed. Trotta, IJ-UNAM.2007

Zagrebelsky, Gustavo. Realismo y concreción en el control del constitucionalidad. El caso e Italia. El canon neoconstitucional. Miguel Carbonell y Leonardo Jaramillo Eds. Trotta, IJ-UNAM. 2010.

## **Artículos de Revistas**

### **A**

A.A.V.V. “The effectiveness of the inter-american system of human rights protection: A quantitative approach to its functioning and compliance with its decisions”, *International Journal of Human Right*, Vol. 7, Nº 12, enero, 2010.

A.A.V.V. Four Visions of Constitutional Pluralism. *EUI Working Paper LAW* No. 2008/21. Matej Avbelj and Jan Komárek (eds.).European University Institute Department of Law.

Abi- Saab, Georges. “Whither the international community?” *European Journal Of International Law*, Vol. IX, Nº 2, abril-junio, Suiza, 1998.

Ackerman, Bruce. “The rise of world constitutionalism”, *Virginia Law Review*, Vol. 83, 1997.

Aguilar Carvallo, G. “La internacionalización del derecho constitucional”. *Revista Estudios Constitucionales*, Vol. 5. No. 1. 2007.

Aguilar Carvallo, Gonzalo. “¿Emergencia de un derecho constitucional común? El caso de los pueblos indígenas”. *Revista Derecho del Estado*, No. 25, 2010.

Aguilar Carvalho, Gonzalo. “Afinando las cuerdas” de la especial articulación entre el derecho internacional de los Derechos Humanos y el derecho interno” *Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 1, 2013.

Aguilar Cavallo, Gonzalo. “Emergencia de un derecho constitucional común en materia de pueblos indígenas”, *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/6.pdf> [14 de agosto de 2013].

Aguilar Cavallo, Gonzalo. “Surgimiento de un derecho americano de los derechos humanos en América Latina”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 24, enero-junio, 2011.

Ahdiej, Robert. “Between Dialogue and Decree: International Review of National Courts”. *New York Law Review*, No. 79, 2004

Ahumada, María Ángeles. “Neoconstitucionalismo y constitucionalismo”, *Fundación Coloquio Jurídico Europeo* [en línea], Disponible en: [http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada11/4\\_AHUMADA.pdf](http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada11/4_AHUMADA.pdf) [06 de agosto de 2013].

Allot, Philip. “The concept of international law”, *European Journal Of International Law*, Vol. X, N° 1, enero-marzo, Cambridge, 1999.

Allston, Philip. “Conjuring up new human rights: a proposal for quality control”. *American Journal of international law*. Vol. 78 1984.

Almeida Leite, Rodrigo. “A atuação do conselho permanente e da assembleia geral da OEAG na supervisão do cumprimento de sentenças da corte interamericana de direitos humanos: comparatismos e considerações para um mecanismo mais eficiente”, *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Vol 1, N° 14, Curitiba, 2011.

Amado Rivadeneyra, Alex. “ La emergencia del principio de interacción y el diálogo jurisprudencial a la luz del denominado derecho constitucional internacional”, *Revista Jurídica de Derecho Público Tomo 6, Universidad Católica Santiago de Guayaquil*, [en línea], Disponible en: [http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico-tomo-6/61\\_a\\_76\\_la\\_emergencia.pdf](http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico-tomo-6/61_a_76_la_emergencia.pdf) [05 de agosto de 2005].

Amado Rivadeneyra, Alex. “El influjo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en las américas y en la jurisprudencia constitucional del Perú”, *Revista Jurídica de Derecho Público Tomo 6, Universidad Católica Santiago de Guayaquil*, [en

línea], Disponible en: [http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico-tomo-6/43\\_a\\_58\\_el\\_influjo.pdf](http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico-tomo-6/43_a_58_el_influjo.pdf) [06 de agosto de 2013].

Amaya Úbeda, de Torres. "The Inter-American Court of Human Rights as an actor of global governance. "Building up a dialogue of judges in the Americas?", (s. p.), *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC)*, Ministerio de La presidencia, España, 16 de junio de 2010.

Amhlaigh, Cormac Mac. "Questioning constitutional pluralism", *University of Edinburgh School of Law*, Serie N° 17, 2011.

Anaya, S. Enrique. "La justicia constitucional en el salvador", Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/15.pdf> [13 de agosto de 2013].

Andenas, Mads; Eirik Bjorge. "National implementation of ECHR. Rights: Kant.'s categorical imperative and the convention", *Legal Research Paper Serie Oxford University*, N° 03, Julio, 2011.

Arato, Julian. "Constitutional transformation in the ecthr: strasbourg's expansive recourse to external rules of international law", *Brook. Journal Of. Internatiol Law*, Vol. 37, 2011-2012.

Arato, Julian. "Constitutionality and constitutionalism beyond the state: Two perspectives on the material constitution of the United Nations", *Oxford University Press and New York University School of Law*, Vol. 10, N° 3, 2012.

Armijo, Gilbert. "La tutela supranacional de los derechos humanos en Costa Rica". *Revista ius et praxis* Vol. 9, No. 1. 2003.

Armingeon, Klaus; Karolina Milewicz. "Compensatory constitutionalism: a comparative perspective", *NCCR International Trade Working Paper*, N° 13, julio, 2006.

Aspremont, Jean. "The Foundations of the International Legal Order", *Social Science Research Network*, [en línea], Disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1265525](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1265525) [05 de agosto de 2013].

Aspremont, Jean; Jörg Kammerhofer. "Mapping 21st Century International Legal Positivism", *Social Science Research Network*, [en línea], Disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1707986](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1707986) [05 de agosto de 2013].

Ayala Corao, Carlos. "La ejecución de sentencias de la corte interamericana de derechos humanos", *Estudios Constitucionales*, Año 5, N°1, 2007.

Ayala Corao, Carlos. “Las modalidades de las sentencias de la corte interamericana y su ejecución”, *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2562/18.pdf> [03 de agosto de 2013].

Ayala Corao, Carlos. *Del amparo constitucional al amparo interamericano como instituto para la protección de los derechos humanos. Instituto interamericano de derechos humanos. San José, Caracas. 1998.*

Azuero Quijano, Alejandra. “Redes de diálogo judicial trasnacional: Una aproximación empírica al caso de la Corte Constitucional”, *Revista de Derecho Público Universidad de los Andes*, N° 22, febrero, 2009.

## **B**

Bahdi, Reem. “Globalization of Judgment: Transjudicialism and the Five Faces of International Law in Domestic Courts”. *George Washington International Law Review*, Vol. 34, 2002. En línea. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1718609> [22 de septiembre de 2013]

Baluarte, David. “Strategizing for compliance: the evolution of a compliance phase of Inter-American court litigation and the strategic imperative for victims’ representatives”, *American University International Law Review*, Vol. 27, N° 2, 2012.

Bárcena, Josu de Miguel. “Justicia constitucional e integración supranacional: cooperación y conflicto en el marco del constitucionalismo pluralista europeo”, *Corte Interamericana de Derechos Humanos* [en línea], Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25292.pdf> [06 de agosto de 2013].

Barrionuevo Arevalo, Luis. “The multiplication of international jurisdictions and the integrity of international law”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 15, 2008-2009.

Barrios González, Boris. “La cosa juzgada nacional y el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de derechos humanos por los Estados Parte”. En *Revista Estudios Constitucionales*. Vol. 4 No. 2, 2006.

Bartelson, Jens. “The Concept of Sovereignty Revisited”. *The European Journal of International Law* Vol. 17. No. 2, 2006.

Bazán Víctor. “La relación derecho internacional de los derechos humanos-derechos interno desde un prisma ius comparado y algunos retos que afronta el sistema interamericano. *Revista provincia*, Número Especial, 2007.

Bazán, Víctor. “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 18, 2o Semestre, 2011.

Bazán, Víctor. “La Corte Interamericana de Derechos humanos y las Cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo judicial sustentable”. *Memorias del VIII congreso mundial de la asociación internacional de derecho constitucional*. [www.juridicas.unam.mx/wccl/es/i.htm](http://www.juridicas.unam.mx/wccl/es/i.htm)

Bazán, Víctor. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo jurisprudencial sustentable”, *Nuevas Tendencias del Derecho Constitucional en América Latina*, Universidad Católica de Cuyo, 6-10 diciembre, San Juan, Argentina, 2010.

Becker Lorca, Arnulf. “International law in Latin America or Latin American International Law”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 47, N° 1, invierno, 2006.

Benvenisti, Eyal. “Bottom-up constitutionalization of international law: The targeted sanctions regime as a case study”, *American Society of International Law*, Vol. 104, 2010.

Benvenisti, Eyal. and Downs, George. “National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law. A Rejoinder to Nikolaos Lavranos, Jacob Katz Cogan and Tom Ginsburg”. *The European Journal of International Law* Vol. 20 no. 4 EJIL 2010

Benvenisti, Eyal; George W. Downs. “National courts, domestic democracy, and the evolution of international law”, *The European Journal of International Law*, Vol. 20, N° 1, 2009.

Bernal Pulido, Carlos. “El precedente en Colombia”, *Revista Derecho del Estado*, N° 21, diciembre, 2008.

Besson, Samantha. “The European Union and Human Rights: Towards A Post-National Human Rights Institution?” *Human rights Law Review* 323, 2006

Besson, Samantha. “European Legal Pluralism after Kadi“, *European Constitutional Law Review*, N° 9, 2009.

Besson, Samantha. “International Judges as Dispute-Settlers and Law-Enforcers: From International Law without Courts to International Courts Without Law, Reply to Anna Spain”. *Loyola. L.A. International and Comparative Law Review*. 33 (2011).

Besson, Samantha. "The European Union and human rights: Towards a post-national human rights institution?" *Human Rights Law Review*, N°6, 2006.

Biaggini, Giovanni. "La idea de constitución: ¿Nueva orientación en la época de globalización?", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 7, España, 2003.

Bianchi, Andrea. "Human Rights and the Magic of Jus Cogens". *The European Journal of International Law* Vol. 19 no. 3 EJIL 2008

Bicalho, Luís Felipe. "A análise comparativa dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos particularidades sistêmicas e o delineamento de uma racionalidade uniforme", *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Vol 1, N° 14, Curitiba, 2011.

Blank, Yishai. "Localism in the new global legal order", *Harvard International Law Journal*, Vol. 47, Numero 1, octubre-diciembre, Cambridge, 2006.

Bodansky, Daniel. "Is There an International Environmental Constitution?". *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 16-565 2009.

Breau, Susan C. "The constitutionalization of the international legal order", *Leiden Journal of International Law*, Vol.21, 2008.

Brewer-Carías, Allan. "La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno Estudio de Derecho constitucional comparado latinoamericano", *Revistas Ibero*, Vol. 6, N° 2, 2006.

Brewer-Carías, Allan. "La interrelación entre los tribunales constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela". *Lima: Gaceta Constitucional* Tomo 16, Abril 2009, pp. 31-34

Brewer-Carías, Allan. "Los efectos de las sentencias constitucionales en Venezuela". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008

Broude, Tomer. "The constitutional function of contemporary international tribunals, or Kelsen's visions vindicated", *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 4, N°2, 2012.

Bryde, Brun Otto. "Fundamental rights as guidelines and inspiration: German constitutionalism in international perspective", *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 25, N° 2, verano, 2007.

Bryde, Brunn-Otto. "International Democratic Constitutionalism". *Towards world constitutionalism Issues in the legal ordering of the world community*. Macdonald, Ronald St. J. y Johnston, Douglas. Eds. La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

Buerghenthal, Thomas. "Remembering the Early Years Of The Inter-American Court Of Human Rights". *Center for Human Rights and Global Justice*, NYU, Working Paper Number 1, 2005.

Buerghenthal, Thomas. "The contemporary significance of international human rights law", *Leiden Journal of International Law*, N° 22, Reino Unido, 2009.

Buerghenthal, Thomas. "The evolving international human rights system". *The American Journal of International Law*, Vol. 100, No. 4, 2006.

Burgorgue-Larsen, Laurence. "La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial". *Asociación de Constitucionalistas españoles. El derecho constitucional europeo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.

Burke-White, William. "A community of courts: Toward a system of international criminal law enforcement", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 24, N°1, 2002-2003.

Burke-White, William. "International legal pluralism", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, 2004.

Burstein, Mike. "The will to enforce: an examination of the political constraints upon a regional court of human rights". *Berkeley Journal of international law*, 24, 423, 2006

Bustos Gisberg, Rafael. Diálogos jurisdiccionales en escenarios de pluralismo constitucional: la protección supranacional de los derechos en Europa. *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México [en línea]*, Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2562/32.pdf> [10 de agosto de 2013]

Bustos Gisbert, Rafael. "XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 95, mayo-agosto, pp. 13-63, 2012.

## C

Caflish, Lucius. The Law – Substantive and Procedural Questions. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 7 (2008).

Camerlengo, Quirino. "Dialogue among courts: towards a cosmopolitan constitutional law", Tomo. VIII, Vol. 75, Milán, Pavia : Pavia University Press, 2012.

Camisón Yagüe, José Angel. “La Sentencia del Bundesverfassungsgericht sobre el Tratado de Lisboa como hoja de ruta constituyente de la Unión Europea”, *Revista Universitaria Europea*, N° 14, Enero-Junio, 2011.

Cananea, Giacinto. “Is european constitutionalism really “multilevel”?”, *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2010.

Cançado Trindade, Antonio. La persona Humana como sujeto del derecho internacional. Avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del Siglo XXI. *Revista IIDH* No. 46. 2007.

Caparroz, Luciano. “Obligatoriedad y vinculatoriedad de las decisiones de la Corte IDH en el derecho interno argentino. Hacia una verdadera eficacia”, *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Surcolombiana*, Ed. 01, N° 6.

Carbonell, Miguel. “Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en tiempos de emergencia”, *Estudios Constitucionales*, año 6, N° 1, 2008.

Cárdenas Velásquez, Byron. “La jerarquía normativa de los tratados sobre derechos humanos en la constitución y la jurisprudencia de Nicaragua”. *Revista de derecho*, No. 15, 2011.

Carmona Tinoco, Jorge Ulises. “La aplicación judicial de los tratados internacionales de derechos humanos”, *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/342/10.pdf> [11 de agosto de 2013].

Carmona Tinoco, Jorge Ulises. “La recepción de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos en el ámbito interno. el caso de México”, *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2740/21.pdf> [11 de agosto de 2013].

Carmona Tinoco, Jorge Ulises. “Panorama y problemática de las formulas latinoamericanas para la atención de recomendaciones, y ejecución de sentencias internacionales en materia de derechos humanos”, *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/217.pdf> [10 de agosto de 2013].

Carozza, Paolo G. “Human dignity and judicial interpretation of human rights: A reply”, *The European Journal of International Law*, Vol. 19, N°5, 2008.

Carozza, Paolo. “Subsidiarity as a structural principle of international human rights law”. *American Journal of International law*, Vol. 93: 38. 2003

Carpio Marcos, Edgar. “Interpretación conforme con la constitución y las sentencias interpretativas (con especial referencia a la experiencia alemana)”, *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2560/10.pdf> [11 de agosto de 2013].

Carrillo Salcedo, Juan Antonio. “Reflections on the existence of a hierarchy of norms in international law”, *European Journal of International Law*, Vol. 8, 1997.

Carrillo Santarelli, Nicolás. “Enhanced multi-level protection of human dignity in a globalized context through humanitarian global legal goods”, *Global Legal Goods Working Paper*, Universidad Autónoma de Madrid, N° 2, 2011.

Cartabia, Marta. “Taking dialogue seriously: The renewed need for a judicial dialogue at the time of constitutional activism in the European Union”, *Jean Monnet Working Paper Series*, N°12, 2007.

Cass, Deborah. “The ‘constitutionalization’ of international trade law: Judicial norm-generation as the engine of constitutional development in international trade”, *European Journal Of International Law*, Vol. 12, N° 1, enero-marzo, 2001.

Cassel, Douglass. “El alcance e impacto cada vez mayores de las reparaciones ordenadas por la corte interamericana de derechos humanos”, *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/10.pdf> [13 de agosto de 2013].

Cassese, Antonio. *Realizing Utopia: the future of international law*, 1ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 3 a 136.

Castilla Juárez, Karlos. “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 13, México, 2013.

Castilla Juárez, Karlos. “El derecho de origen internacional de la interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, N°23, México, julio-diciembre, 2010.

Castilla Juárez, Karlos. “Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México”, *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 2, México, 2011.

Castilla, Karlos. “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad*

*Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/amdi/article/view/23627> [18 de agosto de 2013].

Castilla, Karlos. “El derecho de origen internacional en la interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la nación”, Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://revistas.unam.mx/index.php/cuc/article/viewFile/23398/22123> [17 de agosto de 2013].

Castilla, Karlos. “Los primeros pasos para la construcción del diálogo jurisprudencial en materia de derechos humanos: tribunales nacionales-tribunales internacionales”, Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/14/cle/cle9.pdf> [17 de agosto de 2013].

Catá Backer, Larry. “From constitution to constitutionalism: A global framework for legitimate public power systems”, *Penn State Law Review*, Vol. 113, N°3, septiembre, 2009.

Cavallaro, J and Brewer, S. “Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court”. *The American Journal of International Law*, Vol. 102, No. 4 (Oct., 2008).

Chang, Wen-Chen; Jiunn- Rong Yeh. “The emergence of transnational constitutionalism: Its features, challenges and solutions”, *Penn State International Law Review*, N° 27.1, 2008.

Claes, Monica; Maartje de Visser. “Are you networked yet? On dialogues in European judicial networks”, *Utrecht Law Review*, Volume 8, N° 2, mayo, 2012.

Cohen, Joshua; Charles F. Sabel. “Global democracy?”, *International Law and Politics*, Vol. 37, 2005.

Comanducci, Paolo. “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, *Fundación Coloquio Jurídico Europeo* [en línea], Disponible en: [http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada11/4\\_AHUMADA.pdf](http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada11/4_AHUMADA.pdf) [11 de agosto de 2013].

Comanducci, Paolo. “Formas de (Neo) Constitucionalismo: un análisis metateórico”, *Isonomía*, n° 16, abril 2002

Córdoba Triviño, Jaime. “Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al derecho constitucional colombiano”, *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: [http://www.juridic\\_cas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2007.2/pr/pr12.pdf](http://www.juridic_cas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2007.2/pr/pr12.pdf) [11 de agosto de 2013].

Cottier, Thomas. “Multilayered governance pluralism, and moral conflict”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 16, 2009.

Craig, Paul. “Constitutions, constitutionalism, and the European Union”, *European Law Journal*, Vol. 7, N° 2, junio, 2001.

Crawford, James. “Marbury v. Madison at the international level”, *The George Washington International Law Review*, Vol. 36, N° 3, enero, 2004.

## D

D’Aspremont, Jean. “Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials: A Rejoinder to Tony D’Amato”. *The European Journal of International Law* Vol. 20 no. 3 2009

Da Silva, Virgilio Alfonso. “La interpretación conforme a la constitución. Entre la trivalidad y la centralización judicial”, *Revista Cuestiones Constitucionales*, N° 12, enero-junio, 2005.

Dalla Via, Alberto Ricardo. “Modelos, tribunales y sentencias constitucionales”, *biblioteca jurídica virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/18.pdf> [13 de agosto de 2013].

De Búrca, Gean and Gerstenberg, Otto. “The denationalizations of Constitutional Law”. *Harvard International Law Review*. Vol 47. No.1, 2006.

De la Rasilla del Moral, Ignacio. “The Unsolved Riddle of International Constitutionalism”. *International Community Law Review* 12 (2010) p. 105

De Wet, Erica y Vidmar, Jure. “Conflicts between international paradigms: Hierarchy versus systemic integration”. *Global Constitutionalism* Volume 2, Issue 02, July 2013.

De Wet, Erika. “The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order”. *Leiden Journal of International Law*, 19 (2006), pp. 611–632.

De Wet, Erika. "The Emerging International Constitutional Order. The Implications of Hierarchy in International Law for the Coherence and Legitimacy of International Decision-Making". *Potchefstroom Electronic Law Journal* (2007).

De Wet, Erika. "The international constitutional order". *International and Comparative Law Quarterly*. vol 55, January 2006

De Wet, Erika. "The role of european courts in the development of a hierarchy of norms within international law: evidence of constitutionalisation?" *European Constitutional Law Review*, N°5, 2009.

Del Rosario Rodriguez, Marcos. "La incardinación de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos en el sistema constitucional mexicano: la configuración de un control directo de convencionalidad", *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/es/g13.htm> [11 de agosto de 2013].

Del Vecchio, Angela, "Globalization and its effect on international courts and tribunals", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 5 N°1, noviembre, 2006.

Delbrück, Jost. "Exercising public authority beyond the state: Transnational democracy and/or alternative legitimation strategies?", *Indiana Journal Of International Studies*, Vol. 10, N° 1, invierno, 2003.

Delbrück, Jost. "Prospect for a "World (interal) law?": Legal developments in changing international system", *Indiana Journal Of Global Legal Studies*, Vol. 9, 2001-2002.

Delbrück, Jost. "Transnational federalism: Problems and prospects off allocating public authority beyond the state". *Indiana Journal Of Global Legal Studies*, Vol. 11, N° 1, invierno, 2004.

Dellavalle, Sergio. "Beyond particularism: Remarks on some recent approaches to the idea of a universal political and legal order", *The European Journal of International Law*, Vol. 21, N° 3, 2010.

Desmedt, Axel. "Proportionality in WTO Law". *Journal of International Economic Law* (2001) 4 (3); Mitchell, Andrew. "Proportionality and Remedies in WTO Disputes". *The European Journal of International Law* Vol. 17 no.5 ,EJIL 2007. P. 985-1008.

Despouy, Leandro “Perspectives on judicial dialogue and cooperation: Keynote address”, *Harvard International Law Journal*, Vol .48, marzo, 2007.

Díez de Velasco, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid, Tecnos, 17ª ed. 2009.

Dobner, Petra. “On the constitutionability of global public policy networks”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 16, N° 2, verano, 2009.

Dupuy, Pierre Marie. “The constitutional dimension of the charter of United Nations revisited”. *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 1, 1997.

Dupuy, Pierre- Marie. Some Reflections on Contemporary International Law and the Appeal to universal Values: A Response to Martti Koskenniemi. *The European Journal of International Law* Vol. 16 no.1, 2005.

Dupuy, Pierre-Marie. “International law: torn between coexistence, cooperation and globalization. General conclusions”, *European Journal of International Law*, Vol. 9, N° 2, 1998.

## E

Ejima, Akiko. Significance of a Multi-layered Dialogue for Constructing a Multi-layered Fundamental Rights Protection System, *Vienna Journal on International Constitutional Law*, Vol. 5, 2011.

Elkins, Zachary. “Constitutional networks”, *Revista Online Universidad de Texas*, [en línea], Disponible en: <https://webpace.utexas.edu/elkinszs/web/ch03%20Elkins.pdf> [11 de agosto de 2013].

Escobar Martínez, Liliana. “La modulación de las sentencias. Una antigua práctica europea”. *Vniversias* No. 112, 2006

Escobar Martínez, Lina Marcela. “La influencia de los estándares interamericanos de reparación en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano”, *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 2, 2011.

Espejo Marín, Cayetano. “Anotaciones en torno al concepto de región”, *NIMBUS*, Universidad de Murcia, N° 11 – 12, 2003.

Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy. El precedente constitucional: sus alcances y ventajas, y los riesgos de no respetarlo o de usarle en forma inadecuada en la reciente coyuntura peruana. *Estudios Constitucionales*, Año 4 N° 1, 2006.

Espósito, Carlos y Nicolás Carrillo Santarelli, “Los jueces nacionales como garantes de bienes jurídicos humanitarios” *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXIII, 2011.

Evas, Tatjana. “Enhancing democracy through constitutional pluralism? The Czech, German and Latvian Lisbon rulings in dialogue”, CADMUS European University Institute [en línea], Disponible en: <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/25677> [11 de agosto de 2013].

## F

Fabbrini, Federico. “The european court of human rights, the EU charter of fundamental rights, and the right to abortion: Roe v Wade on the other side of the atlantic?” *Columbia Journal Of International Law*, Vol.18, 2011-2012.

Fassbender, Bardo. “The United Nations charter as constitution of the international community”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 36, 1998.

Fassbender, Bardo. “The Better Peoples of the United Nations? Europe’s Practice and the United Nations”. *The European Journal of International Law* Vol.15 no.5 EJIL 2004.

Fernández Baeza, Mario. “La organización de la jurisdicción constitucional. El caso de Chile”, Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/24.pdf> [14 de agosto de 2013].

Ferrajoli, Luigi. “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: Un desafío Global”, *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho ISONOMÍA*, N°9, octubre, 1998.

Ferreira de Carvalho, Edson. “La contribucion del derecho humano internacional a la proteccion ambiental: integrar para mejor cuidar la tierra y la humanidad”. *American University International Law Review* No. 24. 2008

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano”. Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3033> [11 de agosto de 2013].

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como interprete constitucional”, *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/94/12.pdf> [11 de agosto de 2013].

Filippini, Leonardo; Fernando Basch, Ana Laya, Mariano Nino, Felicitas Rossi, Bárbara Schreiber. “La efectividad del sistema interamericano de protección de derechos humanos: un enfoque cuantitativo sobre su funcionamiento y sobre el cumplimiento de sus decisiones”, *SUR. Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol.1, N° 1, Enero, 2004.

Fix Zamudio, Héctor. “La creciente internacionalización de las constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos”, Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/20.pdf> [14 de agosto de 2013].

Fix Zamudio, Héctor. La Justicia Constitucional en Latinoamérica. En Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/20.pdf> [14 de agosto de 2013];

Follesdan, Andreas. “When common interests are not common: Why the global basic structure should be democratic”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 16, N° 2, verano, 2009.

Fontana, David. “The Next Generation of Transnational/Domestic Constitutional Law Scholarship: A Reply to Professor Tushnet”. *Loyola Law review*, No.38, 2004.

Franco, Leonardo Alberto. “Recepción de la jurisprudencia interamericana en el ordenamiento jurídico argentino”, Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2740/15.pdf> [11 de agosto de 2013].

Fuentes Torrijo, Ximena. “El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja”, *Yale Law School*, [en línea], Disponible en: [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes\\_\\_Spanish\\_.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes__Spanish_.pdf) [12 de agosto de 2013].

Fuertes Ampuero, Erika. “El poder judicial peruano vis à vis la Corte IDH. Encuentros y/o desencuentros para consolidar estándares del debido proceso”, *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/225.pdf> [11 de agosto de 2013].

## G

Galdámez Zelada, Liliana. “El uso del derecho y jurisprudencia extranjera por el tribunal constitucional de Chile: más derecho comparado y menos diálogo interjudicial”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39 N0 1, pp. 189 – 223, 2012.

García Belaunde, Domingo. “Encuentros y desencuentros en torno al derecho procesal constitucional”, Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://www.garciabelaunde.com/articulos/EncuentrosyDesencuentros.pdf> [14 de agosto de 2013].

García de Enterría, Eduardo. La constitución como norma y el tribunal constitucional. Cuarta ed. Thomsom-Civitas. Navarra 2008

García Palacios, Omar. El recurso de amparo en el ordenamiento nicaragüense. *Revista IUS*. Puebla. Vol.5 no.27 Puebla ene-jun. 2011

García Ramírez, Sergio. “El control judicial interno de convencionalidad”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año N° 28, julio – diciembre, 2011.

García Ramírez, Sergio. “Panorama de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos”, Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/8/art/art5.pdf> [14 de agosto de 2013].

García Roca, Javier. “El diálogo entre el Tribunal Europeo De Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012.

García Roca, Javier. “La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 5, 2006

García-Sayán, Diego. “La recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2740/11.pdf> [06 de agosto de 2013]

García-Sayán, Diego. “The Inter-American court and constitutionalism in Latin America”, *Texas Law Review*, Vol. 89, 2011.

García-Sayán, Diego. Justicia interamericana y tribunales nacionales. Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en:

<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/8/art/art5.pdf> [14 de agosto de 2013].

Gardbaum, Stephen. "Human rights as international constitutional rights", *The European Journal of International Law*, Vol. 19, N° 4, 2008.

Giegerich, Thomas. "The Is and the Ought of international constitutionalism: How far have we come on Habermas's road to a "Well-considered constitutionalization of international law"?", *German Law Journal*, Vol. 10, N° 01, 2009.

Ginsburg, Tom. "Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking." *Virginia Journal of International Law* 54:631-673

Ginsburg, Tom. "National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law: A Reply to Eyal Benvenisti and George Downs", *The European Journal of International Law*, Vol. 20, N° 4, 2010.

Ginsburg, Tom. International Judicial Lawmaking. *University of Illinois College of Law Law and Economics Working Papers*, Paper 26, 2005

Goldoni, Marco. "Constitutional Pluralism and the Politics of the European Common Good", *Social Science Research Network*, [en línea], Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1677566> [12 de agosto de 2013].

Goldsmith, Jack; Daryl Levinson. "Law for states: international law, constitutional law, public law", *The Harvard Law Review Association*, Vol. 122, N° 7, mayo, 2009.

Gómez Robledo, Juan Manuel. "La implementación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: una tarea pendiente", Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2740/14.pdf> [11 de agosto de 2013].

Góngora Mera, Manuel Eduardo. "Diálogos jurisprudenciales entre la corte interamericana de derechos humanos y la corte constitucional de Colombia: una visión co-evolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas", Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/invest/docent/Dialogosjurisprudenciales/curriculum.pdf> [11 de agosto de 2013].

Gonzalez Espinosa, Olger Ignacio. "Acerca del control de convencionalidad por parte de los operadores de justicia (nacionales e internacionales) en situaciones de

justicia transicional”. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. No. 56 diciembre julio 2012.

Gonzalez, Felipe. “Las Medidas urgentes en el Sistema Interamericano”. *Revista Sur* No. 13, 2010

Gozaíni, Osvaldo Alfredo. “Sobre sentencias constitucionales y la extensión erga omnes”, *Revista Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional* Disponible en: [http://www.iidpc.org/revistas/8/pdf/205\\_233.pdf](http://www.iidpc.org/revistas/8/pdf/205_233.pdf) [13 de agosto de 2013].

Gozaíni, Osvaldo. “Incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humano en el derecho interno”. *Revista Estudios Constitucionales*, Vol. 4 No. 2, 2006.

Grant Cohen, Harlan. “From fragmentation to constitutionalization”, *Global Business & Development Law Journal*, Vol. 25, 2012.

Gray, Kevin. “The role of international tribunals in managing coherence and diversity in international law”, *The American Society of International Law Proceedings*, N°4, 2011.

Greer, Steven. “Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies* 2003, 23- 3, 405

Grossman, Nienke. A New Approach to the Normative Legitimacy of International Courts. En línea. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2185304>. [22 de septiembre de 2013]

Gudiño Pelayo, José de Jesús, “Contemporary judicial dialogue in México”, *Texas International Law Journal*, Vol. 40, 2005.

## H

Häberle, Peter. “Derecho constitucional común europeo”, *Nueva Época Revista de Estudios Políticos*, N° 79, enero-marzo 1993.

Habermas, Jürgen. “The constitutionalization of international law and the legitimation problems of a constitution for world society”, *Constellations International Journal of Critical and Democratic Theory*, Volume 15, N° 4, 2008

Halberstam, Daniel. “Constitutional heterarchy: the centrality of conflict in the European Union and the united states”, *Public Law and Legal Theory working Paper Series*, N° 111, junio, 2008.

Halberstam, Daniel. “Constitutionalism and pluralism in Marbury and Van GenD”, *Public Law and Legal Theory working Paper Series*, N° 104, marzo, 2008.

Halberstam, Daniel. "Systems pluralism and institutional pluralism in constitutional law: national, supranational, and global governance", *Public Law and Legal Theory working Paper Series*, N° 229, noviembre, 2011.

Halberstam, Daniel. "Local, global, and plural constitutionalism: Europe meets the world", *Public Law and Legal Theory working Paper Series*, N° 176, diciembre, 2009.

Harrison, James. *The human rights impact of the World Trade Organisation*. Oxford; Portland, Hart Publishing, 2007

Helfer, Laurence R. "Redesigning the European court of human rights: Embeddedness as a deep structural principle of the European human rights regime", *The European Journal of International Law*, Vol. 19, N° 1, 2008.

Helfer, Laurence R.; Slaughter, Anne-Marie "Toward a theory of effective supranational adjudication", *The Yale Law Journal*, Vol 107, 1997.

Helfer, Laurence. "Constitutional analogies in the international legal system", *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 37, otoño, 2004.

Henríquez Viñas, Miriam Lorena. "Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos", *Estudios Constitucionales*, Año 6, N°2, 2008.

Hernández Valle, Rubén. "La jurisdicción constitucional en Costa Rica", Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/22.pdf> [14 de agosto de 2013].

Hert, Paul; Fisnik Korenica. "The doctrine of equivalent protection: its life and legitimacy before and after the European Union's Accession to the European Convention on Human Rights", *German Law Journal*, Vol. 13, N° 07, 2012.

Higgins, Rosalyn. "Human Rights in the International Court of Justice". *Leiden Journal of International Law*, 20 (2007)

Higgins, Rosalyn. "International courts and tribunals: The challenges ahead", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, N°7, 2008.

Highton, Elena. "Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad", Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/10.pdf> [14 de agosto de 2013].

Hillebrecht, Courtney. "The domestic mechanisms of compliance with international human rights law: case studies from the inter-american human rights system", *Human Rights Quarterly*, Vol. 34, 2012.

Hinojosa Martínez, Luis Miguel. "Globalización y soberanía de los estados", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 10, 2005.

Hitters, Juan Carlos. "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)". *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 2, 2009.

Hitters, Juan Carlos. "Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* núm. 10, julio-diciembre 2008.

Hofmann, Herwig. "Constitutionalising networks in EU public law", *Law Working Paper Series*, N°06, 2009.

Hoyos, Arturo. "La justicia constitucional en Panamá: una apretada síntesis", Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/23.pdf> [16 de agosto de 2013].

Hudlet Vázquez, Karen y González Núñez, Denise. Los efectos de la incidencia internacional de las organizaciones de la sociedad civil: el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el fuero militar en México. *El Cotidiano* 2012, (Marzo-Abril);

Huneus, Alexandra. "Rejecting the Inter-American court: Judicialization, national courts, and regional human rights", *Legal Studies Research Paper Series*, Winsconsin University, No. 1167, 2010.

Husa, Jaako. "We the judges: discovering constitutional ius commune europaeum", *Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law Working Paper Series*, N°1, 2009.

Huscroft, Grant. "Constitutionalism from the top down", *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 45, N°1, 2007.

## I

Ibáñez Rivas, Juana María. "Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, 2012

Ivanschitz Boudeguer, Barabara. “Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado de Chile” *Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 1, 2013.

## **J**

Jackson, J. “Sovereignty-modern: a new approach to an outdated concept”. *American Journal of International Law*, Vol. 97, N° 4, 2003

Jacob, Marc. “La función sistémica del precedente: perspectivas del derecho internacional”, Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/21.pdf> [15 de agosto de 2013

Jacob, Marc. “Precedents: Lawmaking through international adjudication”, *German Law Journal*, Vol. 12 No. 05, 2011.

Jacobs, Francis G. “Judicial dialogue and the cross-fertilization of legal systems: The European Court of Justice”, *Texas international law Journal*, Vol. 38, 2003.

James Allan. “Bill of rights and judicial power, a liberal Qandary”, *Oxford journal of legal studies* 16, 1996, 337-352;

Jouannet, Emmanuelle. “Universalism and imperialism: The true-false paradox of international law?” *The European Journal of International Law*, Vol. 18, N° 3, 2007.

Jouannet, Emmanuelle. “What is the use of international law? International law as a 21<sup>st</sup> century guardian welfare”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 28, 2007.

## **K**

Kalb, Johanna. “Human rights treaties in state courts: The international prospects of state constitutionalism after Medellin”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, N°4, 2011.

Kammerhofer, Jörg. “Constitutionalism and the myth of practical reason: Kelsenian responses to methodological problems”, *Leiden Journal of International Law*, N°, 23, 2010.

Katz Cogan, Jacob, “National courts, domestic democracy, and the evolution of international law: A reply to Eyal Benvenisti and George Downs”, *The European Journal of International Law*, Vol. 20, N° 4, 2010.

Keck, Margaret; Sikkink Kathryn. “Transnational advocacy networks in international and regional politics”, *International Social Science Journal*, N° 159, UNESCO, marzo, 1999.

Kemmerer, Alexandra. “Kelsen, Schmitt, Arendt, and the possibilities of constitutionalization in (international) law: introduction”, *Leiden Journal of International Law*, N° 23, 2010.

Kingsbury, Benedic. “The concept of ‘law’ in global administrative law. Benedict kingsbury”. *IILJ Working Paper 2009/1 Global Administrative Law Series*. NYU School of Law.

Kingsbury, Benedict. “Foreword: is the proliferation of international courts and tribunals a systemic problem”. *New York University International Law and Policy Journal* 31 1998-1999

Kingsbury, Benedict. “International courts: Uneven judicialization in global order”, *Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working*, Escuela de Leyes Universidad de Nueva York, N° 11, enero. 2005.

Klabbers, Jan. “Constitutionalism lite”, *International Organizations Law Review*, N° 1, 2004.

Kleinlein, Thomas. “On Holism, Pluralism, and Democracy: Approaches to Constitutionalism beyond the State”. *The European Journal of International Law* Vol. 21 no. 4 EJIL 2011

Koch, Charles H.” Judicial dialogue for legal multiculturalism”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, N° 1, verano, 2004.

Komárek Jan; Matej Avbelj. “Four visions of constitutional pluralism”, *European University Institute Working Paper LAW*, N°21, 2008.

Komarek, Jan. “European constitutionalism and the European arrest warrant – in search of the contrapunctual principles’ limits”. *Jean Monnet Working Paper* 10/05 NYU, School of law, 2005.

Komárek, Jan. “European constitutionalism and the European arrest warrant: contrapunctual principles in disharmony”. *Common Market Law Review*, 44, 2007.

Komárek, Jan. “Institutional dimension of constitutional pluralism”, *Eric Stein Working Paper*, N° 3, 2010.

Komarek, Jan. “The legal world beyond the state: constitutional and pluralist?” [www.cosmopolis.wzb.eu](http://www.cosmopolis.wzb.eu).

Kombos, Constantinos. "Constitutional implications of regional integration. The non-symbolic constitution of the EU", *VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional*, Taller 18, 2006.

Koskenniemi, Martti. "Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization". *Theoretical Inquiries in Law*. 8-1 (2006)

Koskenniemi, Martti. "Hierarchy in international law: A sketch", *European Journal of International Law*, Vol.8, Suiza, 1993.

Koskenniemi, Martti. "International law: Constitutionalism, managerialism and the ethos of legal education", *European Journal of Legal Studies*, N°1, 2006.

Kotzur, Markus. "Universality-a principle of European global constitutionalism", *Historia Constitucional*. N° 6, 2005.

Krisch, Nico. "Global administrative law and the constitutional ambition", *Law Society and Economy Working Papers*, N° 10, 2009.

Krisch, Nico. "Postnational Constitutionalism?" Draft for discussion, August 2008. [www.iilj.org/courses](http://www.iilj.org/courses)

Krisch, Nico. "The Case for Pluralism in Postnational Law". *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 12/2009.

Krisch, Nico. "The open architecture of European Human rights law", *Law, Society and Economy Working Papers*, N°11, 2007.

Krisch, Nico. "The Pluralism of Global Administrative Law". *The European Journal of International Law* Vol. 17. No.1, 2006.

Krisch, Nico. Kingsbury, Benedict. "Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order". *The European Journal of International Law* Vol. 17. No. 1, 2006.

Krotoszynski, Ronald J. "I'd like to teach the world to sing (in perfect harmony): International judicial dialogue and the muses - reflections on the perils and the promise of international judicial dialogue", *Michigan Law Review*, N°19, Noviembre, 2005.

Kumm, Mattias. "Institutionalising Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review". *European Journal of Legal Studies*. 1-2, 2007.

Kumm, Mattias. "The legitimacy of international law: a constitutionalist framework of analysis", *The European Journal of International Law*, Vol. 15, N°6, 2004.

Kumm, Mattias. "Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law", *German Law Journal*, vol. 7, No. 4, 2006.

Kuo, Ming-Sung. "Between fragmentation and unity: The uneasy relationship between global administrative law and global constitutionalism", *San Diego International Law Journal*, Vol. 10, 2009.

Kuo, Ming-Sung. "Between Law and Language: When Constitutionalism Goes Plural in a Globalising World." *Modern Law Review*, Vol. 73, pp. 858-882 (2010).

Kuo, Ming-Sung. "Taming governance with legality? Critical reflections upon global administrative law as small-c global constitutionalism", *International Law and Politics*, Vol. 44, 2011.

## L

Lambrecht, Sarah. "The dynamics between national and regional fundamental rights protection in Europe: a practice of convergence?" *European University Institute Ph.D. Training School*, octubre 2011.

Landa Arroyo, César. "Las sentencias atípicas en la jurisdicción constitucional latinoamericana", *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/24.pdf> [15 de agosto de 2013].

Landa Arroyo, César. El proceso de amparo en América Latina. Parlamento y Constitución. *Anuario Universidad Castilla-La Mancha*, N° 13, 2010, págs. 37-58

Lavrano, Nikolaos. "National courts, domestic democracy, and the evolution of international law: A reply to Eyal Benvenisti and George Downs", *The European Journal of International Law*, Vol. 20, N° 4, 2010.

Law, David. and Versteeg, Mila. The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism. *Legal Studies Research Paper Series. Paper NO. 10-10-01*, Washington University of St Louis. School of law, 2010.

Law, David; Wen-Chen Chang. "The limits of global judicial dialogue", *Washington Law Review*, Vol. 86, 2011.

Lazega, Emmanuel. “Mapping judicial dialogue across national borders: An exploratory network study of learning from lobbying among European intellectual property judges”, *Utrecht Law Review*, Vol. 8, N° 2, mayo, 2012.

Leathley, Christian. “An institutional hierarchy to combat the fragmentation of international law: has the ILC missed an opportunity”, *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*, Vol. 40, 2007.

Leigh Grove, Tara. “The international judicial dialogue: when domestic constitutional courts join the conversation”, *Harvard Law Review*, Vol. 114, 2001.

Lock, Tobias. “The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts”. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 8 (2009)

López Jacoiste, Eugenia. “El tribunal de justicia de la Unión Europea y la defensa de los derechos fundamentales: algunas reflexiones constitucionales a la luz del caso Kadi”, Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/33.pdf> [15 de agosto de 2013].

López Martín, Ana Gemma. “El derecho internacional en el marco de una sociedad globalizada. Tendencias y perspectivas”, *Revista Española de Relaciones Internacionales*. Núm. 1. [www.reri-anudi.es](http://www.reri-anudi.es)

López-Medina, Diego y Sánchez-Mejía Astrid. “La armonización del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho penal colombiano” *Revista Colombiana de Derecho Internacional*. N° 12: Edición Especial 2008

## M

Mac Amhlaigh, Cormac. “Questioning Constitutional Pluralism”, *Working Paper Series University of Edinburgh*, N° 17, 2011.

Maduro, Miguel Poiars. “Interpreting european law–judicial adjudication in a context of constitutional pluralism”, *Working Paper IE Law School*, N° WPLS08-02, marzo, 2008.

Maduro, Miguel Poiars. “The three claims of constitutional pluralism”, *Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung* [en línea], Disponible en: <http://www.wzb.eu/sites/default/files/veranstaltungen/miguelmadurothreeclaimsofconstitutionalpluralismh> [18 de agosto de 2013].

Mak, Elaine. "Understanding legal evolution through constitutional theory: the concept of constitutional (in-)flexibility", *Erasmus Law Review*, Vol. 4, N° 4, 2011.

Manga, Charles. "Internationalization of constitutional law and constitutionalism in Africa", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 60, 2012.

Manili, Pablo Luis. "La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con especial referencia al derecho argentino", Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2562/24.pdf> [18 de agosto de 2013].

Manili, Pablo Luis. "La recepción del derecho internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional iberoamericano", Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/342/18.pdf> [18 de agosto de 2013].

Marks, Susan. "International Judicial Activism and the Commodity- Form Theory of International Law". *The European Journal of International Law* Vol. 18 no. 1 EJIL 2007.

Martín Rodríguez, Pablo. "Sobre la unidad de la teoría del derecho internacional", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 21, 2011.

Martinelli, Alberto. "From world system to world society?" *Journal of World System Research*, Vol. XI, N°2, 2007.

Martinez, Jenny S. "Towards an international judicial system", *Stanford Law Review*, Vol. 56, noviembre, 2003.

Martinico, Giuseppe. "Is the european convention going to be 'supreme'? A comparative-constitutional overview of ECHR and EU law before national courts", *The European Journal of International Law*, Vol. 23, N° 2, 2012.

Maxeiner, Jhon. "Some realism about legal certainty in the globalization of the rule of law". 31 *Hous. J. Int'l L.* 27 2008-2009

McGuinness, Margaret E. "Exploring the limits of international human rights law", *GA Journal of International and Comparative Law*, Vol. 34, 2006.

Meier García, Eduardo. "Nacionalismo constitucional y derecho internacional de los derechos humanos", *Estudios Constitucionales*, Año 9, No 2, Chile, 2011.

Méndez, Juan. y Dulitzky, Ariel. "Medidas Cautelares y Provisionales". *Protección Internacional de Derechos Humanos: Nuevos Desafíos* Courtis, Cristhian.; Hauser, Diego.; Rodríguez Huerta, Gabriela. Eds.. México: Porrúa-ITAM. 2005

Menéndez, Agustín José. “From constitutional pluralism to a pluralistic constitution? constitutional synthesis as a maccormickian constitutional theory of european integration”, *ARENA Working Paper, Universidad de Oslo*, No. 1, enero, 2011.

Mertens Thomas; Ronald Tinnevelt.” The world state: a forbidding nightmare of tyranny? habermas on the institutional implications of moral cosmopolitanism”, *German Law Journal*, Vol. 10 No. 01, 2009

Michaels, Ralf; Joost Pauwelyn. “Conflict of norms or conflict of laws?: different techniques in the fragmentation of public international law”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 22, 2012.

Mijangos y González, Javier. “Breves notas sobre la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos y su recepción por los tribunales federales mexicanos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 6, julio-diciembre, 2006.

Milewicz, Karolina. “Emerging patterns of global constitutionalization: toward a conceptual framework”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol.16, N°2, 2009.

Mondragón Reyes, Salvador. “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, N° 29, México, 2008.

Mora Méndez, Jorge Andrés. “El control de convencionalidad: un replanteamiento de principios y fuentes del derecho”, *Revista Republicana*, Universidad Cooperativa de Colombia, N° 12, enero-junio, Bogotá, D.C, 2012.

## N

NCCR TRADE. “The constitutionalist reconstruction of international law: Pros and cons”, NCCR Trade WORKING PAPER, N° 01, enero, 2006

Neuman, Gerald. “Import, export, and regional consent in the inter-american court of human rights”, *The European Journal of International Law*, Vol. 19, N° 1, 2008.

Nogueira Alcalá , Humberto. “El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno”, *Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, Vol. 9, N° 2, 2011.

Nogueira Alcalá , Humberto. “El uso del derecho extranjero y del derecho internacional por parte del tribunal constitucional chileno durante el periodo 2006-

2007”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVII*, Chile, 2o Semestre, 2011.

Nogueira Alcalá, Humberto. “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana De Derechos Humanos”. "ReDCE núm. 19. Enero-Junio de 2013"

Nogueira Alcalá, Humberto. “El uso del derecho y la jurisprudencia constitucional extranjera y de tribunales internacionales no vinculante por el tribunal constitucional chileno en el periodo 2006-2011”. *Estudios Constitucionales*. Año 11, No. 1, 2013.

Nogueira Alcalá, Humberto. La sentencia constitucional en Chile: aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008.

Nollkaemper, André y Hey, Ellen. “The Relationship between International Law and National Law”. 33-1. *International Law FORUM*, Vol 33 No. 1. (2001), p. 9-11;

Nollkaemper, André. “Constitutionalization and the unity of the law of international responsibility”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 16, N° 2, 2009.

## O

Olarte Bacares, Diana Carolina; Jorge González Jácome. “La influencia de los pronunciamientos de organismos internacionales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 12, Bogotá, 2008.

Oliveira Junior, Valdir Ferreira. “Constitucionalismo multinível – contribuição para compreensão da interconstitucionalidade no estado constitucional”, *Revista Eletrônica del Derecho de Estado*, N° 10, Bahia, Brasil, abril-junio, 2007.

Olsen, Bradley. “Protecting fundamental rights and the evolving roles of the court of justice of the European Union and the European Court of human rights; Europeanization in action at the supranational level”, *Edinburgh Student Law Review*, Vol. 55, 2009-2010.

Oñate Laborde, Alfonso. “La recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos”, *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea],

Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2740/12.pdf> [18 de agosto de 2013].

Onuf, Nikolas. "The constitution of international Society". *European Journal of International Law*. Vol. 5, 1994. p. 1-19.

## **P**

Pampillo Baliño, Juan Pablo. "Hacia una integración jurídica americana. Algunas consideraciones sobre la cumbre de la unidad de América Latina y el Caribe", *Ambiente Jurídico*, Centro de Investigaciones Sociojurídicas, septiembre, 2010.

Pampillo Baliño, Juan Pablo. "The legal integration of the american continent: an invitation to legal science to build a new ius commune", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 17, N°3, julio 2011.

Parra Vera, Oscar. "La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates". *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 13, No. 1, Noviembre de 2012.

Paulus, Andreas. "Between constitutionalization and fragmentation – concepts and reality of international law in the 21<sup>st</sup> century", *Humboldt Forum Recht*, N° 5, 2011.

Pauwelyn, Joost. "Bridging fragmentation and unity: international law as a universe of inter-connected islands". *Michigan Journal of International Law* Vol. 25:903, 2004.

Pellet, Allan. "The Anatomy of Courts and Tribunals". *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 7 (2008).

Peña Torres, Marisol. El precedente constitucional emanado del tribunal constitucional y su impacto en la función legislativa. *Estudios Constitucionales*, Año 4 No. 1, 2006

Perez Luño, Antonio. "El Derecho Constitucional Común Europeo: apostillas en torno a la Concepción de Peter Haberle". *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* Núm. 88. Abril-Junio 1995.

Perez-Leon, Juan Pablo. "El individuo como sujeto de derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. 2008, vol.8, pp. 599-642.

Pernice, Ignolf. "The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in action. *Columbia Journal of European Law*, No. 15, 2008-2009

Pernice, Ignolf. "Multilevel constitutionalism in the European Union". *WHI Paper 5/02*, www.whi-berlin.de

Pernice, Ignolf. "Multilevel constitutionalism and the treaty of Amsterdam: European constitution making revisited?" *Common Market Law Review*, N°36, 1999.

Pernice, Ignolf; Ralf Kanitz. "Fundamental rights and multilevel constitutionalism in Europe", *Walter Hallstein-Institut*, Humboldt-Universität zu Berlin, N° 7, 2004.

Peters, A. *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*. En *Leiden Journal of International Law*, 19 (2006). p. 579-610

Peters, Anne. "Bienes jurídicos globales en un orden mundial constitucionalizado", *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad Autónoma de Madrid, N°16, 2012.

Peters, Anne. "Global constitutionalism revisited", *International Legal Theory*, Vol. 11, otoño, 2005.

Peters, Anne. "Global constitutionalism revisited". *International Legal Theory*, Vol. 11. 2005.

Peters, Anne. "Humanity as the  $\alpha$  and  $\Omega$  of sovereignty", *The European Journal of International Law*, Vol. 20, N° 3, 2009.

Petersmann, Ernst-Ulrich. "Human Rights, Constitutionalism and the World Trade Organization: Challenges for World Trade Organization Jurisprudence and Civil Society". *Leiden Journal of International Law*, 19, 2006.

Petersmann, Ernst-Ulrich. "Human rights, international economic law and constitutional justice", *The European Journal of International Law*, Vol. 19, N° 4, 2008.

Petersmann, Ernst-Ulrich. "International rule of law and constitutional justice in international investment law and arbitration", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 16, N° 2, 2009.

Petersmann, Ernst-Ulrich. "Multilevel judicial governance as guardian of the constitutional unity of international economic law", *L.A. International & Comparative Law Review*, Vol. 30, 2008.

Petersmann, Ernst-Ulrich. "On the universality of human rights". *The European Journal of International Law* Vol. 14 no. 2, 2003.

Picciotto, Sol. “Constitutionalizing multilevel governance?” *International Constitutional Journal*, July-October 2008, Vol. 6, 2008.

Piovesan, Flávia. “Fuerza integradora y catalizadora del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: desafíos para la formación de un constitucionalismo regional”, Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/14.pdf> [16 de agosto de 2013].

Pipán, Anita. *Los derechos humanos y la OMC*. Buenos Aires, Ciudad Argentina Ed. 2006

Popa, Andra Maria; Dodi Loana y Ion Onana-Andreea. “Combining multi-level and network governance with a spillover effect: the case of the European “Innovation Union” flagship initiative”, *Lex ET Scientia International Journal* , N° XVIII, Vol. 1, 2011.

Posner, Eric. “Erga omnes norms, institutionalization, and constitutionalism in international law”, *Public Law and Legal Theory Working Paper*, No. 224, Universidad de Chicago, 2008.

Prieto Sanchís, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5, 2001.

## Q

Queralt Jiménez, Argelia. El Tribunal de Estrasburgo y los Tribunales Constitucionales. [en línea], Disponible en: [http://www.upf.edu/constitucional/actualitat/PDFs/Queralt\\_Jimenez\\_Argelia.pdf](http://www.upf.edu/constitucional/actualitat/PDFs/Queralt_Jimenez_Argelia.pdf) [06 de agosto de 2013].

Queralt Jiménez, Argelia. The interpretative effects of the judgements of the European Court Of Human Rights, Conferencia pronunciada en Trento, el 15 de junio de 2007.

Quinche Ramírez, Manuel. “El control de convencionalidad y el sistema colombiano”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* 163 No. 12, julio-diciembre 2009.

Quiroga León, Anibal. “Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la cosa juzgada en los tribunales nacionales”. *Estudios Constitucionales*, 2006, Vol 4. No. 2

Quiroga León, Anibal. “Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno: nuevas perspectivas doctrinales jurisprudenciales en el ámbito americano”. *Revista ius et praxis*, Vol. 11, No. 1, 2005.

## R

Ribeiro Leão, Renato Zerbini. “El rol de la sociedad civil organizada para el fortalecimiento de la protección de los derechos humanos en el siglo XXI: un enfoque especial sobre los DESC”. *Revista del Instituto Interamericano de derechos humanos*, Vol. 51, 2010

Ribotta, Silvina. “Globalización versus Derechos Humanos”. ¿Pueden configurarse los Derechos Humanos como una estrategia emancipadora en el actual contexto de globalización neoliberal? Tomado del Instituto de Gobernabilidad de Cataluña. [en línea]  
[http://orff.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8519/globalizacion\\_ribotta\\_RF\\_2003.pdf;jsessionid=B8DE0C01CA655652EA3AA573A07D382D?sequence=1](http://orff.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8519/globalizacion_ribotta_RF_2003.pdf;jsessionid=B8DE0C01CA655652EA3AA573A07D382D?sequence=1)

Rivera Santibáñez, José Antonio. “La justicia constitucional en el nuevo modelo de Estado boliviano”, Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/26.pdf> [16 de agosto de 2013].

Rodríguez, Gabriela. “Derechos humanos: jurisprudencia internacional y jueces internos”. *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2740/19.pdf> [06 de agosto de 2013]

Romano, Cesareo. “The price of international justice”. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 4, 2005.

Rosenfeld, Michel. “Rethinking constitutional ordering in an era of legal and ideological pluralism”. *International Journal of Constitutional law*. 6- 415 2008

Ruiz Chiriboga, Oswaldo. “The conventionality control: examples of (un)succesful experiences in Latin American”, *Revista Interamerica y Europea de Derechos Humanos*, Vol. 3, Nº 1-2, 2010.

## S

Sabel, Charles y Gerstenberg, Oliver. “Constitutionalising an Overlapping Consensus: the ECJ and the Emergence of a Coordinate Constitutional Order”. *European Law Journal*, 16-5, 2010. 511-550.

Sagüés, Néstor. “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”. *Revista ius et praxis* Vol. 9, No. 1, 2003.

Sagüés, Néstor. “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, Año 8, No 1, 2010.

Sagüés, Néstor. El control de convencionalidad como instrumentos para la elaboración de un ius commune interamericano. Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/25.pdf> [15 de agosto de 2013].

Salgado Pesantes, Hernán. “Justicia constitucional transnacional: el modelo de la corte interamericana de derechos humanos. Control de constitucionalidad vs. Control de convencionalidad”, Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/16.pdf> [16 de agosto de 2013].

Sánchez Patrón, José Manuel. La aplicación del derecho internacional general a las actuaciones de las organizaciones internacionales. La práctica de las comunidades europeas-uniión europea. Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Vol. 6, 2006.

Santiago, Alfonso. Neoconstitucionalismo. Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008. Disponible en [www.ancmyp.org.ar](http://www.ancmyp.org.ar) [06 de agosto de 2013].

Schilling, Theodore. “On the Constitutionalization of General International Law”. *Jean Monnet Working Paper* 06/05. 2005.

Schorkopf , Frank y Walter Christian. “Elements of Constitutionalization: Multilevel Structures of Human Rights Protection in General International and WTO-Law”. *German Law Journal*.Vol. 04 No. 12. 2003

Schwöbel, Christina. “The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers”. *German Law journal* Vol 13 No. 1

Schwöbel, Christine. “Organic global constitutionalism”, *Leiden Journal of International Law*, N°23, 2010.

Sellarés Serra, Jordi. “¿”Pacta Sunt Servanda”? Quizás, quizás, quizás. El Tribunal Supremo de Estados Unidos no aplica el caso Avena en su sentencia del caso Medellín”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N°26, 2008.

Sen, Amartya. "The global status of human rights", *The American Society of International Law Proceedings*, N°4, 2011.

Serna De La Garza, José María. "Globalización y derecho constitucional comparado", Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/23.pdf> [16 de agosto de 2013].

Shany, Yuval. "Toward a general margin of appreciation doctrine in international law?", *The European Journal of International Law*, Vol. 16, N° 5, 2006.

Shaw, Jo. "Postnational constitutionalism in the European Union ", *Journal of European Public Policy*, Vol. 6, N° 4, 1999.

Silva García, Fernando. "El deber de motivación adecuada como pieza de articulación de los sistemas nacional e internacional de derechos humanos", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, N°31, 2011.

Simma, Bruno y Paulus, Andreas. "The 'International Community: Facing the Challenge of Globalization". *European Journal of International Law*, Vol. 9, 1998. p. 266-277.

Simma, Bruno. "From bilateralism to community interest in international law". *Recueil des Cours*, 250, 1994

Simma, Bruno. "Fragmentation in a positive light", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, verano, 2004.

Simma, Bruno. "Universality of international law from the perspective of a practitioner", *The European Journal of International Law*, Vol. 20, N° 2, 2009.

Slaughter, Anne-Marie. "A Global Community of Courts", *Harvard International Law Journal*, Vol. 44, N° 1, invierno, 2003.

Slaughter, Anne-Marie. "Judicial Globalization", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 40, 2000.

Slaughter, Anne-Marie; William Burke White. "The future of international law in domestic (or, the European way of law)", *Harvard International Law journal*, Vol. 47, N° 2, verano, 2006.

Sousa, Mariana. "Breve panorama de la reforma judicial en América Latina: Objetivos, desafíos y resultados". *El estado de las reformas del Estado en América Latina*. Eduardo Lora Ed. Banco Interamericano de Desarrollo. 2007

Stone Sweet, Alec. "On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court", *Faculty Scholarship Series*, N° 71, 2009.

Stone Sweet, Alec. "Constitutionalism, legal pluralism, and international regimes", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, N° 16, 2009.

Stone Sweet, Alec. "On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court". *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, 2009.

Stone sweets, Alec. "A cosmopolitan legal order: Constitutional pluralism and rights adjudication in Europe". *Global Constitutionalism* 2012, 1:1, 53– 90

Stone, Sweet, Alec. The European Convention on Human Rights and national constitutional reordering. *33 Cardozo Law Review*. 1859 2011-2012.

Storini, Claudia. "Efectos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los países miembros de la OEA", *Revista de Derecho*, No. 11, Ecuador, 2009.

## T

Tomuschat, Christian. "Control abstracto de normas la sentencia del tribunal constitucional federal alemán sobre el tratado de Lisboa", *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/34.pdf> [17 de agosto de 2013].

Tomuschat, Christian. "The effects of the judgments of the european court of human rights according to the german constitutional court", *German Law Journal*, Vol. 11, N° 05, 2010.

Torres Zuñiga, Natalia. "Control de convencionalidad y protección multinivel de los derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". *Derecho PUCP*, N° 70, 20

Torres Zuñiga, Natalia. "Las Relaciones entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales locales. La incorporación de la jurisprudencia internacional en el marco de la resolución de conflictos por jueces nacionales". *Lima, Gaceta Constitucional*, Tomo 19, 2009.

Tortolero Cervantes, Francisco. "Ciudadanía y democracia: presupuestos para el juez constitucional latinoamericano en el contexto de la globalización", *Biblioteca*

Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/14.pdf> [17 de agosto de 2013].

Trechsel, Stefan. “A world court for human rights?”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 1, otoño, 2004.

Tzanakopoulos, Antonios. “Domestic Courts in International Law: The International Judicial Function of National Courts”. *Los Angeles, Loyola Law Review*. Vol. 34, 2011.

## U

Ulfstein, Geir. “The relationship between constitutionalism and pluralism”, *Goettingen Journal of International Law*, N° 4, 2012.

Uprimny, Rodrigo. “The recent transformation of constitutional law in latin america: trends and challenges”, *Texas Law Review*, Vol. 89, N°7, junio, 2011,

Uprimny, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. Disponible en: <http://www.utexas.edu/law/journals/tlr/sources/Issue%2089.7/Landa/fn005.landa.uprimny.transformaciones.pdf> [06 de agosto de 2013]

Urueña, Rene. “Espejismos constitucionales. La promesa incumplida del constitucionalismo global”, *Revista de Derecho Público*, N° 24, 2010.

Urueña, René. “Luchas locales, cortes internacionales: una exploración de la protección multinivel de los derechos humanos en américa latina”. *Revista Derecho del Estado* No. 30. 2013.

## V

Van Aaken, Anne. “A Functional Approach to International Constitutionalism: The Value Added of a Social Science Contribution”. *University of St. Gallen Law School Law and Economics Research Paper Series Working Paper* No. 2008-08 May 2008;

Van Aaken, Anne. “A Functional Approach to International Constitutionalism: The Value Added of a Social Science Contribution”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP)*, Beiheft, No. 2008-08, mayo, 2008.

Van Aaken, Anne. “Defragmentation of public international law through interpretation: a methodological proposal”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 16, N°2, 2009.

Veçoso, Fabia Fernandes; Alberto do Amaral Júnior. “The inter-american system as new grossraum? assessing the case law of the inter-american court of human rights”, *European Society of International Law*, No. 3/2011, mayo, 2011.

Velezmoro Pinto, Fernando, El Precedente Constitucional vinculante según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y el neoconstitucionalismo, *Revista Jurídica del Perú* N° 112, Ed. Gaceta Jurídica, Lima 2010, pp. 57 y siguientes

Ventura Robles, Manuel. La Ejecución de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Por Parte de los Tribunales Nacionales. En línea. Disponible en [www.sitios.poderjudicial.go.cr/salaconstitucional/articulos%20y%20conferencias/Seminario\\_20aniversario/006.pdf](http://www.sitios.poderjudicial.go.cr/salaconstitucional/articulos%20y%20conferencias/Seminario_20aniversario/006.pdf) [22 de septiembre 2013]

Venzke, Ingo. “The role of international courts as interpreters and developers of the law: working out the jurisgenerative practice of Interpretation”, *L.A. International & Comparative Law Review*, Vol. 34, 2011.

Viellechner, Lars. “Constitutionalism as a cipher: on the convergence of constitutionalist and pluralist approaches to the globalization of law”, *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 4 N° 2, 2012.

Volk, Christian. “Why global constitutionalism does not live up to its promises”, *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 4 N° 2, 2012.

Von Bogdandy, Armin y Venzke, Ingo. “In Whose Name? An Investigation of International Courts’ Public Authority and Its Democratic Justification”. *European Journal of International Law* Vol. 23 no. 1, 2012.

Von Bogdandy, Armin y Venzke, Ingo. “Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers”, *German Law Journal* 12- 979-1004 (2011).

Von Bogdandy, Armin, and Venzke, Ingo. “On Public Authority and Democratic Legitimation”. *Global Governance Series: Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Vol. 236 (Eds.) 2012, XVII, 509p.

Von Bogdandy, Armin. “Constitutionalism in international law: comment on a proposal from Germany”, *Harvard International Law Journal* Vol. 47, N° 1, invierno, 2006.

Von Bogdandy, Armin. “Globalization and Europe: How to square democracy, globalization, and international law”, *The European Journal of International Law*, Vol. 15, N°.5, 2004.

Von Bogdandy, Armin. "Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law", *International Journal Of Constitutional Law*, Vol. 6, 2008.

## W

Wald, Patricia M. "Tribunal discourse and intercourse: How the international course speak to one an other", *Boston Collegue International & Comparative Law Review*, Vol. 30, 2007.

Waldron, Jeremy. "A rights-based critique of constitutional rights", *Oxford journal of legal studies*, 13, 1993, 18-51.

Walker, Neil. "Making a world of difference? Habermas, cosmopolitanism and the constitutionalization of international law", *European University Institute working papers*, N° 17, 2005.

Walker, Neil. "Multilevel constitutionalism: looking beyond the german debate", *LSE 'Europe in Question' Discussion Paper Series*, N° 08, junio, 2009.

Walker, Neil. "Taking Constitutionalism Beyond the State". *Political Studies*, Vol. 56, 2008. p. 519–543.

Walker, Neil. "The idea of constitutional pluralism". *The modern law review*, Vo. 65, No. 3, 2002. p. 317-359

Walter, Christian; Frank Schorkopf." Elements of constitutionalization: multilevel structures of human rights protection in general international and WTO-law", *German Law Journal*, Vol.04, No.12, 2009.

Waters, Melissa A. "Creeping monism: the judicial trend toward interpretive incorporation of human rights treaties", *Columbia Law Review*, Vol. 107, 2007.

Waters, Melissa A. "Judicial dialogue in roper: signaling the court's emergence as a transnational legal actor? a response to profesor", *Legal Studies Research Paper Series*, NO. 11-06-02, Universidad de St. Louis, Washington, junio, 2011.

Waters, Melissa A. "Mediating norms and identity: the role of transnational judicial dialogue in creating and enforcing international law", *The Georgetown Law Journal*, Vol. 93, N° 2, enero, 2005.

Waters, Melissa A. "The future of transnational judicial dialogue", *The American Society of International Law Proceedings*, N° 104, 2010.

Waters, Melissa A. "Using human rights treaties to resolve ambiguity: the advent of a rights-conscious *charming betsy canon*", *Victoria University Wellington Law Review*, Vol. 38, 2007.

Waters, Melissa. "Justice Scalia on the Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation: Unidirectional Monologue or Co-constitutive Dialogue?" *Tulsa Journal of comparative and international law*, No. 12, 2004;

Weiler, Joseph y Trachtman, Joel. "European Constitutionalism and Its Discontents". *Northwestern Journal of International Law & Business*. Vol 17-1. 1997

Weiler, Joseph.y Paulus, Andreas."The structure of change in international law or is there a hierarchy of norms in international law?" *European Journal of International Law*, Vol. 8, 1997.

Wen-Chen Chang, Jiunn-Rong Yeh. *The Emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges and Solutions*. Penn State International Law Review, 2008.

Wildhaber, Luzius. "A Constitutional Future for the European Court of Human Rights?" *Human Rights Law Journal*, 2002 23, 5-7, 161;

## **Y**

Young , Ernest A. "The trouble with global constitutionalism", *Texas International Law Journal*, Vol. 38, N° 3, 2003.

## **Z**

Zumbansen, Peer. "Comparative, global, and transnational legal pluralist order", *Osgoode Hall Law Journal*, N° 24, 2011.

Zumbansen, Peer; Achilles Skordas. "Introduction – the kantian project of international law: engagements with Jürgen Habermas' the divided west", *German Law Journal*, Vol. 10, N° 01, 2009.

## **Jurisprudencia**

### **d. Jurisprudencia Nacional**

- Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2008. Radicación 76001-23-25-000-1996-04058-01(16996).
- Corte Apelaciones de Santiago, rol No. 28.075-2001. Sentencia de 09 de julio de 2001.
- Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-551 de 2003
- Corte Constitucional de Colombia Sentencia C -014 de 2004
- Corte Constitucional de Colombia Sentencia C- 178 de 1995
- Corte Constitucional de Colombia Sentencia C- 251 de 1997.
- Corte Constitucional de Colombia Sentencia C- 370 de 2006.
- Corte Constitucional de Colombia Sentencia C- 406 de 1996
- Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-010 de 2000
- Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-578 de 2002
- Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-695 de 2002
- Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-936 de 2010
- Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-979 de 2005.
- Corte Constitucional de Colombia Sentencia T- 1319 de 200
- Corte Constitucional de Colombia Sentencia T- 568 de 1999
- Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-1319 de 2001.
- Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-679 de 2005
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-052 de 2012
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-288 de 2009.
- Corte constitucional de Colombia, Sentencia C-360 de 2005
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-590 de 2005.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-254 de 2013
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 1030 de 2003
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T-1319 de 2001
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-004 de 2003.

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-941 de 2010.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C- 225 de 1995
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-442 de 2011
- Corte Constitucional de Guatemala Exp. 334-95 sentencia del 26 de marzo de 1996.
- Corte Constitucional de Guatemala, Exp. 280-90 sentencia del 19 de octubre de 1990
- Corte de Apelaciones de Santiago, rol No. 53.423-2002
- Corte Suprema de Chile, Rol 2666-04. Sentencia del 18 de diciembre de 2006.
- Corte Suprema de Chile, Rol 559-04. Sentencia del 13 de diciembre de 2006.
- Corte Suprema de Chile, rol 740-2007, sentencia del 18 de abril de 2008.
- Corte Suprema de Chile. Rol 2006-2005, Sentencia del 6 de mayo de 2005
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia No. 2313-1995
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia No. 709-1991
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia No. 1032-1996
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia No. 2313-1995.
- Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Cámara Penal, No. MP001/2005/46063 de 11 de diciembre de 2009
- Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Cámara Penal, No. MP001/2008/63814 de 11 de diciembre de 2009
- Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Cámara Penal, No. MP001/2009/10170 de 11 de diciembre de 2009
- Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Cámara Penal, No. MP001/2008/2506 de 11 de diciembre de 2009.
- Corte Suprema de Justicia de Guatemala. Recurso de Casación 210-2003-7 de octubre de 2004.
- Corte Suprema de Justicia de Honduras, Sala Constitucional, Sentencia de Amparo, Julio 1 de 2013. Andrés Pavón Murillo c. Tribunal Supremo Electoral.

- Corte Suprema de Justicia de Honduras, Sala de lo Constitucional, Expdt. 1665, 13 de marzo de 2003
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina Caso Acosta, 22 de diciembre de 1998
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Caso Arancibia Clavel, 24 de agosto de 2004
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, caso Simón, 14 de junio de 2005.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Caso Bramajo, 12 de septiembre de 1996
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Caso Ekmekdjian, del 7 de julio de 1992
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Caso Expósito, 23 de diciembre 2004
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Caso Girolodi, 7 de abril de 1995
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso Mazzeo, Julio Lilo y otros, 13 de Julio de 2007
- Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, Sala Constitucional, Sentencia No. 59 de 7 de mayo de 2004 y Sentencia No. 103 de 8 de noviembre de 2002
- Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, Sala Constitucional. Sentencia No. 57/2010, 22 de marzo de 2010
- Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, Sala Constitucional. Sentencia No. 78/2010, 10 de marzo de 2010.
- Corte Suprema de Justicia de Panamá, Expdt. 794-07, 21 de agosto 2008
- Corte Suprema de Justicia de Panamá, Expdt. 794-07, Sentencia de 21 de agosto de 2008.
- Corte Suprema de Justicia de República Dominicana, Caso Meej S.A c. el Estado, sentencia de 6 de abril de 2011
- Corte Suprema de Justicia del Paraguay, Sentencia N°: 847, 10 de Junio de 2003
- Corte Suprema de Justicia de República Dominicana. Caso Productos Avons S.A. Sentencia del 24 de febrero de 1999.

- Suprema Corte de Justicia de República Dominicana. Resolución No. 1920-2003 emitida el 13 de noviembre de 2003.
- Corte Suprema de Justicia del Perú, Sentencia del 7 de abril de 2009. Causa No. 19-2001-AV
- Corte Suprema del Salvador, Sala Constitucional. Sentencia 26-2066 del 12 de diciembre de 2007. Corte Suprema del Salvador, Sala Constitucional, Sentencia 18-2001, del 5 de septiembre de 2001.
- Corte Suprema del Salvador, Sala Constitucional. Sentencia 26-2066 del 12 de diciembre de 2007.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, Tesis P. LXIX/2011(9a.) 160 525 diciembre de 2001
- Suprema Corte de Justicia de Uruguay, Caso de Nibia Sabalsagaray Curutchet. Sentencia No. 365, de 19 de octubre de 2009.
- Tribunal Colegiado de México, Sentencia de 14 de octubre de 2004.
- Tribunal Constitucional de Bolivia, Expediente No. 1190/01-R –TC de 12 de noviembre de 2001.
- Tribunal Constitucional de Bolivia, Expediente No. 2006-13381-27-RAC) del 10 de mayo de 2010.
- Tribunal Constitucional de Bolivia, Expediente No. 2010-21299-43-AAC
- Tribunal Constitucional de Bolivia, Expediente No. 2006-13381-27-RAC, 10 de mayo de 2010
- Tribunal Constitucional de Bolivia, Expediente No. 0491/2003 de del 15 de abril de 2003
- Tribunal Constitucional de Bolivia, Expediente No. 1020/2004-R, del 2 de julio de 2004
- Tribunal Constitucional de Bolivia, Expediente No. 1364/2002 de 7 de noviembre de 2002
- Tribunal Constitucional de Bolivia, Expediente No. 1190/01-R de 12 de noviembre de 2001
- Tribunal Constitucional de Bolivia. Expediente No. 2006-13381-27-RAC
- Tribunal Constitucional de Bolivia, Expediente No. 0664/2004-R de 6 de mayo de 2004.

- Tribunal Constitucional de Ecuador, sentencia 42-2007-TC de 10 de junio de 2008.
- Tribunal Constitucional de Perú Expediente 00007-2007-PI/TC
- Tribunal Constitucional de Perú, Expediente. 1091-2002-HC/TC.
- Tribunal Constitucional de Perú, Expediente No. 679-2005-PA/TC
- Tribunal Constitucional de Peru. Expediente No. 2730-2006-PA/TC julio 21 de 2006.
- Tribunal Constitucional del Perú Expediente. N.º 10063-2006-PA/TC
- Tribunal Constitucional del Perú Expediente N.º 2730-2006-PA/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú, Expediente. 010-2002-AI/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú, Expediente N.º 2730-06-PA/TC, de 21 de julio de 2006
- Tribunal Constitucional del Perú, Expediente No. 2730-2006-PA/TC,
- Tribunal Constitucional del Perú, Expediente No. 4587-2004-AA/TC
- Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N.º 2730-06-PA/TC .
- Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N.º 2730-2006-PA/TC
- Tribunal constitucional del Perú. Expediente N.º 679-2005-PA/TC.
- Tribunal Constitucional Federal Alemán, sentencia de 22 de octubre de 1986. BverGE 73, 339 (Solange II)
- Tribunal Constitucional Federal Alemán, sentencia de 29 de mayo de 1974. BverfGE 37, 271 (Solange I)
- Tribunal Constitucional Federal Alemán, sentencia de 30 de junio de 2009. BVerfG, 2 BvE 2/08
- Tribunal oral Federal 1 de la República de Argentina, Sentencia No. 63/10 de 22 de diciembre de 2010. Videla, Jorge Rafael y otros. Expt. 172/09 y Menéndez, Luciano Benjamín y otros. Expt. M13/09.

#### **e. Jurisprudencia Internacional**

- Corte Internacional de Justicia Opinión consultiva relativa a la interpretación del acuerdo OMS-Egipto de 20 de diciembre de 1980.
- Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas. 11 de abril de 1949.

- Corte Internacional de Justicia. Asunto relativo a la obligación de investigar o extraditar. Bélgica c. Senegal. Mayo 28 de 2009
- Corte Internacional de Justicia. Inmunidades jurisdiccionales del Estado, Alemania c. Italia, 3 de febrero de 2012.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso *Kadi y Al Barakaat International Foundation c. Consejo*.2008
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Cornelis Kramer y otros, 1976
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. E. A. Mondiet Sa c. A. Islais S, 1993.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Emesa Sugar (Free Zone) NV c. Aruba, 2000
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Herbert Weber y Universal Orden Services Ltd, 2002
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. International Fruit Company NV y otros, 1972
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Racke GMBH &Co. y Hauptzollamt Mainz, 1998
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Vermeulen v. Belgium, 2001.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Hirst c. Reino Unido, 2012.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Irlanda c. Reino Unido, 1978
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Loizidou c. Turquía, 1995
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Scoppula c. Italia, 2012.
- Tribunal Militar Internacional de Nüremberg. Francia y otros c. Goering y otros. Sentencia de 30 de septiembre de 1946.

## **f. Jurisprudencia Interamericana**

### **Casos contenciosos**

- Corte I.D.H., Caso *Abrill Alosilla y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de Marzo de 2011. Serie C No. 223
- Corte I.D.H., Caso *Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171.

- Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.
- Corte I.D.H., Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257
- Corte I.D.H., Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239
- Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104.
- Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.
- Corte IDH Caso Barrios Altos. Interpretación de la Sentencia de Fondo. (Art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83,
- Corte IDH. Caso Blanco Romero y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138
- Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100.
- Corte IDH. Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C No. 123.
- Corte IDH. Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C No. 123.
- Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.
- Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146
- Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214
- Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142

- Corte I.D.H., Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232.
- Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Serie C No. 66
- Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.
- Corte IDH. Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.
- Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.
- Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.
- Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.
- Corte IDH. Caso Del Caracazo Vs. Venezuela. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95
- Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160
- Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.
- Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55.
- Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55.
- Corte I.D.H., Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246
- Corte I.D.H., Caso García y Familiares Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C No. 258
- Corte I.D.H., Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

- CorteIDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 20 de marzo de 2013
- Corte I.D.H., Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.
- Corte IDH. Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136.
- Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.
- Corte I.D.H., Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C No. 240
- Corte I.D.H., Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. 253
- Corte I.D.H., Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217.
- Corte IDH. Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196.
- Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177
- Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162
- Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.
- Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105.
- Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105
- Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.
- Corte I.D.H., Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233.

- Corte I.D.H., Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213
- CorteIDH Caso de las Masacres De Ituango Vs. Colombia, Resolución Supervisión de Cumplimiento de Sentencia 21 de mayo de 2013
- Corte I.D.H., Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259.
- Corte I.D.H., Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250
- Corte I.D.H., Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228.
- Corte IDH., Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260
- Corte I.D.H., Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229.
- Corte I.D.H., Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245
- Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245,
- Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.
- Corte IDH. Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191.
- Corte IDH. Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92.
- Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166
- 
- Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.

## **Opiniones Consultivas**

- Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.
- Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17
- Corte IDH. Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-19/05 del 28 de noviembre de 2005. Serie A No. 19.
- Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.
- Corte IDH. Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A No. 20.
- Corte IDH. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2.
- Corte IDH. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8
- Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9
- Corte IDH. Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997. Serie A No. 15.
- Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10.

- Corte IDH. Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3.