

Ius Commune interamericano. Brevísimas notas sobre el concepto de diálogo*

Paola Andrea Acosta

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La idea de diálogo. 3. Los factores que dan lugar al diálogo. 4. Los resultados del diálogo: la red judicial interamericana y el *Ius Commune* interamericano.

1. INTRODUCCIÓN

En el marco de los profundos cambios que han experimentado tanto el derecho internacional como el derecho constitucional resulta cada vez más evidente la interacción e interdependencia de estos dos ordenamientos. Este vínculo estrecho es particularmente relevante en el campo de los derechos humanos donde gracias a la creciente interacción de los jueces nacionales e internacionales hoy se puede hablar no sólo de sistemas nacionales o internacionales de protección, sino de modelos multinivel de tutela (DIDH).

Tal realidad es particularmente evidente en nuestra región. Desde nuestro punto de vista en Latinoamérica existe un contexto, un conjunto de normas y unas herramientas jurisprudenciales que, vistos como un todo, han servido para desarrollar un diálogo judi-

* Las ideas presentadas en este texto hacen parte de una investigación más amplia publicada por la autora en el libro “Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel, el caso interamericano” Universidad Externado de Colombia. 2014

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

cial que permite la construcción de una red judicial interamericana que tiene como uno de sus principales resultados la configuración de un *Ius Commune* interamericano o como lo denomina el profesor Armin von Bogdandy y los miembros del proyecto ICCAL, un *Ius Constitutionale Commune*. A renglón seguido hablaremos de la idea de diálogo (I.), de los factores que permiten su desarrollo (II.) y del *Ius Commune* como resultado del mismo (III.).

2. LA IDEA DE DIÁLOGO

En los años recientes la idea del diálogo judicial ha adquirido mucha fuerza, toda vez que se trata de un fenómeno generalizado producto de la creciente judicialización del derecho internacional y de la marcada interdependencia de los diversos ordenamientos que conforman el actual escenario jurídico global. Pese a los diversos estudios sobre este asunto, el uso del concepto de diálogo está aún lejos de ser uniforme. Por ello, al referirnos al diálogo judicial interamericano, primero debemos aclarar qué entendemos por tal. Para tal efecto, nos serviremos de la definición de Rafael Bustos, quien entiende el diálogo como

(...) la comunicación entre tribunales derivada de una obligación de tener en cuenta la jurisprudencia de otro tribunal (extranjero o ajeno al propio ordenamiento jurídico) para aplicar el propio Derecho.¹

En otras palabras, el diálogo es el proceso comunicativo que surge de la necesidad de articulación con miras a la conquista de un objetivo común. Así, habrá diálogo cuando los jueces, partiendo de un marco normativo común cuya efectividad requiere de su articulación, reconocen en su homólogo un interlocutor válido cuyo trabajo aparece como una herramienta indispensable para el quehacer propio. En este contexto, la recepción de jurisprudencia con rango de autoridad también es comprendida como diálogo.²

¹ Bustos Gisbert, Rafael. "XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 95, mayo-agosto, pp. 13-63, 2012

² Nogueira Alcalá, Humberto. "El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado

Ius Commune interamericano

Atendiendo a este marco teórico, podemos decir que la creciente interacción entre el juez interamericano y los jueces constitucionales puede ser catalogada como un diálogo de naturaleza formal y vertical,³ esto es, un uso mutuo de la jurisprudencia como resultado de la plena convicción que tienen tanto los jueces nacionales como el juez regional de que existe un objetivo compartido —la protección de los derechos humanos— y un marco jurídico de referencia común —la CADH— que los obliga a articularse.

Esta definición nos permite diferenciar el diálogo de la mera migración de ideas o de los ejercicios de derecho comparado. Para nosotros, el diálogo es mandatorio y su obligatoriedad se desprende de las normas tanto interamericanas como constitucionales.

3. LOS FACTORES QUE DAN LUGAR AL DIÁLOGO

Desde nuestro punto de vista, en Latinoamérica existen tres factores fundamentales que dan lugar al diálogo judicial en los términos acá definidos, estos son: el contexto jurídico, el marco normativo y las herramientas jurisprudenciales.

En cuanto al contexto, podemos decir que el proceso de humanización experimentado por el derecho internacional y las recientes transformaciones constitucionales en la región crean el escenario perfecto para la interacción entre los jueces. Primero, ambos ordenamientos asumen la protección de los derechos humanos como uno de sus objetivos básicos; segundo, ambos reconocen el importante papel de los jueces en relación con tal protección y, finalmente, ambos resaltan la importancia de su interacción para perfeccionar esa tutela. Es dentro de este contexto que surgen las normas que permite el diálogo.

En una mano tenemos las normas interamericanas, así el principio de subsidiariedad, referido en el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las obligaciones

y chileno”, *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Vol. 9, N° 2, 2011.p 23-24

³ *Ibidem*. p 24

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

generales de respeto, garantía y adaptación, las reglas sobre interpretación, el derecho de acceso a la justicia, la cláusula sobre reparación integral y las cláusulas sobre el cumplimiento y la fuerza vinculante de las sentencias.⁴

En la otra, todas las cláusulas de apertura del derecho constitucional al derecho internacional (incorporación, jerarquía,⁵ remisión)⁶ y sus cláusulas de articulación (interpretación con-

⁴ Ver Convención Americana sobre derechos humanos, Preámbulo, artículos 1.1, 2, 8, 25, 29, 63, 68.

⁵ Así, tenemos aquellos ordenamientos cuya constitución dice que estos instrumentos prevalecerán en el ordenamiento interno: Constitución de la República de Bolivia Artículo 13; Constitución de Guatemala Artículo 46; Constitución de Colombia Artículo 93. También, aquellos casos en los que la constitución explícitamente concede rango constitucional a los tratados de derechos humanos: Constitución de Argentina. art. 75. 22; Constitución de República Dominicana Artículo 74; Constitución de República Dominicana Artículo 74; Constitución de Venezuela. Artículo 23; Constitución de Brasil. Art. 5, parágrafo LXXVIII, inc. 3. Además, están aquellos eventos en los que los ordenamientos reconocen que el DIDH tiene un estatus inferior al constitucional pero superior al legal: Constitución de Costa Rica. ARTÍCULO 7; Constitución del Salvador ARTICULO 144; Constitución de Honduras. ARTÍCULO 16; Constitución de Paraguay. Artículo 137. Finalmente, están aquellos ordenamientos cuyas constituciones omiten toda referencia al rango normativo de los tratados internacionales pero cuya jurisprudencia les ha reconocido bien sea un estatus constitucional o supra-legal: Así, Chile, Nicaragua, Panamá, Perú y Uruguay. En todo caso la jurisprudencia constitucional de estos países ha subsanado este vacío normativo señalando que las normas internacionales de derechos humanos tienen o bien jerarquía constitucional o bien jerarquía supra legal o que ellas sirven para interpretar o completar las garantías constitucionales Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago. González Sáez c/ INP, (2006), Corte Suprema de Chile. Wilfredo Antilef Sanhueza con Juez Titular Primer Juzgado del Trabajo San Miguel (2005), Corte Suprema. Hugo Iturrieta Núñez con Juez Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago (2005) Perú [STC Exp. N.º 10063-2006-PA/TC, S, f. j. 22]

⁶ Constitución de la República de Argentina, Artículo 33; Constitución de la república de Bolivia, Artículo 13; Constitución de la república de Bolivia, Artículo 13; Constitución de la República Federativa de Brasil, Art. 5, parágrafo LXXVIII, inc. 2; Constitución de la República de Chile Art. 5; Constitución de la República de Chile Art. 5; Constitución de la República de Colombia ARTICULO 94; Constitución de la República de Costa Rica ARTÍCULO 74; Constitución de la República del Ecuador, Artículo 11. 3; Constitución de la República del Salvador, ARTICULO 52; Constitución de

Ius Commune interamericano

forme⁷ y cumplimiento⁸). Todas estas normas dan lugar a las herramientas jurisprudenciales que facilitan el diálogo, entre ellas las más importantes, la interpretación conforme y el control de convencionalidad.

Estas normas deben comprenderse como un todo, un conjunto normativo que permite el diálogo entre los jueces de ambos niveles de protección. Así pues, los jueces nacionales se sirven del derecho internacional de los derechos humanos como norma constitucional o supralegal si su ordenamiento se los permite,⁹ pero en caso de que no existan normas constitucionales al respecto, los funcionarios judiciales pueden alegar que dicha ins-

la República de Guatemala, Artículo 44; Constitución de la República de Honduras, ARTÍCULO 63; Constitución de los Estados Unidos mexicanos, Artículo 10; Constitución de la República de Nicaragua, Art. 46; Constitución de la República de Panamá, ARTÍCULO 17; Constitución de la República del Paraguay Artículo 45; Constitución de la República del Perú, Artículo 3; Constitución de la República del Uruguay, Artículo 72; Constitución de la República bolivariana de Venezuela, Artículo 22

⁷ Constitución de la República de Colombia, Artículo 93; Constitución de la República del Perú, Cuarta disposición final y transitoria; Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 1.2 Constitucional; Constitución de la República Dominicana, Artículo 74.4; Constitución de la República del Ecuador Art. 172; Constitución de la República de Costa Rica, ARTÍCULO 48; Constitución de los Estados Unidos Mexicanos Artículo 103

⁸ Así por ejemplo, El artículo 93 de la constitución ecuatoriana, el artículo 15 de la constitución hondureña. En el caso colombiano, peruano y mexicano las normas útiles al cumplimiento de sentencias internacionales en materia de derechos humanos son de rango legal. Así la ley 288 de 1996 en Colombia, La ley federal de responsabilidad patrimonial del Estado, DOF 31/12/2004 y la ley sobre celebración de tratados, DOF 2/01/1992 en México y el Código Procesal Constitucional de 2004 (art. 115), así como la ley 27.775, publicada el 7 de julio de 2002 en Perú. En Costa Rica, la norma sobre este asunto está prevista en el Acuerdo de sede entre Costa Rica y la Corte IDH, 10 de septiembre de 1981.

⁹ Corte Constitucional de Perú. Caso Arturo Castillo Chirinos, Exp. N.º 2730-2006-PA/TC, Julio 21 2006. párr. 14. En la misma línea, el uso del derecho internacional por los jueces nacionales es hecho gracias a las cláusulas complementarias. Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Expdt. 1665, Marzo 13 2003; Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, Sala Constitucional, Sentencia No. 59, Mayo 7 2004 y Sentencia No. 103 Noviembre 8 2008; Corte Suprema de Justicia de Panamá, Expdt. 794-07, Agosto 21 2008.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

trumentalización se justifica, en las cláusulas de remisión, en las normas sobre interpretación conforme o en el cumplimiento de un compromiso internacional de garantía o adaptación¹⁰ y/o en la interpretación *pro personae* que están obligados a perseguir.¹¹ En consecuencia, bien sea por mandato constitucional o en virtud de una obligación internacional,¹² el juez local se encuentra compelido a proyectar su trabajo bajo la luz de las normas regionales; no se trata de una mera cuestión de deferencia sino del estricto cumplimiento de un deber jurídico. Ahora bien, el diálogo implica reciprocidad. En el escenario regional el juez interamericano, tiene en cuenta las normas y la jurisprudencia nacional si ello es necesario para asegurar la interpretación favorable requerida en el artículo 29 CADH, para determinar la existencia y alcance de una violación, para evaluar la efectividad de los recursos nacionales y así decidir si puede o no actuar como mecanismo subsidiario de protección o para evaluar el cumplimiento de sus órdenes.¹³

De este marco normativo se desprende, además, las herramientas jurisprudenciales que sirven para desarrollar el diálogo: la inter-

¹⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 251. Mayo 28 1997

¹¹ Corte Suprema de Justicia de Panama, Expdt. 794-07, Agosto 21 2008. Corte Constitucional de Bolivia. Expediente No. 2006-13381-27-RAC, apartado III.3. Corte Constitucional de Perú. Expediente No. 2730-2006-PA/TC Julio 21 2006

¹² Es importante señalar que los jueces han entendido que la justificación de este dialogo es la suma de todas o algunas normas nacionales e internacionales. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-370, Mayo 18 2006

¹³ “De la lectura de la jurisprudencia interamericana se puede apreciar que el uso de la jurisprudencia nacional por parte del juez regional es cada día más común y se da en atención a cuatro supuestos diferentes. En primer lugar, el juez interamericano considera el trabajo del juez nacional cuando éste ha dado lugar a las violaciones que hacen responsable a los Estados; en segundo lugar, la CorteIDH se refiere a la jurisprudencia nacional para resaltar su aporte a la hora de esclarecer o enfrentar una violación; en tercer lugar, el trabajo del juez nacional es importante en el escenario interamericano cuando sirve como refuerzo de las ideas del juez regional; finalmente, la jurisprudencia nacional sirve como herramienta para la puntualización y ampliación del contenido de los derechos protegidos por el ordenamiento interamericano. Sobre este asunto y la lista de casos que dan cuenta de esto ver”. Acosta Alvarado. Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel, el caso interamericano. Universidad externado de Colombia. 2014.

lus Commune interamericano

pretación conforme y el control de convencionalidad. En el campo de los derechos humanos la figura de la interpretación conforme hace alusión al ejercicio hermenéutico exigido a todos los operadores jurídicos con base en el cuál las normas de derechos humanos deben interpretarse a la luz de las obligaciones internacionales. Por su parte, y pese a lo ambigua que ha sido la jurisprudencia,¹⁴ podemos definir el control de convencionalidad radicado en cabeza de los jueces nacionales como la tarea de supervisión y adecuación que todos los miembros de la judicatura deben ejercer con ocasión de los mandatos previstos en los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH y en virtud del cual ha de asegurarse la compatibilidad de las normas nacionales con los mandatos interamericanos. Como resultado del ejercicio de este control el funcionario validará, condicionará o invalidará la norma nacional en cuestión.¹⁵

Estas herramientas judiciales permiten la interacción de los jueces. Así, los funcionarios judiciales nacionales se encuentran obligados, siempre, a procurar la interpretación más favorable a los derechos humanos (interpretación conforme, bien sea en virtud de una cláusula constitucional que así lo disponga o de los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH) tomando en cuenta el contenido de las normas interamericanas establecido de acuerdo con la jurisprudencia del juez regional. En caso de no lograr esa interpretación y, según sus propias competencias, deberán bien abstenerse de usar la norma bien expulsarla del ordenamiento jurídico (control de constitucionalidad/convencionalidad). Se trata, en todo caso, de ejercicios de armonización que, con efectos diferentes, procuran la protección efectiva de los derechos humanos. En aquellos escenarios en los que las normas interamericanas han adquirido un rango constitucional o supralegal, el bloque de convencionalidad se subsume en el bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, el ejercicio de todo control de constitucionalidad,

¹⁴ Castilla, Karlos. “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/13/art/art2.pdf>

¹⁵ García Ramírez, Sergio. “El control judicial interno de convencionalidad”. *Revista del Instituto de Ciencias jurídicas de Puebla*. Año V, No. 28, julio-diciembre de 2011. p. 128

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

resulta ser, a su vez, un ejercicio de control de convencionalidad (o viceversa).¹⁶ En los eventos en que dicha incorporación no se ha dado, los mandatos interamericanos que obligan a la ejecución del control de convencionalidad determinan el ejercicio y los perfiles de dicho control. En caso tal de que los jueces nacionales fallen en su labor, le corresponderá al juez regional asumir la tarea de control teniendo en cuenta el trabajo adelantado por su homólogo nacional.

Así pues, bien sea por mandato nacional o internacional el funcionario judicial está llamado a efectuar un ejercicio de armonización o como lo denomina Espósito “una interpretación constitucional del derecho internacional”¹⁷ ya sea que este termine o no en la expulsión de una norma del ordenamiento jurídico. La eficacia y los alcances de dicho proceso de armonización están determinados por las normas de jerarquía e interpretación, así como por el marco sobre la estructura y las competencias de la judicatura nacional; y su éxito determina, a la vez, la garantía de un recurso efectivo y, por lo tanto, del derecho de acceso a la justicia, lo que en última instancia, condiciona la activación del mecanismo regional. Si el asunto llega al escenario regional, de acuerdo con la Convención y según la etapa del proceso, el juez interamericano deberá tener en cuenta el trabajo del juez nacional para decidir si activa su competencia, para determinar la existencia de la violación o para supervisar el cumplimiento de sus órdenes. En todo caso, en el marco de estos ejercicios de adaptación hermenéutica cuyo objetivo principal es asegurar el efecto útil (art. 29 CADH) de las normas —constitucionales e internacionales— de protección, los jueces interamericanos, como parte de la cadena de salvaguarda, también deben hacer un ejercicio de ponderación que garantice la interpretación más favorable, aun cuando ello signifique servirse de las interpretaciones de los jueces nacionales.¹⁸

¹⁶ CIDH (Supervisión de cumplimiento) 20 de Marzo 2013 *Gelman v. Uruguay*, Resolución de Supervisión de Cumplimiento de sentencia, 20 de Marzo de 2013, para. 88

¹⁷ “. Espósito, Carlos. “La interpretación constitucional de las normas internacionales”. *La Constitución en 2020. 48 ideas para una sociedad igualitaria*. Roberto Gargarella, Coord. Siglo XXI Editores. 2011. p 134

¹⁸ Piénsese por ejemplo, en el uso de la jurisprudencia nacional por parte del juez interamericano para ampliar los alcances de los artículos 21 y 22 de la

Ius Commune interamericano

4. LOS RESULTADOS DEL DIÁLOGO: LA RED JUDICIAL INTERAMERICANA Y EL *IUS COMMUNE* INTERAMERICANO

Desde nuestro punto de vista, el diálogo que acabamos de describir ha dado lugar a la construcción de una red judicial, cuyo eje central es la Corte IDH (quien asume el perfil de un tribunal constitucional), gracias a la cual se puede hablar de la existencia de un *Ius Commune* interamericano.

Entendemos por red aquel conjunto de herramientas, instituciones o personas relacionadas u organizadas, formal o informalmente, para la consecución de un determinado fin u objetivo común.¹⁹ En este orden de ideas, la red judicial²⁰ está conformada por los funcionarios investidos con la función de administrar justicia, bien sea a nivel regional o nacional, y cuya competencia

Convención con miras a proteger la propiedad colectiva de las comunidades indígenas o a la población desplazada por la violencia, respectivamente. Al respecto ver lo ejemplos referidos en este mismo Capítulo secciones 2.A.a o 2.C.a

¹⁹ “Networks are a well-established part of the social sciences vernacular. Tanja Börzel has offered the following general definition: ‘a set of relatively stable relationships which are of non-hierarchical and interdependent nature linking a variety of actors, who share common interests with regard to a policy and who exchange resources to pursue these shared interests, acknowledging that cooperation is the best way to achieve common goals’. For social scientists, networks are employed as an analytical tool to describe why and how cooperation or interaction between various actors takes place”. *Op. Cit.* Claes, Mónica. Are you networked yet? p 101 En derecho internacional la idea de red llega de la mano de Slaughter quien promueve la idea de que “the goverment networks are the key feature of Word order”. En este contexto, según la autora existen tres tipos de redes según su función (*enforcement, information, harmonization*) y su articulación pretende lograr la cooperación, la convergencia y el cumplimiento del derecho internacional. Slaughter, Anne-Marie. *A new world order*. Princeton University Press, 2004. Lo q Slaughter llama comunidad global de cortes y Martínez sistema judicial nosotros lo llamamos red. Todas estas ‘figuras’ buscan explicar el mismo fenómeno.

²⁰ Sirviéndose de su concepto de red, Slaughter acompañada por Helfer, han estudiado el trabajo de los jueces y han propuesto la idea de una comunidad global de jueces y de una comunidad legal global. *Op. Cit.* Helfer, Laurence R.; Slaughter, Anne-Marie “Toward a theory of effective supranational adjudication”

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

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

Esta red de protección puede ser caracterizada como una red multinivel²¹ y constitucional.²² Esto es como una red articulada en

²¹ Esto es, una red articulada entre varios niveles cuya coordinación no se da en términos jerárquicos o de unificación sino de cooperación. Esta idea la extraemos de los promotores del constitucionalismo multinivel, entre quienes se cuentan, Walker, Neil. *Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate*. 'Europe in Question' Discussion Paper Series. LSE; LEQS Paper No. 08/2009; Pernice, Ingolf. *Multilevel Constitutionalism and the treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?* En *Common Market law Review*, No. 36. 1999; Pernice, Ingolf y Kanitz, Ralf. *Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism in Europe*. WHI - Paper 7/04 Humboldt University. En el escenario latinoamericano Víctor Bazán hace alusión a la existencia del diálogo interjudicial, así como a la idea de protección multinivel erigida sobre la premisa de que existe un objetivo convergente y gracias al uso de la hermenéutica *pro persona*. A.A.V.V. *Justicia constitucional y derechos fundamentales el control de convencionalidad*. Nash, Claudio y Bazan, Victor. (eds.) (Santiago, CDH-FKAS, 2012). p 18 y 19

²² La idea de una red constitucional ha sido promovida, entre otros, por Anne Peters. Una red constitucional permite el ejercicio de funciones constitucionales y la consecución de objetivos constitucionales más allá del Estado gracias a la articulación de diferentes actores en varios niveles. Peters, al hablar del constitucionalismo internacional se refiere a la necesidad de visualizar "una red constitucional global tejida ligeramente: hay elementos fragmentarios de derecho constitucional en varios niveles de la gobernanza, en parte, en relación con sectores específicos. Tendríamos que visualizar estos elementos como si estuvieran situados tanto vertical como horizontalmente. Lo elementos constitucionales situados en los diversos niveles y sectores podrían complementarse y sostenerse el uno al otro. Esto es una red constitucional." Al referirse a la forma de interactuar dentro de la red, esta autora también hace alusión a una idea multinivel antes que a

lus Commune interamericano

varios niveles entre los cuáles no hay una relación de jerarquía,²³ a través de la cual se ejercen funciones constitucionales y cuyo objetivo principal es la armonización de los ordenamientos jurídicos para asegurar la protección efectiva de los individuos.

La idea de red que planteamos se asemeja a la imagen de una telaraña: en ella hay interacciones verticales —entre el juez regional y el juez constitucional— y relaciones horizontales —entre los jueces constitucionales de diversos países—. En este trabajo nos hemos ocupado tan sólo del eje vertical de la red y de su construcción a través del diálogo formal al que da lugar la lectura conjunta de las normas interamericanas y constitucionales. En esta arácnida imagen de la red, el primero de los niveles de protección está en los jueces nacionales.²⁴ No obstante, la piedra angular de la telaraña es la Corte IDH, la cual funge como faro de la función judicial de protección en Latinoamérica. Justamente este papel articulador del tribunal regional nos hace pensar en la posibilidad de concebir a la Corte IDH como una Corte Constitucional regional y a preguntarnos por la diferencia entre una idea multinivel y la tradicional imagen jerarquizada de un sistema judicial.²⁵

la tradicional visión jerárquica: “La edificación de una red constitucional transnacional, en la cual las normas aplicables no pueden ser alineadas en una jerarquía abstracta, tienen al menos una importante consecuencia jurídica: la solución de eventuales conflictos entre el derecho constitucional nacional e internacional requiere un balance de los intereses de los casos concretos.” Peters, Anne. “Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras constitucionales”. *La constitucionalización del derecho internacional*. Anne Peters, Mariano Aznar, Ignacio Gutiérrez Eds. Tirant lo Blanch, Monografías, 688. 2010, p 117.

²³ Sobre este asunto ver op. Cit. Acosta Alvarado. Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel.

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

²⁵ Idea similar es desarrollada por Stone respecto del sistema europeo, un escenario al que tilde de ‘comunidad de cortes’ coordinada a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo. Stone sweets, Alec. “A cosmopolitan legal order: Constitutional pluralism and rights adjudication in Europe”. *Global Constitutionalism* 2012, 1:1, 53– 90 Así, desde nuestro punto de vis-

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Ahora bien, uno de los resultados más importantes de la existencia del diálogo y, por lo tanto de la configuración de la Red, es la articulación de un *Ius Commune*. En nuestra opinión, el *Ius Commune* da cuenta de la existencia de un marco mínimo de protección conformado por el catálogo de derechos y obligaciones básicas que resulta de la convergencia de los listados constitucionales y los instrumentos regionales tras el ejercicio de interpretación que adelantan los jueces.²⁶

ta, y siguiendo al análisis que Queralt Jiménez hace del caso europeo, la Corte IDH opera como un ente armonizador cuyo éxito depende, en gran medida, de la recepción que hagan los jueces nacionales de su jurisprudencia: “[...] en términos de compatibilidad no de identidad, criterio que se adecua al proceso de armonización en materia de derechos y libertades fundamentales que protagoniza el TEDH en el ámbito europeo. Así es, la existencia de un estándar mínimo europeo + la asunción del pluralismo sobre el que se asienta el CEDH supone aceptar que el sistema europeo de garantía implica un proceso de armonización en materia de derechos y libertades, y no de uniformización, tal y como parece defender, además, mayoritariamente la doctrina europea. El TEDH desempeña una función armonizadora de los sistemas de garantía existentes en Europa, incluido el propio sistema de protección de derechos y libertades fundamentales del ordenamiento comunitario [...] en este proceso de armonización es un elemento esencial el uso que las jurisdicciones internas hacen del canon europeo y muy especialmente de las sentencias del Tribunal Europeo como herramienta hermenéutica”. Queralt Jiménez, Argelia. El Tribunal de Estrasburgo y los Tribunales Constitucionales. [en línea], Disponible en: http://www.upf.edu/constitucional/actualitat/PDFs/Queralt_Jimenezx_Argelia.pdf [06 de agosto de 2013].

- ²⁶ En el escenario europeo se ha desarrollado un concepto similar, El derecho constitucional común europeo que engloba el conjunto de principios comunes de los Estados miembros, que surgen de las constituciones, de las costumbres y del propio derecho europeo. Perez Luño, Antonio. “El Derecho Constitucional Común Europeo: apostillas en torno a la Concepción de Peter Haberle”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* Núm. 88. Abril-Junio 1995. El *Ius Commune* es prueba de lo que dice Cottier Multilayered governance thus relies upon a common and shared body of underlying constitutional values and legal principles, which penetrate all layers of governance alike. Today, these foundations exist in positive international law and are formally shared by the constitutions of a large number of states (...) The prospects of multi-layered governance therefore depend upon the level of shared procedural avenues established at and among different layers of governance. *Op. Cit.* Cottier, Thomas. “Multilayered governance pluralism, and moral conflict p. 657 y 662 Esta idea resulta acorde por la expresada por

Ius Commune interamericano

En este sentido —y acorde con las notas esenciales de los derechos humanos—, el *Ius Commune* se caracteriza por su naturaleza dinámica y progresiva ya que responde tanto a la inquietud de los jueces por adaptar el derecho a la realidad a la que ha de aplicarse, como a la necesidad de lograr su ampliación y profundización con el paso del tiempo. Se trata pues del resultado de un ponderado ejercicio de equilibrio. En este sentido, toda vez que el *Ius Commune* responde a la realidad regional y, por lo tanto, evoluciona sólo en la medida en que lo hagan tanto los derechos nacionales como el derecho interamericano en el marco de esa mecánica de interacción que hemos descrito hasta el momento,²⁷ su configuración siempre será respetuosa de la soberanía estatal y el pluralismo.²⁸

A la luz de estas ideas, podemos decir que el *Ius Commune* cumple fundamentalmente cinco funciones:

1. En primer lugar, permite establecer los estándares mínimos de protección.
2. Asimismo, ayuda a elevar los parámetros de salvaguarda.
3. En tercer lugar, el *Ius Commune* facilita la comunicación entre los diversos escenarios de tutela.

Tznakopolous quien afirma que el diálogo da lugar a un núcleo común de derechos a proteger en todos los niveles. Tzanakopoulos, Antonios. *Judicial Dialogue in Multi-level Governance: The Impact of the Solange Argument. The practice of international and national courts and the (de-)fragmentation of international law*. Ole Kristian Fauchald y André Nollkaemper (eds) Hart Publishing, 2012. p. 190.

²⁷ En esa dinámica ocurre lo que señala Waters: el juez internacional crea una regla que el juez nacional aplica haciéndola parte de una práctica reiterada gracias a la cual se crea una norma consuetudinaria de derecho internacional público. Waters, Melissa A. “The future of transnational judicial dialogue”, *The American Society of International Law Proceedings*, N° 104, 2010.

²⁸ Siguiendo las ideas de Pérez Luño en torno a la propuesta de Häberle, podemos decir entonces que el *Ius Commune* interamericano es una “realidad operativa” y en construcción soportada en la experiencia judicial de la región, que se erige como mecanismo de mediación entre los diversos intereses en juego —locales vs. regionales— evitando con ello la imposición de uno de los actores. Además, su existencia, como veremos más adelante, facilita la articulación de lo regional en escenarios de mayor alcance. Pérez Luño, Antonio. “El Derecho Constitucional Común Europeo: apostillas en torno a la Concepción de Peter Häberle”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* Núm. 88. Abril-Junio 1995. p 173.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

4. Además, permite alcanzar una coherencia que aunque facilita la igualdad es respetuosa de la diversidad.
5. Finalmente, tal como en el caso del ‘patrimonio constitucional común’ propuesto por Zagrebelsky²⁹ el *Ius Commune* interamericano sirve como parámetro de validez de las normas, tanto constitucionales, como internacionales y en ese sentido se erige como un derrotero para el legislador y, en general, como parámetro de conducta para el ejercicio del poder *ad intra* pero también *ad extra* del Estado.

Así pues, tal como lo apuntan nuestros colegas del proyecto ICCAL liderados por el Profesor von Bogdandy, en Latinoamérica podemos hablar de un derecho común, un derrotero que puede guiarnos en la profundización y el fortalecimiento del Estado social de derecho y, con ello, en la consecución de la protección efectiva de los individuos. A la luz de esta idea, desde nuestro punto de vista, los efectos del diálogo, la existencia del *Ius Commune*, tiene tres efectos particulares: a) el diálogo es causa y consecuencia de la reformulación de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, b) con él se impulsan las reformas constitucionales y legales que permiten ampliar o reforzar el catálogo de derechos, y los ajustes procesales e institucionales que coadyuven en el cometido de protección, c) potencia la efectividad de la tutela ofrecida a los individuos tanto en sentido estricto (para casos específicos y respecto del cumplimiento de las sentencias, nacionales e internacionales) como en sentido amplio, esto es, generando la cultura y herramientas necesarias evitar las violaciones, esto es, para lograr la protección sin tener que acudir a los estrados judiciales, tal como debe ser.³⁰

²⁹ Zagrebelsky, Gustavo. “El juez constitucional en el siglo XXI”. *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2725>

³⁰ Sobre todos estos asuntos, ver *op. cit.*, Acosta Alvarado. Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel.