

## CAPÍTULO PRIMERO

### LA ESTATALIDAD ABIERTA COMO *CONDITIO* DE LA PROTECCIÓN SUPRANACIONAL DE LA DEMOCRACIA

Un aspecto central de la investigación consiste en proponer un enfoque renovado acerca de los rasgos propios del fenómeno de la permeabilidad constitucional suramericana, que comprende tanto las cláusulas de apertura en materia de derechos humanos<sup>1</sup> como las habilitaciones constitucionales para la integración económica.<sup>2</sup> *Prima facie*, el constitucionalismo suramericano actual emerge a la inversa que en Europa: cuando en el viejo continente se habla de internacionalización de las Constituciones nacionales se vincula directamente con la “europeización” (v. g. integración económica),<sup>3</sup> mientras que en América Latina se identifica con la denominada humanización.<sup>4</sup> Como lo explica categóricamente Laurence Burgogues-Larsen “en el seno del «Nuevo Mundo», la «internacionalización» de las Constituciones nacionales bien merece su nombre. Se trata de una internacionalización muy específica, ya que el derecho internacional de los derechos humanos encuentra allí un lugar privilegiado”.<sup>5</sup>

Dos cambios de paradigma distinguen este proceso de apertura del Estado como son el surgimiento del paradigma del pluralismo normativo<sup>6</sup> y la

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

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

<sup>3</sup> Huber, P., “Estatualidad abierta: un análisis comparado”, *El derecho constitucional en el espacio jurídico europeo*, Valencia, 2012, en prensa.

<sup>4</sup> Caballero Ochoa, J., “El derecho internacional en la integración constitucional. Elementos para una hermenéutica de los derechos fundamentales”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 6, 2006, pp. 82 y ss.

<sup>5</sup> Burgogues-Larsen, L., “Les standards: normes imposées ou consenties?”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle 2011*, París, 2012.

<sup>6</sup> Entre tantos, Bustos, R., *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, 2012, pp. 13 y ss.

internacionalización entendida como humanización.<sup>7</sup> El primero tiene implicaciones directas en la transformación del concepto clásico de soberanía,<sup>8</sup> la superación de la concepción de un Estado cerrado<sup>9</sup> y su consiguiente pérdida del carácter omnicomprendivo en el ámbito del derecho constitucional. Es un proceso vinculado a la globalización<sup>10</sup> y a la creciente interacción entre el derecho internacional, el supranacional y el constitucional.<sup>11</sup> La Constitución no es la norma suprema única, sino que comparten espacio, en la cúspide de la pirámide normativa, otras disposiciones. Algunos autores, entre ellos Flávia Piovesan, acuden a la figura del trapecio para explicar este fenómeno de achatamiento de la pirámide;<sup>12</sup> otros como Armin von Bogdandy hacen mención de la necesidad de reconfigurar la relación entre el derecho internacional y el derecho interno desde el acoplamiento.<sup>13</sup> César Landa apunta hacia la tesis de la coordinación entre sistemas y parte de la premisa de la ausencia de una relación de jerarquía entre las normas constitucionales y las normas de fuente externa, ya que dicha relación se rige más bien por principios de complementariedad, interconexión, convergencia.<sup>14</sup>

El paradigma de la internacionalización entendida como humanización se ha encauzado tanto por el rango constitucional que se le asigna a los tratados de derechos humanos, su primacía sobre el derecho interno, incluso

<sup>7</sup> Brewer-Carias, A., *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of Amparo Proceedings*, Nueva York, 2008, pp. 31 y ss.

<sup>8</sup> Cfr. Vázquez, A., “Soberanía, supranacionalidad e integración: la cuestión en los países del Mercosur”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, 2001, p. 234; Häberle, P. y Kotzur, M. (eds.), *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, México, 2003.

<sup>9</sup> Calliess, C., “60 Jahre Grundgesetz – ein Jubiläum im Lichte der Europäisierung”, *AnwBl*, vol. 7, 2009, p. 478.

<sup>10</sup> Carbonell, M., “Globalización y derecho: siete tesis”, en Díaz-Müller (coord.), *Globalización y derechos humanos*, México, 2003, pp. 1-16.

<sup>11</sup> Sobre la relación de retroalimentación e intercambio continuos entre los derechos nacionales y el derecho internacional, Cfr. Fix-Fierro, H. y López Ayllón, S., “El impacto de la globalización en la reforma del Estado y el derecho en América Latina”, *El papel del derecho internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional*, México, 1997, p. 328; Cançado Trindade, A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XX*, Chile, 2006, p. 315.

<sup>12</sup> Piovesan, F., “Direitos humanos e diálogo entre jurisdições”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional* (RBDC), núm. 19, 2012, p. 67.

<sup>13</sup> Von Bogdandy, A., *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, 2011, pp. 285 y ss.

<sup>14</sup> Landa, C., *Tribunal constitucional y Estado democrático*, 3a. ed. corregida y aumentada, Lima, 2007, p. 114.

sobre el derecho constitucional mediante las cláusulas de “prevalencia”,<sup>15</sup> así como por la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales a la luz de ese derecho internacional de los derechos humanos.<sup>16</sup> El Estado y la soberanía no desaparecen, sino que se han transformado en conceptos ajustados a los nuevos tiempos.<sup>17</sup> Por tanto, la constelación contemporánea se vincula con las nuevas formas de articulación del espacio político.<sup>18</sup>

En Suramérica, la constitucionalización del derecho internacional y del régimen jurídico interamericano (humanización) al igual que la apertura hacia la integración, como es el caso del Mercosur,<sup>19</sup> ha tenido como telón de fondo la garantía de las jóvenes democracias. En los regímenes autoritarios de las décadas de los sesenta y setenta, las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos (desapariciones forzadas, ejecuciones sumarias, terror de Estado —con el llamado “Plan Cóndor”—) habían dejado profunda huella. La democratización en la década de los ochenta tenía el cometido esencial de salvaguardar la dignidad humana y recuperar los valores democráticos. Se imponía el requerimiento colectivo para fortalecer el Estado de derecho, la institucionalidad democrática y el control en el ejercicio del poder público. Las nuevas Constituciones pretenden recoger la expansión del derecho internacional de los derechos humanos y ese renacimiento de la idea integracionista.

Estos fenómenos encuentran fundamento constitucional en las cláusulas de apertura suramericanas. No obstante, las fórmulas de recepción constitucional son heterogéneas. Por ello cabe preguntarse: ¿puede identificarse en Suramérica un proceso de transformación de las Constituciones que, gracias a la permeabilidad policéntrica y a múltiples velocidades, permite la construcción (no lineal) de un *ius constitutionale commune*? y, en caso afirmativo, ¿qué elementos la caracterizan? La comprensión del Estado abierto

<sup>15</sup> En la calificación de Manuel Góngora Mera. Cfr. Gongora Mera, M. E., *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, San José, 2011, p. 91.

<sup>16</sup> Cfr. Capaldo, G. et al., *Internacionalización del derecho constitucional-constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, 2012 (en prensa).

<sup>17</sup> Desde hace más de un década la doctrina alemana se refiere a una situación “flotante” de la soberanía. Cfr. Di Fabio, U., *Das Recht offener Staaten*, Tubinga, 1998, p. 94; Oeter, S., “Souveränität – ein überholtes Konzept?”, *Festschrift H. Steinberger*, 2002, pp. 259 y ss.

<sup>18</sup> Bayón, J., “Ciudadanía, soberanía y democracia en el proceso de integración europea”, disponible en: <http://www2.uah.es/filder//ciudadania-soberaniaydemocracia.pdf>.

<sup>19</sup> Perotti, A., “El principio de primacía del derecho del Mercosur en las tres primeras opiniones consultivas del Tribunal Permanente de Revisión”, en Ulate Chacón (ed.), *Derecho internacional, derecho comunitario y derechos humanos. Homenaje al Profesor Doctor José Luis Molina Quésada*, San José, 2009, pp. 291-316.

trae consigo examinar la configuración convergente y progresiva del constitucionalismo garantista de los derechos humanos y de la integración, no sólo como fin del Estado a favor de la cooperación internacional, sino como miembro de la comunidad internacional que se somete a ella en la evolución de un orden jurídico respetuoso de la dignidad humana, con una aproximación constitucional del derecho internacional.<sup>20</sup>

Los diez países objetos de estudio, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, son exponentes de una estatalidad abierta en sentido doble, pues comprende los derechos humanos y la integración regional. El objetivo principal es analizar, sin pretensión de exhaustividad, el alcance de la doble apertura así como los mecanismos adoptados para garantizar la democracia y los derechos humanos, desde una aproximación multinivel de protección de los derechos,<sup>21</sup> que ha ido configurando un *ius constitutionale commune*. El capítulo consta de tres partes: la parte I está dedicada a la contextualización delimitada en tres hitos o momentos específicos que reflejan una cierta estatalidad abierta y la conceptualización, con el propósito de perfilar la noción germánica de estatalidad abierta, dejando acotados los cambios de paradigmas en Suramérica; la parte II se ocupa de la constitucionalización a partir de la categorización de las diez Constituciones en función de la temporalidad según se promulgaran a finales del siglo XX o en el nuevo milenio; finalmente, la parte III tiene por objeto examinar los mecanismos de protección desarrollados gracias a la permeabilidad constitucional.

## I. LA ESTATALIDAD ABIERTA A LA LUZ DE LA DEMOCRACIA

### 1. *Contextualización retrospectiva*

Una mirada hacia la historia constitucional latinoamericana permite encontrar un hallazgo de recepción del derecho internacional en las primeras Constituciones. Sin explorar la evolución constitucional del subcontinente, la cual traspasa los límites de esta investigación, considero esencial delinear tres hitos de apertura del orden constitucional que los sistematizo en “pos”: pos independencia, pos 48 y pos democratización.

<sup>20</sup> En el ámbito del derecho internacional público se conoce como la llama constitucionalización del derecho internacional. Cfr. Klabbers, J. et al., *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, 2009.

<sup>21</sup> Un enfoque actual referido al contexto europeo pero con citas al modelo latinoamericano, Cfr. Jimena Quesada, L., *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Pamplona, 2013, pp. 63 y ss.

### A. *Pos independencia*

Las ideas que gestaron la Independencia<sup>22</sup> tenían marcada influencia de las Declaraciones de las colonias americanas y las primeras enmiendas a la Constitución de 1787 de los Estados Unidos de América,<sup>23</sup> así como de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, producto de la Revolución Francesa.<sup>24</sup> Un ejemplo simbólico está representado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano en la Constitución de Venezuela de 1811<sup>25</sup> y otro en la Constitución de Cundinamarca, región colombiana, también de 1811.<sup>26</sup> Este texto constitucional estableció la protección judicial de los derechos fundamentales y algunos mecanismos básicos de justicia constitucional, tales como el control judicial de la supremacía constitucional y la acción popular de inconstitucionalidad.<sup>27</sup>

La Constitución de 1811, bajo el epígrafe *Derechos del hombre en sociedad*, recoge y amplía los derechos fundamentales que ya habían sido reconocidos por el Congreso General de Venezuela en la “Declaración de Derechos del Pueblo” del 1o. de julio de 1811: la libertad, igualdad, propiedad y seguridad. Según el artículo 156, la seguridad existe en la garantía y protección que da la sociedad a cada uno de sus miembros sobre la conservación de su persona, de sus derechos y de sus propiedades. Entendido el objeto de la sociedad como la felicidad común, disponía que los gobiernos se instituyeran para asegurar al hombre en ella, protegiendo la mejora y perfección de sus facultades físicas y morales, aumentando la esfera de sus goces, y pro-

<sup>22</sup> Hay autores que afirman que el recurso a elementos exógenos ya existía en las colonias. Cfr. Cardoso, G., “O direito comparado na jurisdição constitucional”, *Rev. direito GV*, São Paulo, vol. 6, núm. 2, 2010, pp. 469-492, p. 471.

<sup>23</sup> Ramacciotti, B., *Democracia y derecho internacional en las Américas*, Argentina, 2009, p. 45.

<sup>24</sup> Reichardt, R., *La Revolución Francesa y la cultura democrática: La sangre de la libertad*, Madrid, 2002; Brewer-Carías, A., *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Caracas, 1992.

<sup>25</sup> Brewer-Carías, A., “Las Declaraciones de derechos del pueblo y del hombre de 1811”, *Colección de estudios*, Caracas, núm. 93, 2011.

<sup>26</sup> Vanegas, I., la reivindica como primera Constitución del mundo hispánico (30 de marzo de 1811). Cfr. Vanegas, I., “La Constitución de Cundinamarca: primera del mundo hispánico”, *Revista Historia Constitucional*, núm. 12, 2011, pp. 257-279, p. 264.

<sup>27</sup> Artículo 9 del Título I: “Habrá un Senado de censura y protección, compuesto de un presidente, que lo será el vicepresidente de la Representación Nacional, y cuatro miembros, para sostener esta Constitución y los derechos del pueblo, a fin de que de oficio o requerido por cualquier ciudadano, reclame cualquiera infracción o usurpación de todos o cada uno de los tres poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial que sea contra el tenor de la Constitución”. Cfr. Restrepo Piedrahita, C., *Tres ideas constitucionales: supremacía de la Constitución, Corte Constitucional, el Ombudsman*, Bogotá, 1978, pp. 15-20.

curándoles el más justo y honesto ejercicio de sus derechos (artículo 151). A nivel formal, se incluyó la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, la no discriminación, la irretroactividad de las leyes, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa y al debido proceso, la libre manifestación del pensamiento, la inviolabilidad del hogar y de la correspondencia privada, la libertad de reclamar ante las autoridades, el principio de legalidad de los tributos y el principio de legalidad penal. Respecto a la igualdad, rezaba que la “ley sea una misma para todos los ciudadanos, sea que castigue o que proteja. Ella no reconoce distinción de nacimiento, ni herencia de poderes (artículo 154). La prohibición de la tortura y las penas infamantes iba seguida del “verdadero designio de los castigos es corregir y no la exterminación del género humano” (artículo 171).

No sólo el pensamiento liberal democrático heredado de las revoluciones americana y la francesa penetró el constitucionalismo de la región, sino también lo hizo la Constitución de Cádiz de 1812,<sup>28</sup> con aportes como la elección de autoridades locales y la libertad de imprenta.<sup>29</sup> Incluso las otras Constituciones emergentes en el Subcontinente ejercieron recíprocas influencias entre sí.<sup>30</sup> Este germen de apertura se constata igualmente en la adopción, muy temprana, de la cláusula de los derechos innominados o implícitos en Argentina, que permitía “ampliar el catálogo de los derechos fundamentales y reconocer como *constitucionales* a otros derechos no contemplados en el momento del parto de la Constitución”.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Cfr. Gross Espiel, H., “La Constitución de Cádiz de 1812, la constitución del reino de Portugal de 1822, la constitución del Imperio del Brasil de 1824 y la Constitución Argentina de 1826 como precedentes de la Constitución Uruguaya de 1830”, *La Constitución de Cádiz de 1812. Hacia los orígenes del constitucionalismo Iberoamericano y Latino*; Aguiar Aranguren, A., “La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz”. Presentación de la obra “La Constitución de Cádiz de 1812. Hacia los orígenes del constitucionalismo iberoamericano y latino”, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004, p. 15.

<sup>29</sup> Cfr. Landa, C., “El rol de la Constitución de Cádiz en la gestación de la independencia del Perú”, *Historia constitucional*, núm. 13, 2012, pp. 315-337.

<sup>30</sup> Se reconoce que la Constitución de las provincias Unidas del Río de La Plata de 1826, la Constitución de Uruguay de 1830 y la Constitución de Chile de 1833 muestran influencias recíprocas. Cfr. Dalla Via, A., “La Constitución de Cádiz de 1812: un antecedente indirecto de la Constitución Nacional Argentina”, *Revista Jurídica UCES*, Argentina, núm. 13, 2009, p. 232.

<sup>31</sup> Plan de una Constitución liberal federativa para las Provincias Unidas de la América del Sur (Proyecto Federal de 1813). Respecto al origen de la cláusula de derechos implícitos en la Constitución de 1856/30, Néstor Pedro Sagüés afirma que de la voluntad del constituyente se desprende que comprendía los derechos naturales de las personas y de los pueblos, superiores a cualquier Constitución positiva. Cfr. Sagüés, N. “Constitución Nacional. Derechos no enumerados”, *Enciclopedia jurídica Omeba*, Apéndice V, Buenos Aires, 1986, pp. 33 y ss.

Los hechos históricos avalan matices diferentes entre el constitucionalismo neogranadino del Norte de Suramérica (1811-1812) y los seguidores de la Constitución de Cádiz de 1812. Al primero se le atribuye un discurso de mayor diferenciación con el antiguo régimen, inspirado en una pretendida ruptura ideológica, mientras los segundos preservaban la monarquía, lo que *per se* generaba la gran diferencia.<sup>32</sup> Ello se vincula con el origen de la apertura en el ideario bolivariano de la integración. Simón Bolívar, reconocido como protagonista mayúsculo de la idea de unidad expresada en su concepción de la “América Meridional”, expresa sus aportes tempranamente en la Carta de Jamaica de 1815.<sup>33</sup> Esbozó tres distintos espacios geográficos, que se correspondían con México y Centroamérica, el norte de Suramérica y el Sur de Suramérica. La doctrina comenta que las unidades políticas creadas por el sistema colonial, especialmente en el caso de las provincias españolas en América Central y América del Sur (bifurcada en su Norte y en su Sur), recogidas en esa visión de Bolívar, son muy relevantes para entender la cooperación regional multilateral en la región hasta nuestros días.<sup>34</sup>

Suramérica es un emporio de experiencias interesantes en la conformación de las nacientes Repúblicas a principios del siglo XIX en el ámbito de las “leyes”. Como destaca M. J. Cepeda, el apego a la ley en Colombia encuentra sus raíces en esa época. Entre los momentos calificados como hitos en los orígenes de la independencia se ubican el “memorial de agravios”, la traducción de los derechos del hombre y del ciudadano efectuada por el precursor Antonio Nariño y la traducción de las Constituciones francesas.

Uno de los primeros acuerdos humanitarios en la historia de occidente fue el suscrito en Colombia (Tratado de Regularización de la Guerra firmado en Trujillo, Venezuela, el 26 de noviembre de 1820, entre los “Gobiernos de Colombia y España” por Bolívar y el pacificador Morillo). El legado de Francisco de Paula Santander, conocido como el “hombre de las leyes”, que en su tiempo aseveró: “si las armas os han dado la independencia, las leyes

<sup>32</sup> Botero Bernal, A., “Los antecedentes del primer constitucionalismo antioqueño (elementos para comprender el proceso constitucional hispanoamericano)”, *Historia Constitucional*, Madrid, núm. 7, 2006, pp. 117 y s.

<sup>33</sup> En 1815 se le atribuye a la Carta de Jamaica un proyecto confederal. Cfr. Rojas, R., *Historiografía y política sobre el tema bolivariano*, Barquisimeto, 1999, pp. 29 y ss.

<sup>34</sup> Ribeiro Hoffmann, A., “Latin American states cooperation at the United Nations General Assembly: One for all and all for one?”, *Ponencia en la British International Studies Association (BISA)*, Edimburgo, 2012, p. 3.



os darán la libertad”, frase que preside la entrada al Palacio de Justicia donde sesionan las Altas Cortes.<sup>35</sup>

Simón Bolívar fue el creador de la Gran Colombia en 1821 (integrando Nueva Granada, Venezuela, Ecuador y Panamá) y su propuesta de Confederación de 1826 marcó un hito histórico.<sup>36</sup> El pensamiento cardinal de la unión y Confederación propuesto por Simón Bolívar en el Tratado de Unión, Liga y Confederación de 1826,<sup>37</sup> fue concebido como un pacto más allá de la solidaridad defensiva y ofensiva para salvaguardar la soberanía e independencia, pues abarcaba una unión y compromiso de paz conjunta.<sup>38</sup> Esta unión se pronunció sobre la abolición del tráfico de esclavos de África,<sup>39</sup> pero además definió *in nuce* el concepto de una ciudadanía continental y una cláusula de condicionalidad para la permanencia en la unión, sujeta a la forma de gobierno republicano y democrático, como reacción a la dominación de la corona.<sup>40</sup> Si bien la integración proclamada en esa época no logró concretarse, el Congreso de Panamá es definido como un momento notable hacia la formación simbólica de una identidad subcontinental al estilo de un nacionalismo latinoamericano.<sup>41</sup>

Un hecho interesante a destacar es la singularidad de la transición de Brasil de la colonia, al imperio y a la República, que comenzó en 1822 y concluyó casi a fines de siglo.<sup>42</sup> Brasil, al separarse de Portugal en 1822, mantuvo un sistema monárquico incluso luego de la abolición del imperio

<sup>35</sup> Cepeda, M. J., “La defensa judicial de la Constitución: la gran fortaleza colombiana”, en Cepeda Ulloa (ed.), Bogotá, *Fortalezas de Colombia*, 2004.

<sup>36</sup> Turner Morales, J., “Bolívar en la historia y el destino de América Latina”, en Oropeza García, Arturo (coord.), *Latinoamérica frene al espejo de su integración 1810-2010*, México, 2010, p. 72.

<sup>37</sup> Calificado como un antecedente emblemático del derecho de gentes de América. Darío López, R., *Bolívar y el derecho de gentes*, Repertorio histórico de la Academia Antioqueña de historia, año 1987, vol. 38, núm. 250. Disponible en: [http://biblioteca-virtual-antioquia.udea.edu.co/pdf/11/11\\_457851946.pdf](http://biblioteca-virtual-antioquia.udea.edu.co/pdf/11/11_457851946.pdf).

<sup>38</sup> Silva Otero, A., *El Congreso de Panamá*, 1960, p. 35 y ss.

<sup>39</sup> De la Reza, G., *El Congreso de Panamá de 1826 y otros ensayos de integración latinoamericana*, México, 2006, p. 83; Salvioi, E., “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista IIDH*, Costa Rica, vol. 39, 2004, p. 101.

<sup>40</sup> Ramacciotti, B., *Democracia y derecho internacional en las Américas*, Argentina, 2009, p. 73.

<sup>41</sup> Nohlen, D., “Caudillismo, nación e integración”, en von Bogdandy *et al.* (eds.), *¿Integración sudamericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, 2009, pp. 35-45.

<sup>42</sup> Cfr. Figueiredo, M., “Transição do Brasil Império à República Velha”, *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 13, núm. 26, segundo semestre de 2011, pp. 119-145.



en 1889 y fue en 1891 cuando adoptó una Constitución republicana, cuando siguió predominantemente el constitucionalismo norteamericano. Los propios precursores de la independencia,<sup>43</sup> bajo una concepción confederativa, sugerían una unión basada en los vínculos de la sangre, relaciones, leyes, costumbres y religión, para todas las naciones que antes formaban parte de los dominios de España en el Nuevo Mundo, excluyendo a Brasil.<sup>44</sup>

Sin dejar de lado la concepción de soberanía de la época, se pueden citar otras iniciativas de integración como la Unión Internacional de las Repúblicas Americanas, que tuvo su nacimiento en 1890, en Washington, durante la primera Conferencia Internacional Americana con la participación de dieciocho Estados americanos, así como su posterior transformación en 1910 en la Unión Panamericana, en la IV Conferencia Interamericana realizada en Buenos Aires. Los caudillismos y las fricciones con los Estados Unidos y Europa marcaron la etapa del panamericanismo, más bien centrada en la búsqueda de estabilidad, seguridad y cooperación hemisféricas.<sup>45</sup> Existían declaraciones multilaterales en las que el paradigma democrático se dibujaba, en el marco de la solidaridad continental, como causa común y fundamento político (1936)<sup>46</sup> y como propósito (1938),<sup>47</sup> incluyendo una propuesta para otorgar reconocimiento sólo a los gobiernos democráticos y se sembró el germen de un nuevo alcance de la democracia moderna, destacando que un plan político no sería suficiente, sino que requiere “más amplias realizaciones” (1945).<sup>48</sup> Sustentado en la doctrina de seguridad he-

<sup>43</sup> El Proyecto de Colombia como gran república confederada hispanoamericana que surgiría de la derrota del imperio español de Francisco de Miranda influye en Bolívar, quien lo asume como un principio rector para la acción emancipadora. *Cfr.* Picón Salas, M., *Miranda*, 1972, p. 38; Rumazo González, A., *8 grandes Biografías. Cumaná: Ediciones de la Gobernación del Estado Sucre*, 2001, t. II.

<sup>44</sup> Monteagudo, B., *Ensayo sobre la necesidad de una Federación General entre los Estados Hispano-americanos y plan de su organización*, Lima, 1825, citado por Arumburu, E., “Historical Perspective. The Evolution of Mercosur in a South American Integration”, *Pace International Law Review*, vol. 13, 2001, p. 186.

<sup>45</sup> Las tres etapas básicas se sintetizan en la latinoamericana (1826-1880), panamericana (1889-1930) e interamericana a partir de 1948. *Cfr.* Vera-Fluixá, Ramiro Xavier, “Principios de Integración Regional en América Latina” y su análisis comparativo con la Unión Europea, *Discussion Paper C 73, Zentrum für Europäische Integrationsforschung*, Bonn, 2000, pp. 1-83, pp. 6 y ss.

<sup>46</sup> Declaración de Buenos Aires de 1936.

<sup>47</sup> Declaración de Lima de 1938.

<sup>48</sup> La Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y la Paz realizada en México en 1945 dejaron huella al referirse al Estado como principal del derecho internacional, pero mencionarse la existencia de otro: “un sujeto último aunque indirecto del derecho internacional, y en verdad de todo derecho: el hombre, que necesita amparo y elevar su nivel

misférica se enuncia en el Preámbulo del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), el concepto de “efectividad de la democracia”.<sup>49</sup> El TIAR tenía por finalidad asegurar la legítima defensa colectiva ante un eventual ataque de una potencia de otra región y decidir acciones conjuntas en caso de un conflicto entre dos Estados partes del Tratado. El valor declarativo de estos instrumentos internacionales no se materializó en normas y prácticas concretas, sino quedaron a nivel programático.

### B. *Pos 48*

La posguerra hizo girar completamente la mirada hacia la protección de los derechos humanos y en la región suramericana también tuvo gran impacto.<sup>50</sup> A partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948 comienza a desarrollarse el derecho internacional de los derechos humanos con el carácter axiológico previsto desde el primer considerando de su preámbulo como es “que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, se dan los pasos para reconocer la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos garantizada por tratados internacionales que reflejan la consciencia ética contemporánea compartida por los Estados por asegurar un “mínimo ético irreducible”.<sup>51</sup>

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH) también emergió en ese marco. Se trató de un documento único por ser el primero a nivel internacional que enumeró los derechos humanos universales y proclamó la necesidad de proteger esos derechos (abril 1948), en el que los Estados reconocen tanto los derechos humanos como

de vida”. Discurso del Excmo. señor doctor Adolfo Varela, presidente de la Delegación del Uruguay (22 de febrero de 1945)”.

<sup>49</sup> En la Conferencia Interamericana de Río de Janeiro en 1947 se abordó el tema del Mantenimiento de la Paz y la Seguridad del Continente, apenas terminando la Segunda Guerra Mundial y comenzando a gestarse la Guerra Fría. El TIAR destacaba en su Preámbulo “la efectividad de la democracia, para la realización internacional de la justicia y de la seguridad”.

<sup>50</sup> Pizzolo, C., “La fase descendente del derecho constitucional transnacional. La constitución frente a la integración supranacional y el derecho internacional de los derechos humanos”, en Capaldo *et al.*, *Internacionalización del Derecho Constitucional-Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, 2012 (en prensa).

<sup>51</sup> Piovesan, F., “El derecho internacional de los derechos humanos y el acceso a la justicia en el ámbito interno y en el ámbito internacional”, *Políticas Públicas de Derechos Humanos en el Mercosur*, Montevideo, vol. 1, 2004, p. 81.

los deberes que los individuos tienen con la sociedad (a diferencia de su homóloga en las Naciones Unidas, la DUDH) y se instituye una “cláusula de limitación general”, que dispone que los derechos de cada persona están necesariamente limitados por los derechos de las otras, por la seguridad de todos y por las justas demandas del bienestar general en una sociedad democrática.<sup>52</sup>

Construir una paz fecunda y duradera era un *leitmotiv* también en América, y la gestación de instrumentos que lo regularan tomó su tiempo. Como anticipo en este capítulo a la ruta seguida por el sistema interamericano, puede identificarse un largo ciclo que abarca desde 1945 hasta 1969. Una sinopsis de los pasos importantes se puede representar, en orden consecutivo, con cuatro manifestaciones: la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y la Paz, reunida en Chapultepec, México, del 21 de febrero al 8 de marzo de 1945, origen de las preocupaciones por la tutela convencional de los derechos humanos, que expresaba la voluntad de adherirse a los principios consagrados en el derecho internacional para la salvaguardia de los derechos esenciales del hombre y pronunciarse en favor de un sistema de protección internacional de los mismos; en la Novena Conferencia Interamericana, celebrada en Bogotá, en 1948, se rubrican tres instrumentos propiamente fundacionales, como fueron la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, precursora a la universal, y la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales; en 1959, con el establecimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante una Resolución de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile;<sup>53</sup> finalmente, en 1969 se adopta la Convención Americana sobre Derechos Humanos, luego de diversas propuestas, sin duda más atrevidas en lo relativo a los derechos sociales.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> Cfr. Salvioi, F., “El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la Protección Internacional de los Derechos Humanos”, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Memorias del Seminario, México, 2003, pp. 679-696; Cançado Trindade, A., “The Inter-American system of protection of Human Rights: the developing Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights (1982-2005)”, en Gómez y Koen de Feyter (eds.), *International protection of Human Rights: Achievements and Challenges*, Bilbao, 2006, p. 491.

<sup>53</sup> La presencia de la Comisión en la Carta de la OEA se produjo con el Protocolo de Reformas de 1967. Cfr. Faúndez Ledesma, H., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José, 2004, pp. 34 y ss.

<sup>54</sup> Cfr. Proyecto del Consejo de Jurisconsultos, Capítulo II, Parte I, sobre derechos económicos, sociales y culturales (artículos 20-33).

Si bien la Carta de la OEA de 1948 reconoce a la democracia representativa como el sistema político deseable para el Continente y el escenario mundial se movía en la órbita del internacionalismo y el pacifismo, el pos 48 mostraba un panorama de gobiernos dictatoriales en la región y la participación en la OEA no tenía implicaciones en la realidad constitucional de los países. El valor declarativo de los instrumentos internacionales no se materializó en normas y prácticas concretas, sino que quedaron a nivel programático. Entre los factores estructurales de este escaso impacto de la internacionalización de los derechos humanos en las Constituciones se encuentra la concepción legocentrista,<sup>55</sup> en la que la Constitución mantenía un carácter meramente político (Constituciones de papel) y los derechos establecidos carecían de valor jurídico. Algunos países suscriben los instrumentos internacionales de protección de los derechos, pero, paradójicamente, incurren en mayores violaciones.<sup>56</sup>

Un dato de derecho comparado relevante es la percolación que la Declaración Universal tuvo décadas más tarde en las Constituciones portuguesa y española de 1976 y 1978, respectivamente, cuando estos países retornaron a la democracia y ello a su vez influyó en las Constituciones latinoamericanas dictadas con la ola democratizadora.<sup>57</sup> La influencia de las Constituciones de Portugal y España se percibe en el auge de la cláusula de interpretación conforme. Como advierte Eduardo Ferrer Mac-Gregor, esta cláusula se perfila como un proceso interpretativo de armonización que tiene por objeto inaplicar el orden supranacional en el caso de que la norma de carácter nacional tenga un alcance protector mayor, de conformidad con el principio *pro persona* y derivado de la obligación general de respetar los derechos y libertades previstos en los tratados internacionales.<sup>58</sup>

<sup>55</sup> Cfr. García Jaramillo, L., “El determinante influjo de la filosofía del derecho y la investigación sociojurídica en la enseñanza del derecho en Colombia”, *Revista Latinoamericana de Estudios Educativos*, vol. 2, núm. 2, julio-diciembre de 2006, pp. 11-41, p. 15.

<sup>56</sup> Por ejemplo de Colombia, donde la incorporación formal de los tratados no coadyuvó por sí misma a la protección de los derechos. Cfr. López-Medina, D. E. y Sánchez Mejía, A. L., “La armonización del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho penal colombiano”, *Int. Law Rev. Colomb. Derecho Int. Ildi Bogotá*, núm. 12, edición especial 2008, pp. 317-352, p. 325; Ortíz Gutiérrez, J. C., “La evolución político-constitucional de la República de Colombia 1976-2005”, *Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 2, 2008, pp. 247-300, p. 261.

<sup>57</sup> Galván Bautista, L., *Proyección internacional de los derechos fundamentales (la cláusula de apertura constitucional)*, Salamanca, 2008, pp. 45 y ss.

<sup>58</sup> Ferrer Mac-Gregor, E., “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez Mexicano”, *Estudios Constitucionales*, Chile, año 9, núm. 2, 2011, p. 550.

La Constitución de Portugal de 1976 regula que los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deberán ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (artículo 16.2) y en la doctrina se la ha atribuido un carácter bastante amplio.<sup>59</sup> De similar tenor es la Constitución de España de 1978, que codifica la cláusula de interpretación conforme.<sup>60</sup> Su influencia quedó recogida en las Constituciones de Suramérica como uno de los mecanismos más efectivos de armonización entre el derecho internacional y el derecho interno.<sup>61</sup>

El rechazo al nacionalismo como denominador común en la constitucionalización de los Estados europeos en la posguerra,<sup>62</sup> trajo consigo nuevas Constituciones (Francia, Italia, Alemania) que marcaron el abandono de la visión rígida de la soberanía estatal y la consiguiente apertura hacia el derecho internacional,<sup>63</sup> también estipulada en la Constitución española de 1978.<sup>64</sup> Algunas Constituciones en Suramérica anclaron los cimientos de la integración, sin transferencia de competencias, como fue por ejemplo el artículo 108 de la Constitución venezolana de 1961, alusivo a favorecer la integración económica latinoamericana.

Comparto con Osvaldo Saldías que las premisas para el funcionamiento de los esquemas de integración en la década de los sesenta y setenta obedecían a la corriente de pensamiento económico cepalista (originario de las

<sup>59</sup> Miranda, J., *Manual de direito constitucional*, Coimbra, 1993, t. IV, p. 128; Gomes Canotilho, J., *Direito constitucional*, Coimbra, 1995, pp. 497 y ss.

<sup>60</sup> Un completo análisis puede verse en Saiz Arnaiz, A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, 1999, pp. 628 y ss.

<sup>61</sup> Entre las predecesoras a la nueva oleada del siglo XXI se cuentan el artículo 93 de la Constitución colombiana y la cuarta disposición transitoria de la Constitución peruana. *Cfr.* Ferrer Mac-Gregor, E., “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell y Salazar (coords.), *Derechos humanos: un nuevo modelo constitucional*, México, 2011, pp. 339-429.

<sup>62</sup> Entre las más prolongadas y graves Alemania, España, Grecia, Italia y Portugal, mientras Francia fue más breve. *Cfr.* Rubio Llorente, F. y Daranas Peláez, M., *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Barcelona, 1997, p. XII.

<sup>63</sup> En la doctrina alemana se asocia la opción por un Estado abierto con el código genético de la Ley Fundamental (Grundgesetz). *Cfr.* Rensmann, T., “Die Genese des ‘offenen Verfassungsstaats’ 1948-49”, en Giegerich (ed.), *Der offene Verfassungsstaat“ des Grundgesetzes nach 60 Jahren. Anspruch und Wirklichkeit einer großen Errungenschaft*, Berlín, 2010, p. 37 y ss; López Castillo, A., *Constitución e integración*, Madrid, 1996, pp. 68 y ss.

<sup>64</sup> Entre la abundante literatura, véase Cruz Villalón (coord.), *Hacia la europeización de la Constitución española. La adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*, Bilbao, 2006.

ideas de Raúl Prebisch y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL), sin influjo de la perspectiva jurídica, regidos por un marco técnico-económico, bajo la prevalencia de la diplomacia de la “altas cumbres” y profundamente impregnado del “concertacionismo”. Una vez creado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y dictada su primera sentencia, que acoge las doctrinas europeas de supremacía y efecto directo, la construcción jurídica y jurisprudencial empieza a tener un cierto papel.<sup>65</sup>

### C. *Pos democratización*

A la existencia de un mundo *uni-multipolar hibrid* posguerra fría puede decirse que le acompaña *mutatis mutandi* una “uni-multi-Suramérica compleja”, pues la coyuntura del declive de la confrontación Este-Oeste conlleva a adoptar en el plano regional importantes instrumentos jurídicos pro-democráticos.<sup>66</sup> Gracias al proceso de democratización, la permeabilidad fue la opción consciente y deliberada de los constituyentes nacionales en las cartas fundamentales de los últimos años del siglo XX y la primera década del siglo XXI en doble vía: una para incorporar al derecho constitucional los atributos y garantías de los derechos asegurados por el derecho internacional convencional de los derechos humanos como estándar mínimo de los ordenamientos jurídicos nacionales y otra para regular la participación en la integración, que en el caso de análisis es la suramericana.

Esta vinculación de la permeabilidad con la democratización había andado un largo camino. A fines de la década de los setenta entra en vigencia la Convención Americana de Derechos Humanos (1978) y el sistema interamericano emerge, paradójicamente, en un entorno de marcado autoritarismo, desigualdad social y carencia de una cultura garantista de la tríada democracia, Estado de derecho y derechos humanos. La paradoja histórica arrojó que así como el desafío de la pos guerra era la internacionalización de los derechos humanos como herramienta fundamental para desterrar los

<sup>65</sup> Saldías, O., “Libre circulación de personas y la autonomía del orden jurídico de la Comunidad Andina”, *La libre circulación de personas en los sistemas de integración económica: Modelos comparados. Unión Europea, Mercosur*, Pamplona, 2012, pp. 191 y ss.

<sup>66</sup> En 1985 se aprobó el “Protocolo de Cartagena de Indias”, enmendando la Carta de la OEA e incorporando avances respecto a la democracia representativa y a las instituciones democráticas. En el Preámbulo se añadió el siguiente párrafo: “Cierto que la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región”. Por otro lado, se incluyó como nuevo propósito de la Organización, el relativo a “Promover y consolidar a democracia representativa dentro del principio de no-intervención”.

genocidios, el desafío contemporáneo era la constitucionalización de los derechos universales “como la única forma de hacerlos efectivos en el ámbito interno”.<sup>67</sup>

Entre 1959 y 1979 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) era el único órgano especializado del sistema que enfrentaba las violaciones graves y masivas a los derechos humanos, fundamentalmente ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y torturas mientras los Estados cuestionados por estas prácticas intentaban frecuentemente poner en tela de juicio la legitimidad de la Comisión para preparar informes y resoluciones al respecto.<sup>68</sup> El proceso de democratización en Suramérica en la década de los ochenta favoreció no sólo la ratificación de la Convención Americana<sup>69</sup> y el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,<sup>70</sup> sino también la incorporación de los instrumentos internacionales de protección de los derechos para dar respuesta y ser contrapunto de las violaciones sistemáticas ocurridas bajo las dictaduras con el apoyo de los Estados Unidos de América.<sup>71</sup> Este hecho fue reconocido públicamente por el presidente Bill Clinton y pidió disculpas por el apoyo a gobiernos dictatoriales en América Latina.<sup>72</sup>

El efecto dominó que generó la democratización significaba, asimismo, comenzar a salir de la llamada “década perdida” de la década de los ochenta y recuperar la credibilidad de la región a nivel internacional, reposicionando los esquemas integracionistas (ALADI o el Pacto Andino)<sup>73</sup> y haciéndose escenario de grandes transformaciones como la creación del Mercosur

<sup>67</sup> Abregú, M., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, una introducción*, Buenos Aires, 1997, pp. 3-32, p. 5.

<sup>68</sup> González, F., “El sistema interamericano de derechos humanos y su eficacia. Evaluación y perspectivas futuras”, *Estudios básicos de derechos humanos*, San José, 1996, t. IV, pp. 437 y ss.

<sup>69</sup> Argentina en 1984, Uruguay en 1985, Paraguay en 1989, Chile en 1990 y Brasil en 1992.

<sup>70</sup> Argentina, Uruguay y Chile reconocieron la competencia de la CorteIDH simultáneamente con la ratificación de la CADH, en cambio Paraguay lo hizo en 1993 y Brasil en 1998, cuatro y seis años más tarde, respectivamente.

<sup>71</sup> Una descripción del contexto de una historia de autoritarismo estatal y social en el que surge el SIDH (y se mantiene) la región, en Medina Quiroga, C., “Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana”, *Anuario de Derechos Humanos*, Chile, 2009, pp. 15-34.

<sup>72</sup> Hazan, P., “Measuring the impact of punishment and forgiveness: a Framework for evaluating transitional justice”, *International Review of the Red Cross*, vol. 88, núm. 861, marzo de 2006, p. 24.

<sup>73</sup> Tirado Mejía, Álvaro, *Integración y democracia en América Latina y el Caribe*, Argentina, 1997, p. 32.



(1991) y el nacimiento de la Comunidad Andina (1996), descansando la integración en los principios democráticos y de respeto de los derechos humanos.<sup>74</sup> En este nuevo rumbo del constitucionalismo democrático,<sup>75</sup> se incorporan, además, normas para regular la transferencia de competencias a organizaciones supranacionales, así como la primacía y el efecto directo del derecho de la integración. Todo ello revela el involucramiento de la región, no sólo en el fenómeno de la globalización,<sup>76</sup> sino también en sus procesos concurrentes de democratización, junto a la internacionalización, constitucionalización y judicialización.<sup>77</sup>

## 2. *Conceptualización: la doble estatalidad abierta*

En la doctrina suramericana se ha abordado el fenómeno de la internacionalización del derecho constitucional bajo la perspectiva de las cláusulas de apertura (también llamadas cláusulas de reenvío)<sup>78</sup> y más bien delimitado a los derechos humanos.<sup>79</sup> Hasta ahora, un sector de la doctrina se ha apoyado en la noción häberliana de “Estado constitucional cooperativo” para explicar que el Estado ya no está centrado en torno a sí mismo, sino estrechamente vinculado con otros Estados constitucionales miembros de una comunidad, en la que adquieren gran relevancia los derechos humanos y fundamentales.<sup>80</sup>

<sup>74</sup> Casal, J. M., “Desafíos de los procesos de integración en materia de derechos humanos”, *Cuadernos de Integración Andina*, núm. 15, pp. 13 y s.

<sup>75</sup> Para el periodo que abarca la promulgación de los nuevos textos constitucionales, véase, Nogueira, H., *La evolución político constitucional de América del Sur 1976-2005*, Chile, 2009.

<sup>76</sup> Pisarello, G., “Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico”, en Carbonell y Vázquez (comps.), *Estado constitucional y globalización*, México, 2001, pp. 352 y s.

<sup>77</sup> Del Toro Huerta, M., “La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 38, núm. 112, enero-abril de 2005, pp. 325-363.

<sup>78</sup> Interesante resulta que la Corte Internacional de Justicia en el caso de las plantas de celulosas sobre el río Uruguay, alude a las cláusulas de reenvío. CIJ, Sentencia de 20 de abril de 2010, Argentina vs. Uruguay, párr. 53 y ss. Disponible en: [http://www.ambiente.gov.ar/archivos/web/CPyD/file/sentencia\\_2010%20\(2\).pdf](http://www.ambiente.gov.ar/archivos/web/CPyD/file/sentencia_2010%20(2).pdf).

<sup>79</sup> Entre tantos, Uprimny, R., “El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, en O’Donnell *et al.* (comps.), *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, Bogotá, Oficina Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos y de Justicia, 2001.

<sup>80</sup> Cfr. Häberle, P., *El Estado constitucional*, trad. de H. Fix-Fierro, México, 2003, p. 75-77. La obra del profesor Häberle ha sido traducida al español y ha encontrado eco en la región. Entre otras traducciones figuran Häberle, P., *La libertad fundamental en el Estado constitucional*,

Recientemente el fenómeno se vincula con el neoconstitucionalismo. Se sostiene que “el neoconstitucionalismo” sirve de marco al fenómeno de la internacionalización del derecho constitucional en América Latina ocurrido con las transformaciones constitucionales,<sup>81</sup> sustentadas en los postulados doctrinarios emergidos en Italia y gracias a los aportes sobre la interpretación constitucional provenientes de Dworkin, Alexy, Zagrebelsky y Nino.<sup>82</sup>

### A. Potencial del concepto de estatalidad abierta

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

Desde hace casi cincuenta años el concepto alemán de estatalidad abierta (*offene Staatlichkeit*) acuñado por Klaus Vogel<sup>83</sup> describe la apertura de la esfera de competencias del derecho interno del Estado, es decir, la permeabilidad del ordenamiento jurídico nacional, como lo afirma Karl-Peter Sommermann.<sup>84</sup> En el contexto alemán se atribuye una especial connotación a la “decisión constitucional a favor de la apertura” en tanto comprende una faz pasiva y una faz activa. Los padres fundadores de la *Grundgesetz* (Ley Fundamental, LF) se pronunciaron favorablemente hacia el Estado abierto, tanto en el sentido de la cooperación internacional en los planos universal y regional, como en el posicionamiento del Estado en la comunidad internacional y su subordinación al orden normativo emanado de ella,

Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997; *id.*, *La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional*, Lima, 2001; *id.*, *El Estado constitucional*, Buenos Aires, 2007. Al idioma portugués, *id.*, *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. trad. de G. Ferreira Mendes, Porto Alegre, 1997; Mendes, G. y Rufino do Vale, A., “O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, *Observatório da Jurisdição Constitucional*, año 2, 2008/2009, p. 2.

<sup>81</sup> Por todos, véase García Jaramillo, L., “El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del derecho. El caso colombiano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 45, núm. 33, enero-abril de 2012, pp. 93-118, pp. 94 y ss.

<sup>82</sup> Cfr. Capaldo, G. *et al.*, *Internacionalización del derecho constitucional-constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, 2012 (en prensa).

<sup>83</sup> Vogel, K., *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit*, 1964, p. 42.

<sup>84</sup> Sommermann, K., “Offene Staatlichkeit Deutschland”, *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Tomo II, “Offene Staatlichkeit, Wissenschaft vom Verfassungsrecht”, Heidelberg, 2008, nm. 12, p. 10.

bajo el credo de la dignidad humana y el respeto de los derechos humanos.<sup>85</sup> La Ley Fundamental asigna estadios distintos en su elección, a nivel constitucional, por un Estado alemán que combina en su fuente originaria la interacción con otros regímenes legales. Por una parte, se regula la incorporación de los tratados internacionales en el orden público nacional en el artículo 59.2 de la LF,<sup>86</sup> y, por la otra, se establecen diversos parámetros para interactuar con otras normas, según se afecten de modo determinante las bases de la legitimidad estatal de Alemania como son democracia, separación de poderes, Federalismo, republicanismo o no. Por ello, en el artículo 23 de la LF se prevé la cláusula de apertura hacia la integración europea que reconoce un tipo de interacción derivado de su pertenencia a una comunidad jurídica compleja. El artículo 24 de la LF aplica, en cambio, para otras membresías, como sería el caso del sistema de las Naciones Unidas.

Javier García Roca afirma que el Estado constitucional contemporáneo sólo puede entenderse como un Estado situado internacionalmente y, por lo tanto, limitado en idéntica perspectiva, particularmente en materia de derechos humanos.<sup>87</sup> Ampliamente conocidas son las estructuras constitucionales permeables reguladas en las Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea (UE), que traducen la vocación de los Estados nacionales de abrir su ordenamiento jurídico al influjo del derecho inter- y supranacional, configurando la condición *sine qua non* para la estabilidad y funcionalidad de la Unión Europea y del espacio jurídico europeo.<sup>88</sup> Distintas denominaciones han sido utilizadas, tales como “bisagra”,<sup>89</sup> “cláusula europea”<sup>90</sup> o “bridging mechanism”.<sup>91</sup>

<sup>85</sup> El Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, en el inciso 2, dispone “Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”.

<sup>86</sup> En idioma español véase Bank, R., “Tratados internacionales de derechos humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán”, *Ius et Praxis*, Chile, vol. 9, 2003, pp. 23-38.

<sup>87</sup> García Roca, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e integración*, Madrid, 2010, p. 31.

<sup>88</sup> Huber, P., “Offene Staatlichkeit: ein Vergleich”, *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Tomo II, “Offene Staatlichkeit, Wissenschaft vom Verfassungsrecht”, Heidelberg, 2008.

<sup>89</sup> Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004 v. 13. 12. 2004, Boletín Oficial del Estado, núm. 3, Suplemento, 4. de enero de 2005, pp. 5, 9 (II 3). Silva García, *La declaración 1-2004 del Tribunal Constitucional español*.

<sup>90</sup> Claes, M., “Constitucionalizando Europa desde su fuente. Las «cláusulas europeas» en las Constituciones nacionales: evolución y tipología”, en Cartabia *et al.* (eds.), *Constitución Europea y Constituciones nacionales*, 2005, pp. 123 y ss., p. 127.

<sup>91</sup> Walker, N., “Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union”, *European Law Journal*, vol. 4, 1998, pp. 355-388, p. 375.

En esta línea, el término permeabilidad, que significa en sentido literal penetrable o traspasable, a pesar de ser un concepto tomado de la biología para explicar lo social,<sup>92</sup> sirve como técnica de extrapolación y herramienta útil para interpretar el cambio de paradigma hacia un Estado no cerrado. En sentido estrictamente jurídico, Mattias Wendel define la permeabilidad como la cualidad de un ordenamiento jurídico de permitir la incorporación de principios y contenidos normativos provenientes de otro régimen jurídico,<sup>93</sup> lo que en definitiva representa un mecanismo de entrelazamiento normativo.<sup>94</sup>

Hoy en día es incuestionable la recepción cada vez más potente del derecho internacional en el derecho interno.<sup>95</sup> Considero que esta constelación del Estado abierto tiene el potencial e impacto necesarios en el debate suramericano, entendido como una condición esencial de la protección internacional y, en particular, la supranacional, sin menoscabo del orden constitucional, sino producto del mismo. La imagen del Estado abierto refuerza, en los 10 países suramericanos objeto de estudio, el cambio de paradigma implícito en el nuevo derecho público del siglo XXI enfocado en el mestizaje jurídico.

En Latinoamérica se utiliza la expresión “mestizaje jurídico” como uno de los rasgos “característicos, típicos y diferenciales del *ius constitutionale commune* americano, que contempla una superposición, convivencia y fusión de diversas tradiciones jurídicas”.<sup>96</sup> El fenómeno de un orden policéntrico,<sup>97</sup>

<sup>92</sup> Cfr. Botero Bernal, A., “Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica”, *Diálogos de saberes: Centro de Investigaciones Socio Jurídicas*, Bogotá, núm. 18-19, 2003, pp. 147-174.

<sup>93</sup> Wendel, M., *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht. Verfassungsrechtliche Integrationsnormen auf Staats- und Unionsebene im Vergleich*, Tübinga, 2011, p. 71.

<sup>94</sup> Nettesheim, M., “Europäischer Verfassungsverbund?”, *Festschrift f. Isensee*, 2007, pp. 733 y ss, p. 736.

<sup>95</sup> Ríos Álvarez, L., “El fundamento axiológico de las relaciones internacionales y de las constituciones modernas”, *Revista de Derecho Público*, vol. 66, 2004, pp. 25-59, especialmente p. 40.

<sup>96</sup> Pampillo Baliño, J., *La integración jurídica americana. Reflexiones y propuestas para un nuevo ius commune*, Colombia, 2012, p. 129.

<sup>97</sup> Weiler, J. H. H. et al., “European Democracy and Its Critique”, en Hayward (ed.), *The Crisis of Representation in Europe*, Londres, 1995, pp. 4-39, p. 16; Weiler, J. H. H., “European Neo-Constitutionalism”, *Search of Foundations for the European Constitutional Order*, 1996, pp. 517-533; Wind, M., “The European Union as a Polycentric Polity: Returning to a Neo-medieval Europe?”, en Weiler y Wind (eds.), 2003, pp. 103-131, pp. 126 y ss.

dominio policéntrico,<sup>98</sup> o policentrismo jurídico<sup>99</sup> no es nuevo,<sup>100</sup> aunque sí presenta rasgos novedosos propios en sociedades multiculturales como son, en el caso, las suramericanas.<sup>101</sup> En los Estados constitucionales suramericanos se constata una progresiva codeterminación en la medida en que se influyen más recíprocamente en la incorporación del factor multicultural que los caracteriza<sup>102</sup> y la Constitución, como orden abierto, cumple una función de inclusión en el seno de las sociedades diversas.<sup>103</sup>

Al repensar la relación entre los distintos órdenes jurídicos en razón de sus interacciones y la consecuente deconstrucción de la pirámide explicativa de la jerarquía normativa,<sup>104</sup> emerge una nueva dogmática con base en un sistema jurídico plural en el que se entrecruzan principios, normas y regulaciones de los órdenes internacional, supranacional y estatal, fenómeno contemporáneo categorizado bajo distintas nociones como “acoplamiento”,<sup>105</sup> “redes horizontales de colaboración”,<sup>106</sup> “interconstitucionalidad”,<sup>107</sup> “metaconstitucionalidad recíproca”,<sup>108</sup> influjos y lecturas simultáneas,<sup>109</sup> mul-

<sup>98</sup> Di Fabio, U., “Öffentliche Meinung im System polyzentrischer Herrschaft”, *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften*, vol. 7, 2009, pp. 666-682.

<sup>99</sup> Díez de Urdanivia, X., *El Estado en el contexto global*, México, 2008.

<sup>100</sup> Häberle, P., *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, trad. de Emilio Mikunda, Madrid, 2002.

<sup>101</sup> Yrigoyen Fajardo, R., “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Rodríguez Garavito (coord.), Buenos Aires, 2011, pp. 139 y ss.

<sup>102</sup> Valadés, D., “Prólogo”, en Häberle, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, 2003.

<sup>103</sup> Gomes Canotilho, J., *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra, 2003, p. 1450.

<sup>104</sup> Cfr. Aguilar Cavallo, G., “El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 12, núm. 1, 2006, pp. 117-154.

<sup>105</sup> Von Bogdandy, A., “Pluralismo, efecto directo y última palabra: la relación entre derecho internacional y derecho constitucional”, en Escobar García (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, 2010, pp. 407-429, p. 409.

<sup>106</sup> Pampillo Baliño, J., “The Legal Integration of the American Continent: an Invitation to Legal Science to Build a New *ius commune*”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 17, núm. 3, pp. 517-553, p. 519.

<sup>107</sup> Gomes Canotilho, J., *Teoría de la Constitución*, Madrid, 2004.

<sup>108</sup> Cruz Villalón, P., “El papel de los tribunales constitucionales nacionales en el futuro constitucional de la Unión”, *Une communauté de droit*, 2003, pp. 271-282.

<sup>109</sup> Como zona de convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional, véase Nikken, P., “El derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Caracas, núm. 72, 1989; Bidart Campos, G. y Herrendorf, D., *Principios de derechos humanos y garantías*, Buenos Aires, 1991, pp. 195 y ss.

*tilevel constitutionalism*,<sup>110</sup> normativismo supranacional,<sup>111</sup> transconstitucionalismo.<sup>112</sup> En consonancia con la doble estatalidad abierta, abordó la comprensión de este proceso de retroalimentación entre las Constituciones y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y de integración<sup>113</sup> como espacios jurídicos compartidos en el vértice superior de la antigua pirámide y que busca más dibujar la figura geométrica del trapecio.<sup>114</sup>

### B. *Del enfoque del Estado cerrado al enfoque de la estatalidad abierta*

Con la llegada de la democracia al subcontinente florecieron las ideas de apego al derecho internacional de los derechos humanos, concurrente con los planteamientos existentes a nivel de la comunidad internacional.<sup>115</sup> Se observó una tendencia hacia la jerarquización constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos. En las discusiones de las asambleas constituyentes se reflejó el eslogan del “nunca más” para dejar atrás el pasado dictatorial y las violaciones a los derechos humanos, con una fuerza elocuente y catalizadora. Igualmente en las asambleas constituyentes de la segunda expansión,<sup>116</sup> el debate sobre los mecanismos de apertura en derechos humanos ha estado unido a la definición e implementación de un Estado-nación-multi-étnico.<sup>117</sup>

<sup>110</sup> Pernice, I., *Constitutional law implications for a state participating in a process of regional integration. German Constitution and “multilevel constitutionalism”*, German Rapport to the XV International Congress on Comparative Law, Bristol, 1998, pp. 2-3, citado por Brewer-Carías, A., *Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional*, Caracas, 1998, p. 18.

<sup>111</sup> Gordillo, A., *Derechos humanos*, Buenos Aires, 2005, p. III.10.

<sup>112</sup> Neves, M., *Transconstitucionalismo*, São Paulo, 2009, pp. 115 y ss.

<sup>113</sup> Bazán, V., “Justicia constitucional y protección de los derechos fundamentales en Argentina”, en Bazán y Nasch (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales, Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela*, Montevideo, 2009, p. 17.

<sup>114</sup> Pizzolo, C., “Los mecanismos de protección en el sistema interamericano de derechos humanos y el derecho interno de los países miembros. El caso argentino”, en Méndez Silva (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos...*, cit., p. 514.

<sup>115</sup> Boutros Boutros-Ghali expresó la relevancia del paso de los regímenes autoritarios en distintas latitudes (América Latina, África, Europa y Asia) hacia la democratización y la democracia, “increasingly responsive Governments and increasingly open societies”. Boutros-Ghali, B., *An Agenda for Democratization*, ONU, Nueva York, 1996, p. 2. Disponible en: [http://www.un.org/en/events/democracyday/pdf/An\\_agenda\\_for\\_democratization\[1\].pdf](http://www.un.org/en/events/democracyday/pdf/An_agenda_for_democratization[1].pdf).

<sup>116</sup> Calificados como procesos de reingeniería constitucional. Cfr. Peña y Lillo, J. E., “Procesos constituyentes en el mundo andino. Bolivia y Ecuador en perspectiva comparada”, *OSAL*, Clacso, Buenos Aires, año 10, núm. 25, 2009, pp. 79-98.

<sup>117</sup> Büschges, C., “Estado, ciudadanía y nación. Repúblicas liberales y comunidades indígenas en los Andes sudamericanos durante el siglo XIX”, *Culturas políticas en la región andina*, Madrid, 2011, p. 217.

Paralelamente se ha evidenciado un apego a la integración mediante la inclusión de cláusulas de apertura, lo que no excluye la mención de los principios de soberanía, no intervención y de igualdad de los Estados. El interés por la integración se ha expresado en subrayar el reacomodo de la región frente a los Estados Unidos de América<sup>118</sup> así como en el posicionamiento del liderazgo de Brasil mediante la noción de Suramérica.<sup>119</sup> Un papel importante lo jugaron las comunidades epistemológicas a fines del pasado milenio cuando divulgaban en el contexto latinoamericano los avances en materia del constitucionalismo multinivel.<sup>120</sup>

Estas transformaciones a nivel constitucional tienen como trasfondo el cambio de ciertos paradigmas. En primer término se destaca el cambio de paradigma respecto a la soberanía. Kathryn Sikkink advertía que en la década de los noventa las Américas enfrentaban un proceso gradual de transformación y reconceptualización de la soberanía, pasando de la tradicional defensa de la no intervención a encabezar la lucha por la defensa de la democracia y los derechos, en la que eran protagonistas la academia, activistas y operadores políticos.<sup>121</sup> En la doctrina suramericana se afirma que no es realista la idea de un Estado “que encarna un poder pleno y exclusivamente soberano sobre un territorio claramente delimitado” y se resalta la conveniencia de abandonar las aproximaciones monodisciplinarias para “vehicular” el cambio de paradigma científico de estudio del Estado.<sup>122</sup> La soberanía de los Estados ya no consiste en su poder para controlar lo que pasa al interior de sus fronteras,<sup>123</sup> pues debe proteger y respetar los derechos humanos como límites de la soberanía. La idea de soberanía se ha transformado, impulsando un nuevo paradigma para orientar la cultura ju-

<sup>118</sup> Liberman, T. y González Martín, A., “La reconfiguración de la hegemonía de Estados Unidos en América Latina y el Caribe desde la perspectiva de los tanques pensantes”, *Anuario de la integración regional de América Latina y el Gran Caribe*, Buenos Aires, 2010, pp. 39 y ss.

<sup>119</sup> Declaraciones del Gobierno de Brasil, Celso Amorín, 10. de enero de 2003. Si bien es cierto que Brasil se ha transformado de una potencia regional en una potencia global. Malamud, A., “¿Mejor solo que mal acompañado? Brasil, entre la turbulencia regional y la emergencia global”, *RIE Anuario*, 2010.

<sup>120</sup> Pernice, I., “Constitutional law implications for a state participating in a process of regional integration. German Constitution and «multilevel constitutionalism»”, *German Report to the XV International Congress on Comparative Law*, Bristol, 1998, citado por Allan Brewer-Carías, *Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional*, Caracas, 1998.

<sup>121</sup> Sikkink, K., “Reconceptualizing Sovereignty in the Americas: Historical Precursors and Current Practices”, *Houston Journal of International Law*, vol. 19, 1997, pp. 705 y ss.

<sup>122</sup> Florez Ruiz, J. F., “De Maquiavelo al Estado postmoderno. Paradigmas políticos de aproximación al fenómeno estatal”, *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, núm. 29, 2012, pp. 138 y ss.

<sup>123</sup> Sobre la evolución, *cf.* Kotzur, M., *La soberanía hoy*, México, 2003, pp. 85 y ss.



ridica en América Latina, ya no centrada en el *State approach* sino en el *human rights approach*.<sup>124</sup> Independientemente de las críticas que puedan formularse al enfoque centrado en los derechos humanos,<sup>125</sup> la clave es mantener su sentido original como marco ético internacional, que emergió para resolver y prevenir los estragos de la Segunda Guerra Mundial.<sup>126</sup>

Conforme a los argumentos aportados por la corriente “internacionalista”, con fundamento en la Convención Americana (CADH) y teniendo en cuenta la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno, autores como Carlos Ayala Corao enfatizan que:

La soberanía nacional libremente expresada ha adquirido compromisos internacionales a través de tratados como la Convención Americana, mediante los cuales se asumen obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos; y en caso de que las violaciones no sean reparadas integralmente por los tribunales nacionales, las personas tienen derecho a ser protegidas por los órganos de protección internacional (CIDH y la Corte Interamericana). En este sentido, los tratados de derechos humanos —como muchos otros tratados multilaterales y bilaterales— representan una cesión de soberanía nacional.<sup>127</sup>

La CorteIDH ha manifestado “que el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados” y en determinadas cuestiones, “no sólo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos”.<sup>128</sup>

Otro cambio de paradigma es el relativo al pluralismo normativo. Como modelo alternativo al constitucionalismo de base estatal, en el modelo del pluralismo constitucional coexisten un conjunto de ordenamientos jurídi-

<sup>124</sup> Piovesan, F., “*Ius commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: Rasgos, potencialidades y desafíos”, en von Bogdandy *et al.* (coords.), *Ius constitutionale commune en derechos humanos en América Latina. Una aproximación conceptual*, México, 2013 (en prensa).

<sup>125</sup> Respecto a la ambigüedad entre la limitación y la garantía simultánea de la soberanía, *Cfr.* Montoya Londoño, M., “Ética y derechos humanos. La importancia del concepto «validez moral» de Jürgen Habermas para la justificación racional de los derechos humanos”, *Magistro*, Bogotá, vol. 4, núm. 7, 2010, pp. 127-142.

<sup>126</sup> Ferrer, M., “La población y el desarrollo desde un enfoque de derechos humanos: intersecciones, perspectivas y orientaciones para una agenda regional”, *Población y desarrollo*, Santiago de Chile, CEPAL, 2005, pp. 18 y ss.

<sup>127</sup> Ayala Corao, C., “Comentarios sobre la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (N° 1939) de fecha 18-12-08”, *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 1, 2009, p. 394.

<sup>128</sup> Referido al tema de la nacionalidad. *Cfr.* CorteIDH, Caso Castillo Petrucci y otros *vs.* Perú, Sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 101.

cos, en parte separados pero interdependientes, cuyas respectivas normas fundacionales-constitucionales no están jerárquicamente ordenadas.<sup>129</sup> La Constitución no es la norma suprema única, sino que comparten espacio, en la cúspide de la pirámide normativa, con otras disposiciones. Miguel Carbonell, usando la expresión apertura *ad extra*, le atribuye a tal apertura la facultad de configurar un tipo de pluralismo jurídico que implica que la Constitución se abre tanto al derecho nacional de otros Estados como a las normas internacionales.<sup>130</sup>

La doctrina considera fuera del objeto de análisis las controversias irreconciliables entre las teorías monistas (Kelsen) y dualista (Triepel) sobre la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, porque, al menos para el sistema internacional de protección los derechos humanos en el contexto suramericano, se trata de un debate estéril.<sup>131</sup> Las Constituciones dejaron de ser ordenamientos cerrados, para hacerse permeables, por diversas técnicas, a otros órdenes y principios a los que se le atribuye valor constitucional aun cuando no se encuentran regulados expresamente en el respectivo texto constitucional.<sup>132</sup>

El propósito de optimizar los derechos humanos y concederle ubicación prioritaria al derecho internacional de los derechos humanos incluso respecto de la propia Constitución se considera una cuestión que decide cada Estado cuando dispone la gradación de los mismos, sin que pierda toda su esencia el principio de supremacía constitucional. Según las enseñanzas de Germán Bidart Campos esta primacía no queda desprovista de su valor cuando entran los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, pues, en esencia, la clave es resguardar a la persona humana en su convivencia política.<sup>133</sup>

### C. La estatalidad abierta y la creación de órganos supranacionales

Un giro clave hacia la transformación del Estado soberano al Estado abierto proviene de la creación de órganos supranacionales, entre los

<sup>129</sup> Torres, A., “En defensa del pluralismo constitucional”, en Ugartemendía y Jáuregui (coords.), *Derecho constitucional europeo*, Valencia, 2011, pp. 155-180.

<sup>130</sup> Carbonell, M., *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho de México*, México, 1998, p. 202.

<sup>131</sup> Voto Vogal del ministro Gilmar Mendes, Recurso extraordinário 466.343-1 SÃO PAULO, p. 2. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>.

<sup>132</sup> Vélez García, J., “La Constitución: una norma abierta”, en Arismendi y Caballero Ortiz (coords.), *El derecho público a comienzos del siglo XXI, Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías*, Madrid, 2003, p. 185.

<sup>133</sup> Bidart Campos, G. J., *Teoría general de los derechos humanos*, Buenos Aires, 1991, p. 353.

que Jorge Carpizo ubica a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) y a los tribunales de la integración, a los que cataloga como uno de los elementos comunes en el derecho constitucional latinoamericano.<sup>134</sup> Dado que la historia de la región había estado marcada por la interrelación entre privación de derechos humanos y presencia de regímenes anti-democráticos y por la tensión entre proteger la no intervención y respetar esos derechos,<sup>135</sup> se hacía latente dejar atrás el compromiso nominal con la democracia constitucional que dominaba el momento de suscribirse a la CADH<sup>136</sup> y obligarse al órgano jurisdiccional previsto en ella. La Corte fue formalmente establecida en septiembre de 1979. En ejercicio de su soberanía los Estados, al reconocer la competencia de la CorteIDH (artículo 62.1 CADH), se obligan a cumplir sus decisiones (artículo 68.1), sus sentencias son “definitivas e inapelables” (artículo 67). En este sentido, los Estados están obligados a cumplir sus obligaciones convencionales en los términos exigidos en los artículo 1.1 y 2 de la CADH.

La aceptación de la jurisdicción contenciosa de la CorteIDH no se produjo en un mismo momento, sino paulatinamente: Venezuela y Perú fueron los pioneros (1981), seguidos de Argentina y Ecuador (1983), luego Colombia y Uruguay (1985). Es en la década de los noventa cuando se ratifica por el resto de los países suramericanos, de modo que Chile lo hizo a comienzos (1990), mientras Bolivia y Paraguay en el penúltimo impulso (1993) y en la zaga se había quedado Brasil hasta casi finales del siglo XX (1998). Como es conocido, el telón de fondo era el retorno a la democracia. De los treinta y cinco Estados que conforman la OEA, veintiuno han reconocido la competencia contenciosa de la CorteIDH.<sup>137</sup>

En el contexto suramericano emergió también un órgano jurisdiccional en 1979 mediante el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del

<sup>134</sup> Carpizo, J., “Derecho constitucional latinoamericano y comparado”, *Anuario de Derechos Humanos*, nueva época, vol. 7, núm. 1, 2006, p. 279.

<sup>135</sup> Cabranes, J., “Human Rights and Non-Intervention in the American system”, *Military Law Review*, vol. 65, 1967, pp. 1147, 1164.

<sup>136</sup> Goldman, R. K., “Historia y acción: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el papel de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en Covarrubias Velasco y Ortega Nieto (comps.), *La protección internacional de los derechos humanos, un reto en el siglo XXI*, México, 2007, p. 123.

<sup>137</sup> Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela. Este último país presentó en septiembre de 2012 un instrumento de denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al Secretario General de la OEA, que sólo entrará en vigor en el plazo de un año contado desde su interposición. Véase Informe Anual de la CorteIDH 2012, San José de Costa Rica, p. 6.

Acuerdo de Cartagena, que comenzó sus actuaciones en 1984 y a partir del Protocolo de Cochabamba suscrito en 1996, se denomina Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, concebido como órgano supranacional y competente para interpretar y aplicar el derecho comunitario.<sup>138</sup> Aun cuando el sistema de integración andino no forma parte del objeto de la investigación vale la pena subrayar que se le reconoce como la tercera corte más activa a nivel internacional.<sup>139</sup>

En el Mercosur se reguló un sistema de solución de controversias en el Protocolo de Brasilia de 1991 (Anexo III del Tratado de Asunción).<sup>140</sup> En cambio, la creación del Tribunal Permanente de Revisión (TPR) se produce de manera concomitante con las nuevas Constituciones del siglo XXI. En 2002 se promulga el Protocolo de Olivos y el TPR, como órgano jurisdiccional, entró en funcionamiento en 2004. Según las disposiciones de dicho Protocolo, los Tribunales Arbitrales *ad hoc* (TAAH) y el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) parecen estar concebidos inicialmente para resolver asuntos vinculados a restricciones de las libertades inherentes al mercado común.<sup>141</sup> Sin embargo, al TPR se le atribuye una configuración más bien híbrida producto de las corrientes contrapuestas al momento de su creación entre un enfoque minimalista (arbitraje) y un enfoque maximalista (auténtico Tribunal).<sup>142</sup>

A la luz de la estatalidad abierta interesa sólo resaltar el criterio de Alejandro Perotti en cuanto a que el TPR, mediante sus decisiones, ha demostrado su inclinación a constituirse en un tribunal de justicia que garantiza el Estado de derecho y los derechos de los particulares, a pesar de sus falencias normativas e institucionales.<sup>143</sup> En efecto, ciertos laudos dejaron

<sup>138</sup> Según las estadísticas del TJCA, hasta el año 2012, ha conocido 2.179 interpretaciones prejudiciales, 118 acciones de incumplimiento, 54 acciones de nulidad, 10 procesos laborales y 6 recursos por omisión o inactividad de los órganos comunitarios. Disponible en la página oficial del TJCA.

<sup>139</sup> Helfer, L. R. *et al.*, "Islands of Effective International Adjudication: Constructing an Intellectual Property Rule of Law in the Andean Community", *American Journal of International Law*, vol. 103, 2009, pp. 1-46. También Cfr. Helfer, L. R. y Alter, K. J., "The Andean Tribunal of Justice and Its Interlocutors: Understanding Preliminary Reference Patterns in the Andean Community", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 41, 2009, pp. 871-930.

<sup>140</sup> Su Reglamento se aprobó por Decisión CMC N° 17/98 y bajo su vigencia se dictaron diez laudos arbitrales. Véase al respecto la página oficial del Mercosur.

<sup>141</sup> Artículos 9-16 y Artículos 17-24 del Protocolo de Olivos respectivamente.

<sup>142</sup> Conforme a las estadísticas del TPR, se han dictado 10 Laudos arbitrales de los Tribunales Ad-hoc, 12 Laudos del TPR, 3 opiniones consultivas y 4 resoluciones.

<sup>143</sup> Perotti, A. D., *Tribunal Permanente de Revisión y Estado de derecho en el Mercosur*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008.

sentadas premisas acerca de la primacía del derecho del Mercosur.<sup>144</sup> Se ha sostenido que “una ley que va en contra de una regla contenida en un tratado internacional —cuya jerarquía es igual, como mínimo, a la de una ley interna— no será aplicada por el juez nacional”.<sup>145</sup> En este fallo se identifica un acercamiento a la noción de primacía del derecho comunitario.<sup>146</sup> El TPR pone de relieve que, conforme al espíritu y la letra del Protocolo de Olivos,<sup>147</sup> tiene atribuida la función primaria y fundamental de asegurar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento del ordenamiento jurídico mercosureño de forma consistente y sistemática.<sup>148</sup>

El escenario caracterizado por la tríada del cambio paradigmático generado bajo un nuevo entendimiento de la soberanía, el pluralismo jurídico y el reconocimiento de la competencia de órganos jurisdiccionales en la esfera de los derechos humanos y la integración encontró soporte a nivel constitucional. Todo ello se engloba dentro del concepto de la doble estatalidad abierta desde la regulación en las propias Constituciones, como se explicitará a continuación.

## II. RÉGIMEN NORMATIVO: CONSTITUCIONALIZACIÓN PROGRESIVA

La doble estatalidad abierta suramericana tiene una fisonomía heterogénea y progresiva. En Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela<sup>149</sup> se constata el avance continuo en la regulación expresa del rango constitucional que se atribuye a los tratados internacionales de derechos humanos en los ordenamientos nacionales y muestran, en general, una concepción a favor del derecho internacional y del sistema interamericano. En el ámbito de la integración los países en cuestión establecen igualmente mecanismos diferentes para la delegación de competencias a órganos supranacionales, aceptar la primacía y el efecto directo de este derecho e incluso condicionar la membresía al respeto de la

<sup>144</sup> Noodt Taqueda, M. B., “La primacía del derecho del Mercosur en su primer laudo arbitral”, *La Ley*, X Buenos Aires, 1999, t. III, pp. 295 y ss.

<sup>145</sup> TAHM, Laudo VIII, IMESI, núm. II.

<sup>146</sup> Marianne Klumpp invoca las decisiones Flaminio Costa, de fecha 15.07.1964 (6/64) y Simmenthal, de fecha 09 de marzo de 1978 (106/77). *Cfr.* Klumpp, M., “La efectividad del sistema jurídico del Mercosur”, en Baso (org.), *Mercosur, Estudios en homenaje a Fernando Henrique Cardoso*, São Paulo, 2007, p. 74.

<sup>147</sup> TPR, Resolución No. 02/2007, considerando XXII, del voto de la mayoría.

<sup>148</sup> TPR, Resolución No. 02/2007, considerando IX del voto de la mayoría.

<sup>149</sup> Venezuela es el país que representa la excepción que confirma la regla por haber presentado la denuncia de la CADH.

democracia y los derechos humanos. De ahí que la progresividad va acompañada de una diversidad de mecanismos que permiten la permeabilidad normativa. Hay distintas denominaciones como cláusulas de apertura,<sup>150</sup> cláusulas de diálogo,<sup>151</sup> normas de reenvío,<sup>152</sup> habilitaciones constitucionales para la integración.<sup>153</sup> La graduación va de la generalidad a la especificidad, en la medida en que convergen, de modo acumulativo o no, figuras jurídicas como primacía de los tratados de derechos humanos, bloques de constitucionalidad, efecto directo, interpretación conforme, derechos implícitos, interpretación *pro homine*.

Dicha convergencia está vinculada a la temporalidad, que divido aleatoriamente entre una primera expansión en las Constituciones a fin del siglo XX (1988-1998), y luego, una segunda expansión (1999-2009) en el nuevo milenio, que amplía el radio de la permeabilidad en las Constituciones andinas. Sin ánimo exhaustivo sino ejemplificativo, demuestro esta tendencia con citas a las disposiciones constitucionales.

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

Esta apertura tiene lugar tempranamente en el constitucionalismo latinoamericano.<sup>154</sup> *Ab initio*, la apertura fue objeto de debate a partir del dilema clásico de la jerarquía normativa e incorporación de los tratados en el orden interno<sup>155</sup> y se generalizó el examen sobre las cuatro opciones del poder constituyente al otorgar rango supraconstitucional, rango constitu-

<sup>150</sup> Un clásico es el estudio del Maestro Fix-Zamudio, H., “El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, año 1, núm. 1, 2004, pp. 141-180.

<sup>151</sup> De Oliveira Mazzuoli, V., “O controle jurisdicional da convencionalidade das leis”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2009, p. 118.

<sup>152</sup> Rey Cantor, E., “El bloque de constitucionalidad: aplicación de tratados internacionales de derechos humanos”, *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, año 4, núm. 2, 2006, pp. 299-334, 303.

<sup>153</sup> Perotti, A., *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*, Montevideo, 2004, ts. I y II.

<sup>154</sup> Tendencia advertida tempranamente. *Cfr.* Fix-Zamudio, H., “El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *The Modern World of Human Rights, Essays in Honor Thomas Buergenthal*, San José, 1996, pp. 159-207.

<sup>155</sup> Dulitzky, A., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado*, Buenos Aires, 1997, pp. 34-35, 40.

cional, rango supralegal y rango legal.<sup>156</sup> En el marco del constitucionalismo democrático,<sup>157</sup> la permeabilidad hacia la aplicación de los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos en el ámbito doméstico ha recibido amplio tratamiento en la doctrina.<sup>158</sup> Existen distintas categorías desde las cláusulas más cerradas y jurídicamente seguras (por ejemplo cuando se incorpora la Convención Americana) hasta las más abiertas y complejas (cláusula de derechos innominados).<sup>159</sup> Según Bidart Campos, los mandatos constitucionales contentivos de la apertura ofrecen las condiciones de viabilidad de incorporación de los distintos órdenes normativos.<sup>160</sup> Son las propias Constituciones las que definen el alcance de la prevalencia de los derechos humanos.<sup>161</sup> Si existiera algún tipo de colisión, la doctrina apuesta por solucionarlo a través del enfoque dialógico.<sup>162</sup>

Aproximarse *grosso modo* a una taxonomía de esta estatalidad abierta conduce a reconocer cláusulas de interpretación de la Constitución a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, el lugar privilegiado de los tratados de derechos humanos en la jerarquía normativa a nivel doméstico así como cláusulas de derechos constitucionales no enumerados. Dichas modalidades, no obstante, pueden estar contenidas en una misma disposición constitucional o separadamente. Por ello, acudiendo al criterio temporal de la entrada en vigor del texto constitucional, la categorización

<sup>156</sup> Ayala Corao, Carlos, “La jerarquía de los tratados de derechos humanos”, en Méndez/Cox, *Futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José, 1998, pp. 137 y ss.

<sup>157</sup> Para el período que abarca la promulgación de los nuevos textos constitucionales, véase, Nogueira, H., *La evolución político constitucional de América del Sur 1976-2005*, Chile, 2009.

<sup>158</sup> Brewer-Carías, A., “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno. Estudio de derecho constitucional comparado latinoamericano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México, núm. 6, julio-diciembre de 2006, pp. 29-78.

<sup>159</sup> Uprimny, R., “Bloque de convencionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal”, disponible en: <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf>, p. 14.

<sup>160</sup> Bidart Campos, G., *Teoría general de los derechos humanos*, México, 1994, p. 241.

<sup>161</sup> Meier García, E., “Crónica de un incumplimiento anunciado: sobre la ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por los tribunales nacionales. El caso venezolano”, *Gaceta Jurídica*, Lima, mayo de 2009, t. 17, pp. 372-373.

<sup>162</sup> Bazán, V., “La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina”, *Estudios Constitucionales*, Chile, año 5, núm. 2, 2007, pp. 137-183; Guenka Campos, T., *O controle de convencionalidade como mecanismo de interação entre ordem interna e internacional: por um diálogo cooperativo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Constitucional brasileiro*, San José, 2010.



adoptada obedece a dos etapas, a saber, la primera expansión a fines del siglo XX y la segunda expansión, ocurrida en el nuevo milenio.

### A. Primera expansión de la apertura

Una vez finalizada la dictadura, la *Constitución brasileña* de 1988 encarna un texto que procura la reinención del ordenamiento en la órbita del principio democrático, la protección de los derechos humanos y de los derechos sociales en particular. Este texto constitucional postula desde el preámbulo un Estado democrático de derecho “destinado a asegurar el ejercicio de los derechos sociales e individuales” y enuncia como fundamento del Estado y como principio rector de las relaciones internacionales, entre otros, la dignidad de la persona humana (artículo 1) y la prevalencia de los derechos humanos (artículo 4). El post 88 marca una etapa de expansión simultánea en lo internacional y en lo doméstico en materia de derechos humanos, aunque el texto constitucional guardó silencio acerca del rango de los tratados de derechos humanos. Brasil mantuvo una jurisprudencia constante en sentido afirmativo del rango de ley de los tratados internacionales, postura cuestionada en la doctrina por colocarse a espaldas de la novedosa apertura material establecida en la Constitución.<sup>163</sup>

Con la enmienda constitucional No. 45 de 2004 se incorporó el § 3 al artículo 5 “[l]os tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que fueran aprobados, en cada Cámara del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales”.<sup>164</sup> A partir de una controvertida sentencia en 2008,<sup>165</sup> el Supremo Tribunal Federal ha dado un status supralegal a los tratados de derechos humanos.<sup>166</sup>

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

<sup>163</sup> Cfr. Maliska, Marcos, “Verfassung und normative Kooperation: zum übergesetzlichen Status Internationaler Menschenrechtsverträge in Brasilien”, *VRÜ*, vol. 3, 2011, pp. 316-325, p. 316.

<sup>164</sup> Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 6 de diciembre de 2006, Resolución A/61/611.

<sup>165</sup> Supremo Tribunal Federal, RE 466343/SP, del 3 de diciembre de 2008. Véase la contribución de Marcelo Figueiredo en esta obra.

<sup>166</sup> Kloeckner Feracin, V., “A nova pirâmide jurídica formada após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário N° 466.343-1/SP”, *Anima, Revista eletrônica*, vol. 2, pp. 233-252.

que: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y proveer tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Esta línea se acentuó en las modificaciones del año 2005, luego del periplo de reformas desde el 80, mediante el refuerzo de la justicia constitucional.<sup>167</sup>

Durante la dictadura se adoptó la praxis de no publicidad de los tratados vigentes para no hacer obligatoria su aplicación.<sup>168</sup> Hasta la entrada en vigencia de la reforma constitucional de 1989, la jurisprudencia otorgaba a los tratados el mismo valor y rango que la ley y privó el criterio de la formalidad de la publicidad de la ley. Cuando un pacto había sido promulgado pero no publicado, no era aplicable.<sup>169</sup> Desde 1952, la Corte Suprema ha aceptado el carácter suprallegal de los tratados internacionales, habiéndose centrado la discusión respecto a los tratados de derechos humanos, en si estos derechos tienen una jerarquía legal, suprallegal, constitucional o supraconstitucional. En el tema se ha constatado una divergencia entre la jurisprudencia de la Corte Suprema que afirma su carácter constitucional e incluso supraconstitucional argumentando su incorporación automática a la Carta Constitucional tras la reforma de 1989, mientras que el Tribunal Constitucional ha llegado a afirmar que los tratados son sólo leyes en el rango de la pirámide normativa.<sup>170</sup>

En el estudio cuantitativo y cualitativo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile durante el quinquenio 2006-2010, Humberto Nogueira constata una tendencia moderada y tímida en la aplicación de las normas jurídicas internacionales, fundamentada en el artículo 5.2 como norma de apertura o incluso en la dignidad del ser humano según el artícu-

<sup>167</sup> Peña, M., “Inaplicabilidad por inconstitucionalidad: reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 9, 2008, pp. 219-235.

<sup>168</sup> 26 tratados relativos a los derechos humanos (teóricamente) vigentes hasta la reforma constitucional de agosto de 1989. *Cfr.* Bernalde Rojas, G., “Los tratados internacionales, los derechos fundamentales y la jurisprudencia del periodo 1981-1989, bajo el régimen del artículo 24 transitorio de la Constitución”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 9, núm. 1, 2003, pp. 281-327.

<sup>169</sup> Henríquez Viñas, M. L., “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos”, *Revista Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 2, 2008, pp. 73-119, p. 86.

<sup>170</sup> A título de ejemplos *Cfr.* la Sentencia de 8 de abril de 2002, Rol No. 346 del Tribunal Constitucional con motivo de la aprobación del Tratado que crea el Tribunal Penal Internacional, y la Sentencia del 17 de noviembre de 2004, Rol 517-2004 de la Corte Suprema de Chile en el *Caso Sandoval*.

lo 1.1 de la ley fundamental chilena, ampliada mediante la incorporación de la regla de interpretación de derechos fundamentales “favor persona”.<sup>171</sup>

La *Constitución de Colombia* de 1991 es particularmente abierta al derecho internacional de los derechos humanos. El artículo 93.1 dispone que “los tratados y convenciones internacionales ratificados por el Congreso prevalecen en el orden interno” y también establece que todos los derechos fundamentales constitucionales deben ser interpretados a la luz de los tratados internacionales ratificados por Colombia, según el artículo 93.2. Combina así, en una misma disposición, la “cláusula de primacía” y la “cláusula de interpretación conforme”. Esta norma ha dado lugar a la distinción entre bloque de constitucionalidad *strictu* y *latu sensu*. En la sistematización propuesta por Catalina Botero, el artículo 93.1 establece que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno (bloque *strictu sensu*); el inciso 2 del artículo 93 señala que los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” (bloque *latu sensu*).

La ley fundamental colombiana, además de la cláusula de los derechos innominados del artículo 94, recoge en otras disposiciones la apertura en derechos humanos como son el artículo 53.4 según el cual los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna, y el inciso 2 del artículo 214 que preceptúa que en los estados de excepción no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales y que en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.<sup>172</sup> El artículo 44 también es calificado como cláusula de apertura o de reenvío por cuanto estipula que los niños gozarán también de los derechos consagrados en los tratados internacionales ratificados por Colombia.<sup>173</sup>

<sup>171</sup> Si bien no representa una tendencia dialógica con la Corte IDH, sino más bien con otras jurisdicciones extranjeras. Nogueira Alcalá, H., “El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno en el período 2006-2010”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago de Chile, vol. 39, núm. 1, 2012, pp. 149-197.

<sup>172</sup> Botero destaca la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre el concepto doble del bloque desde la sentencia C-358/97 y consolidada desde la decisión C-191/98. Cfr. Botero, C., *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2006, pp. 18 y ss.

<sup>173</sup> Reina García, Ó. M., “Las cláusulas de apertura o reenvío hacia las fuentes externas previstas en la Constitución colombiana, como criterio para delimitar el contenido del bloque de constitucionalidad”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 29, 2012, pp. 192 y ss.

La *Constitución de Paraguay* de 1992, luego de su larga dictadura militar, es un texto imbricado en el propósito de establecer un régimen democrático y fortalecer los derechos humanos, lo que se refleja en un conjunto de disposiciones de singular impacto. Así, la dignidad humana se reconoce en el Preámbulo para asegurar los derechos y sirve de fundamento a la democracia representativa, participativa y pluralista que adopta como sistema de gobierno (artículo 1). Asimismo cualifica los tratados de derechos humanos al no poder ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda constitucional (artículo 142) y la protección internacional de los derechos humanos es uno de los principios que orienta las relaciones internacionales (artículo 143). En este orden de ideas, este texto constitucional asigna al respeto de los derechos humanos y de los principios democráticos un papel preponderante como fines del derecho a la educación (artículo 73), sin establecer una norma el rango de los tratados de derechos humanos.

Según la *Constitución de Perú* de 1993, “[l]os tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” (artículo 55), pero no se dispone expresamente el rango de los tratados de derechos humanos. Su cuarta disposición final y transitoria se perfila por la cláusula de interpretación conforme, de inspiración española y portuguesa, que dispone: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. No obstante, no faltaron voces críticas para advertir el retroceso experimentado en el orden constitucional, que ya no contenía una norma de apertura expresa como el antiguo artículo 105 de la Constitución de 1979.<sup>174</sup>

Paradigmático, sin embargo, es el artículo 75, Nr. 22, de la *Constitución de Argentina* de 1994, que enumera una serie de tratados a los que asigna rango constitucional<sup>175</sup> y deja “abierta” la posibilidad de extender este rango

<sup>174</sup> Curlizza, J., “La inserción y jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993: retrocesos y conflictos”, *La Constitución de 1993. Análisis y comentario*, Lima, 1995, t. II, pp. 56-83.

<sup>175</sup> 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 Cruels, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

a otros instrumentos siguiendo un procedimiento específico.<sup>176</sup> Como bien acentúa Manuel Góngora, el constituyente argentino optó por enumerar declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos, no en una lista rígida sino facultando al Congreso para ampliarla mediante mayoría calificada, pero sí rígida en tanto los instrumentos de derechos humanos que tengan jerarquía constitucional pueden ser denunciados por el Poder Ejecutivo Nacional únicamente con la previa autorización del Congreso, con base en el principio del paralelismo de competencias entre los poderes del Estado.<sup>177</sup> La internacionalización del ordenamiento argentino se ubica como un referente, sin precedentes, en recepcionar determinados tratados internacionales sin reserva de reciprocidad.<sup>178</sup> La Constitución prevé asimismo que toda persona puede interponer la acción de amparo cuando se vulneren derechos y garantías reconocidos en un tratado (artículo 43). Como ha advertido la Corte Suprema de Justicia de ese país, por voluntad del poder constituyente, debe procurarse la concordancia entre los tratados y la Constitución, de modo tal que la esfera de protección internacional complementa la constitucional.<sup>179</sup>

### B. *Segunda expansión de la apertura*

Parece interesante acotar que el desarrollo de la estatalidad abierta alcanzado en la primera expansión había generado ya una repercusión en la región y se constata una jurisprudencia pionera a favor de tal apertura con los textos constitucionales vigentes a la fecha. Vale citar tres ejemplos emblemáticos de la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela, que desde el inicio de la década de los noventa dio muestras de una postura amigable hacia el derecho internacional de los derechos humanos.

Un primer caso a comentar es Mariela Morales *vs.* Ministerio de Justicia del 3 de diciembre de 1990, cuando la Corte Suprema de Justicia (CSJ) en Sala Político Administrativa, para proteger la maternidad y la mujer trabajadora, aplicó normativa de carácter supranacional (artículo 3 del Con-

<sup>176</sup> Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) por la Ley Núm. 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997; y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, mediante la Ley N° 25.778, publicada el 3 de septiembre de 2003.

<sup>177</sup> Góngora Mera, “El Bloque de Constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad”, Centro de Derechos Humanos de Nuremberg, 2007, pp. 8 y 9.

<sup>178</sup> Salomoni, J., *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, 1997, p. 2.

<sup>179</sup> Sentencia de la CSJN Argentina de fecha 26.12.1996 en el caso Monges, Analía M *vs.* Universidad de Buenos Aires, considerandos 20-22. Gordillo, A., “Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia”, *La Ley*, 1997-F, p. 1318.

venio 103 de la OIT; artículo 11 de la Ley aprobatoria de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer G. O. 3074 Ext. 16-12-82) bajo la vigencia de la Constitución de 1961. La Sala tomó la decisión en atención a las disposiciones contempladas en los artículos 93 (la mujer y el menor trabajadores serán objeto de protección especial) y 50 (la enunciación de los derechos y garantías contenidas en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos). Precisó que la existencia y el reconocimiento del derecho a la protección de la maternidad, aunque no exista ley que desarrolle su contenido, tiene fundamento constitucional. Se convirtió en el *leading case* (Sent. N. 661, S.P-A, 04/12/90).<sup>180</sup>

Un segundo antecedente relevante data de la sentencia de fecha 05.12.1996 referida a los pueblos indígenas del Estado Amazonas (Yanomami, Piaroa, Piapoco, Baré, Jevi, Ye'Kuana, Yabarana, Sanema), organizaciones indígenas (Organización Regional de los Pueblos Indígenas del Amazonas —ORPIA—, Unión Guahiba Venezolana y Unión Maquiritare del Alto Ventuari) y miembros del Vicariato Apostólico del Puerto Ayacucho, contra la “Ley de División Político Territorial del Estado Amazonas” de 1994, en el que se reconoció el derecho a la participación política como derecho humano de rango constitucional a partir de lo estipulado en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Venezuela: artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 20 de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, y artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte aclaró que los tratados sobre derechos humanos “forman parte integrante del ordenamiento jurídico venezolano” y el derecho de participación ciudadana de las comunidades indígenas, constituye una forma de expresión política en el contexto del régimen de excepción previsto en el artículo 77 de la Constitución de 1961, del ámbito de los derechos humanos de las minorías. Desde 1996 la Corte sostuvo que los indígenas constituyen uno de los grupos sociales más expuestos a la violación de sus derechos humanos, por sus condiciones de vida e invocó el deber de la nación de protegerlos en

<sup>180</sup> Cfr. Calcaño de Temeltas, J., “Tratamiento de los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, *Revista 111*, publicaciones jurídicas venezolanas, disponible en: <http://www.zur2.com/fcjp/111/derhum.htm>; Ayala Corao, C., “Algunas consideraciones sobre la jurisdicción constitucional en Venezuela”, *Tribunales Constitucionales Andinos*, Lima, 1997.

virtud de la solidaridad y protección de los intereses superiores del pueblo venezolano (artículos 51 y 57 constitucionales).<sup>181</sup>

Como tercer ejemplo de incorporación de los tratados sobre derechos humanos como “parámetro de constitucionalidad” puede mencionarse la decisión de la CSJ en Sala Plena, fechada 14.10.1997, cuando con fundamento en la CADH como norma interna ejecutiva y ejecutable reforzada por la jurisprudencia, declaró la inconstitucionalidad de la Ley sobre vagos y maleantes por omitir las garantías establecidas por las normas internacionales para un juicio justo, incluyendo el derecho a la defensa y la presunción de inocencia (artículos 9 y 14 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y los artículos 7 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de fecha 14-10-97, publicada el 6-11-97. La antigua CSJ declaró que dicha Ley vulnera *ipso iure* la CADH.<sup>182</sup>

A partir de 1999 se amplía la formulación del Estado abierto de modo claro y atribuyendo categóricamente rango constitucional a los tratados de derechos humanos. Según Rodrigo Uprimny, Venezuela, Ecuador y Bolivia parecen inscribirse en los llamados procesos constitucionales más fundacionales, con ruptura del orden anterior, mientras los otros procesos eran más transaccionales o de consenso, como fue en Colombia y Argentina.<sup>183</sup> En Venezuela, Bolivia y Ecuador se reconoce un “proceso radical de cambio político y social basado en una democracia plebiscitaria”.<sup>184</sup> Las tres Constituciones fueron producto de Asambleas Constituyentes y aprobadas por referéndum.

La *Constitución de Venezuela* de 1999, en su artículo 23, determina:

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

<sup>181</sup> Cfr. Ayala Corao, C., “El derecho a la participación política de los pueblos indígenas”, *Revista IIDH*, Costa Rica, vol 26, 1998, pp. 107 y ss.

<sup>182</sup> CSJ, Sentencia del 14 de octubre de 1997, en el Exp. 0251. Disponible en: <http://new.pensamientopenal.com.ar/16072007/vagos.pdf>.

<sup>183</sup> Uprimny, R., “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Argentina, 2011, p. 127.

<sup>184</sup> Baeza Freer, J. y López Varas, M. A., “Patrones de conducta en los intentos de desestabilización democrática en Ecuador: el levantamiento policial de 2010”, *Anuario de Derecho Público* 2011, Santiago de Chile, 2011, p. 289.



En la concepción de apertura de la estatalidad, Carlos Ayala Corao sostiene que el artículo 31 de la Constitución venezolana “constitucionalizó” además el derecho de petición internacional que denomina “derecho de amparo internacional (o interamericano)”.<sup>185</sup> Conforme a dicha norma, toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos. El correlato de la disposición lo estipula la CADH en el artículo 41: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”.

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

En la doctrina se ha argumentado que la Constitución ecuatoriana, que adopta como modelo un “Estado constitucional de derechos y justicia”, introdujo como innovación utilizar en distintas normas el término “instrumentos” en lugar de aludir a convenios y tratados a fin de incluir tanto el *hard law* como el *soft law*.<sup>186</sup>

La *Constitución boliviana* es la última de la segunda expansión en Suramérica, que se promulgó en el año 2009. El artículo 13.IV. regula que

<sup>185</sup> Ayala Corao, *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Caracas-San José, 1998.

<sup>186</sup> Caicedo Tapia, D. A., “El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos humanos más allá de la Constitución”, en Escobar García (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, 2010, pp. 504, 521.

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

Conforme al artículo 256: “Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta (256.I)”, y continúa la estipulación de la cláusula de interpretación conforme en esta forma: “Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables” (artículo 256.II).

Mención especial merece la vía expansiva de las cláusulas de los derechos implícitos o no enumerados, que se corresponde con una tradición constitucional incluso anterior a las reformas y nuevas Constituciones.<sup>187</sup> Hay una convergencia material en esta apertura ya que los países suramericanos las han incorporado en términos similares, en ambas expansiones, es decir, que la declaración o enunciación de los derechos contenida en la Constitución, no debe ser entendida como la negación de otros no enumerados en el texto constitucional, que sean inherentes a la “persona humana” o “a la dignidad humana”.

Tomando como referente la *Constitución de Uruguay*,<sup>188</sup> el artículo 72 garantiza esta fórmula de los derechos innominados. Para explicarlo, algunos autores argumentan que un derecho es inherente a la persona humana en la medida en que esté incluido en los tratados internacionales referidos a los derechos humanos, atendiendo al proceso de internacionalización de los derechos humanos y en base a la multiplicidad de instrumentos internacionales ratificados por Uruguay. La condición de inherente deriva directamente del hecho de estar reconocido por el ordenamiento jurídico internacional como un derecho fundamental.<sup>189</sup> Ésta es la cláusula más generalizada, pues también la recogen las Constituciones de Argentina (artículo 33), Bolivia

<sup>187</sup> Ejemplo emblemático en Argentina es caso Ekmekdjian, M., Sofovich A., y otros Fallos, 315:1492, 7 de julio de 1992.

<sup>188</sup> La Constitución política de la República Oriental del Uruguay es de 1967, pero ha tenido sucesivas reformas vía plebiscitos (1989, 1994, 1996, 2004).

<sup>189</sup> Risso Ferrand, M., “La libertad de enseñanza en la Constitución uruguaya”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2004, pp. 501 y 502.

(artículo 13.II), Brasil (artículo 5, § 2º), Colombia (artículo 94), Ecuador (artículo 11.7), Paraguay (artículo 45), Perú (artículo 3) y Venezuela (artículo 22). Igualmente interesante es reiterar que la propia CADH contiene en el artículo 29.3 una cláusula de apertura en el mismo sentido de los derechos no enunciados en ella.

### *C. Rasgos comunes de la estatalidad abierta en derechos humanos*

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

...donde el constituyente ha acordado no solamente un valor supra-constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, sino que además ha previsto que los derechos fundamentales constitucionales sean interpretados a la luz del *corpus juris* en la materia, se puede suponer válidamente que el grado de adhesión al estándar establecido en el nivel internacional será importante.<sup>190</sup>

En la reconstrucción normativa constitucional en Suramérica se atestigua la internacionalización del derecho constitucional<sup>191</sup> y su confluencia con una clara tendencia hacia la complementación creciente de los sistemas estatales con el sistema regional de protección de derechos, en particular, el proceso gradual y continuo de incorporación de normas, principios y estándares del sistema interamericano en el derecho nacional y del sistema universal. A *grosso modo* se constata una convergencia generalizada, aunque con ligeras graduaciones, en atribuir rango constitucional a los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado, en países como Argentina, Chile, Colombia, Perú, Paraguay. Otros países establecen en sus cartas magnas detalladamente la primacía y aplicación directa e inmediata de los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos, como son Venezuela, Ecuador, Bolivia, en la medida

<sup>190</sup> Burgorgue-Larsen, L., “Los estándares: ¿normas impuestas o consentidas?”, en von Bogdandy *et al.* (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, Oñati, 2012, pp. 375-411.

<sup>191</sup> Aguilar Cavallo, G., “La internacionalización del derecho constitucional”, *Estudios constitucionales*, Chile, año 5, núm. 1, 2007, pp. 223-281, p. 225.

en que sean más favorables en la protección de los derechos. Incluso, por vía jurisprudencial, se ha dado un giro hacia tal reconocimiento de un rango al menos supralegal a dichos tratados, como es el caso de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay<sup>192</sup> y del Supremo Tribunal Federal de Brasil.<sup>193</sup>

Como afirma Eduardo Ferrer Mac-Gregor, un elemento común al recibir el influjo del derecho internacional mediante las diversas cláusulas constitucionales es que las normas convencionales adquieren carácter constitucional.<sup>194</sup> La ubicación de los tratados de derechos humanos en la supremacía constitucional produce efectos a nivel nacional. Dicho rango les otorga rigidez en la medida en que una reforma constitucional sólo podrá modificar un tratado en materia de derechos humanos cuando implique una mayor protección y garantía de tales derechos, estando vedado desmejorar su situación jurídica, como opina Humberto Nogueira.<sup>195</sup>

La consecuencia jurídica del rango constitucional y, por tanto, que dichos tratados integren el conocido bloque de la constitucionalidad, es que permean a todo el derecho interno y a todos los poderes públicos, los cuales deben sujetarse a ellos en igual medida que a la propia Constitución. Se aduce que una de las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos es su incorporación *in totum*, es decir, implica todas sus normas y todo su contenido, incluidos los órganos de protección internacional previstos en dichos tratados. Por esta razón se rechaza que pueda exigirse un *exequátur de constitucionalidad*.<sup>196</sup>

<sup>192</sup> Sentencia 365, del 19 de octubre de 2009. Cfr. Risso Ferrand, M., “El derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 14, julio-diciembre de 2010.

<sup>193</sup> Figueiredo, M., “La internacionalización del orden interno en clave del derecho constitucional transnacional”, en von Bogdandy *et al.* (coords.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*, São Paulo, 2013, pp. 143-177.

<sup>194</sup> Ferrer Mac-Gregor, E., “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 131, 2011, p. 931.

<sup>195</sup> Noriega Alcalá, H., “Los tratados Internacionales en el ordenamiento jurídico interno”, *Revista Ius et Praxis*, Talca, año 2, núm. 2, 1997, p. 27.

<sup>196</sup> Carlos Ayala Corao mantiene una postura crítica frente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela que desconoce las sentencias del órgano interamericano, lo cual representa no sólo una violación de la CADH sino también de la Constitución venezolana de 1999. Ayala Corao, C., “La doctrina de la ‘inejecución’ de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)”, en von Bogdandy *et al.* (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitucional commune en América Latina?*, México, 2010, t. II, p. 106.

La incorporación de este acervo hace surgir obligaciones para los Estados. En tal sentido, la Constitución de Chile, por ejemplo, en su artículo 6 obliga a todos los órganos del Estado a adecuar su comportamiento a las normas constitucionales, dentro de las cuales se encuentra no sólo el catálogo de derechos constitucionales, sino también las normas internacionales en materia de derechos humanos a partir de la cláusula que permite atribuir rango constitucional a los tratados de derechos humanos (artículo 5.2) en concordancia con el artículo 1.1 y 1.4). Afirma Claudio Nash que éste es el fundamento de la obligatoriedad de las normas internacionales.<sup>197</sup>

En el caso de la Constitución venezolana, mediante el rango constitucional, los tratados quedan fundidos a la Constitución y no pueden ser separados de ella, pues significaría una modificación por un procedimiento distinto al previsto en el texto constitucional venezolano de 1999. Bajo el prisma de la preeminencia de los derechos humanos como valor que rige al Estado (artículo 2), “todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos” a ellos (artículo 7) así como todo acto del poder público que viole o menoscabe los derechos garantizados en los tratados sobre derechos humanos es nulo; y los funcionarios públicos que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores (artículo 25).<sup>198</sup>

Reforzando el Estado abierto, conforme a los artículos 334 y 336 de la Constitución venezolana, en caso de “incompatibilidad de una ley u otra norma jurídica con un tratado sobre derechos humanos, se aplicarán las disposiciones de dicho tratado, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente” (artículo 334.1). Asimismo, cuando una ley, un acto que tenga rango de ley u otro acto de los órganos que ejercen el poder público dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución colida con un tratado sobre derechos humanos, le corresponde declarar su nulidad a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 334.2). En consecuencia, el control concentrado de la constitucionalidad por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, argumenta Carlos Ayala Corao, debe ser ejercido conjuntamente con base en los tratados sobre derechos humanos en virtud de su jerarquía constitucional (artículo 336)”. Cuando se declare un estado de excepción, el Decreto “cumplirá con las exigencias, principios y garantías establecidos en

<sup>197</sup> Nash Rojas, C., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*, Santiago de Chile, 2012, p. 33.

<sup>198</sup> Acción de nulidad por inconstitucionalidad presentada el 27 de septiembre de 2012. Disponible en: <http://www.observatoriodeconflictos.org.ve/oc/wp-content/uploads/2012/09/Accion-inconst-DENUNCIA-CADH-270912.pdf>.

el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (artículo 339).

Invocando estos argumentos se ha presentado la acción de inconstitucionalidad ante el acto del Ejecutivo venezolano mediante el cual presentó el preaviso de denuncia de la Convención Americana.<sup>199</sup>

Respecto a las cláusulas de interpretación, Néstor Sagüés afirma que en tales hipótesis, “hay una «transferencia de responsabilidades interpretativas» de sumo interés: el constituyente nacional se somete al documento y al órgano jurisdiccional inter o supranacional, según como se lo quiera ver” y encuentra que la

...legitimidad de dispositivos de aquella índole se explica, principalmente, por la necesidad de construir un *ius constitutionale commune* en materia de derechos humanos y de Derecho comunitario. El intérprete inter- o supra nacional, además, puede gozar (aunque no siempre) de una cierta presunción de mayor calidad y objetividad que el intérprete nacional, de vez en cuando más comprometido con intereses sectoriales domésticos.<sup>200</sup>

Caballero Ochoa, partiendo del supuesto del Estado constitucional como receptor de la norma internacional, opina que la adopción de la cláusula *pro persona*, que sirve a título de referencia reguladora de la conformidad del derecho interno con los tratados sobre derechos humanos, debe utilizarse “como el criterio interpretativo para discernir la aplicación de uno u otro espacio normativo, máxime en el caso de antinomias y siguiendo criterios de proporcionalidad”.<sup>201</sup>

La cláusula de los derechos innominados tiene un alto impacto en la protección de los derechos. La Corte Constitucional de Colombia (CCC)<sup>202</sup> ha hecho uso de tal cláusula (artículo 94) para garantizar los derechos a la

<sup>199</sup> Ayala Corao, “Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela”, *Estudios constitucionales*, año 10, núm. 2, 2012, pp. 654 y ss.

<sup>200</sup> Sagüés, N. P., “El poder constituyente como intérprete de la Constitución”, *Pensamiento Constitucional*, Lima, año 16, núm. 16, 2012, pp. 191 y ss.

<sup>201</sup> Caballero Ochoa, J., *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, México, 2009, p. 62.

<sup>202</sup> Es conocida la labor de esta Corte en la creación de derechos por vía jurisprudencial mediante los artículos 7 y 13 que regulan el principio de pluralismo, el de igualdad y protección de las minorías, y el artículo 16 del derecho al libre desarrollo de su personalidad conocido en la doctrina como una cláusula de libertad residual que comprende todas aquellas libertades no incluidas explícitamente “dentro de los márgenes semánticos de las libertades constitucionales específicas”. Bernal-Pulido, C., *El derecho de los derechos*, Bogotá, 2008, p. 253; Quinche-Ramírez, M., *Derecho constitucional colombiano*, Bogotá, 2008, pp. 135-136. Un sector crítico considera que se hacen mutaciones a la Constitución por esta vía. Benítez, R. y Vicente, F., “Legitimidad democrática y constitucional de las modificaciones implícitas a la

verdad, justicia y reparación (sentencia C-370/06).<sup>203</sup> Sostiene la Corte que los derechos a la verdad, la justicia y la reparación están reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Entre los múltiples instrumentos internacionales de derechos humanos menciona la Convención Americana de Derechos Humanos, “en la cual se consagra el derecho de toda persona a un recurso judicial efectivo, el cual ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no sólo como el derecho a una reparación económica, sino además como el derecho a que la verdad sobre los hechos sea efectivamente conocida y se sancione justamente a los responsables”.<sup>204</sup>

Otro caso interesante a mencionar es el concerniente a los derechos reproductivos de las mujeres, incluida la interrupción voluntaria del embarazo, ya que la CCC sostiene que “están implícitos en los derechos fundamentales a la vida digna (artículos 1 y 11), a la igualdad (artículos 13 y 43), al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), a la información (artículo 20), a la salud (artículo 49) y a la educación (artículo 67), entre otros”.<sup>205</sup> Estas líneas jurisprudenciales se insertan en la llamada jurisdicción social forjada vía acción de tutela, destinada, como asevera Rodolfo Arango, a proteger personas en estado de pobreza, enfermedad, embarazo, discapacidad o los sin techo, entre otros grupos desfavorecidos.<sup>206</sup>

## 2. *La estatalidad abierta en materia de integración*

El fenómeno de la constitucionalización de un espacio de integración y unidad, dentro de su diversidad, ha girado en torno de la idea de América Latina como región y no específicamente sobre las subregiones, como sería el caso de Suramérica. Ello obedece a los elementos aglutinadores de viejo y de nuevo cuño que caracterizan la región, tal como advierte acertadamente

Constitución por parte de la jurisprudencia constitucional en Colombia”, *Vniversitas*, Bogotá, núm. 122, 2011, pp. 303-334, p. 307.

<sup>203</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-370/06, 18 de mayo de 2006. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-370-06.htm>.

<sup>204</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-370/06, 18 de mayo de 2006. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-370-06.htm>.

<sup>205</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-585/10, 22 de julio de 2010. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-585-10.htm>.

<sup>206</sup> Arango Rivadaneira, *La jurisdicción social de la tutela, en Corte Constitucional, 10 años, balance y Perspectivas*, Molina-Betancur (ed.), Bogotá, 2003. De gran relieve es la protección de la poblazada despalazada en Colombia. *Cfr.* Corte Constitucional, Sentencia T-025/04, 22 de enero de 2004. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>.



Jorge Carpizo.<sup>207</sup> Entre los primeros sistematiza las historias comunes, la herencia cultural, la tradición jurídico-política similar y la inspiración en una cohesionada unión, a la vez que la balbuciente integración pos democracia se define por los renovados problemas comunes (pobreza y desigualdad), las distintas iniciativas a lo largo de Latinoamérica y la creación de órganos supranacionales. Los textos constitucionales disponen expresamente la idea de integración latinoamericana, con la excepción de Chile y Paraguay. Las otras Constituciones de los países objeto de análisis establecen tanto en los Preámbulos (por ejemplo Colombia, Ecuador, Venezuela) como en normas específicas, que el Estado se compromete a promover la integración latinoamericana (Perú, Uruguay), incluso con miras a conformar una comunidad latinoamericana de naciones (Argentina, Bolivia, Brasil).<sup>208</sup> La Constitución de Ecuador es la única que regula concretamente el impulso prioritario de la integración de la “región andina, de América del Sur y de Latinoamérica” (artículo 416.11).<sup>209</sup>

El panorama constitucional en cuanto al Estado abierto hacia la integración se focaliza en la región suramericana en su vínculo con el proceso de democratización y de afianzamiento de la subregión. Como indica José Briceno Ruiz, en la década de los noventa, la agenda de la integración latinoamericana mostraba el predominio de dos iniciativas distintas como eran el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (paradigma de la integración norte-sur) y el Mercosur (ejemplo exitoso de la integración sur-sur). Ambas iniciativas, con sus propias características y velocidades, generaron un nuevo interés por la integración y se gestó la construcción de un nuevo regionalismo suramericano.<sup>210</sup> Brasil ha sido un actor protagónico de

<sup>207</sup> Carpizo, J., “Derecho Constitucional latinoamericano y comparado”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 114, 2005, pp. 949-989.

<sup>208</sup> En Colombia, el Constituyente se compromete en el Preámbulo a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, a orientar la política exterior hacia la integración latinoamericana y del Caribe (artículo 9), y a promover la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe, incluso a conformar una comunidad latinoamericana de naciones (artículo 227). Otras Constituciones, como las de Uruguay, sólo mencionan que la República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos (artículo 6). Bolivia, en su más reciente Constitución de 2009, estipula expresamente en el artículo 265 que el Estado promoverá la integración “y, en particular, promoverá la integración latinoamericana”.

<sup>209</sup> El artículo 423 de la Constitución ecuatoriana de 2008 señala que la integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del Estado.

<sup>210</sup> Briceno-Ruiz, J., “La integración suramericana: del subregionalismo a un Nuevo Regionalismo”, en von Bogdandy *et al.* (eds.), *¿Integración Sudamericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, 2009, pp. 177 y ss.

esta plataforma para Suramérica,<sup>211</sup> organizada alrededor del Mercosur<sup>212</sup> y con base en su propia estrategia.<sup>213</sup> Suramérica emerge como subsistema regional de integración distinto, esbozado sobre el concepto clave de liderazgo consensual brasileño (*consensual leadership*) y erigido para la coordinación, consultación y discusión.<sup>214</sup> En el marco del proceso de ampliación del Mercosur, los países interesados en la adhesión, como Venezuela, han considerado la incorporación al bloque como un elemento estratégico para la promoción de un mundo multipolar y de enfrentamiento al ALCA, en una agenda anti-neoliberal, anti-imperialismo, anticapitalismo.<sup>215</sup> Por estas razones, en el análisis de esta apertura, se pone el énfasis en los países fundadores del bloque y luego se da una mirada a otros textos constitucionales. Chile es la excepción que confirma la regla, pues no contiene una cláusula de apertura a la integración.

#### A. Cláusulas de los países fundadores del Mercosur

Tomando como referente el bloque mercosureño, los Estados miembros fundadores del Mercosur muestran diferencias. La doctrina agrupa, bajo el término *tándem*, por un lado las normas constitucionales de Argentina y Paraguay, y por otro lado, a Brasil y Uruguay. Colagero Pizzolo propone, como criterio distintivo para tal agrupación, la distinción entre habilitación para transferir competencias a entes supranacionales o ausencia de ella, calificando las primeras como fórmulas habilitantes y las segundas como detonantes.<sup>216</sup>

En el primer grupo, los constituyentes han fijado un haz de valores axiológicos para los procesos de adhesión a organizaciones supranacionales de

<sup>211</sup> Para hacer frente a la propuesta de los Estados Unidos de América acerca del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), Brasil lanzó la histórica propuesta, durante los preparativos de la III Cumbre de las Américas de Quebec, de reunir en Brasilia exclusivamente a los presidentes suramericanos.

<sup>212</sup> Poggio Teixeira, C., "Brazil and the institutionalization of South America: from hemispheric estrangement to cooperative hegemony", Brasilia, *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 54, núm. 2, 2011.

<sup>213</sup> Pedersen, T., "Cooperative Hegemony: Power, Ideas and Institutions in Regional Integration", *Review of International Studies*, vol. 28, núm. 4, 2002, pp. 677-696.

<sup>214</sup> Burges, S. W., *Brazilian Foreign Policy after the Cold War*, Gainesville, 2009, p. 59.

<sup>215</sup> Briceño-Ruiz, J., "O Mercosul na política de integração de Venezuela", *Civitas*, Porto Alegre, vol. 10, núm. 1, 2010, pp. 77-96.

<sup>216</sup> Pizzolo, C., *Globalización e integración. Ensayo de una teoría general*, Buenos Aires, 2002, pp. 374 y ss.

manera específica.<sup>217</sup> Elocuentes son las habilitaciones constitucionales de Argentina y Paraguay pues contienen la llamada cláusula de garantía estructural que condiciona la integración al respeto y garantía de la democracia y los derechos humanos.

La *Constitución de Paraguay*, además de referir en el Preámbulo que el pueblo paraguayo está “integrado a la comunidad internacional” al darse la norma suprema, despliega un haz de normas regulatorias del mandato de apertura como son el orden de prelación de normas (artículo 137),<sup>218</sup> la aceptación del derecho internacional en sus relaciones internacionales (artículo 143),<sup>219</sup> el reconocimiento de sus obligaciones como Estado parte de un tratado de integración (artículo 144)<sup>220</sup> y la habilitación constitucional para la integración propiamente dicha (artículo 145).<sup>221</sup> De conformidad con el artículo 145, Paraguay admite un orden jurídico supranacional que garantiza la vigencia de los derechos humanos, la paz, la justicia, la cooperación y el desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. No obstante, no dispone expresamente la posibilidad de atribución de competencias o jurisdicciones supranacionales.

Por su parte, la *Constitución de Argentina*, recogiendo la jurisprudencia existente,<sup>222</sup> incluye una cláusula cualificada de integración prevista en el ar-

<sup>217</sup> Oteiza, E., “Mercosur: diagnóstico provisional sobre el proceso transnacional”, *El Derecho*, Buenos Aires, t. 167, p. 1022.

<sup>218</sup> Artículo 137: La ley suprema de la República es la Constitución. Ésta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.

<sup>219</sup> Artículo 143: La República del Paraguay, en sus relaciones internacionales, acepta el derecho internacional y se ajusta a los siguientes principios... 4. La solidaridad y la cooperación internacional...

<sup>220</sup> Artículo 144: La República del Paraguay renuncia a la guerra, pero sustenta el principio de la legítima defensa. Esta declaración es compatible con los derechos y obligaciones del Paraguay en su carácter de miembro de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, o como parte en tratados de integración.

<sup>221</sup> Artículo 145: La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso.

<sup>222</sup> La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, desde 1992 en el fallo en los autos “Recurso de hecho, Eckmekjián, M., Sofovich, A., y Otros”, asigna primacía al tratado ante un eventual conflicto con el orden interno con base al artículo 27 de la Convención de Viena. Este criterio fue reiterado, entre otros, en “Fibra Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Salto de Grande”, “Servini de Cubría, A c/ Amparo”, “Cafés La Virginia S. A. c/ Apelación”.

título 75, inciso 24. Dicha cláusula se perfila como “única” porque exhibe, entre sus caracteres particulares, que los tratados de integración respeten el orden democrático y los derechos humanos, que se rija por los principios de reciprocidad e igualdad, prevé la delegación de competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales y contempla la jerarquía superior a las leyes de las normas dictadas en la integración. En la doctrina parece haber consenso en admitir que en ambos países los tratados de integración tienen rango supralegal por voluntad del constituyente, aunque existe también alguna voz disidente.<sup>223</sup> Su máximo Tribunal ha reconocido reiteradamente su doctrina en el sentido de que el ordenamiento jurídico interno no puede contradecir, dificultar u omitir la norma de un tratado.<sup>224</sup>

Por el contrario, se postula en la doctrina que en Brasil y Uruguay las fórmulas detonantes no permitirían la transferencia de competencias a un ente supranacional.<sup>225</sup> La *Constitución uruguaya*, en su artículo 6, sólo dispone que la “República procurará la integración social y económica con los Estados latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas”. La *Constitución de Brasil* proclama en el artículo 4, párrafo único, que “La República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones”. Sostengo que también los Constituyentes brasileños y uruguayos han esbozado una integración social y una comunidad de naciones precisamente en el sentido de trascender la mera cooperación internacional. La imprevisión constitucional no tiene que interpretarse como prohibición de la transferencia de competencias, sino en el contexto del Estado abierto, “en aras del bien común internacional y de un despliegue actualizado del derecho de gentes”, de modo que el operador constitucional estaría autorizado a tal transferencia, subsanando la imprevisión de ese supuesto, como bien ha afirmado Néstor Sagüés.<sup>226</sup>

<sup>223</sup> Klein Vieira, L., “La Reforma de las Constituciones de los Estados Partes del Mercosur”, *La Ley* 11.723, Argentina, 2012, pp. 4-7.

<sup>224</sup> CSJN, “Cocchia, Jorge D. c/Nación Argentina y otro”, 02/12/93, Fallos 316:2624; CJSN, “Dotti, Miguel A. y otro c/ contrabando (incidente de apelación auto de nulidad e incompetencia)”, 07/05/98, Fallos 321:1226, citados en Dreyzin de Klor, A. y Perotti, A., *El rol de los Tribunales Nacionales de los Estados de Mercosur*, Córdoba, 2009, pp. 93 y ss.

<sup>225</sup> Por ejemplo, Cairolí Martínez, M. H., “Derecho constitucional y procesos (con especial referencia al Mercosur)”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2003, p. 454.

<sup>226</sup> Sagüés, Néstor, *Reflexiones sobre la imprevisión constitucional. Interpretación e integración*, México, p. 102.

En estos países (Brasil-Uruguay) debo acotar que hay avances jurisprudenciales en la línea propuesta. El fallo histórico del Supremo Tribunal Federal de Brasil que otorga rango superior a las leyes a los tratados sobre derechos humanos ya citado supra,<sup>227</sup> generó la expectativa de propiciar una relectura del artículo 4, párrafo único, de la Constitución Federal. Algunos autores interpretan que al hablarse en la Constitución de “integración económica, política y jurídica”, es posible argumentar darle a las normas del Mercosur el estatus de superioridad con relación a las leyes ordinarias.<sup>228</sup>

### B. Otros tipos de habilitaciones de apertura a la integración

Las fórmulas de recepción del derecho de la integración son muchas y diversas en las diez Constituciones objeto de análisis. La bifurcación entre la cláusula que expresa claramente la decisión política fundamental a favor del proceso de integración y la disposición relativa al mecanismo de habilitación de competencias para la delegación en organismos supranacionales es una constante en las Constituciones suramericanas.<sup>229</sup> De manera general puede constatare la tendencia hacia la regulación expresa de la integración como fin del Estado, con incorporación de la transferencia de competencias al ente supranacional y previendo el reconocimiento de la primacía y el efecto directo de la normativa de integración está registrada.

La *Constitución colombiana* de 1991 desde su conciso Preámbulo enuncia el compromiso del pueblo de Colombia en impulsar la integración de la comunidad latinoamericana. Una serie de normas regulan la apertura, de manera tal que no es un desiderátum sino una imposición: el artículo 9 dispone, entre los fundamentos de política exterior de Colombia, que “se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe”; el artículo 150.10 atribuye competencia al Congreso para la aprobación o no de “los tratados que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que ten-

<sup>227</sup> El citado caso Procesos: HC 87585, RE 349703 y RE 466343; y derogación de la Súmula 619.

<sup>228</sup> En palabras de Alejandro Pedotti significaría un punto de inflexión del famoso precedente RE 80.004/SE datado de 1977 que otorga igualdad de rango entre tratado y ley y prevalencia de la norma posterior. Cfr. Mercosurabc. Disponible en: <http://www.mercosurabc.com.ar/nota.asp?IdNota=1824&IdSeccion=14>.

<sup>229</sup> Vanossi, J., *Apunte de derecho constitucional*, Buenos Aires, 2007, pp. 31 y ss.

gan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados”;<sup>230</sup> y el artículo 227 prevé que el

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

La *Constitución de Perú*, más tímidamente, pero enmarcada en la garantía de la plena vigencia de los derechos humanos y de la promoción del bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación, ancla en el artículo 44, entre los deberes primordiales del Estado, el deber de promover la integración, particularmente latinoamericana. Esta norma configura un punto de inflexión en materia de la estatalidad abierta integracionista, ya que la Constitución de 1979 era un texto inédito y de vanguardia. Establecía en su preámbulo “la necesidad de impulsar la integración de los pueblos latinoamericanos y de afirmar su independencia contra todo imperialismo” y preveía normas específicas sobre una “integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con miras a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones” (artículo 100) y sobre la prevalencia de los tratados de integración con Estados latinoamericanos sobre los demás tratados multilaterales celebrados entre las mismas partes (artículo 106). En 1993 se produjo una insólita desaparición de estas regulaciones, lo que no obstante ratifica mi tesis acerca de una permeabilidad progresiva mas no lineal, sino con oscilaciones.

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

<sup>230</sup> La reforma constitucional de 1968 ya había incorporado la posibilidad de crear instituciones supranacionales para promover o consolidar la integración (artículo 76.19).

andina<sup>231</sup> y recogía los planteamientos de la doctrina nacional al respecto.<sup>232</sup> Se adopta el tipo de fórmulas constitucionales de atribución de competencias para resguardar la supremacía constitucional frente a la primacía del derecho supranacional, siguiendo una inspiración europea.<sup>233</sup>

Las más recientemente promulgadas Constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009) representan un nuevo estadio del alcance del mandato de apertura, diversificado y comprensivo de todos los principios inherentes a una integración supranacional. La *Constitución de Ecuador*<sup>234</sup> en su artículo 423 asigna preferencia a la integración latinoamericana y caribeña y enumera en siete ordinales los compromisos del Estado ecuatoriano<sup>235</sup> y en su artículo 425 estipula un rango inmediato debajo de la Constitución para los tratados y convenios internacionales en el orden jerárquico de aplicación de las normas. La *Constitución de Bolivia* de 2009<sup>236</sup> mantiene esta tendencia de apertura hacia la integración, pero incluye en el artículo 257 el condicionamiento de un referendo popular vinculante previo a la ratificación los tratados internacionales que impliquen integración monetaria, integración económica estructural y cesión de competencias institucionales a organismos

<sup>231</sup> Mediante los Protocolos de Quito y de Trujillo que marcaban el rumbo hacia la Comunidad Andina, con un carácter supranacional. *Cfr.* Ley Aprobatoria publicada en al *G.O.* n° 33.958 del 4 de mayo de 1988 y Ley Aprobatoria, publicada en la *G.O.* n° 36.116 del 30 de diciembre de 1996, respectivamente.

<sup>232</sup> Desde 1968 Allan Brewer-Carías esbozaba tres problemas, a saber la creación de órganos comunitarios supranacionales, la jerarquía del derecho comunitario y el control de la constitucionalidad. *Cfr.* Brewer-Carías, A., *Los problemas constitucionales de la integración económica latinoamericana*, Caracas, 1968.

<sup>233</sup> Zubillaga, M., “Los fundamentos del derecho comunitario y su soporte constitucional: la experiencia europea y andina”, en Arismendi y Caballero Ortiz (coords.), *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Madrid, 2003, pp. 281 y ss.

<sup>234</sup> Constitución de Ecuador Preámbulo, artículos 276.5, 284, 416.10 y 416.11, 419.6, entre las normas relevantes para la integración.

<sup>235</sup> El artículo 423 de la Constitución de Ecuador es una disposición de carácter detallado y extenso en las materias de objeto de la integración, que reconoce, entre otros campos, la armonización de las legislaciones nacionales, la posibilidad de crear la ciudadanía latinoamericana y caribeña; el impulso de una política común de defensa y que favorezca la consolidación de organizaciones de carácter supranacional conformadas por Estados de América Latina y del Caribe, así como la suscripción de tratados y otros instrumentos internacionales de integración regional.

<sup>236</sup> Una singularidad de la Constitución de Bolivia está contenida en el artículo 377 que consagra: I. Todo tratado internacional que suscriba el Estado sobre los recursos hídricos garantizará la soberanía del país y priorizará el interés del Estado; II. El Estado resguardará de forma permanente las aguas fronterizas y transfronterizas, para la conservación de la riqueza hídrica que contribuirá a la integración de los pueblos.



internacionales o supranacionales, en el marco de procesos de integración. También el texto constitucional privilegia la integración latinoamericana y resalta una integración de los pueblos indígenas.<sup>237</sup> Un aspecto interesante es la regulación del sufragio universal para elegir “las representantes y los representantes de Bolivia ante organismos parlamentarios supraestatales emergentes de los procesos de integración” (artículo 266).

### C. *Rasgos comunes de la estatalidad abierta en la integración*

Rodrigo Uprimny plantea las tres razones principales (origen, intensidad y orientación) que explican el intenso periodo de cambios constitucionales generados en la segunda expansión y lo hace a partir de las divergencias con las reformas o nuevas Constituciones de finales del siglo XX. En efecto, la Constitución ya no era una consecuencia natural de la caída de las dictaduras militares, sino obedecía al interés de reforzar los regímenes democráticos existentes pero con problemas de legitimidad. El rasgo clave fue el debilitamiento de los partidos políticos y “el ascenso de nuevas fuerzas políticas como el chavismo en Venezuela o el movimiento indígena en Bolivia o el correísmo en Ecuador”.<sup>238</sup> Respecto a la intensidad del cambio propuesto parece esclarecedor citar el Preámbulo de la Constitución de Bolivia de 2009 que reza:

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

Bajo este prisma, las Constituciones del nuevo siglo se identifican con movimientos populares apegados a un entendimiento antiliberal y anticolonial. Explícito es por ejemplo el artículo 225.II.2 de la Constitución de Bolivia, que regula entre los principios para la negociación, suscripción y

<sup>237</sup> Constitución de Bolivia, artículo 265: I. El Estado promoverá, sobre los principios de una relación justa, equitativa y con reconocimiento de las asimetrías, las relaciones de integración social, política, cultural y económica con los demás estados, naciones y pueblos del mundo y, en particular, promoverá la integración latinoamericana; II. El Estado fortalecerá la integración de sus naciones y pueblos indígenas originario campesinos con los pueblos indígenas del mundo.

<sup>238</sup> Uprimny, R., “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, 2011, pp. 109 y ss.

ratificación de tratados internacionales el “rechazo y condena a toda forma de dictadura, colonialismo, neocolonialismo e imperialismo”. Se ha adoptado, formalmente en las Constituciones, un amplio reconocimiento a la característica de la heterogeneidad del Estado en Suramérica, con mayor visibilidad y protección de las comunidades indígenas. La Constitución de Ecuador de 2008 dedica un capítulo a los “derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades” y establece que las “comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano” (artículo 56) y pasa a enumerar veintiún enunciados contentivos de los derechos colectivos que el Estado ecuatoriano les reconoce y garantiza “de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos” (artículo 57).

Igualmente la apertura en materia de la integración latinoamericana tiene un marcado acento en el propósito de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región, como lo reflejan distintas Constituciones suramericanas (de la primera expansión Argentina, Brasil, Colombia, Paraguay y las tres últimas de la segunda expansión). Es innegable un renacimiento de la idea de la integración apalancado en las últimas Constituciones. La base constitucional ha facilitado la configuración de “los mil rostros de la región”, expresión utilizada para plasmar la explosión de múltiples factores contextuales contemporáneos: los intentos colectivos para construir espacios de integración con viabilidad política y económica, con un rechazo de los instrumentos multilaterales que datan del pos 48 y la presencia de Estados Unidos como fantasma, desdibujado en su histórico papel de aliado estratégico.<sup>239</sup>

La diversidad de las cláusulas como “bisagra” para la permeabilidad hacia el orden normativo del sistema de integración ha estado acompañada de la diversidad de escenarios en cuanto a las tendencias integracionistas regionales y subregionales, incluso con objetivos contrapuestos, como la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (Alba), de corte conservador-populista y la recién creada Alianza del Pacífico, impregnada con un rasgo comercial-pragmática.<sup>240</sup> José Briceño Ruiz divide dos ejes, el

<sup>239</sup> Bonilla, A., *Los mil rostros de la región: Iberoamérica, la cumbre y sus alcances*. Comentario del Secretario General de Flacso. Disponible en: <http://flacso.org/secretaria-general/mil-rostros-regi-n-iberoam-rica-cumbre-y-sus-alcances>.

<sup>240</sup> Los medios de comunicación recogen estos planteamientos. Cfr. [http://www.clarin.com/mundo/Surge-Alianza-Pacifico-contrapeso-Mercosur\\_0\\_930507042.html](http://www.clarin.com/mundo/Surge-Alianza-Pacifico-contrapeso-Mercosur_0_930507042.html). Más reciente <http://www.vii.cumbrealianzadelapacifico.com>.

revisionista (Mercosur y Unasur) y el antisistémico (Alba).<sup>241</sup> En congruencia con los postulados recogidos en las Constituciones de Venezuela, Bolivia y Ecuador, la doctrina describe los perfiles de la nueva integración bajo un enfoque predominantemente posliberal.<sup>242</sup>

### III. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LA DEMOCRACIA

Los textos constitucionales han configurado un Estado abierto, que regula tanto la apertura a favor de los derechos humanos como la apertura hacia la integración, razón por la cual existe una plataforma que permite proteger la democracia a nivel supranacional por la propia decisión de las Constituciones. No sólo se prevé la apertura como fin del Estado a favor de la cooperación internacional, sino como miembro de la comunidad internacional, que se somete a ella en la evolución de un orden jurídico respetuoso de la dignidad humana, elemento esencial de la democracia.

La ampliación del sistema de fuentes aplicables en el ámbito interno, gracias a las cláusulas de reenvío y habilitación establecidas en las Constituciones, ha tenido un efecto armonizador de estándares que conforman progresivamente un *ius constitutionale commune*. Tal como se comprobó en la reconstrucción de la transformación constitucional ocurrida en la primera y la segunda expansión, a nivel normativo se afrontó desafiar al concepto tradicional de soberanía entendida como poder ilimitado, último e indivisible para gobernar un territorio sin permitir injerencias externas. El Estado actual está inmerso en la internacionalización de los procesos de creación del derecho, donde confluye un pluralismo de foros de decisión pública inter-, supra- y trans-nacional<sup>243</sup> y los países suramericanos no son la excepción. Este entrelazamiento de órdenes internacional, supranacional y nacional,

<sup>241</sup> Briceño Ruiz, J., “La Iniciativa del Arco del Pacífico Latinoamericano. Un nuevo actor en el escenario de la integración regional”, *Nueva Sociedad*, núm. 228, 2010, pp. 44 y s.

<sup>242</sup> Sanahuja, J. A., “Del ‘regionalismo abierto’ al ‘regionalismo post-liberal’”. Crisis y cambio en la integración regional en América Latina”, *Anuario de la Integración Regional de América Latina y el Gran Caribe*, Buenos Aires, vol. 8, 2010, pp. 11-54. Entre estos modelos se ubican UNASUR y CELAC. Cfr. Gajate, R. M., “Hacia la construcción de la UNASUL. Institucionalidad y convergencia”, *Mercosur y Unión Europea*, Hummer/Drnas de Clément, Argentina, 2008, pp. 139 y ss. Rojas Aravena, F., “La Celac y la integración latinoamericana y caribeña”, *Revista Nueva Sociedad*, núm. 240, julio-agosto de 2012, pp. 16-27.

<sup>243</sup> Torres, A., “¿Se limita o refuerza el poder ejecutivo como consecuencia de la Internacionalización de los procesos de producción normativa?”, *Seminario SELA, Panel II: Globalización y Poder Ejecutivo*, Bogotá, 2006. Disponible en: [http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/sela2006\\_pdf/Aida\\_Torres.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/sela2006_pdf/Aida_Torres.pdf).

como advierte Santiago Cantón, no supone bloqueo entre los mismos, sino refuerzo en la protección de los derechos humanos de la región.<sup>244</sup>

Este proceso no es lineal, ya que se constata una permeabilidad policéntrica (proveniente de distintas fuentes) y a múltiples velocidades (unos países avanzan más rápidamente que otros). Respecto al policentrismo valga citar la opinión de Manuel Góngora Mera cuando alude a los diálogos policéntricos en el contexto interamericano, entendiendo por tales las “interacciones entre diferentes cortes del sistema sobre el alcance o contenido de derechos y obligaciones, que generan una adopción policéntrica de estándares normativos. A través de estos diálogos se diseminan estándares normativos entre distintos niveles o de un sistema jurídico nacional a otro, sin que haya necesariamente una resolución de la Corte Interamericana contra el país o los países respectivos que acogen el estándar”. Según argumenta, a mayor apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos, mayor recepción de estándares globales y regionales.<sup>245</sup>

Dicho proceso también manifiesta distintas velocidades derivadas de la mayor o menor celeridad para ratificar los instrumentos del sistema multinivel de protección de los derechos humanos así como dependiendo del grado de incorporación de los estándares en el nivel doméstico. En líneas generales, como lo reseña José María Serna, los polos para pronunciarse a favor o no de la recepción en el orden interno de los estándares de los otros sistemas normativos de derechos humanos, que pueden distinguirse como las posturas internacionalistas (favorables) y los nacionalistas (resistentes a tal recepción).<sup>246</sup> Como indica Jorge Carpizo, el reconocimiento de la supremacía del derecho internacional, en especial del convencional, respecto al derecho interno se dibuja como una tendencia del constitucionalismo latinoamericano contemporáneo.<sup>247</sup> La tendencia suramericana se inscribe precisamente en esta postura internacionalista hacia la configuración progresiva del *ius constitutionale commune*, con algunas oscilaciones y en la actualidad con una excepción que confirma la regla, como es el caso de Venezuela.

<sup>244</sup> Cantón, S., “Prevención de la tortura en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Fortalecimiento de la prevención y prohibición de la tortura*, Buenos Aires, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, 2011, p. 71.

<sup>245</sup> Góngora-Mera, M. E., “Judicializando las desigualdades raciales en América Latina: Un diálogo interamericano, Diálogo sobre diálogos jurisdiccionales”, en von Bogdandy *et al.* (coords.), *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

<sup>246</sup> Serna, J. M., *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, UNAM, México, 2012, pp. 243 y ss.

<sup>247</sup> Carpizo, J., “Derecho Constitucional latinoamericano y comparado”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 114, 2005, p. 980.

Hasta el presente han tenido lugar sólo dos casos de “rechazo sistemático” al sistema interamericano acontecidos en Suramérica. En opinión de Manuel Góngora, el rechazo sistemático se ha producido cuando “el gobierno tiene una influencia muy significativa sobre la rama judicial, y la supervisión del sistema interamericano es percibida como una amenaza para el régimen (*v.gr.* durante el gobierno de Alberto Fujimori en Perú) y/o una forma de intervención extranjera y de violación de la soberanía (*v.gr.* durante el gobierno de Hugo Chávez en Venezuela)”.<sup>248</sup> En Perú no llegó a concretizarse el retiro de la declaración de reconocimiento de la cláusula facultativa de sometimiento a la competencia contenciosa de la CorteIDH por cuanto se dejó sin efecto la decisión al producirse el cambio de gobierno.<sup>249</sup> En Venezuela, el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), en lo concerniente a la sentencia de la CorteIDH, del 5 de agosto de 2008, que ordenaba la reincorporación en el cargo de tres ex magistrados,<sup>250</sup> decidió que el fallo del contencioso interamericano era “inejecutable” y solicitó al Ejecutivo Nacional proceder a denunciar la Convención, alegando usurpación de funciones del contencioso interamericano.<sup>251</sup>

Venezuela es la excepción que confirma la regla en cuanto a la configuración del *ius constitutionale commune*. El preaviso de denuncia de la CADH presentado ante el secretario general de la OEA en septiembre de 2012 es el corolario de un rechazo sistemático hacia el cumplimiento de las obligaciones convencionales y de la situación de los derechos humanos en el país suramericano, como lo venía informando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)<sup>252</sup> y como se verificaba en las sentencias condenatorias de la CorteIDH por violación de la CADH.<sup>253</sup> Ello significa la

<sup>248</sup> Góngora, M., “Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo”, en von Bogdandy *et al.* (coords.) *Estudos avançados de Direitos Humanos Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, São Paulo, 2013, pp. 324 y ss.

<sup>249</sup> El 9 de julio de 1999, Perú procedió a depositar en la Secretaría General de la OEA, en el 2000 se reincorporó.

<sup>250</sup> CorteIDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) *vs.* Venezuela. Sentencia del 5 de agosto de 2008.

<sup>251</sup> Para un análisis crítico detallado *Cfr.* Ayala Corao, C., *La doctrina de la “inejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*, Caracas, 2010.

<sup>252</sup> Entre otros, véase CIDH, Democracia y derechos humanos en Venezuela, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54, 30 diciembre 2009, Conclusiones, punto 1163; CIDH, Informe anual 2010, capítulo IV Desarrollo de los Derechos Humanos de la Región, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 5, corr. 1, 7 marzo 2011, punto 837.

<sup>253</sup> Entre otros, CorteIDH, Caso Blanco Romero y otros *vs.* Venezuela, Sentencia de 28 de noviembre de 2005, Serie C No. 138; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Cattia) *vs.* Venezuela, Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C No. 150; Caso Ríos y otros *vs.*

violación de la estatalidad abierta prevista en la Constitución de 1999, que atribuye rango constitucional a los tratados de derechos humanos.<sup>254</sup> En la doctrina se ha insistido en la crítica a estos pronunciamientos del máximo órgano de justicia respecto a los tratados de derechos humanos.<sup>255</sup> No puede obviarse que Venezuela también es el único país que denunció en el año 2006 el Acuerdo de Cartagena, principal tratado de la Comunidad Andina, suscrito en 1969 y al que ese país se adhirió en el año 1973, cuya institucionalidad supranacional está más inspirada en el modelo europeo. A partir de la denuncia Venezuela sólo quedó obligada al programa de liberalización comercial hasta el 2011.

El Estado abierto, no obstante, ha hecho posible la emergencia del *ius constitutionale commune* en la región suramericana, que avanza gracias a los mecanismos de protección. Propongo a continuación explicar el primero con una tríada de procesos concurrentes y convergentes en el Subcontinente, a saber la internacionalización, interamericanización y mercosurización. En lo referido a los mecanismos jurisdiccionales me concentro en el diálogo judicial y el control de convencionalidad.

### 1. *Mecanismos de permeabilidad constitucional*

Las implicaciones del estatus constitucional o supralegal de los instrumentos de derechos humanos en el ámbito interno sirven para forzar a los operadores jurídicos a revisar sus prácticas cotidianas en materia de implementación de las normas internacionales en el ámbito nacional.<sup>256</sup> Antes

Venezuela, Sentencia del 28 de enero de 2009, Serie C No. 194; Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela, Sentencia del 28 de enero de 2009, Serie C No. 195; Caso Reverón Trujillo *vs.* Venezuela, Sentencia del 30 de junio de 2009, Serie C No. 197; Caso Usón Ramírez *vs.* Venezuela, Sentencia del 20 de noviembre de 2009, Serie C No. 207; Caso Chocrón Chocrón *vs.* Venezuela, Sentencia de 1 de julio de 2011, Serie C No. 227.

<sup>254</sup> Nikken, P., “La Constitución venezolana y el Derecho internacional de los derechos humanos”, *Estado de derecho, administración de justicia y derechos humanos - en homenaje a la memoria de Luis Oscar Giménez y Manuel Torres Godoy*, 2005, pp. 585-638; Rey Cantor, E., *Celebración y jerarquía de los tratados de derechos humanos: (Colombia y Venezuela)*, Caracas, UCAB, 2007.

<sup>255</sup> Corao, C., “Hacia una agenda de cambios consensuados inmediatos a la Constitución de 1999 para la profundización de la democracia”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2004, t. I, p. 363; Brewer-Carías, A., *Crónica sobre la “in” justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas, EJV, 2007; Casal, H., “Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela)”, en Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, México-Buenos Aires, 2009, pp. 503-527.

<sup>256</sup> Dulitzky, A., “Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano”, en Buergenthal (ed.), *Estudios especializados de derechos humanos*, San José, 1996, pp. 129-166, p. 165.

de la democratización, afirma categóricamente Deisy Ventura, la conexión que existía en el Sur se producía “para torturar gente, perseguirla, hacerla desaparecer”, en el marco del Plan Cóndor. Hoy, bajo la concientización de un espacio geográfico, los ciudadanos nacionales se vinculan para temas cotidianos.<sup>257</sup>

Una enunciación *grosso modo* de algunos casos concretos de los impactos y de las interacciones entre los diferentes niveles de protección permite una aproximación a la dimensión de estos mecanismos a nivel de la región. Por ejemplo, la guerra del agua en Bolivia<sup>258</sup> es el telón de fondo no sólo de la regulación del derecho al agua en el texto constitucional,<sup>259</sup> sino también la propuesta presentada por Bolivia y respaldada por otros treinta y tres Estados para que se dictara la Resolución 64/292, del 28 de julio de 2010, a través de la cual “la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento, reafirmando que un agua potable limpia y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos”.<sup>260</sup>

<sup>257</sup> “...encuentros de médicos del Mercosur, de abogados del Mercosur, de músicos del Mercosur, etcétera, pocas son las corporaciones o ámbitos asociativos que no tengan una dimensión Mercosur”. Patricia Peralta Gainza, Entrevista a Ventura, D., “Mercosur: derechos humanos y participación ciudadana”, *DemocraciaSur*, Montevideo, 12 de abril de 2005.

<sup>258</sup> Distintas denominaciones como “La guerra del agua”, “los hechos de abril”, “el quiebre del modelo”, entre otros, son títulos empleados para escenificar los recientes sucesos de Bolivia, que vivió una aguerida protesta en las calles, bloqueos campesinos, un estado de sitio militarizado con muertos, heridos, confinados y hasta una rebelión policial. La sociedad civil (por ejemplo la Coordinadora de Defensa del Agua, una especie de sindicato ciudadano que aglutina a varios sectores) fue determinante. Cajías, L., “Bolivia: del camino difícil al callejón oscuro”, *Nueva Sociedad*, Caracas, núm. 169, 2000, pp. 24-32. Fue una situación de tal magnitud que hasta generó documentales como *The Corporation* y *Corporaciones. ¿Instituciones o psicópatas?* En Alemania se elaboró una compilación bibliográfica sobre el tema. Cfr. Mähler, A., “Bolivien: soziale Konflikte und ihre politischen und sozioökonomischen Hintergründe”, Übersee-Dokumentation, Hamburgo, 2004. Disponible en: [http://www.giga-hamburg.de/dl/download.php?d=/content/bibliothek/bibliographien/pdf/dok-line\\_latinamerika\\_2004\\_1.pdf](http://www.giga-hamburg.de/dl/download.php?d=/content/bibliothek/bibliographien/pdf/dok-line_latinamerika_2004_1.pdf).

<sup>259</sup> La Constitución de Bolivia de 2009 contiene en el Preámbulo y en normas expresas la regulación del derecho al agua (Artículos 16 y 18). La naturaleza del conflicto selló la estipulación acerca de que “ninguna persona extranjera, individualmente o en sociedad, podrá adquirir propiedad en este espacio, directa o indirectamente, ni poseer por ningún título aguas, suelo ni subsuelo; excepto en el caso de necesidad estatal declarada por ley expresa aprobada por dos tercios de la Asamblea Legislativa Plurinacional” (artículo 262.I).

<sup>260</sup> A/Res/64/292, 3 de agosto de 2010, Resolución aprobada por la Asamblea General, El derecho humano al agua y el saneamiento. La Resolución exhorta a los Estados y organizaciones internacionales a proporcionar recursos financieros, a propiciar la capacitación y la transferencia de tecnología para ayudar a los países, en particular a los países en vías de desarrollo, a proporcionar un suministro de agua potable y saneamiento saludable, limpio, accesible y asequible para todos. Como dato empírico determinante vale acotar que la Reso-



En el caso del sistema interamericano, sólo para referir decisiones de alto impacto en el espacio geográfico suramericano, se ha ordenado la reforma de las normas constitucionales en Chile (artículo 19) a efectos de asegurar el cumplimiento del derecho a la libertad de expresión, mediante la supresión de la censura previa.<sup>261</sup> Al Estado colombiano se le ha ordenado reiterativamente que reabra investigaciones cerradas en contra de miembros del Ejército por paramilitarismo<sup>262</sup> así como a Perú se le ha ordenado que modificara las normas que permitían el juzgamiento de civiles por militares, a través de la “justicia sin rostro”, por ser contrarias a la CADH.<sup>263</sup> Víctor Abramovich sostiene que el “daño institucional de aplicar una mala decisión de la Corte Interamericana es sensiblemente menor al de incumplir con la decisión, pues ello implicaría cuestionar el mandato constitucional de reconocer el valor obligatorio de las sentencias del tribunal interamericano”.<sup>264</sup>

Una constelación reiterada proveniente del Mercosur se cristaliza en la propuesta de Argentina, particularmente desde 2006 (apoyada por los países fundadores y el resto de América Latina), de impulsar el reconocimiento del derecho a la verdad como un derecho “autónomo e inalienable”, que “no admite suspensión y no debe estar sujeto a restricciones”. Dicha iniciativa ha sido presentada por la Alta Comisionada de la ONU para Derechos Humanos, en su tiempo Louise Arbour, ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en Ginebra un informe a tal fin.<sup>265</sup> Desde la sociedad civil se viene insistiendo en la obligación positiva de los Estados de asegurar que su ciudadanía tenga acceso a la información sobre las violacio-

lución contó con 122 votos a favor de los 163 representantes presentes de los 192 miembros de Naciones Unidas, sin votos en contra, sólo 41 abstenciones, en un procedimiento sin precedentes.

<sup>261</sup> CorteIDH. Caso “La última tentación de Cristo” *vs.* Chile. Sentencia d febrero 5 de 2001, Serie C No. 73, punto resolutive No. 4.

<sup>262</sup> CorteIDH. Caso de “La Masacre de Mapiripán” *vs.* Colombia. Sentencia de septiembre 15 de 2005, Serie C No. 134, punto resolutive No. 7.

<sup>263</sup> CorteIDH. Caso Castillo Petruzzi y otros *vs.* Perú. Sentencia de mayo 30 de 1999, Serie C No. 52, punto resolutive No. 14.

<sup>264</sup> Abramovich, V., “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de políticas sociales”, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, 2007.

<sup>265</sup> ONU, Comisión de derechos humanos, 62º período de sesiones, E/CN.4/2006/91, Promoción y protección de los derechos humanos. Estudio sobre el derecho a la verdad, 2006. Disponible en: [http://www.concernedhistorians.org/content\\_files/file/to/120.pdf](http://www.concernedhistorians.org/content_files/file/to/120.pdf).

nes de los derechos humanos y se apoyan en el reconocimiento del “derecho a la verdad” logrado a nivel jurisprudencial.<sup>266</sup>

No se trata de un mero simbolismo ni puede interpretarse como una yuxtaposición. Por el contrario, en Suramérica se verifica la protección de la democracia y los derechos humanos vía estatalidad abierta en un sistema multinivel. La construcción paulatina del *ius constitutionale commune* emana de la internacionalización, interamericanización y mercosurización, cuyos perfiles se exponen seguidamente.

### A. Internacionalización

A fin de identificar la extensión de la incorporación del derecho internacional en los órdenes internos utilizo tres cuadros referenciales de la ratificación de tratados de derechos humanos que constituyen un piso común, tomados aleatoriamente. Luego de la Declaración Universal de Derechos Humanos se ha desarrollado, paulatinamente, el derecho internacional de los derechos humanos. Su progresivo desarrollo, como una respuesta ante el fracaso de la protección con una mirada centrada en el Estado y su soberanía, dio paso a que en el actual orden jurídico internacional la persona humana y sus derechos son un objeto específico de regulación.<sup>267</sup> Como sostiene Flávia Piovesan, la primacía del valor de la dignidad humana, como paradigma y referencial ético, representa el principio orientador del constitucionalismo estatal, regional y global, dotándolos de especial racionalidad, unidad y coherencia.<sup>268</sup>

Tal como lo expresa Claudio Nash, atendiendo a las disposiciones internacionales,<sup>269</sup> el acervo de normas de protección de derechos humanos tiene un amplio espectro para lograr su protección efectiva y los tratados que la regulan “persiguen el establecimiento de un orden público común a las partes, que no tiene por beneficiario a los Estados, sino a los individuos. Esta interpretación de los tratados de derechos humanos trae importantes consecuencias: el incumplimiento de las obligaciones internacionales de de-

<sup>266</sup> Mendel, T., *El derecho a la información en América Latina: comparación jurídica*, Ecuador, Unesco, 2009, pp. 5, 21 y ss.

<sup>267</sup> Dulitzky, A., “Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano”, *Estudios especializados de derechos humanos*, San José, IIDH, 1996, t. I, p. 132.

<sup>268</sup> Cfr. Piovesan, F., “Direito Constitucional, direitos humanos e o direito constitucional internacional”, *Caderno de direito constitucional V*, Porto Alegre, 2006, pp. 7 y 8.

<sup>269</sup> Artículo 60.5 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrito el 23 de mayo de 1969 y entró en vigencia 27 de enero de 1980 y el Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 5, de fecha 31 julio 1981.

rechos humanos de un Estado, no da a los otros Estados partes del tratado derecho para denunciarlo o terminarlo”, “las reservas a las obligaciones convencionales se encuentran limitadas y restringidas” así como “las actuaciones de los Estados quedan sujetas a un control internacional, cual es, el de los órganos creados por los propios instrumentos internacionales”.<sup>270</sup> En el punto de la protección de la democracia fue emblemático el papel que jugó la Asamblea General de Naciones Unidas dictando resoluciones condenatorias al régimen militar chileno desde 1974 hasta 1989, que envolvían una presión de la comunidad internacional, por las denuncias de violaciones de derechos humanos que ocurrían en Chile. En cada una de las resoluciones se insistió en la falta de información acerca de personas desaparecidas, se nombró una comisión por las Naciones Unidas para investigar las situaciones denunciadas y asimismo se designaron relatores especiales para hacer seguimiento sobre los casos denunciados hasta el fin de la dictadura.<sup>271</sup>

Existe un *ius constitutionale commune* apalancado por la internacionalización. Los Estados suramericanos se han abierto al derecho internacional de los derechos humanos de manera creciente y las recientes investigaciones científicas indican la existencia de una relación positiva entre la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos y el mejoramiento de los resultados acerca de su efectividad en los órdenes domésticos.<sup>272</sup> Los diez países han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Primer Protocolo Facultativo así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Igualmente el afán de eliminar cualquier forma de tortura se expresa en la ratificación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, como se evidencia en la tabla siguiente:<sup>273</sup>

<sup>270</sup> Nash Rojas, C., *Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*, Santiago de Chile, 2012, p. 30.

<sup>271</sup> Lira, E., “Verdad, reparación y justicia: el pasado que sigue vivo en el presente”, *Contribución de las políticas de verdad, justicia y reparación a las democracias en América Latina*, San José, IIDH, 2011, p. 87.

<sup>272</sup> Concept Workshop “Assessing the Inter-American Human Rights System: Empirical and Methodological Challenges”, Institute of the Americas University College London and University of São Paulo (USP), julio de 2013.

<sup>273</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PF-PIDCP), Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a la abolición de la pena de muerte (PF-PIDCP-APM), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CEDR).

	PIDESC	PF- PIDESC	PIDCP	PF-PIDCP	PF- P I D C P APM	CEDR
Argentina	08-08-1986	24-10-2011	08-08-1986	08-08-1986	02-09-2008	02-10-1968
Bolivia	12-08-1982	13-01-2012	12-08-1982	12-08-1982	---	22-10-1970
Brasil	24-01-1992	---	24-01-1992	25-09-2009	25-09-2009	27-03-1968
Chile	10-01-1972	firmado	10-02-1972	27-05-1992	26-09-2008	20-10-1971
Colombia	29-10-1969	---	29-10-1969	29-10-1969	05-08-1997	02-09-1981
Ecuador	06-03-1969	11-06-2010	06-03-1969	06-03-1969	23-02-1993	22-09-1966
Paraguay	10-06-1992	firmado	10-06-1992	10-01-1995	18-08-2003	18-08-2003
Perú	28-04-1978	---	28-04-1978	03-10-1980	---	29-09-1971
Uruguay	01-04-1970	firmado	01-04-1970	01-04-1970	21-01-1993	30-08-1968
Venezuela	10-05-1978	firmado	10-05-1978	10-04-1978	22-02-1993	10-10-1967
Total	10	3	10	10	8	10

De las ratificaciones se desprende una paradoja, específicamente el bajo índice de sólo 3 de 10 Estados en lo atinente al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PF-PIDESC). Es paradójico ya que los catálogos de las Constituciones, en particular las de la segunda expansión, atribuyen rango de derechos fundamentales a los derechos sociales y por vía de los tribunales constitucionales se ha avanzado en la justiciabilidad de los derechos, precisamente invocando el derecho internacional y la reconocida progresividad de los mismos.<sup>274</sup> También se observa que Bolivia y Perú no han ratificado el Protocolo adicional relativo a la abolición de la pena de muerte.

Interesante es mencionar que un total de ocho países (con excepción de Colombia y Paraguay) han efectuado el reconocimiento de la Competen-

<sup>274</sup> Entre tantos ejemplos, valga la sentencia T 760/08 de la Corte Constitucional de Colombia relativa al derecho a la salud.

cia del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) establecida en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.<sup>275</sup> Es una muestra de la manifestación soberana de los Estados suramericanos de que sus actuaciones queden sujetas a un control internacional como es el del órgano creado por este instrumento internacional. El CERD ha manifestado su preocupación por la falta de sanción de leyes generales contra la discriminación, en particular de una definición de discriminación racial en consonancia con el párrafo 1 del artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.<sup>276</sup> En el caso específico de los afrodescendientes, grupo que ha sido sometido históricamente a la exclusión y violación de sus derechos en la región,<sup>277</sup> el CERD ha aportado una definición<sup>278</sup> y ha advertido la continuidad de estereotipación de esta población.<sup>279</sup> Igualmente se ha pronunciado acerca de que la cantidad de representantes afrodescendientes en ejercicio de cargos electivos es sustancialmente menor al porcentaje de población que representan.<sup>280</sup>

Los parámetros internacionales se han ido incorporando en disposiciones constitucionales. En el caso concreto del reconocimiento a los afrodescendientes se pueden citar ejemplos en la primera y en la segunda expansión: el artículo 215.1 de la Constitución de Brasil establece el deber del Estado de proteger “las manifestaciones de las culturales populares, indígenas y afrobrasileñas y los otros grupos participantes en el proceso de civilización nacional”. También la Constitución de Colombia impone al Congreso

<sup>275</sup> Dos expertos independientes del Comité proceden de Suramérica, Pastor Murillo Martínez de Colombia y José Lindgren Alves de Brasil. El papel del Comité así como sus recomendaciones y observaciones generales están disponibles en: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cerd/index.htm>.

<sup>276</sup> Naciones Unidas, CERD, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Colombia. CERD/C/COL/CO/14, 28 de agosto de 2009, párr. 13.

<sup>277</sup> Para apuntar un dato empírico clave hay que recordar que la esclavitud en Brasil se mantuvo hasta 1888 y, a pesar de que la población negra y mulata representa el 51%, se ha mantenido históricamente, como en el resto de la región, como un grupo especialmente vulnerable que ha sido invisibilizado.

<sup>278</sup> Afrodescendientes son aquellas personas a las que se hace referencia en la Declaración y Plan de Acción de Durban y que se autoidentifican como personas de descendencia africana. *Cfr.* Naciones Unidas, CERD, Recomendación General XXXIV, CERD/C/GC/34, 3 de octubre de 2011, párr. 1.

<sup>279</sup> Naciones Unidas, CERD. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Perú, CERD/C/PER/CO/1417, 3 de septiembre de 2009, párr. 19.

<sup>280</sup> Naciones Unidas, CERD, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Estado Plurinacional de Bolivia, CERD/C/BOL/CO/1720, 10 de marzo de 2011, párr. 14.

el deber de regular, mediante ley y previo estudio elaborado por el ejecutivo, el reconocimiento “a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley” (Disposición transitoria 55). Por su parte, las Constituciones de la segunda expansión también contienen normas concernientes a este reconocimiento. En el artículo 3 de la Constitución de Bolivia se estipula que “la nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano”. Del mismo tenor es el artículo 56 de la Constitución de Ecuador: “Las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible”.

Los Estados suramericanos comparten un *ius constitutionale commune* para combatir la tortura y las desapariciones forzosas. Como bien se destaca, la democratización real va a exigir la eliminación de los legados autoritarios.<sup>281</sup> Pero el *ius constitutionale commune* también se proyecta en la necesidad de proteger a las personas con discapacidad o los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, como se distingue de las ratificaciones a continuación:<sup>282</sup>

<sup>281</sup> Barahona de Brito, A., “Verdad, justicia, memoria y democratización en el Cono Sur”, *Las políticas hacia el pasado*, Barahona de Brito/Aguilar/González (eds.), Madrid, 2012.

<sup>282</sup> Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CCT); Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (PF-CCT); Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD); Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (PF-CDPD); Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (CIPPDF); Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CIDTM).

<i>Países</i>	<i>CCT</i>	<i>PF-CCT</i>	<i>CDPD</i>	<i>PF-CDPD</i>	<i>CIPPDF</i>	<i>CIDTM</i>
Argentina	24.04.1986	15.11.2004	2-9-2008	2-9-2008	1 4 - 1 2 - 2007	23-2-2007
Bolivia	12-4- 1999	23-5-2006	16-11-2009	16-11-2009	1 7 - 1 2 - 2008	1 6 - 1 0 - 2000
Brasil	28-09-1989	12-01-2007	01-08-2008	1-08-2008	2 9 - 1 1 - 2010	---
Chile	30-09-1988	12-12-2008	29-07-2008	29-07-2008	0 8 - 1 2 - 2009	21-3-2005
Colombia	08-12-1987	---	10-5- 2011	---	11-7-2012	24-5-1995
Ecuador	30-03-1988	20-07-2010	03-04-2008	03-4-2008	2 0 - 1 0 - 2009	05-2-2002
Paraguay	12-03-1990	02-12-2005	03-09-2008	03-9-2008	0 3 - 0 8 - 2010	23-9-2008
Perú	07-07-1988	14-09-2006	30-01-2008	30-1-2008	---	14-9-2005
Uruguay	24-10-1986	08-12-2005	11-02-2009	28-10-2011	04-3-2009	15-2-2001
Venezuela	29-07-1991	---	---	---	---	---
<i>Total</i>	<i>10</i>	<i>8</i>	<i>9</i>	<i>8</i>	<i>8</i>	<i>8</i>

Si bien pudiera cuestionarse el hecho de que sólo un instrumento cuenta con el total de ratificaciones, lo trascendente es que se trata de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CCT), denotando el consenso absoluto en su rechazo. Existe una total simetría entre los ordenamientos internos e internacionales, así como el *ius cogens*, en rechazar la tortura y prohibirla en términos absolutos. En un Subcontinente donde todavía se confronta una brecha entre la normativa y la praxis,<sup>283</sup> es imperativo dejar evidenciada la voluntad de los Estados suramericanos de ratificar los instrumentos internacionales que obligan a combatir la tortura. La convergencia muestra un piso común sólido. Las Constituciones nacionales, permeables a todos estos estándares,

<sup>283</sup> Caso reciente de Brasil detectado en el Informe de la Subcomisión de las Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura (SPT) que revela, tras una serie de visitas a los centros de detención en septiembre de 2011, que el marco jurídico brasileño sobre la tortura es adecuado, pero no se aplica. *Cfr.* Página oficial de Conectas <http://www.conectas.org/artigo-1/onu-pede-mudancas-no-projeto-de-lei-sobre-prevencao-da-tortura>.



contemplan expresamente el derecho a la integridad personal y la prohibición de la tortura. Así, algunos textos prevén el derecho a la integridad física y psíquica (artículo 19.1 de la Constitución de Chile o el artículo 4 en Paraguay); otras, como la de Perú, en el artículo 2, numeral 1, agrega la integridad moral y en el numeral 24.h de la misma norma prohíbe la tortura. Hay fórmulas destinadas a la prohibición de tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 12 en Colombia) o bien redacciones vinculadas con la detención.

En la línea de proscribir cualquier vestigio del pasado dictatorial, la Constitución de Argentina consagra en el artículo 18: “Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”. Según el artículo 26 de la Constitución de Uruguay, “en ningún caso se permitirá que las cárceles sirvan para mortificar, y sí sólo para asegurar a los procesados y penados, persiguiendo su reeducación, la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito”.

Los instrumentos que mayor consenso evidencian y que enriquecen el *ius constitutionale commune* son los destinados a rechazar el genocidio y brindar una tuición especial a la mujer y los niños, a éstos en su más amplio espectro.<sup>284</sup>

<sup>284</sup> Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (CPSDG); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CED-CM); Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (PF-CEDCM); Convención sobre los Derechos del Niño (CDN); Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (PF-CDNCA); Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil (PF-CSNPP); Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ERCPI).

	CPSDG	CEDCM	PF-CE-DCM	CDN	PF-CD-NCA	PF-CS-NPP	ERCPI
Argentina	0 5 - 0 6 - 1956	1 5 - 0 7 - 1985	2 0 - 0 3 - 2007	0 4 - 1 2 - 1990	1 0 - 0 9 - 2002	2 5 - 0 9 - 2003	08-02-001
Bolivia	1 4 - 0 6 - 2005	0 8 - 0 6 - 1990	2 7 - 0 9 - 2000	2 6 - 0 6 - 1990	2 2 - 1 2 - 2004	0 3 - 0 6 - 2003	2 7 - 0 6 - 2002
Brasil	1 5 - 0 5 - 1952	0 1 - 0 2 - 1984	2 8 - 0 6 - 2002	2 4 - 0 9 - 1990	2 7 - 0 1 - 2004	2 7 - 0 1 - 2004	2 0 - 0 6 - 2002
Chile	0 3 - 0 6 - 1953	0 7 - 1 2 - 1989	---	1 3 - 0 8 - 1990	3 1 - 0 7 - 2003	0 6 - 0 1 - 2003	2 9 - 0 6 - 2009
Colombia	2 7 - 1 0 - 1959	1 9 - 0 1 - 1982	2 3 - 0 1 - 2007	2 8 - 0 1 - 1991	2 5 - 0 5 - 2005	1 1 - 1 1 - 2003	0 5 - 0 8 - 2002
Ecuador	2 1 - 1 2 - 1949	0 9 - 1 1 - 1981	0 5 - 0 2 - 2002	2 3 - 0 3 - 1990	0 7 - 0 6 - 2004	3 0 - 0 1 - 2004	0 7 - 1 0 - 1998
Paraguay	0 3 - 1 0 - 2001	0 6 - 0 4 - 1987	1 4 - 0 5 - 2001	2 5 - 0 9 - 1990	2 7 - 0 9 - 2002	1 8 - 0 8 - 2003	1 4 - 0 5 - 2001
Perú	2 4 - 0 4 - 1960	1 3 - 0 9 - 1982	0 9 - 0 5 - 2001	0 4 - 0 9 - 1990	0 8 - 0 5 - 2002	0 8 - 0 5 - 2002	1 0 - 1 1 - 2001
Uruguay	1 1 - 0 7 - 1967	0 9 - 1 0 - 1981	2 6 - 0 7 - 2001	2 0 - 1 1 - 1990	0 9 - 0 9 - 2003	0 3 - 0 7 - 2003	2 8 - 0 6 - 2002
Venezuela	1 2 - 0 7 - 1960	0 2 - 0 5 - 1983	1 3 - 0 5 - 2002	1 3 - 0 9 - 1990	2 3 - 0 9 - 2003	0 8 - 0 5 - 2002	0 7 - 0 6 - 2000
Total	10	10	9	10	10	10	10

Como demuestra la tabla, con la excepción de Chile que no ha ratificado el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la convergencia en estos estándares es absoluta y su rigor en el ámbito doméstico es íntegro. No puede dejarse desapercibido el consenso total en cuanto a la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional por parte de los diez Estados. Para ejemplificar el *ius constitutionale commune* forjado en este marco es interesante revisar la protección de las mujeres.

En la primera mitad de la década de los noventa se producen importantes transformaciones en el ámbito del sistema universal de protección de los derechos humanos para atender la problemática de la violencia de género, luego de que 1992 el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, como órgano encargado del monitoreo, elaboró la Recomendación General N. 19, se aprobó posteriormente por la Asamblea Ge-

neral la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, se llevó a cabo la Conferencia Mundial sobre la Mujer, en Beijing en 1995, con su correspondiente Declaración y Plataforma de Acción y la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas nombró una relatora especial sobre la violencia contra la mujer, con avances posteriores.<sup>285</sup> Para tomar como referencia el impacto en el orden argentino, debe reiterarse que la Constitución de 1994 incorpora con rango constitucional la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. La doctrina pone de relieve que tal otorgamiento de jerarquía constitucional “ha redundado en un mayor reconocimiento y disfrute de los derechos reconocidos en estos instrumentos internacionales”, aunque en el caso de “las cuestiones relacionadas con la obligación del Estado de garantizar a las mujeres una vida libre de discriminación y de violencia, el desarrollo ha sido escaso y espasmódico”.<sup>286</sup> Ahora bien, hay casos emblemáticos, como el relativo a una niña indígena de quince años, perteneciente al pueblo *Qom*, que fue víctima de abuso sexual. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (Comunicación N. 1.610/2007) concluyó que los hechos manifestaban la existencia de discriminación basada en la condición de niña y de indígena, el Estado ofreció una indemnización material a la víctima y expresó públicamente el pedido de perdón a L.N.P., a su familia y a los pueblos indígenas por las violaciones de derechos humanos cometidas en el caso, y reconoció la responsabilidad internacional asumida por Argentina”.<sup>287</sup>

En consonancia con la postura que asumen hoy día los órganos de expertos independientes que interpretan los tratados de derechos humanos, la Corte Suprema de Justicia de la Argentina decidió que debe garantizarse el acceso a un aborto legal y seguro si el embarazo de la mujer es consecuencia de una violación o si supone un riesgo para la vida o la salud de la madre, ello en la línea de “despenalizar el aborto, ya que restringe el control de la mujer sobre su propio cuerpo y podría exponerla a riesgos para la salud innecesarios. Tanto las mujeres como los hombres deben poder

<sup>285</sup> El Estatuto de Roma, aprobado en 1998, asigna competencia a la Corte Penal Internacional para conocer entre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional, los hechos de violencia de género. En el 2000, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en la Observación General N° 28, agregó la necesidad de que los Estados brinden información sobre leyes y prácticas relativas a la violencia contra las mujeres.

<sup>286</sup> Asensio, R., *Discriminación de Género en las Decisiones Judiciales: Justicia Penal y Violencia de Género*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, 2010, p. 11.

<sup>287</sup> Azzali, J. C./Barberi, P., *Acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes indígenas: criterios de actuación para una defensa técnica adecuada*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación-UNICEF, 2012, p. 43.

ejercer sus derechos sexuales y reproductivos sin coacción, discriminación ni violencia”.<sup>288</sup>

En síntesis, los Estados suramericanos han ratificado los principales tratados de derechos humanos (con excepciones puntuales). El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los DESC (PF-PIDESC) ha sido ratificado sólo por Argentina, Bolivia y Ecuador, lo cual va en contravía de la ampliación de las garantías constitucionales en materia de DESC. Asombra que Venezuela sólo haya ratificado la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes en materia de combate a la tortura (tabla segunda). De los siete instrumentos concernientes a la tabla tercera, sólo falta Chile por ratificar el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Coincido con Agustín Gordillo cuando afirma que se ha configurado una supranacionalidad operativa en materia de derechos humanos, con un orden jurídico operativo, directa e inmediatamente aplicable en los ordenamientos internos y por los jueces y demás órganos nacionales del Estado.<sup>289</sup>

### B. *Interamericanización*

Hay una tendencia hacia la consolidación dinámica de un constitucionalismo regional destinado a salvaguardar los derechos humanos fundamentales con base, por una parte, en la Convención Americana (la CADH como “Constitución” latinoamericana)<sup>290</sup> y demás instrumentos del ordenamiento interamericano,<sup>291</sup> con la Corte Interamericana como órgano guardián,<sup>292</sup>

<sup>288</sup> Informe Anual 2013 – La situación en Argentina, Amnistía Internacional. Disponible en: <http://www.amnistia.org.ar/content/informe-anual-2013-la-situacion-en-argentina>.

<sup>289</sup> Gordillo, A., *Derechos humanos*, Buenos Aires, 2005, p. III.3.

<sup>290</sup> Juliano, M. A., “El control de convencionalidad”, *Derecho a réplica: espacio crítico sobre sistema penal, estado y sociedad*, agosto de 2009.

<sup>291</sup> La noción “corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” como aporte de la CorteIDH. CorteIDH. Opinión Consultiva O.C.-16/99, de 1 de octubre, “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”, Serie A No. 16, párr. 115. Cfr. O'Donnell, S., *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Santiago de Chile, 2007, p. 57.

<sup>292</sup> Ferrer Mac-Gregor, E., *La Corte Interamericana como Tribunal Constitucional, conferencia dictada en el Simposio “La Justicia Constitucional: Prolegómeno de un ius constitutionale commune in America Latina”*, Instituto Max Planck de Derecho Internacional Público y Derecho Comparado, 18 y 19 de noviembre de 2009.

y, por otra parte, las propias Constituciones con su apertura estructural.<sup>293</sup> En los términos de Humberto Nogueira hay un *acquis conventionnel* contenido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,<sup>294</sup> la CADH, el Protocolo de San Salvador e instrumentos complementarios, y en la jurisprudencia de la CorteIDH, como acervo básico interamericano o patrimonio común en cuanto a los derechos humanos.<sup>295</sup>

En estas páginas describiré este proceso de incorporación de los estándares interamericanos. Una manera gráfica de ejemplificarlo es mediante la visión general de los instrumentos que han sido ratificados por los diez países suramericanos. Dichos instrumentos irradian los acuerdos y consensos en cuanto a los derechos que deben garantizarse en una sociedad democrática, en consonancia con la propia jurisprudencia tuitiva del binomio democracia-derechos humanos de la CorteIDH.<sup>296</sup> Desde la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, como ya mencioné, los Estados en 1948 sentaron el consenso de esta garantía. A la CADH suscrita en 1969 se han adicionado los instrumentos como Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (DESC); Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (PM); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará” (M); Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (D); Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (T); Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (DFP), Convención

<sup>293</sup> Brewer-Carías, A. R., “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno estudio de derecho constitucional comparado latinoamericano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 6, julio-diciembre 2006, p. 29 y ss.

<sup>294</sup> En el marco de la transformación de la Unión Panamericana en la OEA, el 30 de abril de 1948 en Bogotá Colombia, se suscribió la Carta de la OEA y la DADH. Según la CorteIDH, “la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales”. *Cfr.* Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89, del 14 de julio de 1989, párrs. 43 y 45.

<sup>295</sup> *Cfr.* Nogueira Alcalá, N., “El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno”, *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, 2011, pp. 17-76, p. 29.

<sup>296</sup> CorteIDH. Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 85.

Interamericana contra el Terrorismo (CIT), identificados en la gráfica siguiente:<sup>297</sup>

<i>Países</i>	<i>CADH</i>	<i>CoIDH</i>	<i>DESC</i>	<i>PM</i>
<i>Argentina</i>	14.08.84	05.09.84	30.06.03	18.06.08
<i>Bolivia</i>	20.06.79	27.07.93	12.07.06	---
<i>Brasil</i>	09.07.92	10.12.98	08.08.96	31.07.96
<i>Chile</i>	10.08.90	21.08.90	---	04.08.08
<i>Colombia</i>	28.05.73	21.06.85	22.10.97	---
<i>Ecuador</i>	08.12.77	24.07.84	10.02.93	05.02.98
<i>Paraguay</i>	18.08.89	26.03.93	28.05.97	31.10.00
<i>Perú</i>	12.07.78	21.01.81	17.05.95	---
<i>Uruguay</i>	26.03.85	19.04.85	21.11.95	08.02.94
<i>Venezuela</i>	23.06.77	24.04.81	---	06.04.94
<i>Total</i>	10	10	8	7

<i>Países</i>	<i>M</i>	<i>D</i>	<i>T</i>	<i>DFP</i>	<i>PF-CDNCA</i>
<i>Argentina</i>	12.08.98	28.09.00	18.11.88	31.10.95	18.07.05
<i>Bolivia</i>	26.10.94	27.02.03	26.08.06	19.09.96	---
<i>Brasil</i>	16.11.95	17.07.01	09.06.89	---	26.09.05
<i>Chile</i>	24.10.96	04.12.01	15.09.88	13.01.10	10.08.04
<i>Colombia</i>	03.10.96	04.12.03	02.12.98	01.04.05	24.06.08
<i>Ecuador</i>	30.06.95	01.03.04	30.09.99	07.07.06	07.07.06
<i>Paraguay</i>	29.09.95	28.06.02	12.02.90	26.08.96	30.11.04
<i>Perú</i>	02.04.96	10.07.01	27.02.90	08.02.02	05.06.03
<i>Uruguay</i>	04.01.96	24.05.01	23.09.92	06.02.96	27.12.06
<i>Venezuela</i>	16.01.95	06.06.06	25.06.91	06.07.98	22.10.03
<i>Total</i>	10	10	10	9	9

Tal como argumenta Sergio García Ramírez, las ratificaciones de los instrumentos por parte de todos los Estados permiten un doble objetivo, porque por una parte se busca alcanzar una regionalidad plena en el sentido de la vigencia de los instrumentos en todos los países y, por otra parte, se continúa el tránsito hacia el acogimiento de otros temas aún no regulados

<sup>297</sup> Todos los instrumentos están disponibles en: <http://www.oas.org/dil/esp/tratadosyacuerdos.htm>.

en el sistema.<sup>298</sup> Como se desprende de la tabla, se puede hablar de una *quasi* plena subregionalidad en Suramérica en función de los instrumentos ratificados: sólo Chile y Venezuela no han ratificado el Protocolo de San Salvador sobre DESC, Brasil no ha ratificado la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (DFP), Bolivia, Colombia y Perú no han ratificado el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte. Es éste el instrumento que muestra la menor permeabilidad en los órdenes nacionales. En consecuencia, los seis instrumentos del ordenamiento supranacional interamericano vinculan a los Estados y sus órganos en la salvaguarda de los derechos.

En este ámbito tiene igualmente singular preeminencia la Convención Interamericana contra el terrorismo, aprobada en 2002, ratificada por nueve de los diez Estados suramericanos comprendidos en esta investigación. Bolivia es la excepción. Esta Convención proyecta el grado de compromiso de los Estados en el respeto del Estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales,<sup>299</sup> inclusive en la lucha contra esa forma exacerbada de criminalidad,<sup>300</sup> reforzando la comprensión humanista de que “no se preserva el Estado de derecho desmontando sus libertades y garantías”.<sup>301</sup>

En junio de 2013, la XLIII Asamblea General de la OEA abrió a la firma y posterior ratificación por parte de los Estados dos nuevos instrumentos convencionales, a saber la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial, y Formas Conexas de Intolerancia y la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, producto de un debate iniciado a comienzos del milenio.<sup>302</sup>

<sup>298</sup> García Ramírez, S., “Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en García Ramírez y Castañeda Hernández (coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, 2009, p. 28.

<sup>299</sup> El artículo 15 de la Convención Interamericana contra el terrorismo se destina a los derechos humanos.

<sup>300</sup> Cfr. Considerandos de la Convención Interamericana contra el terrorismo.

<sup>301</sup> García Ramírez, S., “Ombudsman y tutela interamericana de los derechos humanos”, *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, núm. 3, 2006, p. 56.

<sup>302</sup> Se elaboraron dos Convenciones debido al mayor consenso respecto al combate del racismo, la discriminación racial y las formas conexas de intolerancia, mientras que el tema de la no discriminación en razón de la orientación sexual todavía seguirá transitando un lento camino. Cfr. OEA/Ser.P, AG/RES. 2804 (XLIII-O/13) y OEA/Ser.P, AG/RES. 2805 (XLIII-O/13), La Antigua, Guatemala 5 junio 2013. Disponibles en: <http://scm.oas.org/ag/documentos/Documentos/AG06187S04.doc>.



A los fines de esta investigación conviene poner de relieve que tanto en los considerandos de ambas Resoluciones de adopción como en las Convenciones se reafirma el “compromiso determinado” de los Estados de la OEA para la erradicación de todas las formas de discriminación e intolerancia, entendiendo estas prácticas como una negación de los propósitos, principios y garantías previstos

...en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Carta Social de las Américas, en la Carta Democrática Interamericana, en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

Los Estados manifiestan su convencimiento de que “los principios de la igualdad y de la no discriminación entre los seres humanos son conceptos democráticos dinámicos”, enfatizan que el respeto a la igualdad y a la no discriminación al igual sirven de fundamento a las sociedades pluralistas y Estados democráticos, en las que debe respetarse la raza, el color, el linaje o el origen nacional o étnico y la identidad. En diálogo con el sistema universal, entienden que estos instrumentos reafirman, desarrollan, perfeccionan, preservan y protegen los derechos priorizados en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965. Los Estados admiten como finalidad “consolidar en las Américas el contenido democrático de los principios de la igualdad jurídica y de la no discriminación”.<sup>303</sup>

### *C. Mercosurización*

En cuanto al Estado abierto en materia de integración, y específicamente el respeto de la democracia y los derechos humanos como su condición esencial, todos los Estados Partes (EP) del Mercosur, plenos y asociados, están obligados por el Tratado de Asunción y sus Protocolos. Es un área signada por la complejidad, en lo cuantitativo y en lo cualitativo, ya que existe una superposición de instrumentos de diversas fuentes, validez y fuer-

<sup>303</sup> Cfr. Considerando 4 de la Resolución y los considerandos 2, 4, 8 y 9 de la Convención contra toda forma de discriminación e intolerancia. También véanse el considerando 4 de la Resolución y los considerandos 2, 4, 8 y 12 de la Convención contra el Racismo, la Discriminación Racial, y formas conexas de intolerancia.

za coercitiva, que han sido producto del desarrollo político y social experimentado en este modelo de integración.<sup>304</sup> Tradiciones políticas e historias similares de vulneración de derechos, aunque con diferencias en cuanto al mayor o menor grado de gravedad de represión, han determinado el rumbo de la regulación tuitiva de la democracia en su nexo intrínseco con la garantía de los derechos humanos en Mercosur. Bajo el paraguas de la doctrina de la seguridad nacional como soporte ideológico de las dictaduras militares del cono sur y el denominado “Plan Cóndor”, se cometieron las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos en los países miembros fundadores del Mercosur.<sup>305</sup>

Desde el pasado compartido se ha intentado construir identidades regionales, que sirvan “de base para que el Mercosur sea concebido no sólo como un mercado común, sino también como una incipiente comunidad política”.<sup>306</sup> Los compromisos con la democracia (Protocolo de Ushuaia que entró en vigor en 2002), y con la promoción y protección de los derechos humanos (Protocolo de Asunción aprobado en 2005) han impactado los órdenes constitucionales de los Estados parte. Debe entenderse que forman parte del bloque de constitucionalidad en cada país y a la vez sirven para pavimentar el *ius constitutionale commune*. Según mi criterio, son tratados de naturaleza híbrida ya que son fundantes de la integración y a la vez protegen los derechos humanos. Desde 1995 ya se manejaba la tesis de que “si a través del sistema de la integración regional se insertara un tratado de derechos humanos, nada obstaría a que este último alcance la jerarquía constitucional”.<sup>307</sup>

El piso común se amplía, tímidamente todavía, con otros instrumentos para construir el acervo del *ius constitutionale commune* en el Mercosur, actualmente en estado embrionario. Mediante el *soft law* se están impactando las políticas públicas de derechos humanos en una especie de mercosurización soterrada, ya que tiene su origen en una multiplicidad de fuentes, se forja a

<sup>304</sup> Buonghermini, M. M., *Carta de derechos fundamentales del Mercosur. Conferencia en el Supremo Tribunal Federal de Brasil*. Disponible en: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/setimoEncontroConteudo/Textual/anexo/Carta\\_de\\_Direitos\\_Humanos\\_Maria\\_Mercedes\\_Buonghermini.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/setimoEncontroConteudo/Textual/anexo/Carta_de_Direitos_Humanos_Maria_Mercedes_Buonghermini.pdf).

<sup>305</sup> González, J. C. y Villegas Díaz, M., “Derechos Humanos y desaparecidos en dictaduras militares”, *América latina hoy: Revista de ciencias sociales*, vol. 20, 1998, pp. 19-40.

<sup>306</sup> Abramovich, V., *Jornada 20 años del Mercosur. “Derechos humanos en el proceso de integración”*. Disponible en la página oficial del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur (IPPDH).

<sup>307</sup> Bidart Campos, G., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1995, t. VI, pp. 590 y ss.

la luz del policentrismo jurídico y sigue un patrón heterárquico y no jerárquico.

Básicamente se abarca una agenda de garantía de los derechos humanos que guardan estrecha vinculación con el pasado dictatorial y la necesidad de consolidar la democracia. En la agenda de prioridades de las declaraciones y demás documentos dirigidos a la salvaguarda del binomio democracia-derechos humanos se ubican en primera línea la idea de justicia, verdad y memoria en relación con los delitos de lesa humanidad, vinculados al terrorismo de Estado, la lucha contra la violencia institucional y seguridad ciudadana así como el acceso a derechos sociales, especialmente para la inclusión social de grupos que están en situación de desigualdad estructural. De hecho, uno de los factores detonantes de la interrupción constitucional en Paraguay ocurrida a raíz del juicio político al presidente, su destitución y la consecuente suspensión del Mercosur —objeto de análisis en el capítulo III— es “la carencia de derechos sociales aún no adquiridos ni desarrollados, como es el acceso a la tierra, la reforma agraria. Ese es un tema que interroga a los gobiernos del Mercosur”, según afirma Víctor Abramovich.<sup>308</sup> Este es el enfoque que asumo para darle visibilidad a la construcción del *ius constitutionale commune* a través de la mercosurización.

La Declaración Presidencial sobre Compromiso del Mercosur con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional<sup>309</sup> se inscribe en el lugar prioritario que ocupa el tema del combate a la impunidad de los autores de crímenes contra la humanidad en la agenda de derechos humanos en el Mercosur. En la doctrina se ha acuñado la expresión “Operación Cóndor a la inversa” para calificar el interés de identificar los restos de las personas desaparecidas y los niños secuestrados durante el periodo autoritario de los países suramericanos.<sup>310</sup>

En la línea de atender la materia de verdad, justicia y memoria vinculadas con las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas durante las dictaduras militares, el Instituto de Políticas Públicas de Derechos Hu-

<sup>308</sup> Abramovich, V., “Volver irreversibles ciertos derechos sociales”, *Brecha*, Uruguay, artículo del 27 de julio de 2012.

<sup>309</sup> Los EP se comprometen a no celebrar acuerdos multilaterales o bilaterales con terceros Estados, que sean susceptibles de afectar las bases de jurisdicción de la Corte Penal Internacional o de otras disposiciones del Estatuto. Declaración Presidencial sobre Compromiso del Mercosur con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Asunción, 20 de junio de 2005.

<sup>310</sup> Palabras del asesor de la Secretaría Especial de Direitos Humanos de Brasil, Murilo Komniski. Seminario “Participação em política externa e direitos humanos no Mercosul”, Brasília el 28 de septiembre de 2006. Disponible en: [www.direitos.org.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1763&Itemid=2](http://www.direitos.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1763&Itemid=2).

manos del Mercosur (IPPDH) ha sistematizado los datos y el relevamiento de archivos de las coordinaciones represivas del *cono sur* (en particular de la Operación Cóndor) así como ha formulado los “Principios fundamentales para la preservación de los sitios históricos” donde se han cometido violaciones graves. Luego de la elaboración de un cuestionario con los puntos claves para la definición y del proceso de discusión con actores públicos y de la sociedad civil, dichos Principios fueron adoptados por la XXII RAADDH en septiembre de 2012 y en diciembre del mismo año, en el marco de la Cumbre de Jefes de Estado del Mercosur y Estados Asociados, se destacó el rol de estos Principios como una “guía orientadora de las políticas públicas de los gobiernos del Mercosur en la materia”.<sup>311</sup>

El documento de los Principios fundamentales para las políticas públicas sobre sitios de memoria tiene por objeto sistematizar los estándares generales del derecho internacional de los derechos humanos aplicables a las políticas públicas sobre sitios de memoria.<sup>312</sup> Dichos Principios giran en torno a la obligación de los Estados de investigar y sancionar el derecho a la verdad, el derecho a la reparación y la memoria colectiva, todo lo cual debe coadyuvar a los procesos de democratización.<sup>313</sup> En el campo concreto de sitios de memoria se comprueban avances en la llamada mercosurización por la vía de la incorporación de estándares a nivel estatal por medio de los sitios que ya están en funcionamiento.<sup>314</sup> Incluso las redes creadas entre sitios de memoria no están limitadas al espacio geográfico de los países fundadores del Mercosur.<sup>315</sup>

<sup>311</sup> Acta Mercosur/XXII RAADDH/ ATA N° 2/12.

<sup>312</sup> IPPDH, Principios fundamentales para las políticas públicas sobre sitios de memoria, Buenos Aires, 2012. Disponible en: [http://www.ippdh.mercosur.int/backend/Uploads/Sitios\\_de\\_memoria\\_FINAL\\_ES\\_INTERACTIVO.pdf](http://www.ippdh.mercosur.int/backend/Uploads/Sitios_de_memoria_FINAL_ES_INTERACTIVO.pdf).

<sup>313</sup> IPPDH, Principios fundamentales para las políticas públicas sobre sitios de memoria, Buenos Aires, 2012, pp. 21 y ss.

<sup>314</sup> En *Argentina*, el Archivo Nacional de la Memoria (creado por Decreto presidencial No. 1259 en 2003 el Ente Público Espacio para la Memoria y para la Promoción y Defensa de los Derechos Humanos (Ex ESMA), Casa por la Memoria y la Cultura Popular de Mendoza (ONG a nivel provincial que data de 1999); en *Brasil*, la Prefectura de la Ciudad de Recife, la Secretaría de Cultura de San Pablo (responsable de la creación del Memorial da Resistência, primer proyecto museológico de la memoria en ese país), la decisión de construir en Porto Alegre un monumento dedicado a la memoria de las víctimas de la operación Cóndor; en *Paraguay*, la Defensoría del Pueblo creó la dirección de Verdad, Justicia y Reparación en 2009 para resguardar la integridad de los documentos de la Comisión de Verdad y Justicia, difundir su informe final e implementar sus recomendaciones.

<sup>315</sup> A título de ejemplo, en *Chile* la Corporación Parque por la Paz Villa Grimaldi y Londres 38, Espacio de Memorias (ONG), en *Perú* la Asociación Caminos de la Memoria (ONG), gestiona el Memorial El Ojo que Lloró en Lima para honrar y preservar la memoria de las

Otra constelación alusiva a los pasos dados para dejar atrás la violencia institucional es la implementación de los Mecanismos Nacionales de Prevención de la Tortura (MNP), ideados por el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos o degradantes de las Naciones Unidas,<sup>316</sup> bajo el respaldo del IPPDH. La premisa válida para apalancar esta mercosurización es la total simetría entre los ordenamientos internos, internacionales e interamericanos, en rechazar la tortura y prohibirla en términos absolutos. Sin embargo, la praxis en la región dista de este postulado.<sup>317</sup> Cómo erradicar el fenómeno dos siglos después de las declaraciones de abolición de la tortura sigue ocupando un lugar en la agenda de debates.<sup>318</sup>

Según el análisis de Víctor Abramovich, la nota diferencial de la práctica de la tortura de las dictaduras y las democracias radica en que en las primeras las violaciones a los derechos humanos ocurrieron al amparo del terrorismo de Estado de los países del *cono sur* y afectaba a todas las clases sociales como herramienta de persecución política, mientras que en las democracias es socialmente selectiva, en particular respecto a las personas privadas de libertad que obedecen a un patrón vinculado a “personas jóvenes, en general del sexo masculino, que viven en los grandes centros urbanos y que pertenecen a grupos sociales desaventajados económicamente, o racial o étnicamente minoritarios”.<sup>319</sup> Existe un patrón de violencia intramuros, en tanto la tortura suele ser utilizada como mecanismo disciplinario y de

víctimas del conflicto armado durante dos décadas; la Coalición Internacional de Sitios de Conciencia, la Red Latinoamericana de Sitios de Conciencia y enlaces con la Red de Mercociudades.

<sup>316</sup> Véase Aportes para la implementación de los Mecanismos Nacionales de Prevención de la Tortura en los países del Mercosur. Disponible en: <http://www.ippdh.mercosur.int/Documento/Details/8>.

<sup>317</sup> Carranza, E., “Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?”, *Anuario de Derechos Humanos 2012*, Chile, 2012, pp. 31-66.

La situación carcelaria representa un déficit democrático en la región. Expresión utilizada por la ONG Cels en su obra titulada, Informe Anual 2008 - Capítulo III - La situación carcelaria: una deuda de nuestra democracia, pp. 1-44, Disponible en: [http://www.cels.org.ar/common/documentos/carceles\\_ia2008.pdf](http://www.cels.org.ar/common/documentos/carceles_ia2008.pdf). Para un análisis de la problemática, Cfr. Carranza, E., “Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?”, *Anuario de Derechos Humanos 2012*, Chile, 2012, pp. 31-66.

<sup>318</sup> En Argentina se ha realizado una campaña nacional contra la tortura en conmemoración del bicentenario de la asamblea general constituyente de 1813. Disponible en: [http://www.ippdh.mercosur.int/backend/Uploads/Invitados\\_%20y\\_participantes.pdf](http://www.ippdh.mercosur.int/backend/Uploads/Invitados_%20y_participantes.pdf).

<sup>319</sup> Abramovich, V., “Aportes para la implementación de los mecanismos nacionales de prevención de la Tortura en los países del Mercosur”, *Fortalecimiento de la prevención y prohibición de la tortura*, Buenos Aires, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, 2011, pp. 75 y ss.

castigo en las instituciones penitenciarias, como lo ha dejado sentado el Tribunal de San José.<sup>320</sup> Por ello, con la instrumentación del sistema de prevención de la tortura se busca realizar visitas periódicas y sorpresivas a los lugares de detención por parte de expertos independientes, y la elaboración y seguimiento de recomendaciones posteriores, todo con miras a revertir las prácticas de tortura persistentes siguiendo los estándares internacionales, que de este modo permean los órdenes domésticos.<sup>321</sup>

El IPPDH subraya los logros en este campo a nivel normativo. Tanto en Uruguay (2009)<sup>322</sup> como en Paraguay (2011) se han promulgado leyes para regular el Mecanismo Nacionales de Prevención de la Tortura (MPN). En Argentina entró en vigor en enero de 2013 la ley que establece el Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Ley No. 26.827).<sup>323</sup> En Brasil el Poder Ejecutivo Nacional presentó formalmente al Congreso un proyecto de ley para crear el MNP en 2011,<sup>324</sup> a fin de dar respuesta a los resultados negativos del Informe del Subcomité de las Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura (SPT).<sup>325</sup>

A los fines de la garantía de la estatalidad abierta y la consecuente configuración del *ius constitutionale commune* vale poner de relieve que la activación del MNP hace posible la anexión de las “reglas mínimas” que regirán el cumplimiento de las misiones o Comités que velarán por la prevención de la tortura. Este acervo impactó los órdenes domésticos al incorporar un amplísimo espectro de los más diversos instrumentos internacionales, entre

<sup>320</sup> Cita CorteIDH. Caso Bueno Alves *vs.* Argentina, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del 5 de julio de 2011, párrs. 31, 39 y 40.

<sup>321</sup> El IPPDH indica a los Estados Partes las pautas generales en el sentido de utilizar como guía, en la medida de lo conducente, los Principios relativos al estatuto de las Instituciones Nacionales de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, conocidos como Principios de París.

<sup>322</sup> Ley No. 18.446, Institución nacional de derechos humanos, Publicada D.O. 27 ene/009 - No. 27661. Disponible en: <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18446&Anchor=>.

<sup>323</sup> Ley 26.827 que crea el Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, sancionada el 28.11.2012 y promulgada el 7 de enero de 2013. Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/205000-209999/207202/norma.htm>.

<sup>324</sup> Noticia aparecida en los medios de comunicación. Véase <http://noticias.terra.cl/mundo/latinoamerica/brasil-presiona-a-congreso-por-ley-contra-tortura,jbbc98fcd6a1b310VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html>.

<sup>325</sup> *Cfr.* Página oficial de Conectas. Disponible en: <http://www.conectas.org/artigo-1/onu-pe-de-mudancas-no-projeto-de-lei-sobre-prevencao-da-tortura>.

ellos principios, declaraciones y directrices, tal como se dispone en el artículo 56 de la ley argentina.<sup>326</sup>

Como último caso referencial del proceso de hilación del *ius constitutionale commune* en el ámbito concreto de los derechos sociales hay que acudir a la Declaración Socio-Laboral (DSL).<sup>327</sup> A raíz de este instrumento se ha provocado un debate sobre su utilización como herramienta común para acelerar el desarrollo económico con justicia social, asegurando el respeto de los derechos consagrados en las principales convenciones de la Organización Internacional de Trabajo (OIT). Las reacciones y contrarreacciones en esta temática dejan traslucir los avances en la adecuación a los estándares internacionales en los países miembros del Mercosur. ¿Cómo emerge la DSL y cuál es su objetivo?; ¿qué materias y qué vías facilitan la

<sup>326</sup> Conforme al artículo 56 se considerarán “los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder; los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos; el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión; las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos; Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados; los Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (2000); las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad); la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional (1986); las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio); las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (1990); Principios de las Naciones Unidas en Favor de las Personas de Edad (AGNU - Res. 46/91); los Principios de las Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la atención de la Salud Mental, la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (1971); la Declaración de los Derechos de los Impedidos (1975); los Diez principios básicos de las normas para la atención de la Salud Mental (OMS); la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (1992); los Principios de Ética Médica Aplicables a la Función del Personal de Salud, especialmente los Médicos, en la Protección de Personas Presas y Detenidas Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (1979) y las Directrices de las Naciones Unidas sobre la función de los fiscales.”

<sup>327</sup> Los Estados partes adoptaron el 10 de diciembre de 1998, la Declaración Sociolaboral del Mercosur (DSLML). Disponible en: <http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/declaraciones/declmercosur1998.htm>. Es el instrumento pionero en enfatizar la dimensión social. Cfr. Cómo Trabajar en los Países del Mercosur. Guía Dirigida a los Nacionales de los Estados Partes del Mercosur. Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), Brasília, 2010, pp. 16 y 17.



configuración del *ius constitutionale commune* mediante su efectivización? Todas estas cuestiones se han contestado mediante un interesante proceso de diálogo, como a continuación se expone.

El primer interrogante encuentra respuesta en que la DSL fue inicialmente concebida como un proyecto de Carta de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores del Mercosur propuesta por la Coordinadora de Centrales Sindicales del *cono sur* en 1993, que debía tener efectos vinculantes y naturaleza sancionatoria.<sup>328</sup> Su origen está asociado a la iniciativa de los trabajadores y los sindicatos, porque fueron quienes asumieron una postura crítica frente al favorecimiento de los intereses de los empresarios y propiciaron su participación.<sup>329</sup> El documento está distinguido por carecer del carácter de obligatorio cumplimiento, si bien es uno de los primeros instrumentos que reconoció la necesidad de dotar al proceso de integración regional de una real dimensión sociolaboral.<sup>330</sup> Tiene por objeto principal regular la garantía de la “igualdad efectiva” de derechos, tratamiento y oportunidad en el empleo y ocupación de todo trabajador, el principio de no discriminación, la obligación de los Estados partes de garantizar su vigencia así como el compromiso de “realizar acciones destinadas a eliminar la discriminación en lo que refiere a los grupos en situación desventajosa en el mercado de trabajo” (artículo 1).

Bajo una vocación dialógica con los sistemas universal e interamericano de derechos humanos,<sup>331</sup> la DSL explícitamente promueve la igualdad de trato de las personas con necesidades especiales y la obligación de los Estados de adoptar “medidas efectivas” para asegurarles la posibilidad de desempeñar una actividad productiva (artículo 2). También se garantiza la igualdad entre mujeres y hombres (artículo 2). En su articulado establece un

<sup>328</sup> Cfr. Bruni, J., “La construcción de la dimensión social del Mercosur”, disponible en: [http://white.oit.org/pe/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/proyectos/pdf/dec\\_soclabor.pdf](http://white.oit.org/pe/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/proyectos/pdf/dec_soclabor.pdf). Cfr. Cómo Trabajar en los Países del Mercosur. Guía Dirigida a los Nacionales de los Estados Partes del Mercosur. Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), *cit.*, pp. 16 y 17.

<sup>329</sup> Memorias del Seminario Internacional “La Participación de la Sociedad Civil en Mercosur y en las Negociaciones Comerciales”, Buenos Aires, Argentina, 30 de octubre de 2003.

<sup>330</sup> Cfr. Cómo Trabajar en los Países del Mercosur. Guía Dirigida a los Nacionales de los Estados Partes del Mercosur. Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), *cit.*, pp. 16 y 17.

<sup>331</sup> El Preámbulo incluye en sus considerandos 5 y 6 el compromiso de los Estados partes en dar cumplimiento a la Declaración Universal, a los Pactos Internacionales y a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Carta Interamericana de Garantías Sociales (1948), la Carta de la Organización de los Estados Americanos-OEA (1948), la Convención Americana de Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988).

catálogo de derechos individuales (artículos 4 al 7) y los derechos colectivos (artículos 8 al 11).<sup>332</sup>

Respecto a la fórmula encontrada para efectivizar la protección, ésta ha sido el diálogo y la colaboración entre los delegados gubernamentales, trabajadores y empresariales. La DSL cuenta con su propio “guardián”, como es la Comisión Sociolaboral, de carácter tripartito y órgano auxiliar del Grupo Mercado Común, en funcionamiento desde 1999. Su función es promover y velar por el cumplimiento de las disposiciones de la DSLM a la vez que es competente para recibir las quejas y denuncias por los incumplimientos en los que incurran los Estados.<sup>333</sup> Asimismo, el Foro Consultivo Económico-Social (FCES), que es el órgano de representación de los sectores económicos y sociales de los Estados partes del Mercosur, integrado en su estructura institucional conforme al Protocolo de Ouro Preto, tiene, entre otras competencias, “dar seguimiento, analizar y evaluar el impacto social y económico derivado de las políticas destinadas al proceso de integración y las diversas etapas de su implantación, sea a nivel sectorial, nacional, regional o internacional”.<sup>334</sup>

En la praxis se admiten logros alcanzados a partir de este instrumento mercosureño y que convergen hacia el *ius constitutionale commune*. Un área de convergencia de estándares entre la OIT y el Mercosur, auspiciada por la Conferencia Regional de Empleo, es la promoción del trabajo decente, como “una estrategia de desarrollo integrada que alienta el crecimiento con equidad e inclusión social para afirmar la democracia política y social”.<sup>335</sup>

<sup>332</sup> La DSL enuncia entre los derechos: no discriminación; derechos de trabajadores migrantes y fronterizos; eliminación del trabajo forzoso; edad mínima de ingreso al trabajo; derechos de los empleadores de organización y dirección técnica de la empresa; libertad de asociación y protección de la actividad sindical; negociación colectiva; derecho de huelga; promoción de formas preventivas y alternativas de auto-composición de conflictos; fomento del diálogo social nacional e internacional; fomento del empleo y protección de los desempleados; derecho a la formación profesional; derecho a la seguridad y salud en el trabajo; derecho del trabajador a la protección en las condiciones y el ambiente de trabajo y compromiso de instituir y mantener los servicios de inspección del trabajo; derecho de los trabajadores a la seguridad social. Cfr. Barretto Ghione, H., *Consecuencias de la Declaración Sociolaboral del Mercosur en la interpretación y aplicación de las normas laborales en los ordenamientos nacionales*, Universidad Católica del Uruguay, p. 2. Disponible en: [www.revistas.luz.edu.ve/index.php/gl/article/viewFile/8685/8977](http://www.revistas.luz.edu.ve/index.php/gl/article/viewFile/8685/8977).

<sup>333</sup> Declaración socio laboral, artículo 20.

<sup>334</sup> Reglamento interno del Foro Consultivo Económico y Social, Buenos Aires, 4 de mayo de 2012. Mercosur/LXXXIII GMC/DT N° 14/12.

<sup>335</sup> Conferencia regional del empleo de Mercosur. Véase Mercosur/CMC/DEC. No. 46/04.

La DSL también ha posibilitado institucionalizar el diálogo social, dando cumplimiento a las normas internacionales del trabajo que promueven el diálogo tripartito regulado en la Convención 144 de la OIT y originando su respectivo efecto en los ordenamientos nacionales.<sup>336</sup> Asimismo, partiendo de la premisa de que la negociación colectiva es una forma de ampliación democrática facilitadora de mecanismos participativos con alta incidencia social, la DSL ha jugado un papel relevante en la aplicación del Convenio 154 de la OIT sobre el fomento de la negociación colectiva.<sup>337</sup>

La Declaración de Presidentes sobre Erradicación del Trabajo Infantil corroboró la necesaria armonización normativa en relación a los Convenios de la OIT.<sup>338</sup> Esta rama importante de repercusión de la DSL se concretizó en el Plan Regional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil, firmado en noviembre de 2010 entre los ministros de Trabajo y Empleo de los países fundadores. El Plan prevé expresamente

...la armonización de la DSL en el tema trabajo infantil, de acuerdo con las normas internacionales que garanticen los derechos de los niños; el relevamiento estadístico sobre la realidad del trabajo infantil en los estados miembros del Mercosur; y la elaboración de mecanismos de cooperación entre los países que incluye programas de sensibilización, concientización, acciones en conjunto de intervención y presentación de los resultados del diagnóstico sobre el trabajo infantil en la región.

En este marco se lanzó la campaña Mercosur Unido en contra del Trabajo Infantil con el apoyo de la OIT.<sup>339</sup>

Aunado a ello, a través de la praxis sí se le reconoce a la DSL cualidad normativa de directa aplicabilidad.<sup>340</sup> La opinión generalizada se inclina por el entendimiento de la DSL como un producto de las tradiciones jurídicas semejantes de los Estados parte y la ratificación de la intención de que las liber-

<sup>336</sup> Convención 144 sobre la consultación tripartita. Ratificada por Argentina y Uruguay en 1987 y por Brasil en 1994. Disponible en la página oficial: <http://www.ilo.org>.

<sup>337</sup> Convenio sobre la negociación colectiva. Ratificada por Uruguay en 1989, Brasil en 1992 y Argentina en 1993. Disponible en la página oficial: <http://www.ilo.org>.

<sup>338</sup> Declaración de Presidentes sobre Erradicación del Trabajo Infantil, Buenos Aires, 6 de julio de 2002.

<sup>339</sup> El gobierno brasileño anunció: Mercosur y OIT lanzan campaña para combatir el trabajo y la explotación sexual infantil. Disponible en: [http://www.brasil.gov.br/noticias-1/historia/2012/04/11/mercosur-y-oit-lanzan-campana-para-combatir-el-trabajo-y-la-explotacion-sexual-infantil/newsitem\\_view?set\\_language=es](http://www.brasil.gov.br/noticias-1/historia/2012/04/11/mercosur-y-oit-lanzan-campana-para-combatir-el-trabajo-y-la-explotacion-sexual-infantil/newsitem_view?set_language=es).

<sup>340</sup> Conclusión de la reunión técnica que tuvo lugar en Buenos Aires, los días 10 y 11 de diciembre de 2001 en la que participaron especialistas de los países miembros.

tades individuales, los principios democráticos y el Estado de derecho sean valores comunes que inspiran la actuación del Mercosur.<sup>341</sup> Algunos autores aluden a su carácter de norma imperativa e inderogable en su nexa con los principios generales del derecho internacional.<sup>342</sup> En el ámbito jurisdiccional se le atribuye el rango de aplicación directa<sup>343</sup> y muchos órganos judiciales de los Estados partes la invocan en la resolución de casos concretos.<sup>344</sup> Es catalogada como la norma más aplicada y mencionada por los tribunales de los Estados parte.<sup>345</sup> La doctrina comenta que la DSL contiene principios y lineamientos que no pueden ser desconocidos por los Estados.<sup>346</sup>

Este proceso de mercosurización que impacta la armonización de los órdenes estatales experimenta un auge con el advenimiento de la *nueva era*.<sup>347</sup> En el año 2000 se produce la Carta de Buenos Aires sobre Compromiso Social, orientada al compromiso gubernamental de mejorar la calidad de vida en los respectivos países y en la región, prestando atención prioritaria a los “sectores más desprotegidos de la población en materia de alimentación, sa-

<sup>341</sup> Guerra, S. *et al.*, “Os desafios à integração regional no âmbito do Mercosul”, *Revista de direito da unigranrio*, vol. 2, núm. 2, 2009, p. 3.

<sup>342</sup> Malm Green, L. A., “Eficacia jurídica de la declaración sociolaboral del Mercosur”, *Hologramática*, año 5, núm. 8, 2008, p. 97.

<sup>343</sup> Perotti, A., “El fallo ‘Aquino’ de la Corte Suprema: una introducción a la aplicación judicial de la Declaración Sociolaboral del Mercosur”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Argentina, núm. 3, 2005, pp. 607-633.

<sup>344</sup> *Cfr.* Tribunal del Trabajo de Mar del Plata N° 1. “Calandria Pedro Javier C/Arcor S.A.I.C./cobro de haberes”, Expte. No. 48.347, reconoce que “[...] además de los tratados internacionales incorporados en el párrafo 2do del inciso 22 del artículo 75 de la C.N, también resulta de aplicación en cuanto al principio de no discriminación la Declaración Socio Laboral del Mercosur... Los principios protectorios de la misma son normas de carácter obligatorio por haber sido dictadas por el Consejo del Mercado Común (Órgano Superior del Tratado, artículo 10 en virtud del Protocolo de Ouro Preto del 17/12/94) y por imperio del artículo 75 inciso 24 de la C.N. tienen jerarquía superior a las leyes y son complementarias del artículo 14 bis”. Equipo Federal del Trabajo. Edición N° 43 - Sección: Jurisprudencia provincial.

<sup>345</sup> Véase Tercer informe sobre la aplicación del derecho del Mercosur por los tribunales nacionales, Montevideo, 2005. En las estadísticas de 2009 el número de decisiones judiciales en las cuales se hace referencia a la DSL asciende a 230. *Cfr.* Dreyzin de Klor, A. y Perotti, A. D., *El rol de los Tribunales Nacionales de los Estados de Mercosur*, Córdoba, 2009, p. 143.

<sup>346</sup> *Cfr.* Capón Filas, R., “Empleo Decente y Declaración Sociolaboral del Mercosur”, *Hologramática*, año 2, núm. 3, 2005, p. 8.

<sup>347</sup> En la ciencia política se atribuye, primordialmente, al llamado giro a la izquierda: Kirchner en Argentina (2003), Lula da Silva en Brasil (2003) y Tabare Vázquez en Uruguay (2005). Ribeiro Hoffmann, A., *Protection and Promotion of Human Rights by Mercosur: Last but not Least*, Paper ISA, San Francisco, 2013, p. 2.

lud, empleo, vivienda y educación”.<sup>348</sup> Asimismo, la Declaración Presidencial de Derechos Fundamentales de los Consumidores,<sup>349</sup> define al consumidor como agente económico y sujeto de derecho que requiere “protección a su vulnerabilidad”, a cuyo efecto los EP se proponen realizar esfuerzos en pos de una armonización de las legislaciones nacionales de defensa del consumidor, sobre el catálogo de los “derechos fundamentales” que dispone de manera enunciativa.<sup>350</sup>

De manera genral, las manifestaciones a favor del reconocimiento del Estado abierto y del constitucionalismo multinivel en derechos humanos se confirman con instrumentos como la Declaración de Presidentes sobre Derechos Humanos (apenas seis meses más tarde al Protocolo de Asunción), dictada con motivo de la conmemoración del 57 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Dicha Declaración precisó la concepción y los principios que rigen en el Mercosur, a saber: los principios y valores que sustentan la Declaración de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, el principio de no discriminación, los principios de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el compromiso de fortalecer los órganos del sistema interamericano (Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos), los principios sustentados en el Protocolo de Asunción y la Carta Andina sobre los Derechos Humanos, principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.<sup>351</sup>

Conforme a la narrativa expuesta, en Suramérica se constata la tendencia de complementación entre los Estados Partes (EP) y el sistema mercosureño de integración, por el que entran normas, principios y estándares en los ámbitos domésticos, gracias al mandato constitucional de apertura. Pero se trata, en este caso, de un proceso iniciado para superar la década

<sup>348</sup> Carta de Buenos Aires sobre compromiso social en el Mercosur, Bolivia y Chile, Buenos Aires, 30 de junio de 2000.

<sup>349</sup> Declaración Presidencial de Derechos Fundamentales de los Consumidores del Mercosur, Florianópolis, 15 de diciembre de 2000.

<sup>350</sup> La Declaración incluye un catálogo de derechos que comprenden desde la protección eficaz de la vida, la salud, y la seguridad del consumidor y del medio ambiente contra los riesgos provocados por prácticas en el suministro de productos y servicios, la provisión de servicios, el acceso al consumo con libertad de elección, sin discriminaciones ni arbitrariedades, entre otros (Puntos *a* hasta *k*).

<sup>351</sup> Declaración sobre derechos humanos de los Presidentes del Mercosur y Estados Asociados, Montevideo, 9 de diciembre de 2005.

de un Mercosur “mercantilizado” y atender una agenda más amplia.<sup>352</sup> Los desarrollos descritos perfilan un mercado de derechos fundamentales *in statu nascendi*.<sup>353</sup>

## 2. *Mecanismos jurisdiccionales*

Al examinar el papel de los órganos jurisdiccionales en materia de incorporación de los estándares universales se observa una tendencia de las cortes de la región en citar instrumentos o bien otorgar rango constitucional a tratados internacionales. La CorteIDH ofrece diversos ejemplos de citación. Uno de ellos se vincula con el derecho de las víctimas. Se cita la Resolución de 2005/35 que establece los Principios y Directrices Básicos de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Reparación (en relación con delitos internacionales) y el Tribunal de San José como un instrumento esencial para la consolidación del derecho internacional de los derechos humanos.<sup>354</sup> Otro dato ilustrador de la adopción de estándares internacionales se genera en el análisis sobre el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención, que ha dado origen a la protección de la propiedad comunitaria de las comunidades indígenas. En su interpretación la CorteIDH ha tomado en cuenta el Convenio No. 169 de la OIT, a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la CADH.<sup>355</sup>

El alcance de la permeabilidad de los textos constitucionales se expande en la medida en que por la vía de las decisiones de la CorteIDH se incorporan distintos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos e incluso de otros estándares desarrollados en distintos sistemas regionales de protección de derechos humanos. Un dato empírico interesante proviene de la citación que tiene lugar en una constelación que hasta mediados de 2012 presenta una significativa incidencia en los países sura-

<sup>352</sup> Cfr. Mercosur/CMC/DEC. N° 12/11. Plan Estratégico de Acción Social del Mercosur PEAS, Paraguay, junio de 2012.

<sup>353</sup> Damsky, I., “La internacionalización del ordenamiento jurídico argentino. Su caracterización a la luz del sistema interamericano de derechos humanos y la incipiente integración comunitaria del Mercosur”, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Turín, vol. 3, 2010, pp. 924-943.

<sup>354</sup> Cfr. CorteIDH. Caso de La Cantuta vs. Perú. Interpretación de la sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2007. Serie C No. 173, Opinión del Juez A. A. Cançado Trindade, párr. 37.

<sup>355</sup> CorteIDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Serie C No. 146, párr. 117.

americanos, pues de un total de 95 casos decididos por la CorteIDH,<sup>356</sup> 28 casos se vinculan con la violación de los derechos de las personas privadas de libertad y las condiciones carcelarias, y 15 medidas provisionales se dictaron en situaciones caracterizadas por los elementos de extrema gravedad, urgencia y la prevención de daños irreparables. En ellas se adoptan los estándares internacionales y europeos en el 99% de los casos.<sup>357</sup>

El *ius constitutionale commune* configurado por la vía de la internacionalización cuenta también con un soporte jurisdiccional mediante las decisiones de los tribunales nacionales que otorgan rango constitucional a convenciones internacionales. Citemos discrecionalmente la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana (CCC). Muy tempranamente, en 1993, se declaró la inexequibilidad de un Decreto-Ley argumentando el desconocimiento indirecto de los Convenios 87 y 98 de la OIT.<sup>358</sup> Con *data* de 1999, luego de desarrollada su noción del bloque de constitucionalidad, la CCC da valor constitucional a los referidos Convenios de la OIT. Para fundamentar la obligatoriedad de los derechos laborales en el orden interno, no sólo recurre al principio de progresividad previsto en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales y los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, sino que incluye los señalamientos expuestos por el director general de la OIT en la Séptima Conferencia de los Estados de América Miembros de esta Organización.<sup>359</sup> Desde entonces la jurisprudencia de la CCC es reiterada en reconocer rango constitucional a los convenios de la OIT.<sup>360</sup>

También en la órbita de los convenios de la OIT la CCC ha protegido a los grupos vulnerables, específicamente a los pueblos indígenas y tribales, mediante el reconocimiento del derecho a la consulta previa con base en el

<sup>356</sup> Se trata de casos y no de sentencias, pues un caso puede tener más de un pronunciamiento, pues anteriormente las excepciones preliminares se decidían primero y también hay sentencias de interpretación. En una graduación por la mayor incidencia son: Perú (26), Venezuela (14), Colombia (11), Ecuador (11), Argentina (11), Paraguay (7), Brasil (5), Chile (5), Bolivia (3), Uruguay (2).

<sup>357</sup> Cfr. Morales Antoniazzi, M., “Diálogo transjurisdiccional en materia de protección de las personas privadas de libertad: Aportes de la CorteIDH en la construcción de un *ius constitutionale commune*”, en Lopes Saldanha (coord.), *Diálogos transjurisdicionais*, Brasil, 2013 (en prensa).

<sup>358</sup> CCC, Sentencia C-013/1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>359</sup> CCC, Sentencia T-568/1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-568-99.htm>.

<sup>360</sup> Por ejemplo las sentencias C-567/2000; C-038/2004; C-063-2008. Para más detalles, Cfr. Silva Romero, M., “Bloque de constitucionalidad en el derecho procesal laboral”, XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 2005, p. 236 y ss.



Convenio No. 169 y en virtud del mandato constitucional contenido en los artículos 93 y 94 de la Carta Política (CP), como también se le llama en Colombia. En la sentencia SU-383/03 estableció lo siguiente:

Resulta de especial importancia para el asunto en estudio, además, reiterar que el Convenio No. 169 de la OIT, y concretamente no sólo porque el instrumento que la contiene proviene de la Organización Internacional del Trabajo y estipula los derechos laborales de dichos pueblos —artículo 53 C.P.— sino en virtud de que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios, prevista en el artículo 330 de la Carta, no puede ser entendida como la negación del derecho de éstos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles —artículo 94 C.P.<sup>361</sup>

Otro ámbito emblemático es el reconocimiento del rango constitucional otorgado por la CCC a la Convención sobre los Derechos del Niño,<sup>362</sup> integrándola al bloque de constitucionalidad. En sus distintos pronunciamientos, el órgano jurisdiccional estima que el artículo 44 de la Constitución de Colombia contiene una cláusula de remisión y que además estos derechos son intangibles en los Estados de excepción.<sup>363</sup> Recientemente se confirma la apertura de la estatalidad hacia el derecho internacional en cuanto a los derechos del niño en una tutela para proteger los derechos fundamentales de la menor XX, en el contexto de la creación de una cuenta en una red social por su padre. La CCC invoca la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos del Niño así como el Memorándum de Montevideo sobre la protección de datos personales y la vida privada en las redes sociales en Internet<sup>364</sup> y ratifica que el artículo 44 del texto constitucional dispone que los derechos de los niños prevalecen y se les reconoce un “status de *sujetos de protección constitucional reforzada*”.<sup>365</sup>

<sup>361</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-175 de 2009, 22 de julio de 2010. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-175-09.htm>.

<sup>362</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, AG/Res 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 167, ONU Doc. A/44/49 (1989), entrada en vigor 2 de septiembre de 1990.

<sup>363</sup> CCC, Sentencias C-325/2000; C-170/2004; C-355/2006; C-291/2007, citadas en Reina García, Ò. M., “Las cláusulas de apertura o reenvío hacia las fuentes externas previstas en la Constitución colombiana, como criterio para delimitar el contenido del bloque de constitucionalidad”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 29, 2012, p. 193.

<sup>364</sup> *Memorandum* de Montevideo fueron adoptadas en el marco del Seminario Derechos, Adolescentes y Redes Sociales en Internet, Montevideo, 27 y 28 de julio de 2009.

<sup>365</sup> CCC, Sentencia T-260/12, M. P. Humberto Sierra Porto. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-260-12.htm>.

También se observa el fenómeno de la citación de instrumentos del Mercosur. Una sentencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina es prueba de ellos (caso *ATE* de junio de 2013).<sup>366</sup> Dicha Corte incluye la Declaración Socio Laboral del Mercosur entre los fundamentos de la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma que disponía la reducción de remuneraciones bajo el alegato de una situación de emergencia. Según este órgano jurisdiccional, junto a los principios de progresividad y no regresividad que rigen en materia de derechos económicos, sociales y culturales, existen otros “no menos estructurales del derecho internacional de los derechos humanos constitucionalizado”. En este orden de ideas, la CSJN acude al “deber (positivo) de «adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna»”, máxime cuando “el derecho al trabajo exige la formulación y aplicación por los Estados Partes de una política en materia de empleo con miras a «elevar el nivel de vida»”. El máximo tribunal fundamenta este razonamiento con citas a la jurisprudencia de la CorteIDH,<sup>367</sup> la Observación General No. 18<sup>368</sup> y la Declaración Socio-Laboral del Mercosur.<sup>369</sup>

En cuanto a los mecanismos de protección de la apertura constitucional a nivel jurisdiccional propiamente dichos se puede adoptar la figura de los puentes que viabilizan la recepción de los tratados de derechos humanos en los órdenes domésticos utilizada por Sergio García Ramírez<sup>370</sup> y describir dos puentes para que se desplacen los estándares hacia los órdenes domésticos. En primer lugar está el puente jurisprudencial,<sup>371</sup> concretizado por el diálogo judicial.<sup>372</sup> En segundo lugar está el puente constituido por el llama-

<sup>366</sup> CSJN, Recurso de hecho deducido por la Asociación de Trabajadores del Estado en la causa Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad (Fallo ATE), de fecha 18 de junio de 2013. Disponible en la página oficial: <http://www.csjn.gov.ar>.

<sup>367</sup> Cita “CorteIDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo. Sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, párr. 162 y sus citas; asimismo: párrs. 161, 163, 168, 172, 176, 221 y sus citas; en sentido análogo: CorteIDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo. Sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párrs. 151 y 153”.

<sup>368</sup> Observación General No. 18, párr. 26. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/403/16/PDF/G0640316.pdf?OpenElement>.

<sup>369</sup> Artículo 14 de la Declaración socio laboral.

<sup>370</sup> García Ramírez, S., “Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos en el derecho interno”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*, Montevideo, 2008, pp. 364 y ss.

<sup>371</sup> Un estudio referencial obligado, Abregú y Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, 2004.

<sup>372</sup> A título de ejemplo, Bazán, V., “La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina”, *Estudios Constitucionales*, Santiago

do control de convencionalidad desarrollado por la CorteIDH, que representa una apertura *ex ante*<sup>373</sup> y que debe regirse por principios del derecho internacional a la hora de su aplicación.<sup>374</sup> Seguidamente se esboza *grosso modo* su dimensión y alcance.

### A. El diálogo judicial

Hablar de diálogo implica reconocer sus múltiples significados y rasgos característicos como fenómeno del nuevo derecho público.<sup>375</sup> Además, el diálogo entre jueces representa un tema recurrente y tiene un especial significado para América Latina.<sup>376</sup> En particular el diálogo entre las cortes ocupa un lugar preeminente en el ámbito interamericano, bien como expresión de guía para la interacción entre tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos,<sup>377</sup> bien como resultado de la interacción en un modelo coevolutivo entre cortes.<sup>378</sup> En este trabajo se sigue el enfoque expuesto por Armin von Bogdandy sobre el papel del diálogo jurisdiccional como concepto del *ius constitutionale commune*, empleado para legitimar la argumentación de las decisiones a fin de convencer a otros actores jurídicos y, a la vez, como manifestación del nuevo paradigma de que una “sentencia de

de Chile, año 5, núm. 2, 2007, pp. 137-183; Rivadencyrá, A., *La emergencia del principio de interacción y el diálogo jurisprudencial a la luz del denominado derecho constitucional internacional*, Perú, 2011.

<sup>373</sup> Cfr. Pinto Bastos Júnior, L. y Guenka Campos, T., “Para além do debate em torno da hierarquia dos tratados: do duplo controle vertical das normas internas em razão da incorporação dos tratados de direitos humanos”, *RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, vol. 1, núm. 19, junio-diciembre de 2011.

<sup>374</sup> Gil Domínguez, A., *La regla de reconocimiento constitucional argentina*, Buenos Aires, 2007.

<sup>375</sup> Entre tantos, Cfr. Burgorgue-Larsen, L., “La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial”, *Asociación de Constitucionalistas de España, Derecho constitucional europeo*, Madrid, 2011, pp. 41-76; Martinico, G., “Multiple Loyalties and Dual Preliminary: The pains of Being a Judge in a Multilevel Legal Order”, *International Journal of Constitutional Law*, 2012, pp. 871-896; Nogueira Alcalá, H., “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en periodo 2006-2011”, *Estudios constitucionales*, vol. 10, núm. 2, 2012, pp. 57-140.

<sup>376</sup> Una visión de la evolución, Ayala Corao, C., *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Caracas, 2012.

<sup>377</sup> Serna, J. M., *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, 2012, pp. 243 y ss.

<sup>378</sup> Manuel Góngora Mera alude a sus caracteres de policéntrico, integral, deliberativo, multidireccional. Cfr. Góngora, M., “Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo”, *Estudos avançados de Direitos Humanos Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, en Bogdandy *et al.* (coords.), São Paulo, 2013, pp. 312-337.

cualquier corte puede ser controlada por otra corte. En el escenario actual, no hay más «últimas palabras».<sup>379</sup> Ello empuja, no sin faltar tensiones, a la aplicación y desarrollo del derecho del *ius constitutionale commune*.

a. Diálogo a favor de la incorporación de estándares internacionales y comparados

La CorteIDH incorpora ampliamente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Un caso interesante se refleja en los estándares respecto a la tortura.<sup>380</sup> Para afianzar su legitimidad en los pronunciamientos alusivos a las condiciones de detención, el Tribunal de San José reitera que la Corte Europea, conforme al artículo 3 del Convenio Europeo de derechos Humanos (CEDH), afirma que

el Estado debe asegurar que una persona esté detenida en condiciones que sean compatibles con el respeto a su dignidad humana, que la manera y el método de ejercer la medida no le someta a angustia o dificultad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento intrínseco a la detención, y que, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén asegurados adecuadamente, brindándole, entre otras cosas, la asistencia médica requerida.<sup>381</sup>

Los jueces de la CorteIDH, en la misma línea de mostrar la convergencia en los estándares y subrayando el abismo que separa a la realidad de las prisiones con el ideal proclamado en los estándares nacionales e internacionales, admiten que tal abismo disminuiría “si los Estados cumplieran rigurosamente el cometido que les reconoce, por ejemplo, la sentencia de la Corte Europea en el caso *Kudla vs. Polonia*”.<sup>382</sup>

<sup>379</sup> Von Bogdandy, A., “*Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea”, en González Pérez y Valadés (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpijo*, México, 2013, pp. 55 y ss.

<sup>380</sup> A título de ejemplo y aleatoriamente, CorteIDH. Caso *Bulacio vs. Argentina*. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 100, la CorteIDH alude a los casos europeos: *Case of Kurt v. Turkey*, 15/1997/799/1002, 25 de mayo de 1998, párrs. 124-128; *Case of Çakici v. Turkey*, Application No. 23657/94, 8 de julio de 1999, párrs. 104-106; *Case of Timurtas v. Turkey*, Application No. 23531/94, 13 de junio de 2000, párrs. 102-105; *Case of Tas v. Turkey*, Application No. 24396/94, 14 de noviembre de 2000, párrs. 84-87; *Case of Cyprus v. Turkey*, Application No. 25781/94, 10 de mayo de 2001, párrs. 132-134 y 147-148.

<sup>381</sup> CorteIDH. Caso *Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 7 septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 155.

<sup>382</sup> Voto razonado del juez S. García Ramírez, Caso *Tibi vs. Ecuador*, párr. 75 del voto.

Pero la CorteIDH muestra una apertura singular hacia todos los sistemas de protección de derechos humanos. Respecto a las amnistías, por ejemplo, el contencioso interamericano alude al Sistema Africano

la Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos consideró que las leyes de amnistía no pueden proteger al Estado que las adopta de cumplir con sus obligaciones internacionales y señaló, además, que al prohibir el juzgamiento de perpetradores de violaciones graves a derechos humanos mediante el otorgamiento de amnistías, los Estados no sólo promovían la impunidad, sino que también cerraban la posibilidad de que dichos abusos se investigaran y que las víctimas de dichos crímenes tuvieran un recurso efectivo para obtener una reparación.<sup>383</sup>

*b. Diálogo a favor de la incorporación de estándares interamericanos y nacionales*

Manuel Góngora ejemplifica la “red citacional” entre la Corte Interamericana y la CCC a la luz de los estándares en materia de población desplazada, representando uno de los casos de deliberaciones transnacionales con alto impacto directo en el orden interno de Colombia, como fue la famosa y controvertida Ley de Justicia y Paz. Un dato empírico que aporta, como ilustración elocuente del fenómeno, es que en la Sentencia C-370/2006 de la CCC dedica “28 de las 472 páginas de la sentencia a incorporar los estándares más importantes de la Corte Interamericana”.<sup>384</sup> Con base en el fundamento constitucional, la CCC reconoce la relevancia jurídica de la jurisprudencia de los órganos judiciales creados mediante convenios sobre derechos humanos ratificados por Colombia y la competencia de dicho órgano para interpretarlo, como es el caso de la CADH con la CorteIDH.

<sup>383</sup> La CorteIDH cita: A.C.H.P.R., Case of Malawi African Association and Others v. Mauritania, Communication Nos. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97-196/97 and 210/98, Sentencia del 11 de mayo 2000, párr. 83; A.C.H.P.R., Case of Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe, Communication No. 245/02, Sentencia de 21 de mayo de 2006, párrs. 211 y 215. CorteIDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Serie C No. 221, p. 214, notas al pie 262 y 263.

<sup>384</sup> Góngora Mera, M. E., “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”, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, en von Bogdandy et al., México, 2010, t. II, p. 414.

Sigo aquí la contribución de Manuel Góngora en el análisis de las interacciones entre la CorteIDH y la CCC con base en la interpretación evolutiva. La CorteIDH, tanto en el caso Mapiripán como en el caso Ituango contra Colombia, asume los estándares fijados en la sentencia T-025 de 2004 de la CCC, aunque con distintos matices. El contencioso interamericano aplicó una interpretación “evolutiva” del artículo 22 de la Convención Americana, argumentando que la libertad de circulación y residencia es violada por el desplazamiento forzado. En el caso *Ituango*, la Corte Interamericana prefirió adoptar el enfoque estructural de la sentencia T-025 de 2004 y concluyó que:

En razón de la complejidad del fenómeno del desplazamiento interno y de la amplia gama de derechos humanos que afecta o pone en riesgo, y en atención a las circunstancias de especial vulnerabilidad e indefensión en que generalmente se encuentran los desplazados, su situación puede ser entendida como una condición de facto de desprotección. En los términos de la Convención Americana, dicha situación obliga a los Estados a otorgar un trato preferente a su favor y a adoptar medidas de carácter positivo para revertir los efectos de su referida condición de debilidad, vulnerabilidad e indefensión, incluso vis-à-vis actuaciones y prácticas de terceros particulares.<sup>385</sup>

Como refleja Humberto Sierra, la CCC “se centra en fijar, tanto en sentencias de constitucionalidad como en sentencias de tutela, la interpretación de los derechos fundamentales de grupos minoritarios o tradicionalmente discriminados, como las mujeres, los indígenas y las personas de escasos recursos económicos,” en las cuales toma en consideración

...los tratados internacionales sobre derechos humanos del sistema universal de Naciones Unidas y del sistema regional de la Organización de Estados Americanos, así como a las interpretaciones que de ellos han hecho los respectivos organismos competentes, tales como el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>386</sup>

En el caso específico del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, la CCC en su sentencia T-129 de 2011 relativa a los resguardos indígenas de Embera-Katío y Chidima-Tolo, quienes alegaron que el Estado pretendía

<sup>385</sup> CorteIDH. Caso de las masacres de Ituango *vs.* Colombia, párr. 210.

<sup>386</sup> Sierra, H., “Recientes avances de la jurisprudencia constitucional colombiana”, *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad 2011*, Bazán y Nash, Bogotá, 2012, pp. 135 y ss.

la construcción de una carretera que atravesaba su territorio y tramitar la concesión para la explotación de oro en la zona sin consultarlos previamente, ordenó al Estado cumplir no sólo con la consulta, sino a lograr el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades cuando se trate de obras de infraestructura o que generan la ocupación de sus tierras y el desplazamiento correspondiente, antes y durante el desarrollo de la obra, así como a suspender la ejecución de las obras, financiar la traducción de las órdenes dictadas a la lengua Embera y suministrar copias de la misma como medida simbólica, concluyendo con la exhortación al Congreso a regular tal derecho.<sup>387</sup>

Junto al diálogo emblemático entre la CorteIDH y la CCC hay que explorar cómo otras cortes nacionales van adoptando los estándares del sistema interamericano, lo que representa esencialmente la base del *ius constitutionale commune* en los derechos humanos desarrollado jurisprudencialmente, que atienda a las condiciones particulares de los países miembros del sistema y a la vez contribuya a consolidar el Estado de derecho y la calidad de la democracia en la región. Veamos el Tribunal Constitucional de Chile. Gonzalo Aguilar comenta la decisión del Tribunal Constitucional chileno relativa al aumento de precio, por razones de edad o sexo, en el plan de salud de la Isapre, en la que sigue los lineamientos expuestos por la CorteIDH.<sup>388</sup> El Tribunal chileno declara, en 2008, que el derecho a la protección de la salud es de índole social, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlo en la práctica. Sostiene que el deber de los particulares de respetar y promover los derechos inherentes a la dignidad de la persona persiste, inalterado, en las relaciones convencionales entre privados, cualquiera sea su naturaleza.<sup>389</sup> La CorteIDH había dejado sentado en el año 2003, que aunque se trate de

<sup>387</sup> La CCC recoge los planteamientos del *Amicus Curiae* de Dejusticia que cita a la CorteIDH, pero también alude al hecho de que “el consentimiento hace parte estructural del Convenio 169 de 1989 de la OIT, motivo por el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al estudiar el caso Saramaka contra Surinam, desarrolló la importancia de esta prerrogativa de las comunidades indígenas”. CCC, Sentencia T-129/11 Diversidad étnica y cultural-protección constitucional/multiculturalidad y minorías-Protección constitucional. Disponible en: [http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-129-11.htm#\\_ftn63](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-129-11.htm#_ftn63).

<sup>388</sup> Aguilar Cavallo, G., “Principio de solidaridad y derecho privado: comentario a una sentencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Ius et Praxis*, Chile, año 14, núm. 2, 2008, p. 603.

<sup>389</sup> Tribunal Constitucional de Chile: Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso N° 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 976-2007. Sentencia de fecha 26 de junio de 2008, Considerando 40.



...una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares.” Valga la cita textual por la alusión de la CorteIDH a la doctrina del *Drittwirkung*, en su expresión en alemán.<sup>390</sup>

El Tribunal Constitucional peruano declaró vulnerado el derecho al honor de la comunidad nativa Sawawo Hito 40 por las expresiones desproporcionadas emitidas por el director del semanario *El Patriota* al calificar la actitud de la comunidad indígena permisiva a la tala ilegal de árboles como “contubernio” o “complicidad” ya que se hubieran podido emplear términos menos graves para expresar el mensaje comunicativo o denuncia periodística.<sup>391</sup> Si bien en la doctrina se cuestiona la sentencia por cuanto “no puede calificarse una expresión como ilegítima por vulnerar el derecho al honor solo porque existan expresiones que puedan ser menos *fuertes* sobre el ámbito espiritual subjetivo de una persona o colectividad”,<sup>392</sup> el Tribunal sostiene que un periodismo serio es el sustento de una sociedad democrática e insiste en el estándar interamericano al citar la “Opinión Consultiva OC-5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 13 de noviembre de 1985”. El punto clave del diálogo se produce, no obstante, en la medida que éste órgano jurisdiccional adopta la línea de la jurisprudencia de las reparaciones inmateriales de la CorteIDH, tales como el envío de una carta notarial de desagravio a la comunidad nativa y su publicación en el diario de mayor circulación en la región, a la vez que ordenó la publicación de un suplemento especial relativo al caso.<sup>393</sup>

<sup>390</sup> CorteIDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 140.

<sup>391</sup> TC de Perú, Sentencia 04611-2007-PA/TC. Disponible en: [http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/04611-2007-AA.html#\\_ftn66](http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/04611-2007-AA.html#_ftn66).

<sup>392</sup> Landa, C., “Sentencias fundamentales del Tribunal Constitucional peruano”, en Bazán y Nash, *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la constitución*, Montevideo, 2010, p. 170.

<sup>393</sup> El Tribunal Constitucional dispuso con todo detalle: la publicación de un suplemento especial en el mismo semanario o en cualquier otro, que reproduzca por completo el tenor

El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, mediante la sentencia 1250/2012 del 20 de septiembre de 2012, declaró inconstitucional la norma del Código Penal, que establecía pena de prisión agravada para sancionar la calumnia, injuria o difamación en perjuicio de un funcionario público, conocido como desacato. Bajo el argumento de la inconstitucionalidad por la afectación desproporcionada del derecho a la libertad de expresión, el Tribunal Constitucional dejó constancia que tal tipo crea una desigualdad entre funcionarios y ciudadanos, y es incompatible con los compromisos internacionales de derechos humanos. Dialogando implícitamente con los estándares de la CorteIDH,

enfaticó que los funcionarios públicos deben ser objeto de una fiscalización especial y amplia, que permita un debate vigoroso sobre asuntos de relevancia pública. El Tribunal Constitucional reiteró el carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y citó ampliamente la doctrina del sistema interamericano en materia de libertad de expresión, incluyendo el Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, publicado por la CIDH en 1994. La sentencia mencionada constituye un avance ejemplar en materia de libertad de expresión y resalta la importancia de adecuar las legislaciones nacionales a los estándares internacionales en la materia.<sup>394</sup>

Un fallo histórico lo dictó la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina (CSJN), el 3 de mayo de 2005 en el caso *Verbitsky*, al conocer un *habeas corpus* y establecer estándares mínimos sobre las condiciones de detención y prisión preventiva en comisarías y cárceles.<sup>395</sup> En su decisión, en el apartado titulado “IX.- Adolescentes y enfermos en dependencias policiales, y la jurisprudencia internacional”, la CSJN dedica los fundamentos 43 a 47 a explicar los estándares del Tribunal de San José en cuanto al alcance del artículo 5 de la Convención Americana y las obligaciones para los Estados de salvaguardar la dignidad humana de las personas privadas de liber-

de la sentencia, bajo el título “Reparación a la comunidad nativa ‘Sawawo Hito 40’ por parte del semanario ‘El Patriota’ en cumplimiento de la sentencia recaída en el Expediente n° 4611-2007-PA/TC”.

<sup>394</sup> OEA/Ser.L/V/II.147, Doc. 1, 05.03.2013, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2012, vol. II, Informe de la relatoría especial para la libertad de expresión, Washington D. C., 2012, p. 38.

<sup>395</sup> V. 856. XXXVIII, Recurso de hecho, *Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus*, del 3 de mayo de 2005.

tad, máxime respecto a los adolescentes.<sup>396</sup> Empleó igualmente una amplia citación de los estándares internacionales y comparados.<sup>397</sup> Emblemática ha sido esta causa iniciada por CELS en 2001 mediante un *habeas corpus* colectivo, por cuanto el máximo tribunal de ese país obligó a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a los tribunales inferiores de esa localidad a revisar las medidas de privación de libertad dispuestas y a realizar un seguimiento periódico de la situación carcelaria, modificando el criterio negativo precedente sostenido a nivel provincial.

La propia CorteIDH, al decidir las medidas provisionales en el caso de las Penitenciarías de Mendoza contra Argentina, en diálogo con la CSJN, destaca la necesidad de “disminuir el hacinamiento mediante la reducción de la cantidad de personas encarceladas en prisión preventiva (conforme con los criterios establecidos en el reciente fallo de la CSJN sobre las cárceles de Buenos Aires)”.<sup>398</sup> La CSJN procedió a requerir a los gobiernos nacional y provincial que le informen acerca de las disposiciones adoptadas para dar cumplimiento a los requerimientos de la CorteIDH (Argentina, Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otros, 2006c). Asimismo intimó al Poder Ejecutivo Nacional para adoptar las medidas adecuadas a fin de proteger la vida, la salud, y la integridad personal de todos los internos en un plazo determinado y le indicó al Poder Judicial de la provincia que (se) dispusiera el cese de toda providencia dictada que pudiera implicar una violación de los derechos humanos de los detenidos (Argentina, Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otros, 2007c).

En la doctrina han surgido algunas voces críticas, como la de González-Salzberg, que reseñan vaivenes de la postura de la CSJN argentina en lo concerniente a la vinculatoriedad de las decisiones de la CorteIDH, en particular respecto al caso Bulacio y al caso Bueno Alves que incluían la viola-

<sup>396</sup> Cita a la CorteIDH, Caso “Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay”, el 2 de septiembre de 2004.

<sup>397</sup> Además de citar el amplio abanico de convenciones e instrumentos internacionales para proteger a las personas privadas de libertad, hace alusión a las Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina. 9/10/2002. CRC/C/15/Add. 187 9 de octubre de 2002; las Conclusiones y Recomendaciones respecto del caso Argentino del Comité Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos y Degradantes del 10 de diciembre de 2004 (CAT/C/CR/33/1 33º Período de Sesiones 15 a 26 de noviembre de 2004; a sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH Case Peers v. Greece, sentencia del 19 de abril de 2001; TEDH, Caso Price v. The United Kingdom, sentencia del 10 de octubre de 2001); a otros casos de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, entre ellos Wolff v. McDonnell; 418 US 539, 1974.

<sup>398</sup> CorteIDH, Medidas provisionales en el caso de las Penitenciarías de Mendoza, Resolución del 18 de junio de 2005.

ción del artículo 5 de la CADH. Se aduce que en el primero, subordinaba el contenido de sus decisiones a lo resuelto por la CorteIDH, dado el carácter “obligatorio” de las sentencias del contencioso interamericano, mientras que en el segundo no lo adoptó.<sup>399</sup> Sin embargo, una breve reconstrucción cronológica del Caso Bueno Alves permite identificar el paso de un diálogo contradictorio a un diálogo para el acuerdo, conduciendo a una convergencia de estándares como producto de ese diálogo constructivo.

En efecto, en mayo de 2007, la CorteIDH declaró la responsabilidad internacional de Argentina por la violación, entre otros, de los derechos a la integridad personal y garantías judiciales, establecidos en los artículos 5.1, 5.2 y 8.1 de la CADH, en perjuicio del señor Juan Francisco Bueno Alves, quien había sido objeto de actos de tortura mientras estuvo privado de la libertad y ordenó realizar las investigaciones necesarias, aunque indicó que los hechos no podían ser calificados *per se* como delitos de lesa humanidad. Apenas dos meses más tarde, en julio de 2007, la CSJN dictó un fallo declarando la prescripción de la acción penal en el caso Bueno Alves, dejando sentado que el delito no era considerado un crimen de lesa humanidad y estaba sometido a la prescripción. En 2011, la CorteIDH, en ejercicio de su competencia para supervisar el cumplimiento de la sentencia dictada en el caso Bueno Alves, reconoce el cumplimiento parcial por parte del Estado argentino, pero mantiene vigente el mandamiento de investigar los hechos de tortura contra el señor Bueno Alves.<sup>400</sup> La argumentación central gira en torno a que debe encontrarse la verdad de lo ocurrido para impedir que el Estado evada la rendición de cuentas por las arbitrariedades que cometan sus propios funcionarios.<sup>401</sup> La respuesta hacia un diálogo para el acuerdo se produjo el mismo 2011 cuando la CSJN declaró con lugar el recurso de revocatoria, dejó sin efecto su propio pronunciamiento del 11 de julio de 2007 y devolvió las actuaciones al tribunal de origen, “con el objeto de dar estricto cumplimiento a lo ordenado por la Corte Interamericana de Dere-

<sup>399</sup> González-Salzberg, D. A., “La implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina: un análisis de los vaivenes jurisprudenciales de la corte suprema de justicia de la nación”, *Sur*, vol. 8, núm. 15, 2011, pp. 117-135, pp. 128 y ss.

<sup>400</sup> El Tribunal de San José considera que, por regla general, el instituto procesal de la prescripción debe aplicarse cuando corresponda, salvo que, como en el presente caso, se compruebe una clara falta de debida diligencia en la investigación y, en consecuencia, una negación al acceso a la justicia por parte de una víctima de tortura. CorteIDH, Caso Bueno Alves *vs.* Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 5 de julio de 2011, párr. 45.

<sup>401</sup> *Diálogo Jurisprudencial*, núm. 10, enero-junio, México, 2011, pp. 259 y ss.

chos Humanos —en la sentencia “Bueno Alves *vs.* Argentina”, notificada a este Tribunal el 21 de septiembre de 2007...”<sup>402</sup>

El caso brasileño avanza más tímidamente en la apertura. El Supremo Tribunal Federal muestra la permeabilidad hacia la recepción de estándares internacionales incluso fundamentando sus decisiones con base en precedentes judiciales de otros órganos jurisdiccionales, en especial a las jurisprudencias de la Suprema Corte de los Estados Unidos y del Tribunal Constitucional Federal de Alemania.<sup>403</sup> En cambio, el STF refleja una postura más conservadora frente a la Corte IDH, citando sólo pronunciamientos emitidos en su labor consultiva,<sup>404</sup> incluso con cierto revés,<sup>405</sup> mostrando interés en preservar su autoridad y una actitud no dialógica, que puede interpretarse como la negación a tomarse en serio la jurisprudencia de los tribunales supranacionales a cuya jurisdicción está sometido Brasil.

Un caso de diálogo interesante lo reflejan Jânia Maria Lopes Saldanha, José Luis Bolzan de Moraes y Lucas Pacheco Viera cuando comentan la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 2, § 1º de la Lei 8072/90 (lei dos Crimes Hediondos) por parte del Supremo Tribunal Federal, aludiendo una nueva interpretación del principio de la individualización de la pena y privilegiando la resocialización del recluso, invocándose el contenido de la

<sup>402</sup> Recurso de hecho. Derecho, René Jesús s/Incidente de prescripción de la acción penal. Causa no. 24.079.

<sup>403</sup> La referencia a la jurisprudencia extranjera es parte de la estrategia argumentativa, citando en 80 casos la Supreme Court y en 58 casos al BVerfG. *Cfr.* Afonso da Silva, V., “Integración y Diálogo Constitucional en América del Sur”, *Derechos Humanos, Democracia e Integración Jurídica en América del Sur*, en Bogdandy *et al.* (coords.), Río de Janeiro, 2010, p. 529.

<sup>404</sup> Una primera referencia aparece tardíamente en 2006 en relación al derecho de un extranjero detenido de ser informado sobre la asistencia consular como parte del debido proceso legal criminal, con fundamento en la OC-16/99. *Cfr.* Sentencia del Supremo Tribunal Federal en 2006, en la Extradición n.954/2006. En fecha 17/06/2009 se encuentra nuevamente una mención expresa a la jurisprudencia del Tribunal de San José en la decisión del Recurso Extraordinario 511.961/SP, bajo la relatoría del Ministro Gilmar Mendes, eliminando la exigencia de diploma universitario para el ejercicio de la profesión de periodista por ser lesiva a la libertad profesión, de expresión y de información, invocando la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana OC-5/85. *Cfr.* la sentencia del Supremo Tribunal Federal en 2009, en el RE 511961.

<sup>405</sup> Reciente caso sobre la ley de amnistía (Lei 6.683/79), que significó un revés “Em contrapartida, em decisão recente (30/04/2010), ao deliberar sobre a Lei de Anistia brasileira por ocasião do julgamento da ADPF n.º 153, o STF, por maioria, julgou improcedente o pedido que colimava a declaração – pela técnica da interpretação conforme à Constituição do §1º do artigo 1º da Lei 6.683/79 – de que a anistia não se estendia aos crimes comuns praticados”.

CADH en su artículo 5, numerales 2 y 6, para afianzar el argumento de la función de la pena privativa de libertad.<sup>406</sup>

El caso de las amnistías es paradigmático para la configuración del *ius constitutionale commune*. En este capítulo sólo subrayo el alcance que ha logrado la convergencia, vía diálogo jurisdiccional, de los estándares en la lucha contra la impunidad.<sup>407</sup> En América del Sur, en aras de la “reconciliación nacional” se dictaron las famosas leyes de “Punto final” del 24 de diciembre de 1986 y de “obediencia debida” del 4 de junio de 1987 y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 14 de junio de 2005, en el caso Simón, Julio Héctor y otros<sup>408</sup> las declaró nulas, fundamentando su decisión en la jurisprudencia Barrios Altos de la CorteIDH.<sup>409</sup> Argentina ha expandido su jurisprudencia mediante su estricto apego al estándar interamericano.<sup>410</sup> La Corte Constitucional de Colombia ha declarado claramente la inadmisibilidad de las amnistías y de las auto-amnistías, indultos generales, leyes de amnistía en blanco tomando como soporte el derecho internacional y las sentencias del contencioso interamericano.<sup>411</sup> Esta línea jurisprudencial de la CorteIDH también se ha adoptado respecto a otras leyes de amnistías (Brasil, Chile y Uruguay).<sup>412</sup> En Uruguay se ha generado una cierta tensión en el cumplimiento de esta línea jurisprudencial de la CorteIDH, pues la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay (SCJ), publicada el 22 de febrero de 2013, declara la inconstitucionalidad de la Ley No. 18.831

<sup>406</sup> Lopes Saldanha, J. M. *et al.*, “Reenvio Prejudicial Interamericano: um Novo Mecanismo Processual para o Desenvolvimento do Direito internacional dos Direitos Humanos”, en von Bogdandy *et al.* (coords.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica. Avançando no diálogo constitucional e regional*, Río de Janeiro, 2011, p. 617.

<sup>407</sup> Entre tantos, Binder, C., “The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights”, *German Law Journal*, 2011, pp. 1203-1229.

<sup>408</sup> Bazán, V., “El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia de Argentina”, *Estudios constitucionales*, año 8, núm. 2, 2010, pp. 359-388.

<sup>409</sup> CorteIDH. Barrios Altos *vs.* Perú. Sentencia del 14 de marzo de 2001. Fondo. Serie C No. 75, párr. 1; CorteIDH. Barrios Altos *vs.* Perú. Sentencia del 3 de septiembre 2001. Interpretación. Serie C No. 83, párr. 18.

<sup>410</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso Mazzeo, Buenos Aires, La Ley, 2007-D, p. 426; Caso Videla y Massera, 31 de agosto de 2010, considerando n° 8.

<sup>411</sup> CCC, Sentencia C-695/02, de fecha 28.08.2012. Disponible: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-695-02.htm>.

<sup>412</sup> CorteIDH. Almonacid Arellano *vs.* Chile. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154; CorteIDH. Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) *vs.* Brasil. Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia del 24 de noviembre de 2010, Serie C No. 219; CorteIDH. Gelman *vs.* Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221.

de Restablecimiento de la Pretensión Punitiva del Estado, lo que ha sido calificado por las ONGs como un obstáculo para la consecución de justicia para las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la última dictadura. CEJIL argumenta que la decisión de la SCJ “limita indebidamente la calificación de ciertas conductas como crímenes contra la humanidad y cuestiona el alcance y aplicabilidad de la sentencia de la CorteIDH dictada en el caso Gelman”.<sup>413</sup> No faltan voces críticas frente al desarrollo de estos estándares para combatir la impunidad, como se apunta en el capítulo II.

A través del diálogo a la inversa, esto es, cuando la CorteIDH acude a la jurisprudencia de tribunales nacionales para fundamentar sus decisiones, también se genera una incorporación de estándares tuitivos de los derechos humanos desarrollados a nivel doméstico.

Un caso emblemático que describe este proceso de adoptar estándares nacionales por la vía de una sentencia del órgano interamericano lo representa justamente *Gelman vs. Uruguay*. La apertura al diálogo con las instancias nacionales se manifiesta de manera particular, entre otros, en los títulos “*B. La dictadura militar y la Operación Cóndor como contexto de los hechos ocurridos a María Claudia García*” y en el “*E. Las amnistías y la jurisprudencia de tribunales de Estados Parte en la Convención*”. Respecto al título B, la CorteIDH recoge la jurisprudencia argentina desde principios de la década de los noventa, emanada de distintas instancias, concernientes a resoluciones que dejaron sentado que, “en el periodo del auto-denominado Proceso de Reorganización Nacional, se sustraían menores [de edad] de la esfera de custodia de sus padres [y que esa práctica constituía un] hecho público y notorio”; que “Las mujeres embarazadas detenidas en el marco de las operaciones de contrainsurgencia eran mantenidas vivas hasta que dieran a luz para después sustraer sus niños y desaparecerlas”; que “en numerosos casos, los niños y niñas eran entregados a familias de militares o policías”, “luego de que sus padres fueran desaparecidos o ejecutados”.<sup>414</sup>

Pero la CorteIDH dedica lugar destacado a la citación de la jurisprudencia nacional en cuanto a los pronunciamientos estatales (título E) acerca del alcance de las leyes de amnistía sobre graves violaciones de derechos humanos y su incompatibilidad con las obligaciones internacionales de los Estados que las emiten, destacando la convergencia en su considerar que

<sup>413</sup> CEJIL denuncia sentencia de la Suprema Corte de Justicia, Montevideo, 25.02.2013. Disponible en: <https://www.cejil.org/comunicados/cejil-denuncia-sentencia-de-la-suprema-corte-de-justicia>.

<sup>414</sup> CorteIDH. Caso *Gelman vs. Uruguay*. Sentencia del 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párr. 61.



violan el deber internacional del Estado de investigar y sancionar dichas violaciones. En relación a Suramérica, comienza con la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, “que resolvió, en el Caso Simón, declarar sin efectos las leyes de amnistía que en ese país constituían un obstáculo normativo para la investigación, juzgamiento y eventual condena de hechos que implicaban violaciones a derechos humanos”. Igualmente toma en cuenta la Corte Suprema de Justicia chilena, el Tribunal Constitucional de Perú, la Corte Suprema de Uruguay y en Colombia, no sólo la Corte Constitucional sino también la Corte Suprema de Justicia de Colombia, destacando que según este órgano, “las normas relativas a los [d]erechos [h]umanos hacen parte del gran grupo de disposiciones de Derecho Internacional General, las cuales son reconocidas como normas de *jus cogens*, razón por la cual, aquellas son inderogables, imperativas [...] e indisponibles”. A fin de poner de relieve el diálogo judicial que se evidencia en esta materia, la Corte Interamericana cita

La Corte Suprema de Colombia recordó que la jurisprudencia y las recomendaciones de los organismos internacionales sobre derechos humanos deben servir de criterio preferente de interpretación tanto en la justicia constitucional como en la ordinaria y citó la jurisprudencia de este Tribunal respecto a la inaceptabilidad de las disposiciones de amnistía para casos de violaciones graves a derechos humanos.<sup>415</sup>

Los efectos de esta línea jurisprudencial orientada a combatir la impunidad pueden constatararse con el dato empírico relativo al número de condenados y procesados por violaciones masivas y sistemáticas: desde 1983 hasta el presente en Argentina se registran 449 personas en causas por delitos de lesa humanidad, 404 han sido condenadas y 45 han sido absueltas.<sup>416</sup> En Chile, el Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales reporta un total de 535 acciones judiciales deducidas por el Programa de derechos humanos desde 2009, que abarca un total de 727 víctimas.<sup>417</sup> Perú sentó un precedente para la región en 2009 al condenar al ex presiden-

<sup>415</sup> CorteIDH. Caso Gelman *vs.* Uruguay. Sentencia del 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párrs. 215-224.

<sup>416</sup> Informe de la Procuración General de la Nación, Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado, Argentina, 2013. Disponible en: [http://www.mpj.gov.ar/docs/Links/DDHH/informe\\_de\\_la\\_web\\_marzo\\_2013.pdf](http://www.mpj.gov.ar/docs/Links/DDHH/informe_de_la_web_marzo_2013.pdf).

<sup>417</sup> Juicios por Derechos Humanos en Chile y la región, Observatorio de ddhh, Universidad Diego Portales, Boletín informativo N° 20 – octubre y noviembre 2012, p. 3. Disponible en: <http://www.icsa.cl/wp-content/uploads/2011/03/Bolet%C3%ADn-20-Estadisticas-y-noticias-sobre-causas-ddhh-en-Chile-y-la-regi%C3%B3n-oct-a-dic-2012.pdf>.

te Alberto Fujimori a 25 años de prisión como autor mediato de los delitos de homicidio calificado y lesiones graves (delito de lesa humanidad por las masacres de Barrios Altos y el caso La Cantuta). El rechazo a conceder el indulto en estos casos como se ha puesto de manifiesto en Chile en 2010<sup>418</sup> y Perú en 2013.<sup>419</sup>

En última instancia vale la pena citar un ejemplo de interacción que sirve para pavimentar el *ius constitutionale commune* por la permeabilidad constitucional y que se produce por la circulatibilidad de estándares como es el atinente a los DESC. En el desarrollo histórico de la regulación de los DESC tanto a nivel de los Estados como a nivel internacional e interamericano y comparado rige la premisa de que el cumplimiento de los principios de progresividad y no regresividad es esencial para la garantía efectiva de los DESC. Claudio Nash menciona que las jurisdicciones colombiana e interamericana sustentan su argumentación en el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas (1966) y en los pronunciamientos del Comité DESC.<sup>420</sup> En la famosa sentencia que alude a la extrema vulnerabilidad de la población desplazada (vulneración múltiple, masiva y continua de derechos fundamentales), la Corte Constitucional de Colombia (CCC) afirma el deber del Estado de “dar cumplimiento a sus obligaciones constitucionales de satisfacción progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales básicos de la población en aplicación de lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado «cláusula de erradicación de las injusticias presentes»” y, a la vez, reitera que el Estado “debe abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas ostensiblemente regresivos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que conduzcan clara y directamente a agravar la situación de injusticia, de exclusión o de marginación que se pretende corregir”.<sup>421</sup>

La CorteIDH, en el Caso Acevedo Buendía *vs.* Perú de 2009, se pronuncia igualmente sobre la progresividad y la no regresividad. Como una violación al derecho a la propiedad privada y al recurso judicial efectivo ca-

<sup>418</sup>Se destacó en la prensa el rechazo del presidente a otorgar indultos a condenados por crímenes de lesa humanidad. Cfr. [http://noticias.terra.com/noticias/chile\\_pinera\\_rechaza\\_indulto\\_a\\_represores\\_de\\_dictadura\\_act2438240](http://noticias.terra.com/noticias/chile_pinera_rechaza_indulto_a_represores_de_dictadura_act2438240).

<sup>419</sup>Noticia reflejada en los medios de comunicación. Cfr. <http://cnnespanol.cnn.com/2013/06/07/el-gobierno-de-peru-niega-indulto-al-expresidente-alberto-fujimori/>.

<sup>420</sup>Nash Rojas, C., “Relación entre el sistema constitucional e internacional en materia de derechos humanos”, en Capaldo *et al.* (dirs.), *Internacionalización del Derecho Constitucional, Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, 2012, pp. 155 y ss.

<sup>421</sup>CCC, Sentencia T-025/04, de junio de 2004. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm.o>.

lificó la CorteIDH que un grupo de pensionistas, durante un periodo de casi diez años, dejara de recibir la jubilación que legalmente le correspondía al momento de producirse dicha jubilación. A la justiciabilidad del desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales se suma que “la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate, para lo cual se basa en los estándares internacionales”.<sup>422</sup>

Pero además, al declarar la exigibilidad de los DESC y poner de relieve que son exigibles “en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”, cita la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Airey:

El Tribunal no ignora que la progresiva realización de los derechos sociales y económicos depende de la situación de cada Estado, y sobre todo de su situación económica. Por otro lado, el Convenio [Europeo] debe interpretarse a la luz de las condiciones del presente [...] y ha sido diseñado para salvaguardar al individuo de manera real y efectiva respecto de los derechos protegidos por este Convenio [...]. Si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio.<sup>423</sup>

Por la vía de la interacción entre los tribunales se está gestando el *ius constitutionale commune*. No en vano se habla de la “viva interacción” entre las decisiones de la CorteIDH y el derecho interno de los países de la región, en palabras de Diego García Sayán, actual presidente de la CorteIDH. En su argumentación, cuando los órganos jurisdiccionales domésticos se nutren de la jurisprudencia interamericana se da la llamada “nacionalización” del derecho internacional de los derechos humanos.<sup>424</sup> Todo ello encuentra soporte en la estatalidad abierta consagrada a nivel constitucional.

#### c. Diálogo a favor de la incorporación de estándares del Mercosur

La tesis sostenida en esta investigación acerca de la construcción del *ius constitutionale commune* bajo un enfoque de protección multinivel de la demo-

<sup>422</sup> CorteIDH. Caso Acevedo Buendía vs. Perú. Sentencia del 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párrs. 102-103.

<sup>423</sup> ECHR, *Case of Airey v. Ireland*, Judgment of 9 October 1979, Serie A No. 32, para. 26.

<sup>424</sup> García Sayán, “Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos”, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, San José, 2005, p. 325.

cracia y los derechos humanos en Suramérica, apalancado por el diálogo jurisdiccional, encuentra también alguna manifestación en materia de la integración regional. En el ámbito del sistema de solución de controversias en el Mercosur está el conocido caso de las papeleras. La selección del caso obedece a su estricto vínculo con los derechos humanos.<sup>425</sup> En él tiene lugar un diálogo jurisdiccional por el que se reciben los estándares de los otros sistemas de protección para concretizar el *ius constitutionale commune*.

¿Cómo surge el conflicto? En 2003 el gobierno de Uruguay autorizó la construcción de una planta de celulosa en la margen izquierda del río Uruguay, sin tomar en cuenta el Estatuto del Río Uruguay que prevé el deber de las partes de comunicar a la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU) la realización de cualquier obra.<sup>426</sup> Como era de esperarse la reacción de Argentina fue contraria, dándose inicio a un conflicto diplomático, jurídico, social y ambiental en el que los derechos a la libre circulación de personas y bienes, al ambiente, a la libre expresión del pensamiento y de reunión, desataron impactos sustanciales tanto en los intereses económicos de las empresas transnacionales como en la prolongada tensión entre los dos países fundadores del Mercosur. Luego de varios intentos diplomáticos frustrados para solucionar la controversia,<sup>427</sup> Argentina introduce en 2006 una demanda contra Uruguay ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya (CIJ)<sup>428</sup> alegando la autorización unilateral.<sup>429</sup> Uruguay, en cambio, en el mismo 2006, interpuso un reclamo por incumplimiento por parte de Argentina del Tratado de Asunción sobre el compromiso de garantizar la libre circulación de bienes y servicios, derivado de los “cortes de ruta”.

¿Qué decidió el tribunal arbitral *ad hoc* del Mercosur? Acogió parcialmente la pretensión uruguaya y declaró que la ausencia de las debidas diligencias por parte de Argentina era incompatible con el compromiso asu-

<sup>425</sup> Cfr. Lixinski, L., “Human Rights in Mercosur”, en Filho *et al.*, *The Law of Mercosur*, Oxford, 2010, pp. 352 y ss.

<sup>426</sup> Estatuto del Río Uruguay, suscrito en Montevideo el 19 de noviembre de 1973 entre el gobierno de la República Argentina y el gobierno de la República Oriental del Uruguay.

<sup>427</sup> Véanse en detalles en Anglés Hernández, M., “Fallo de la Corte Internacional de Justicia en materia ambiental, evidenciado en el asunto de plantas de celulosa sobre el río Uruguay”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 11, 2011, pp. 77-98

<sup>428</sup> Cipolatti, V., “Caso Papeleras: el Fallo de la Corte Internacional de Justicia y sus repercusiones nacionales e internacionales”, *Grupo de Estudios Internacionales Contemporáneos*, 2010, pp. 1-4. Disponible en: <http://www.geic.com.ar/2010/category/energia-y-ambiente/page/2/>.

<sup>429</sup> La Corte Internacional de Justicia decidió el 20 de abril de 2010 que Uruguay no violó sus obligaciones para evitar la contaminación ambiental. Cfr. Fallo de la CIJ, disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15877.pdf>.

mido por los Estados partes en el tratado fundacional del Mercosur.<sup>430</sup> Ello aunque Argentina había argumentado la imposibilidad de adoptar medidas más enérgicas que las disuasivas frente a los cortes de rutas, ya que implicaría el desconocimiento de la libertad de expresión, de reunión y de manifestación, que en su derecho interno revisten rango constitucional, mientras que el derecho de integración sólo reviste rango legal. Al respecto el Tribunal *ad hoc* señaló que el contenido del compromiso internacional no puede depender del derecho interno, con base en el artículo 27 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados de Viena de 1969.<sup>431</sup> El Tribunal *ad hoc*, esclareciendo el alcance del ejercicio de la libertad de expresión y reunión en el caso concreto, aborda la propia legislación argentina sobre el particular y asienta que “ni aun en el derecho argentino el derecho a la protesta es absoluto y debe limitarse cuando afecta el derecho de los demás”. Ello lo expresa, dice el Tribunal, el artículo 29.2 de la Declaración Universal, el artículo 32.2 de la Convención Americana y el artículo 19.2 y 19.3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “que son parte integrante de la Constitución de la Nación Argentina desde 1994 al haber sido incorporados en su artículo 75.22 (punto 139)”.

¿Cómo actúa el Tribunal Permanente de Revisión (TPR)? Reacciona en la dirección de facilitar la permeabilidad hacia estándares tuitivos con miras a la conformación del *ius constitutionale commune* con una jurisprudencia *in nuce*.<sup>432</sup> El caso revela un diálogo más velado con el Tribunal de Justicia de

<sup>430</sup> Laudo del Tribunal arbitral “ad hoc” de Mercosur constituido para entender de la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre “omisión del Estado Argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay”. Disponible en: <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/controversias/laudo.html>, p. 27.

<sup>431</sup> El laudo cita: “Tratamiento de los nacionales polacos en el territorio de Danzig”, 1933, PCIJ Series A/B No. 44, p. 4; *Cfr.* “S.S. Wimbledon”, 1923, PCIJ, Series A No. 1; “Comunidades greco-búlgaras”, 1930, PCIJ, Series B No. 17, p. 32; “Zonas Francas y el Distrito de Gex”, 1930, PCIJ, Series A No. 24, p. 12 y Series A/B No. 46, pp. 96-167; “Caso de las Pesquerías”, ICJ Reports, 1951, pp. 116-137; “Nottebohm” – Objeción preliminar, ICJ Reports 1953, pp. 111-123; “Reparación de daños sufridos al servicio de Naciones Unidas” ICJ Reports, 1949, pp. 176-180; “Elettronica Sicula” S.p.A. (ELSI), ICJ Reports, 1989, p. 15.

<sup>432</sup> Opinión contraria sostiene Deisy Ventura, para quien se dejó pasar la oportunidad de pronunciarse sobre el derecho a la salud. *Cfr.* Ventura, D., “Saúde Pública e Integração Regional: Tensões entre o Direito à Saúde e o Comércio Internacional”, en von Bogdandy *et al.* (eds.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional regional*, Río de Janeiro, 2011, p. 470.

la Unión Europea (TJUE) en tanto no lo cita en su fundamentación sino en los alegatos de las partes y un diálogo directo con un órgano jurisdiccional nacional, cuando cita a la Corte Suprema argentina.

El Tribunal arbitral reconoce su competencia para conocer asuntos vinculados con los derechos humanos, asunto cuestionado por Argentina por la naturaleza arbitral del órgano. El laudo dedica un título a los derechos humanos y dejó sentada la procedencia de los árbitros de países con historia de violaciones masivas de los derechos humanos como elemento condicionante de la sensibilidad hacia la temática.<sup>433</sup> Igualmente, en la lógica del Tribunal jugó el rol determinante el derecho internacional de los derechos humanos, pues para resolver el punto específico de las limitaciones a los derechos en conformidad con el estándar de la sociedad democrática, se remite al Preámbulo y el artículo XXVIII de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, al artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y al artículo 32.2 del Pacto de San José de Costa Rica.<sup>434</sup>

¿Existe un diálogo jurisdiccional? Puede apreciarse un diálogo velado con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en virtud de los argumentos aludidos por las partes: “Uruguay trae al caso el asunto resuelto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Comisión c/Francia – Asunto C-265/95)<sup>435</sup> en el cual, frente al bloqueo de rutas en Francia dispuesta por particulares, el órgano judicial estableció la responsabilidad de este Estado por la omisión en restablecer la libre circulación” (punto 31 del laudo); Argentina acudió al precedente del caso Schmidberger en el que otorgó prioridad al derecho a la libre expresión del pensamiento sobre el derecho a la libre circulación de bienes, el cual resultó afectado por el corte de una ruta internacional dispuesto por un movimiento ambientalista

<sup>433</sup> “Los integrantes del Tribunal pertenecen a países en los cuales se ha experimentado el avasallamiento de los denominados derechos humanos, que nuclea el plexo normativo que ampara los aspectos más íntimamente ligados con la dignidad del ser humano, por lo que el planteo no deja de serles de alta sensibilidad” (Punto 126 del laudo).

<sup>434</sup> Levrat, N./Raducu, I., “Le metissage des ordres juridiques europeens (une ‘theorie impure’ de l’ordre juridique)”, *Cahiers de droit europeen*, núm. 1, 2007, pp. 111-147.

<sup>435</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia del 9 de diciembre de 1997. Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa. Libre circulación de mercancías – Productos agrícolas – Obstáculos que resultan de actos de particulares – Obligaciones de los Estados miembros. Asunto C-265/95. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:6199570265:es:html>. Sentencia disponible en: InfoCuria - Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, <http://curia.europa.eu>.

(Sentencia del TJCE —ahora TJUE— del 12 de junio de 2003, Asunto C-112/00,<sup>436</sup> tomado del punto 51 del Laudo decisorio).

La argumentación para decidir la incompatibilidad de las restricciones ocasionadas por los cortes de vía con la libertad de circulación de mercancías y servicios denotaba la influencia de los alegatos debatidos a nivel europeo.<sup>437</sup> Se decidió que por el “tiempo de los cortes; la arbitrariedad e imprevisibilidad de los mismos, las alternativas en la presentación y duración de su práctica” (punto 113 del laudo); así como por la intermitencia, insistencia y continuidad de los cortes (punto 114 del laudo), había una violación del derecho de la integración. Parafraseando a Laurence Burgogues-Larsen cuando advierte que el diálogo entre la Corte de Estrasburgo y el Consejo Constitucional francés es de tipo furtivo,<sup>438</sup> en el razonamiento del Tribunal Arbitral se percibe la influencia y/o recepción de los criterios utilizados por el TJUE de la misma manera furtiva.

En cuanto al diálogo con la jurisdicción doméstica, el Tribunal arbitral, luego de destacar la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos (punto 135 del laudo), se apoya en una decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina<sup>439</sup> para reiterar que “la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente que los poderes constituidos no pueden discutir (punto 136 del laudo).

El TPR toma en cuenta la jurisprudencia del TJUE en otros casos como los relativos a la no discriminación. Por ejemplo en su Laudo No. 5 cita el criterio reiterado que “las medidas nacionales que puedan obstaculizar el comercio intracomunitario pueden estar justificadas por exigencias im-

<sup>436</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-112/00 Eugen Schmidberger – Internationale Transporte und Planzüge, 12 de junio de 2003. Disponible en: InfoCuria - Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, <http://curia.europa.eu>.

<sup>437</sup> En el caso C-265/95 el TJUE decidió declarar que Francia incumplió las obligaciones de no restringir la circulación de bienes al no adoptar todas las medidas necesarias y proporcionadas, sino que más bien fueron manifiestamente insuficientes para que determinadas acciones de particulares no obstaculicen la libre circulación de frutas y hortalizas; mientras que en el caso C-112/00 contra Austria, el TJUE afirmó que los manifestantes ejercieron pacíficamente y de forma legal su derecho de expresión y de reunión, tuvieron el cuidado de advertir a los automovilistas de ambos lados de la frontera en tiempo útil y sólo bloquearon el acceso de una única ruta, en una única ocasión y durante un tiempo limitado. TJUE, Asunto C-265/95, sentencia de 9 de diciembre de 1997, y Asunto C-112/00, sentencia de 12 de junio de 2003. Disponibles en: InfoCuria - Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, <http://curia.europa.eu>.

<sup>438</sup> Burgogues-Larsen, L., “De la internacionalización del diálogo entre los jueces”, en von Bogdandy *et al.* (coords.), *Estudos Avançados de Direitos Humanos. Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, São Paulo, 2013, p. 245.

<sup>439</sup> CSJN Argentina, autos “Chocobar, Sixto” del año 1996 (Fallos 319:3241).



perativas derivadas de la protección del medio ambiente, siempre que las medidas de que se trate sean proporcionadas el objetivo perseguido”.<sup>440</sup> La apertura hacia el diálogo con el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es manifiesta y se ha calificado como “reenvío”.<sup>441</sup> Valga citar el ejemplo relativo a la consideración del régimen de la interpretación prejudicial del sistema andino como el más apropiado por corresponderse con la realidad mercosureña y con la realidad latinoamericana en general. Aludiendo al carácter evolutivo del derecho, interpreta que las consultas prejudiciales coadyuvan a la concientización de los órganos judiciales nacionales respecto al derecho comunitario (o derecho de la integración) y las opiniones consultivas facilitan la adecuación a las nuevas circunstancias, incluso para modificar un criterio cuando se estime pertinente.<sup>442</sup>

En síntesis, según mi opinión, queda demostrada esa construcción paulatina del *ius constitutionale commune* tuitivo de la democracia y los derechos humanos gracias a la concurrencia de tres factores como son la permeabilidad constitucional, ya que son las propias Constituciones las que incorporan los tratados de derechos humanos con rango constitucional y éstos deben ser considerados como parámetros de control por los órganos jurisdiccionales; el enfoque multinivel de protección de los derechos como sistemas que están en interacción, y en última instancia, como expresión principal de la tendencia hacia el diálogo jurisdiccional. En Suramérica se constata una pluralidad de actores jurisdiccionales relevantes que van configurando un marco constitucional común construido colectivamente.

### B. *El control de convencionalidad*

El mecanismo del control de convencionalidad también contribuye a configurar y expandir el *ius commune*. Se trata de un proceso de ajuste a la CADH, que da origen al fenómeno que denomino como interamericanización, caracterizado precisamente por la expansión de los estándares de la

<sup>440</sup> El Laudo declaró violatoria de la normativa del Mercosur la prohibición de Argentina de importar cauchos remoldados procedentes de Uruguay por ser desproporcionada. Citas a las sentencias del TJUE, en los asuntos C-463/01, C-309/02, C-320/03. Puntos 15 y 16 del Laudo. Disponible en: [http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo\\_01\\_2005\\_es.pdf](http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2005_es.pdf).

<sup>441</sup> Cippitani, R., “El ‘derecho de la integración’ en la jurisprudencia de las Cortes de Latinoamérica”, en Pampillo Balino y Rabinovich-Berkman (coords.), *Derecho supranacional, globalización e integración jurídica*, México, 2012, p. 539.

<sup>442</sup> Opinión consultiva N° 01/2007, solicitud cursada por la Corte Suprema de Justicia del Paraguay. Disponible en: [http://www.tprmercosur.org/es/docum/opin/OpinCon\\_01\\_2007\\_es.pdf](http://www.tprmercosur.org/es/docum/opin/OpinCon_01_2007_es.pdf).

CorteIDH en los respectivos órdenes domésticos. Comprende el alcance de los derechos fijados por el órgano jurisdiccional, estableciendo estándares normativos así como las restricciones permitidas en una sociedad democrática, precisando las obligaciones positivas de los Estados, utilizando los estándares internacionales y de otras latitudes. Uno de los aportes esenciales y a la vez uno de los desafíos permanentes de la Corte Interamericana se centra, precisamente, en la capacidad de guiar la actuación de los Estados democráticos y la jurisprudencia de los tribunales nacionales.

Con el mecanismo del control de convencionalidad, que debe ser ejercido *ex officio* por todas las autoridades y no sólo del Poder Judicial”,<sup>443</sup> emerge, como destaca Ferrer Mac-Gregor, “un nuevo entendimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos al concebirse ahora como un “sistema integrado”, que involucra las instancias interamericanas (Comisión y CorteIDH) y autoridades nacionales de los Estados parte del Pacto de San José, lo que “está forjando progresivamente un auténtico *Ius Constitutionale Commune Americanum* como un núcleo sustancial e indisoluble para preservar y garantizar la dignidad humana de los habitantes de la región”.<sup>444</sup>

Los jueces de la CorteIDH, a través de sus votos razonados, han jugado un papel relevante en la configuración del control de convencionalidad, tanto en la fase de génesis del mecanismo como en la fase de la expansión. Sergio García Ramírez sostuvo que

...existe un “control de convencionalidad” depositado en tribunales internacionales —o supranacionales—, creados por convenciones de aquella naturaleza, que encomienda a tales órganos de la nueva justicia regional de los derechos humanos interpretar y aplicar los tratados de esta materia y pronunciarse sobre hechos supuestamente violatorios de las obligaciones estipuladas en esos convenios, que generan responsabilidad internacional para el Estado que ratificó la convención o adhirió a ella.<sup>445</sup>

Antônio Cançado Trindade, reiterativamente, expuso que

...los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho

<sup>443</sup> CorteIDH. Caso Gelman *vs.* Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párrs. 193 y 239.

<sup>444</sup> Ferrer Mac- Gregor Poisot, E., Voto razonado a la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso Gelman *vs.* Uruguay.

<sup>445</sup> Voto razonado del juez Sergio García Ramírez en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs.* Perú, sentencia del 24 de noviembre de 2006, párr. 5.

Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer *ex officio* el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana.<sup>446</sup>

Eduardo Ferrer Mac-Gregor, siendo juez *ad hoc*, propuso la caracterización del “control difuso de convencionalidad” a la luz de su desarrollo jurisprudencial, enunciando sus rasgos esenciales, a saber: el carácter “difuso” debido a que todos los jueces nacionales “deben” ejercerlo; su mayor o menor intensidad depende de la competencia para inaplicar o declarar la invalidez de una norma general en la medida que se trate de un sistema de justicia constitucional concentrado o difuso; el ejercicio es “de oficio”, sea invocado o no por las partes; el alcance o parámetro del control lo define el “bloque de convencionalidad”, incluyente de la jurisprudencia interpretativa de la CorteIDH es la interpretación del “*corpus juris* interamericano” con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad, y, por último, sus efectos son retroactivos cuando sea necesario para lograr la plena efectividad del derecho o libertad.<sup>447</sup>

También el juez *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas ha manifestado que la Convención Americana, adoptada libremente por los Estados del continente americano, equivale a una “Constitución supranacional” en lo atinente a los derechos humanos y todos los poderes públicos en las distintas esferas (federales, estatales o municipales) están obligados a respetarla y adecuarse a ella.<sup>448</sup>

La partida de nacimiento del control de convencionalidad es la sentencia en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*,<sup>449</sup> que se reconoce como *leading case*:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones

<sup>446</sup> Voto razonado del juez A. Cançado Trindade en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs.* Perú, sentencia del 24 de noviembre de 2006, párr. 2.

<sup>447</sup> Ferrer Mac-Gregor, E., “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 131, 2011, p. 928 y ss.

<sup>448</sup> Voto razonado del juez *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas en el caso Gomes Lund y otros (“guerrilha do araguaia”) *vs.* Brasil del 24 de noviembre de 2010, párr. 6.

<sup>449</sup> CorteIDH. Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrs. 123-125. Sergio García Ramírez ya se había pronunciado sobre la conveniencia del control de convencionalidad. *Cf.* voto del juez Sergio García Ramírez en el caso Myrna Mack Chang *vs.* Guatemala, resuelto el 25 de noviembre de 2003, párr. 27.

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.<sup>450</sup>

El control de convencionalidad es expansivo. Una primera expansión del control de convencionalidad se dio en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs.* Perú. En efecto, en este fallo se invoca el criterio del Caso Almonacid Arellano sobre el “control de convencionalidad” y lo “precisa” en dos aspectos: (i) procede “de oficio” sin necesidad de que las partes lo soliciten; y (ii) debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.

Una segunda expansión implica la consolidación y diversificación de la doctrina en diversos casos contenciosos, entre los cuales en Suramérica se pueden mencionar: *La Cantuta vs. Perú* (2006); *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* (2010); *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010); *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia* (2010); *Vélez Loor vs. Panamá* (2010); *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (2010), y *Gelman vs. Uruguay* (2011).

En el caso *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (2010) la Corte Interamericana deslinda el control de convencionalidad que ella ejerce como tribunal constitucional en sentido estricto y el control de convencionalidad que corresponde a los jueces (llamado difuso, descentralizado) en su condición de jueces “interamericanos” como guardianes de la Convención<sup>451</sup>). En efecto, la CorteIDH deja sentado que

...no está llamada a realizar un examen de la Ley de Amnistía en relación con la Constitución Nacional del Estado, cuestión de derecho interno que no

<sup>450</sup> CorteIDH. Caso Almonacid Arellano *vs.* Chile, párr. 124.

<sup>451</sup> Ferrer Mac-Gregor, E., “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en Fix-Zamudio y Valadés (coords.), *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, México, 2010.

le compete, y que fuera materia del pronunciamiento judicial en la Acción de Incumplimiento No. 153, sino que debe realizar el control de convencionalidad, es decir, el análisis de la alegada incompatibilidad de aquella ley con las obligaciones internacionales de Brasil contenidas en la Convención Americana.

Más adelante, la Corte insiste en el control de convencionalidad que corresponde a los jueces en estos términos:

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. El Poder Judicial, en tal sentido, está internacionalmente obligado a ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. 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.<sup>452</sup>

En palabras de Néstor Sagüés, el “control de convencionalidad” cumple un doble papel, pues invalida la aplicación de las normas nacionales (incluso las constitucionales) opuestas al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la propia CorteIDH, a la vez que obliga a interpretar todo el derecho nacional conforme al Pacto y a la jurisprudencia, excluyendo las interpretaciones que se opongan a éstos.<sup>453</sup> El parámetro del “control difuso de convencionalidad” por parte de los jueces nacionales (con independencia de si ejercen o no control de constitucionalidad) es el Pacto de San José y la jurisprudencia de la CorteIDH que la interpreta.<sup>454</sup>

Como lo ha ilustrado Sergio García Ramírez, el parámetro del control de convencionalidad es muy amplio, ya que la finalidad es que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos

<sup>452</sup> CorteIDH. Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Serie C No. 219, párr. 176.

<sup>453</sup> Sagüés, N. P., “Dificultades operativas del ‘Control de Convencionalidad’ en el sistema interamericano”, *La Ley*, Buenos Aires, 2009, p. 1.

<sup>454</sup> CorteIDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, párr. 227.

por el Estado. Comprende todo el *corpus iuris*, lo que implica tener a la vista no sólo la aplicabilidad y aplicación del Pacto de San José sino también otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que sea parte el Estado en cada caso concreto como serían el Protocolo de San Salvador, el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera.<sup>455</sup>

Conforme lo apunta Humberto Nogueira, todo juez de un Estado Parte, sea ordinario o constitucional, está llamado a desarrollar el control de convencionalidad “en aplicación del deber jurídico de respetar y garantizar los derechos convencionales de conformidad con el artículo 1 de la CADH, y la obligación de aplicar las medidas jurisdiccionales para asegurar la adecuación al sistema interamericano exigida por el artículo 2 de la misma CADH, aplicando como estándar mínimo los atributos de los derechos y garantías contenidos en la CADH y el *corpus iuris* interamericano, lo que constituye un control diferente y distinto del control de constitucionalidad”, pues obedecen a distintos parámetros de control, el primero es “el *corpus iuris* interamericano, cuyo texto central y básico es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mientras que el control de constitucionalidad tiene como parámetro básico la Constitución Política de la República.”<sup>456</sup>

Existe ya reconocimiento expreso de la justicia nacional hacia el control de convencionalidad en los términos expuestos por la propia CorteIDH, lo que permite dar un paso más en la construcción del *ius constitutionale commune*.

La adopción del control de convencionalidad en los órdenes nacionales puede determinarse claramente en la jurisprudencia Argentina. En noviembre de 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), al examinar la norma que establece un régimen indemnizatorio específico para el personal militar y declarar su inconstitucionalidad, basa su argumentación en la estatalidad abierta producida tras la reforma constitucional de 1994.<sup>457</sup> Reitera se jurisprudencia en el sentido del deber de tener en cuenta “las direc-

<sup>455</sup> Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, respecto de la sentencia del caso citado, del 24 de noviembre de 2006, párr. 3.

<sup>456</sup> Nogueira Alcalá, H., “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011”, *Estudios constitucionales*, vol. 10, núm. 2, 2012, p. 64.

<sup>457</sup> CSJN, R. 401. XLIII. REX, Rodríguez Pereyra Jorge Luis y otra, fallo de 27/11/2012. Disponible en: <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=697165>.

tivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos”, el deber del control de convencionalidad y su aplicación en el caso argentino.<sup>458</sup> En efecto, la CSJN, partiendo de su precedente “Mazzeo” (Fallo: 330:3248), que data de 2007, enfatiza que a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano, esa Corte admite que la interpretación que realiza la CorteIDH de la CADH constituye “una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia”.<sup>459</sup>

Desde el mismo precedente “Mazzeo” se recoge el *leading case* “Almonacid”, en el que la CorteIDH dejó sentado el control de convencionalidad y que la CSJN transcribe íntegramente. Para la CSJN la incuestionable obligatoriedad del ejercicio de oficio del control de convencionalidad conlleva la “descalificación” de las normas internas que se opongan a la CADH.

Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (artículo 75, inciso 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa —formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos— que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango.<sup>460</sup>

La CSJN destaca que

...la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supe-  
ditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que irroga a  
alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su  
aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiestos de al-  
guna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución”...

Y agrega que la declaración de inconstitucionalidad al importar el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un

<sup>458</sup> CSJN, M. 2333. XLII. REX, Mazzeo Julio Lilo y otros, fallo de 13/07/2007, CSJN, G. 147. XLIV. RHE, García Mendez Emilio y Musa Laura Cristina, fallo de 02/12/2008; G. 291. XLIII. REX, Gualtieri Rugnone de Prieto Emma Elidia y otros, M. D. S. R. y otra /s ordinario s/, dictamen de 07/06/2011, entre otros.

<sup>459</sup> CSJN, M. 2333. XLII. REX, Mazzeo Julio Lilo y otros, fallo de 13/07/2007, considerando 20.

<sup>460</sup> CSJN, R. 401. XLIII. REX, Rodríguez Pereyra Jorge Luis y otra, fallo de 27/11/2012, considerando 12.



poder de jerarquía igualmente suprema, constituye un remedio de *última ratio*.<sup>461</sup>

Ciertas voces se manifiestan contrarias a esta nueva figura del control difuso de convencionalidad, argumentando que la jurisprudencia de la CorteIDH no es unívoca y refleja deficiencias conceptuales al confundir el control de convencionalidad que es ejercido por el órgano interamericano con la “interpretación de derecho y libertades acorde a tratados” que corresponde a cargo de los poderes judiciales nacionales.<sup>462</sup> Sin embargo, la postura asumida en este trabajo coincide con la valoración formulada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor:

...la trascendencia de la nueva doctrina sobre el “control difuso de convencionalidad” es de tal magnitud, que probablemente en ella descansa el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y, a su vez, contribuirá al desarrollo constitucional y democrático de los Estados nacionales de la región. La construcción de un auténtico “diálogo jurisprudencial” —entre los jueces nacionales y los interamericanos—, seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI. Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *ius constitutionale commune* en las Américas.<sup>463</sup>

El desafío está en desarrollar los mecanismos de protección de la estatalidad abierta sobre la base de que, como afirma Antônio Cançado Trindade, el futuro de la efectiva protección de los derechos humanos en el contexto global está condicionado a los mecanismos nacionales de implementación.<sup>464</sup>

<sup>461</sup> CSJN, R. 401. XLIII. REX, Rodríguez Pereyra Jorge Luis y otra, fallo de 27/11/2012, considerando 14.

<sup>462</sup> Castilla, K., “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, *Anuario mexicano de Derecho Internacional*, vol. 11, 2011, pp. 593-624, p. 605 y ss. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/11/pim/pim20.pdf>.

<sup>463</sup> Cfr. Voto razonado del juez *Ad Hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la CorteIDH en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, del 26 de noviembre de 2010, párr. 88.

<sup>464</sup> Cançado Trindade, A. A. y Ventura Robles, M. E., *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos y UNHCR, 2004, p. 91.

C. *Vulneración de la estatalidad abierta: La excepción confirma la regla*

La configuración de un *ius constitutionale commune* no es lineal, sino presenta oscilaciones y hasta cierto retroceso: Venezuela es la excepción que confirma la regla de la construcción del *ius constitutionale commune*. Este país ha presentado el preaviso de denuncia de la CADH<sup>465</sup> y su Tribunal Supremo de Justicia, frente a una decisión de la CorteIDH,<sup>466</sup> sostiene la tesis de inejecutabilidad de los fallos del contencioso interamericano.<sup>467</sup> De concretarse esta solicitud, transcurrido un año, Venezuela entrará en la lista de los Estados miembros de la OEA que no son parte de la CADH.<sup>468</sup> El país estaría vinculado por la Declaración Americana, la Carta de la OEA y demás instrumentos de esta organización, pero no por la CADH ni bajo la jurisdicción contenciosa de la CorteIDH. Este paso va en la dirección de reforzar la existencia en el hemisferio de “dos clases de habitantes o de ciudadanos”, lo que contraviene el interés por alcanzar la “verdadera universalización de los derechos humanos en América”.<sup>469</sup>

Representantes de la OEA y la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos instaron inmediatamente a la reconsideración de esta decisión.<sup>470</sup> También las organizaciones no gubernamentales<sup>471</sup> y la acade-

<sup>465</sup> Disponible en: [http://www.oas.org/dil/esp/Nota\\_Republica\\_Bolivariana\\_de\\_Venezuela\\_al\\_SG\\_OEA.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Nota_Republica_Bolivariana_de_Venezuela_al_SG_OEA.pdf).

<sup>466</sup> CorteIDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Sentencia del 5 de agosto de 2008.

<sup>467</sup> Sentencia No. 1939 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (“TSJ”). Expediente No. 08-1572. Sentencia del 18 de diciembre de 2008. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>.

<sup>468</sup> Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Canadá, Cuba, Estados Unidos, Guyana, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas y Trinidad y Tobago.

<sup>469</sup> Discurso del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, juez Diego García-Sayán, ante la XLI Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, San Salvador, 7 de junio de 2011.

<sup>470</sup> El secretario General de la OEA lamentó la decisión en un comunicado de prensa (C-307/12), que la referida convención es “uno de los pilares de la normativa legal que ampara la defensa de los derechos humanos en el continente”; la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos, Navi Pillay, instó enérgicamente a Venezuela a reconsiderar su decisión de retirarse de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y advirtió que eso podría ser un serio revés para la protección de los derechos humanos en Venezuela y en toda la región (Ginebra, 11 de septiembre de 2012).

<sup>471</sup> Amnistía Internacional, Declaración Pública, 12 de septiembre de 2012. Decisión de Venezuela de denunciar la Convención Americana es una afrenta a las víctimas de violaciones de derechos humanos y a generaciones futuras de venezolanos. Disponible en: <http://www.amnesty.org/es/library/info/AMR53/005/2012/es>.

mia se manifestaron en contra de la denuncia de la CADH.<sup>472</sup> El giro radical desde las decisiones de la antigua Corte Suprema de Justicia incorporando estándares de la CADH y de tratados internacionales (por ejemplo en el ya citado *leading case* Mariela Morales *vs.* Ministerio de Justicia de 1990) hasta la alegación de usurpación en la soberanía argumentada por el Tribunal Supremo de Justicia (por ejemplo caso Apitz y otros) se erigen como excepción en el extremo de rechazo sistemático. La tendencia, por el contrario, se evidencia del modelo dialógico y coevolutivo que han experimentado los otros países mediante los mecanismos de protección en el plano de la jurisdiccionalidad (progresivo diálogo y control de convencionalidad).

La respuesta del propio sistema interamericano da lugar para el optimismo. Frente a este tipo de retrocesos, se activa por primera vez en la historia la garantía colectiva prevista en la propia CADH (artículo 65) respecto al deber de la CorteIDH de enviar informes anuales a la Asamblea General de la OEA informándole, entre otros, el no cumplimiento de sus decisiones por los Estados partes.<sup>473</sup> El desafío actual es avanzar en el entendimiento del Estado abierto como condición indispensable de la protección supranacional de la democracia y los derechos humanos, sin menoscabo del orden constitucional, sino producto del mismo. Las decisiones nacionales están bajo la supervisión de las autoridades supranacionales y por ello no se trata de un *domaine réservé* del Estado, como pretende asumirlo el Estado venezolano.

<sup>472</sup> Acción de nulidad por inconstitucionalidad presentada 27 de septiembre de 2012. Disponible en: <http://www.observatoriodeconflictos.org.ve/oc/wp-content/uploads/2012/09/Accion-inconst-DENUNCIA-CADH-270912.pdf>.

<sup>473</sup> Resolución CorteIDH, del 23 de noviembre de 2012, en la cual “estableció la negativa de Venezuela a dar cumplimiento a la sentencia de fecha 5 de agosto de 2008 en el caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*. De conformidad con el artículo 65 de la Convención Americana, la Corte informa a la Asamblea General de la OEA que Venezuela, no ha dado cumplimiento a la sentencia mencionada, por lo que solicita que inste a dicho Estado a cumplir con la sentencia de la Corte”. *Cfr.* Informe Anual 2012, p. 68. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa\\_2012.pdf](http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2012.pdf).