

COMENTARIO A LA OBRA DE CARNOTA Y MARANIELLO “TRATADO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES”*

COMMENTARY ON THE WORK OF CARNOTA AND MARANIELLO “THE TREATISE OF INTERNATIONAL TREATIES”

*Victorino F. Solá***

*“(…) (L) a lucha que exige el Derecho para hacerse práctico
no es castigo, es bendición”*

Rudolf von Ihering, *Der Kampf ums Recht*, 17, 1872

Resumen: El presente trabajo comenta el contenido de las diferentes contribuciones autorales de la obra colectiva, observando que ellas, más que investigar el origen y el significado de los derechos acordados en los tratados como límites al poder Estatal, colocan en posición central a la persona humana, en el entendimiento que los tratados internacionales no son algo distinto del constitucionalismo, sino parte de él, como que son firmados bajo autorización constitucional.

Palabras-clave: Comentario - Tratados internacionales - Constitucionalismo.

Abstract: This paper discusses the content of the different authors' contributions in the collective work, noting that they, rather than investigate the origin and meaning of the rights granted in treaties such as limits on state power, placing in central position the human person, on the understanding that international treaties are not something different from constitutionalism, but part of it, as they are signed under constitutional authorization.

Keywords: Commentary - International Agreements - Constitutionalism.

* Trabajo recibido el 26 de agosto de 2015 y aprobado para su publicación el 29 de septiembre del mismo año.

** Abogado (Universidad Nacional de Córdoba/UNC). Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Especializando en Derecho Procesal Constitucional (Universidad Blas Pascal). Docente de Derecho Constitucional (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UNC) y de Derecho Público (FACEA Universidad Católica de Córdoba).

1. De la obra escrita de Walter F. Carnota (1) podría anotarse, *avant la lettre* la entrega que motiva estas líneas en calidad de Director y autor -sincronizado en la oportunidad con la dirección también de Patricio A. Maraniello-, una vasta producción nítidamente comprometida con la ciencia del Derecho Público, la que arraiga en las múltiples aristas del Derecho Constitucional, Derecho Constitucional Comparado, Derecho Procesal Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho de Integración y Comunitario, etc.; diferentes capítulos que desborda en sus delicados ápices y de los que conjuga una *construcción* jurídica, por cierto novedosa y orientadora, con valor e identidad propios, sin perjuicio de reconocerse tributaria de la autoridad científica de la figura de Germán J. Bidart Campos, que el autor -una vez desaparecido aquél- acomete como representante auténtico de escuela.

De la mentada obra de conjunto de Carnota -en desarrollo prácticamente ininterrumpido de páginas y tomos (2)- cabe indagar esta obra, la que ofrece bajo el título de ***Tratado de los Tratados Internacionales***. En ella se condensan las elaboraciones que -bajo el jalón de autor- reflejan su dominio de jurista en la disciplina, a la vez que su pericia -en su condición de Director- para acoplar los materiales dogmáticos de las colaboraciones autorales (3), los que devienen dispuestos coordinadamente y sin neutralizar sus concepciones más personales.

En el itinerario que anima su reseña, no puede dejar de destacarse que la visión panorámica de la obra en glosa responde a un método y ordenamiento precisos, los que se descomponen en un análisis descriptivo y crítico del plexo de reglas y principios de *Derecho Internacional, Derecho de Integración y Derecho Comunitario*, abastecido argumentalmente con certeros registros de legislación, doctrina y jurisprudencia sobre cada tópico. Ello conlleva un beneficio significativo para el lector al allanar el abordaje, tanto con foco teórico como con centro en la praxis, del denso catálogo de la normatividad internacional que hoy cimienta un horizonte más amplio para todo el Derecho que el del aparato estatal westfaliano.

2. Bajo esta égida, principia el Tomo I en el que se expone el *Derecho de los Tratados*. Carnota propone en el Capítulo I, con miras a obtener un esclarecimiento del

(1) CARNOTA, Walter F. - MARANIELLO, Patricio A. (Directores) - SOSA, Guillermina L. (Coordinadora). *Tratado de los Tratados Internacionales. Comentario*, La Ley, Buenos Aires (Argentina), 2011, Tomo I, 1199 páginas; Tomo II, 934 páginas; Tomo III, 909 páginas.

(2) La relevancia de su faena intelectual resulta doble de apreciarse si se repara en el testimonio científico de los más de 800 artículos y 59 libros, en autoría y co-autoría, con los que ha contribuido a la generación y despliegue del saber jurídico.

(3) Amén de Walter F. Carnota, intervienen con tal calidad: Beatriz Estela Aranguren, Luis F. Castillo Argañarás, Mary Beloff, Jorge O. Bercholz, Viviana Bonpland, María Cristina Calveyra, Christian Alberto Cao, María Claudia Caputi, Miguel A. Carlín, Carlos A. Chiara Díaz, Arístides Corti, Horacio G. Corti, Liliana B. Constante, Virginia Deymonnaz, Arturo Exequiel Dumón, Yanina Verónica Fernández, Diego Freedman, Lucas Gonçalves da Silva, Marisa Herrera, Alejandrina L. Herrero, Andrea Fabiana Mac Donald, Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva, Patricio Alejandro Maraniello, María Teresa Moya Domínguez, Eduardo Raúl Olivero, Victoria Pérez Tognola, Carlos Rebelo, Fernando Rey Martínez, Mónica S. Rodríguez, Giancarlo Rolla, Ricardo Sánchez, Óscar Sánchez Muñoz, Guillermina Leontina Sosa, Martiniano Terragni, Marcelo F. Trucco y David Villarreal.

instrumental de conceptos jurídicos genuinos (4) en la materia, una sistemática propeútica que concentra su atención bajo el epígrafe *El Marco Teórico-Conceptual de los Tratados Internacionales*, desbrozando el alcance del distingo alexiano entre las categorías de normas-reglas [*Regeln*] y normas-principios [*Prinzipen*] y enraizándolo en los artículos 27, 31 y 75 inciso 22 de nuestra Ley Fundamental. También se retoma la revista de los modelos de articulación de la relación entre Constitución y Derecho Internacional, sin dejar de auspiciar una perspectiva de base sociológica para el punto: “(...) ¿Se encuentran en tensión la Constitución y los tratados?”

La hipótesis propuesta por el autor endereza una lectura de diferentes *topos*: la complementariedad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los Tratados de Integración Regional, el proceso de factura de un Tratado Internacional [*treaty-making process*], sin marginar los desafíos que descubre la búsqueda de normas internacionales que -en contraste con el *hard law*, que irradia disposiciones de carácter vinculante, precisamente elaboradas y sujetas a cauces de cumplimiento coactivo en hipótesis de inobservancia- se pergeñan en un formato flexible e indicativo -debido a su articulación no imperativa y adhesión potestativa- con la etiqueta de *soft law*, el entroncamiento de los Tratados Internacionales con el constitucionalismo, etc. A la saga de esta última trama Carnota puntualiza: “(...) los tratados internacionales no son algo distinto del constitucionalismo, sino parte de él, como que son firmados bajo autorización constitucional. Ello desde el punto de vista clásico competencial formal. Desde un ángulo más sustantivo o material, los valores que subyacen en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, o en los de integración, como ser el apuntalamiento de los derechos, o el fortalecimiento de la paz y de la cooperación internacional (incluyendo, claro está, el desarrollo económico y comercial), integran la dimensión axiológica de la Constitución” (5).

Esta idea de relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional -enseña Mirkiné-Guetzévitch (6)- entraña un problema importante de la *Teoría del Derecho*, sin perjuicio de desnudar también un *problema práctico*, cuyas soluciones son precisas para las necesidades cotidianas de la vida jurídica de los ciudadanos y de los pueblos. En rigor, ambos conllevan una *realidad viva* en la que se considera al primero como una *técnica de la libertad* y se avizora al segundo como una *técnica de*

(4) RADBRUCH, G. “Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe”, *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, 12 (1938) 46.

(5) CARNOTA, W.F. (2011) “El Marco Teórico-Conceptual de los Tratados Internacionales” *ap. Tratado de los Tratados Internacionales. Comentario*, La Ley, Buenos Aires, T. I, pp. 3-13.

(6) MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. (1936) “Derecho Constitucional Internacional”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, pp. 25 y ss. [Versión original bajo título *Droit Constitutionnel International*, Sirey, Paris, 1933; la que resultara laureada por la Academia Francesa de Ciencias Morales y Políticas con el Premio *Joseph du Teil*, en 1934]. En torno a la consideración de las relaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional como un *problema de técnica jurídica*, *vide etiam Ibidem.*, “L’influence de la Révolution Française sur le développement du Droit International dans l’Europe orientale”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1928, T. XXII, pp. 299 y ss.; *Ibidem*, *Modernas Tendencias de Derecho Constitucional*, Reus, Madrid, 1934, pp. 48 y ss. [Versión original bajo título *Les nouvelles tendances du Droit Constitutionnel*, M. Giard, Paris, 1931].

la paz (7). Así se advierte que el Derecho Constitucional moderno reconoce una evolución merced la penetración en él de elementos internacionales. Empero, se apunta -y este es, quizás, el suceso más interesante- que el mismo efecto internacional puede realizarse tanto por un precepto constitucional como por una norma de Derecho de Gentes [*ius gentium*] (8).

Dicha propiedad se agudiza en el contexto de los *sistemas internacionales de tutela de derechos humanos*, vislumbrados -explica Cançado Trindade (9)- como compuestos por un orden público con normas imperativas de Derecho Internacional que se activan en dos dimensiones: (i) *horizontal*, en cuanto consagran obligaciones atinentes a los seres humanos debidas a la comunidad internacional *in totum*; en el marco del Derecho Internacional Convencional, vinculan ellas a todos los Estados partes en los Tratados de Derechos Humanos -obligaciones *erga omnes partes*-, y en el del Derecho Internacional General enlazan a todos los Estados que componen la comunidad internacional organizada, sean o no partes de aquellos Tratados -obligaciones *erga omnes lato sensu*-; (ii) *vertical*, en la medida que las obligaciones *erga omnes* de protección sujetan tanto a los órganos y agentes del poder público -estatal- como los simples particulares -en las relaciones interindividuales- (10). En consecuencia, el proceso de humanización del

(7) MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. (1936) "Derecho Constitucional Internacional", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, pp. 21 y 26. *Vide etiam, Ibidem*, "Les bases historico-empiriques de l'unité du Droit public", *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, 1928/1929, pp. 247 y ss.

(8) MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. (1936) "Derecho Constitucional Internacional", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, p. 27, aunque con la siguiente observación: "(...) *la estructura jurídica del Estado constitucional y democrático se opone a la violación de reglas de Derecho Internacional (...) la fuerza obligatoria de los tratados internacionales está en directa dependencia de la forma de gobierno de los Estados (...) la Constitución del Estado democrático es ya en sí misma una garantía de la observación de las reglas internacionales*".

(9) CANÇADOTRINDADE, A.A. (2007) "Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esencia y trascendencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1991-2006, Porrúa, México, p. 83.

(10) *Vide in extenso* los términos del Voto Razonado del Juez Cançado Trindade, A.A. en el caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Corte IDH, Sent. Serie C/140, de fecha 31/01/2006, párrafos 4/7, en orden a la emergencia de situaciones que ponen "(...) *en clarísimo relieve el carácter erga omnes de las obligaciones convencionales de protección de la persona humana (...) Lo Corte lo ha expresamente reconocido, con acierto, en la presente Sentencia (párrs. 117, 123 y 151). La Corte ha además determinado el exacto momento de surgimiento de la responsabilidad internacional del Estado bajo la Convención Americana: (...) La responsabilidad internacional de los Estados, en el marco de la Convención Americana, surge en el momento de la violación de las obligaciones generales, de carácter erga omnes, de respetar y hacer respetar - garantizar - las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona, recogidas en los artículos 1(1) y 2 de dicho tratado*" (párr. 111) (...) *La obligación general de garantía (artículo 1(1), al igual que la obligación general de armonización del derecho interno con la Convención, del artículo 2) abarca todos los derechos protegidos por la Convención, y revela el carácter erga omnes de protección de las obligaciones específicas de salvaguardia de cada uno de estos derechos. La obligación general de garantía del artículo 1(1) de la Convención demuestra, además, que los propios tratados de derechos humanos como la Convención Americana proveen la base jurídica para la exigibilidad del cumplimiento de las obligaciones erga omnes, como lo señalé en mi Voto Razonado en el caso Las Palmeras (Sentencia sobre excepciones preliminares, del 04/02/2000), referente a Colombia (...) urge promover el desarrollo doctrinal y jurisprudencial del régimen jurídico de las obligaciones erga omnes de protección*

Derecho Internacional alcanza indefectiblemente, ante los imperativos kelsenianos de una *civitas máxima* (11), a los ordenamientos constitucionales nacionales (12), des-

de los derechos de la persona humana (...) Como ponderé en mis Votos Concurrentes en las resoluciones sobre medidas provisionales de protección de esta Corte en los casos de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó versus Colombia (del 18/06/2002), y de la Prisión de Urso Branco versus Brasil (del 07/07/2004), se impone claramente el reconocimiento de los efectos de la Convención Americana vis-à-vis terceros (el Drittwirkung), sin lo cual las obligaciones convencionales de protección se reducirían a poco más que letra muerta (...) Subsiste, pues, incólume la tesis de la responsabilidad internacional objetiva del Estado, también en circunstancias del presente caso de la Masacre de PuebloBello versus Colombia, y aún más en dichas circunstancias, cuando para la configuración de la situación crónica (la creación del así-llamado "paramilitarismo") de alto riesgo contribuyó originalmente el propio Estado. También en mi Voto Concurrente en el caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó versus Colombia (resolución sobre medidas provisionales de protección del 06/03/2003), me permití insistir en la necesidad del "reconocimiento de los efectos de la Convención Americana vis-à-vis terceros (el Drittwirkung)", y agregué que "la protección de los derechos humanos determinada por la Convención Americana, de ser eficaz, abarca no sólo las relaciones entre los individuos y el poder público, sino también sus relaciones con terceros (grupos clandestinos, paramilitares, u otros grupos de particulares). Esto revela las nuevas dimensiones de la protección internacional de los derechos humanos, así como el gran potencial de los mecanismos de protección existentes, como el de la Convención Americana, accionados para proteger colectivamente los miembros de toda una comunidad, aunque la base de acción sea la lesión o la probabilidad o inminencia de lesión a derechos individuales".

(11) KELSEN, H. (1926) "*Les rapports de système entre le Droit International et le Droit Interne*", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Académie de Droit International de La Haye, T. XIV, pp. 227 y ss., para quien cuando el ordenamiento jurídico universal absorba a los emanados de los Estados-Nación, se erigirá en la "(...) organización de la humanidad y por tanto será uno con la idea ética suprema", debido a que "(...) sólo temporalmente y en modo alguno para siempre, la humanidad contemporánea se divide en Estados que, por lo demás, se han formado de un modo más o menos arbitrario. Su unidad jurídica es con ello la *civitas maxima* como organización del mundo: este es el núcleo político de la primacía del Derecho Internacional, que es, al mismo tiempo, la idea fundamental de aquel pacifismo que en el ámbito de la política internacional conforma la imagen inversa del imperialismo" [Versión original bajo título *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Mohr, Tübingen, 1920. Vide etiam, versión italiana bajo título *Il problema della sovranità e la teoria del Diritto Internazionale*, Giuffrè, Milano, 1989]. Vide in extenso, RIGAUX, F., "Hans Kelsen on International Law", *European Journal of International Law*, 9 (1998) 325.

(12) Tratándose de la conectividad entre ordenamientos constitucionales internos y el ordenamiento jurídico comunitario, se auspicia su tipificación como ordenamientos *recíprocamente autónomos* pero al tiempo *coordinados y comunicantes*, de estar al *corpus* jurisprudencial sobre el tópico perfeñado por la *Corte Costituzionale* italiana, en las Sentencias N° 170, de fecha 05/06/1984 y N° 389, de fecha 04/07/1989, entre muchas otras: "(...) il riconoscimento dell'ordinamento comunitario e di quello nazionale come ordinamenti reciprocamente autonomi, ma tra loro coordinati e comunicanti, porta a considerare l'immissione diretta nell'ordinamento interno delle norme comunitarie immediatamente applicabili come la conseguenza del riconoscimento della loro derivazione da una fonte (esterna) a competenza riservata, la cui giustificazione costituzionale va imputata all'art. 11 della Costituzione e al conseguente particolare valore giuridico attribuito al Trattato istitutivo delle Comunità europee e agli atti a questo equiparati. Ciò significa che, mentre gli atti idonei a porre quelle norme conservano il trattamento giuridico o il regime ad *essias* sicurato dall'ordinamento comunitario -nel senso che sono assoggettati alle regole di produzione normativa, di interpretazione, di abrogazione, di caducazione e di invalidazione proprie di quell'ordinamento-, al contrario le norme da essi prodotte operano direttamente nell'ordinamento interno come norme investite di "forza o valore di legge", vale a dire come norme che, nei limiti delle competenze e nell'ambito degli scopi propri degli organi di produzione normativa della Comunità, hanno un rango primario", vide in extenso *La Giustizia Costituzionale* nel 1989. Conferenza

pejando a la tutela y amparo de la dignidad de la persona humana como un *mínimum inalienable* que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover (13).

Ciertamente -y recurriendo a la gráfica observación de Häberle- "(...) *como un elemento de la imagen del mundo del tipo del Estado Constitucional (...) los diversos Estados Constitucionales no existen más para sí, sino que de entrada constituyen una comunidad universal abierta. La referencia al mundo y a sus semejantes en dicho mundo (la humanidad) es un pedazo de su noción de sí mismos*" (14).

3. El análisis en torno al *Derecho de Integración y Comunitario* se inaugura con el Capítulo II del Tomo I, en el que Carnota allega, bajo la rúbrica *Los jueces y los procesos de integración* (15), un texto que avanza por camino propio. En efecto, al impulso de una investigación trabajosa y consistente (16), se presenta un estudio inter-disciplinario del proceso de integración y se pondera -en clave comparatista- el precedente judicial como fuente de Derecho -tanto con sede en el ordenamiento de los Estados Unidos [*common law is judge-made law*] (17) como en el contexto de la Unión Europea, sin descuidar su

Stampa del Presidente Francesco Saja, Palazzo della Consulta, 16 gennaio 1990, Corte Costituzionale della Repubblica Italiana, disponible en www.cortecostituzionale.it. Al respecto, se arguye: "(...) así como la naturaleza autónoma del ordenamiento constitucional comunitario y de su sistema de control jurisdiccional debe entenderse en términos relativos, también en términos relativos debe entenderse la autonomía del ordenamiento constitucional nacional en lo concerniente tanto a la activación de los mecanismos internos de control como a las lecturas del texto constitucional en el marco de supuestas colisiones con el Derecho Comunitario", vide ALONSO GARCÍA, R. (2005) Justicia Constitucional y Unión Europea, Civitas, Madrid, pp. 12-13.

(13) TC del Perú, *Marcelino Tineo Silva y más de 5.000 ciudadanos*, E. N° 010-2002-AI/TC, de fecha 03/01/2003. En efecto, la dignidad de la persona humana se erige en la *premisa antropológico-cultural del Estado constitucional*, entendida -en sentido kantiano- como prohibición de instrumentalización de la persona, en cuanto sirve de piedra angular de una *ética universal* que el Estado Constitucional debe confirmar con su *propósito cosmopolita*, vide HÄBERLE, P. (1996) "La ética en el Estado constitucional. La relación de reciprocidad y tensión entre la moral y el Derecho", *Revista Dereito*, Santiago de Compostela, V. 5, N° II, pp. 156 y ss.

(14) HÄBERLE, P. (2001) *El Estado Constitucional*, UNAM, México, C. II, VI.3, *dicha obra* traducida por Héctor Fix-Fierro y acompañada de un *Estudio Introductorio* de Diego Valadés, configura una *summa* de los trabajos del autor vertidos, entre otros, en *Verfassung als öffentlicher Prozeß* [La Constitución como proceso público], Duncker & Humblot GmbH, Berlín, 1996; *Europäische Rechtskultur* [Cultura Jurídica Europea], Nomos, Baden-Baden, 1994; *Wahrheitsproblem im Verfassungsstaat* [Problemas de la verdad en el Estado Constitucional], Buch, Sonstiges, 1995; *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien* [Estudios de Teoría Constitucional Europea], Buch, Sonstiges, 1999.

(15) CARNOTA, W.F. (2011) "Los jueces y los procesos de integración ap. Tratado de los Tratados Internacionales. Comentado", *La Ley*, Buenos Aires, T. I, pp. 33-112.

(16) Tome el auditorio sencillamente nota de la matriz de literatura jurídica aprehendida por el autor, en la que despuntan, *v.gr.*, las referencias de John Bell, Emmanuel Decaux, Luís M. Díez-Picazo, Antonio A. CançadoTrindade, Allan E. Farnsworth, Louis Favoreu, Francisco Fernández Segado, Héctor Fix Zamudio, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Eduardo García de Enterría, Javier García Roca, Peter Häberle, Ran Hirsch, Vicki Jackson, Dieter Nohlen, Néstor P. Sagués, Mark Tushnet, Mary L. Volcansek, *et. al.* Vide in extensor CARNOTA, W.F., *op. cit.*, T. I, pp. 103-112.

(17) BARAK, A. (2006) *The judge in a Democracy*, Princeton University Press, New Jersey, p. 155, para quien el Derecho Comparado resulta de gran asistencia -*great assistance*- en la realización del

reflejo en el sistema jurídico argentino-. A la vez, se extraen minuciosamente, a partir de los cánones o modelos de interpretación, la relevancia hermenéutica del material comparativo y del material internacional, auscultando en el riquísimo contenido del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho de Integración y en la tendencia irresistible del mecanismo de contralor de convencionalidad, rematando con una aguda valoración del *judicial role* ante el advenimiento del ideario activista.

Tras lo expuesto, el encastillamiento de la ortodoxa fórmula del juzgar cede ante una preocupación seria de Carnota -difícilmente susceptible de resultar desmentida-: "(...) ¿Puede avanzar la integración sin tribunales? (...) Quizás la pregunta clave que nos podamos formular a lo largo de toda esta investigación es si cabe concebir procesos de integración acabados sin una mínima maquinaria de judicial enforcement", a la que opone un pronóstico crítico: "(...) parecería que las exigencias de MERCOSUR o de NAFTA no son halagüeñas, ya que se basan en esquemas de tipo arbitral, y se requerirá de otro tipo de ingeniería institucional para que la integración avance efectivamente".

En este umbral, el autor perfila claramente la diversidad de respuestas blandidas al respecto: desde la modelación de un tribunal *supranacional* en la esfera mercosu-reña, inclusive la opción *judicial* con miras a ensayar un avance efectivo del proceso integrativo, hasta la configuración de una estructura jurisdiccional *híbrida* o mixta que acompañe a éste con el diseño de una jurisdicción originaria para dirimir controversias en torno a la interpretación del orden normativo de integración y derivada o por apelación para resolver disputas de Derecho doméstico -tal *judicial institution building* se constata en la díada funcional de *Integration Court/appellate jurisdiction of an Court of Justice* de la *Caribbean Court of Justice* (CCI), de conformidad con los términos del *Agreement Establishing the Caribbean Court of Justice* de Bridgetown, Barbados en 2001, reemplazando al *Judicial Committee of the Privy Council* para los Estados miembros de CARICOM- (18).

rol del juez, permitiéndole expandir el horizonte interpretativo y enriquecer las opciones disponibles para la resolución de la controversia. *Vide in extenso*, KELSEN, H. (2009) *General Theory of Law and State*, The Lawbook Exchange, New Jersey, pp. 150 y ss.; HOLMES, O.W. (2005) *The Common Law*, Transaction Publishers, New Brunswick; Llewellyn, K.N. (1960) *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Little, Brown & Co., Boston; POLLOCK, F. (1912) *The Genius of the Common Law*, Columbia University Press, New York; *et. al.*

(18) Del que deriva su tipificación como institución judicial *sui generis*, sin perjuicio de advertir que el término *Community Law* captado por la jurisdicción de la CCI no adscribe al sentido de regulaciones, directivas y decisiones resultantes de los órganos constituidos en el contexto de la Unión Europea (UE) -*v.gr.* Consejo Europeo, Comisión Europea- o de determinaciones del Tribunal de Justicia de la UE, contribuyendo a la formación de un cuerpo normativo comunitario, separado de tramos de *Municipal Law* y de *International Law*, como consecuencia de su *status* de organización supranacional (*cf.* TJUE, *Costa vs. ENEL*, N° 6/64, 1964 CMLR 425, en el entendimiento de que el Tratado de la UE ha creado su propio sistema legal, convertido en parte integral de los sistemas jurídicos de los Estados miembros y que sus tribunales resultan obligados a aplicar). Alterando dicha nominación -en el ámbito de la actividad de la CCI y en virtud de la metamorfosis de su diseño competencial-, la expresión *Community Law* refiere no sólo a los normas del Tratado CARICOM, objeto de interpretación y aplicación por parte de aquélla, sino también a preceptos estatuidos en otros instrumentos de Derecho Internacional y a cláusulas normativas domésticas de implementación del ordenamiento comunitario, *vide* POLLARD,

Ello invita al lector a sumergirse en un fenómeno contemporáneo, poco estudiado, que consiste en la interacción jurisprudencial entre tribunales de distintas jurisdicciones, con una ambiciosa pretensión de resultado: el enriquecimiento mutuo en la construcción de soluciones equivalentes acordes a los principios universales del Derecho democrático, entre los que afloran los derechos humanos como concepto -también universal- que continúa evolucionando en el orden internacional (19).

Es precisamente la invocación de un *ius commune universalis* -que se remonta en la mente vitoriana a los anales del típicamente positivo *ius gentium*, con su teleos de *bonum morbis*, y también aspira a participar, aunque con un esquema *extrema se tangunt*, de las notas del Derecho natural de la humanidad o *iure naturali*- (20), el que decanta en la nomenclatura de *world constitutionalism*, de la que se vale Ackerman (21) -en oportunidad más reciente- para prevenir sobre el creciente rol de los jueces como protagonistas de circulación jurídica a través de la utilización de argumentos extra-sistémicos, *i.e.*, la referencia en el acto sentencial al Derecho Internacional y al Derecho Comparado. La situación mentada desnuda, no sin marchas y contramarchas (22), un desplazamiento

D.E. (2004) *The Caribbean Court of Justice. Closing the Circle of Independence*, The Caribbean Law Publishing Company Ltd., Jamaica, pp. 7 y 18. *Vide etiam*, RAWLINS, H. (2000) *The Caribbean Court of Justice: The History and the Analysis of the Debate*, CARICOM Secretariat, Georgetown, pp. 34 y ss.; MCDONALD, S.A. (2005) *The Caribbean Court of Justice: Enhancing the Law of International Organizations*, The Caribbean Law Publishing Company Ltd., Jamaica; BELLE ANTOINE, R.M. (2008) *Commonwealth Caribbean. Law and Legal Systems*, Routledge-Cavendish Ltd., New York, pp. 307 y ss.; *et. al.*

(19) AYALA CORAO, C. (2013) *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Porrúa. México, pp. XIII y XXVIII.

(20) DE VITORIA, F. *Comentarios a la Secunda Secundae*, 57, 3, 5, 16; *Ibidem.*, *De iustitia*, 66, 2, 5; *Ibidem.*, *De potestate civili*, 21; *Ibidem.*, *De indis*, 35, *vide Corpus Hispanorum de Pace*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1972, V, 81-83. *Vide in extenso*, PEREÑA, I. (1972) *Estudio Preliminar. La génesis suareciana del ius gentium ap. De Legibus. IV*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, pp. XIX y ss.

(21) ACKERMAN, B. "The Rise of World Constitutionalism", *Va. L. Rev.* 83 (1997) 771. A tenor de la expansión de una comunidad global -*world community*- (*cf.* *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002)), se discute la valía del empleo del Derecho Comparado a partir de un nuevo paradigma de construcción de derechos constitucionales que emerge, basado y promocionado, por el crecimiento de un constitucionalismo mundial -*world constitutionalism*-, *vide* O'BRIEN, D. (2010) "The U.S. Supreme Court's Use of Comparative Law in the Construction of Constitutional Rights" *ap. Globalizing Justice*, State University of New York Press, Albany, New York, p. 7. Asimismo, *vide* SAUNDERS, C., "The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law", *Indiana Journal of Global Studies* 13 (2006) 37. Entre nosotros, ya se ha insinuado una manifestación de esta fusión metodológica, *vide* CARNOTA, W. F., *Judicial Globalization: How the International Law of Human Rights Changed the Argentine Supreme Court ap. op. cit.*, pp. 255 y ss.

(22) Resulta célebre, en el sector del Derecho Judicial Norteamericano, la *querelle* mantenida el 13/01/2005 entre los U.S. Supreme Court Justices Antonin Scalia y Stephen Breyer, en la *American University* (*cf.* *A Conversation Between U.S. Supreme Court Justices*, I-CON 3 (2005) 519); sin perjuicio de expandirse a los registros del propio Tribunal, como se corrobora en el voto en disidencia -*dissenting opinion*- de Justice Breyer *in re* 521 U.S. 898 (1997), Printz, Sheriff/Coroner, Ravalli County, Montana vs. United States: "(...) Por supuesto, que estamos interpretando nuestra propia Constitución, y no la de otras naciones, y deben haber relevantes diferencias políticas y estructurales entre sus sistemas y el nuestro. *Cf. The Federalist No. 20*, pp. 134-138 (C. Rossiter ed. 1961) (J. Madison and A. Hamilton) (rechazan-

hermenéutico de productos de Derecho judicial [*dialogical interpretation*] no sólo con modalidad obligatoria, como acaece entre tribunales internacionales y tribunales estatales -circulación vertical o diálogo directo- sino también con carácter prevalentemente discrecional, como se suscita entre tribunales nacionales entre sí, incluidos los Tribunales Constitucionales o Cortes Supremas que se asimilan competencialmente a aquellos -circulación horizontal o diálogo indirecto- (23).

do ciertos aspectos del federalismo europeo). Pero su experiencia puede, no obstante, proyectar una luz empírica sobre las consecuencias de las diversas soluciones a un problema jurídico común". O bien, a propósito de la opinión mayoritaria -*concurring opinion*- que descansa su juicio de inconstitucionalidad del *Texas's anti-sodomy statute*-Sec. 21.06- en pronunciamientos de la Corte Europea de Derechos Humanos, aunque con apoyatura principal en el vertido en el caso *Dudgeon vs. United Kingdom* (cfr. ECHR, 1981, A. N° 7525/76), en el *criterio de otras naciones* y en el Dictamen de la Comisión Asesora del Parlamento Británico de 1957, *vide* Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003). En puridad, la objeción al empleo del argumento de Derecho Comparado -escotada por la hermenéutica de *original intent* de Justice Scalia- se conecta con el debate vivenciado por la academia americana en torno a la interpretación de las normas fundamentales y las prácticas de revisión constitucional de las leyes -*judicial review of legislation*-, en virtud de que mientras el modelo originalista o interpretativista propugna que la operación de contralor constitucional debe basarse en una interpretación de la *propia* Constitución, sea desentrañando el sentido y alcance del *texto*, sea develando la *intención* de sus redactores, y hasta incluso una combinación de ambas, el enfoque no originalista o no interpretativista supone que la Corte Federal está justificada, en ciertos casos, para sustentar sus decisiones en principios *ajenos* al texto: moral popular, teorías válidas de la justicia, concepción de democracia genuina, Derecho natural, etc. En consecuencia, la polémica no trasunta la discusión respecto a si los jueces deberían interpretar la Constitución o cambiarla, sino en torno a cómo deberían interpretarla, *vide* DWORKIN, R. (1996) *The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, pp. 4 y ss. *Vide etiam* DWORKIN, R. "The Forum of Principles", *N.Y.U. L. Rev.* 56 (1981) 469. La reticencia a la circulación de sentencias no importa un patrimonio exclusivo de la jurisdicción americana, se anota que en Francia el grado de inspiración comparatista del *Conseil Constitutionnel* -a semejanza de otras jurisdicciones de jerarquía galas- es prácticamente inexistente debido a la carencia de referencias directas al Derecho Comparado, *vide* PONTTHOREAU, M.C. (2005) "Le recours à "l'argument de Droit Comparé" par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques" *ap. L'interprétation constitutionnelle*, Mélin-Soucramanien, F., Dalloz, Paris, p. 167. *Vide etiam*, Bobek, M. (2013) *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford University Press, Oxford, p. 114. Por el contrario, la Corte Constitucional de Sudáfrica, a instancias de la previsión contenida en el artículo 39 del texto fundamental de 1996, en cuanto dispone que en la interpretación del *Bill of rights* se *debe* considerar el Derecho Internacional y se *puede* considerar el Derecho Extranjero, exuda un intenso tráfico de influencias jurisprudenciales foráneas, tal como se verifica -desde la vigencia de la Constitución interina de 1993- en el caso *State vs. Makwanyane* 1995 3 SA 391, en donde adopta el standard de razonabilidad en el escrutinio de la pena de muerte -*death penalty*-, acopiando citas de referencias jurisdiccionales americanas e indias, *vide etiam* COURTIS, C. "Rationality, Reasonableness, Proportionality: Testing the Use of the Standards of Scrutiny in the Constitutional Review of Legislation", *Constitutional Court Review*, 4 (2011) 31.

(23) *Vide in extenso*, PEGORARO, L. (2013) "Derecho Nacional, Derecho Internacional, Derecho Europeo: la circulación horizontal y vertical entre formantes", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, C.E.P.C., Madrid, N° 17, pp. 257 y ss., quien a través de un examen del uso de referencias comparadas por el legislador y los jueces detecta la interconectividad a nivel supraestatal, sin relegar el flujo del formante doctrinario en su contribución a la construcción de leyes y de jurisprudencia y como a la elaboración e interpretación de Tratados Internacionales -concentrándose en la muestra extraída del Reino Unido y Europa del Este-.

Ahora bien, resta desentrañar -y en ello finca el convite del autor- si la diseminación de reglas y principios que se presentan como *modelos* que han de tenerse presente e imitarse, precipitan en un *verídico* diálogo entre tribunales de diversas jurisdicciones, *i.e.*, cuando el tribunal receptor de la jurisprudencia la analiza razonadamente [*reasoning*], y explica y aplica su significado y alcance en la decisión del caso [*ratio decidendi*], inyectando la jurisprudencia acogida a través de una técnica de fertilización [*crossfertilization/crossjudicial influence*]; o, por el contrario, sólo trasunta la utilización *unilateral* de contribuciones de otro sistema jurisdiccional, no siempre sincera [*doing it but not admitting* (24)] y que se pretende justificar de modo natural, no ajeno a riesgos debido a su discrecionalidad excesiva, en la consideración de que el juez es libre de inspirarse en precedentes de otros, y hasta en previsiones de Constituciones distintas de la propia, coadyuvando a la tacha de una fácil y acrítica *vulgata* de la globalización (25).

A la par, la circulación de sentencias impele a un control de logicidad sobre el empleo por el juzgador de precedentes extranjeros, con mientes a conjurar manipulaciones arbitrarias que se sustenten en selecciones descontextualizadas, meramente dogmáticas o palmariamente desnaturalizadoras de los ordenamientos de referencia; aguarda todavía la discusión en torno a si esta modalidad de *bottom up globalization* (26)-desde que la propagación de la remisión jurisprudencial foránea parte desde abajo, primordialmente de los Tribunales o Cortes Constitucionales, en cuanto agentes independientes de los actores políticos- puede conllevar un *transplante* (27) que se perfeccione en la

(24) MARKESINIS, B. - FEDTKE, J. "The Judge as Comparatist", *Tul. L. Rev.* 80 (2005) 11, artículo que mereciera la réplica de Barak, A. "Response to The Judge as Comparatist: Comparison in Public Law", *Tul. L. Rev.* 80 (2005) 195, para quien el empleo de precedentes judiciales extranjeros importa una revolución intelectual -*intelectual revolution*- que pone término a un círculo vicioso -*vicious circle*-: los jueces no tienden a utilizar Derecho Comparado - los abogados no citan Derecho Comparado a los jueces - la currícula universitaria no se preocupa por el Derecho Comparado - los estudiantes no enfatizan en su estudio el Derecho Comparado - los jueces no tienden a utilizar Derecho Comparado, y así sucesivamente.

(25) *Vide in extenso*, DE VERGOTTINI, G. (2010) *Más allá del diálogo entre tribunales*, Civitas, Madrid, pp. 43, 47, 188 y 259 [Versión original bajo título *Oltre il dialogo tra le corti*, Il Mulino, Bologna]. En este orden de ideas, García Roca concibe al diálogo jurisprudencial como aquel que denota una conversación entre sujetos jurisdiccionales, los que se *comunican* usando un mismo código o lenguaje y buscan la avenencia de una exégesis interpretativa de unos derechos comunes, *vide* GARCÍA ROCA, J. (2012), "El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo" *ap. Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, N° XXX, p. 14.

(26) GROPPI, T. (2011) "'Bottom up globalization": Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali", *Quaderni Costituzionali*, Il Mulino, Bologna, N° I, pp. 199 y ss.

(27) Al desafiar la noción prevaleciente según la cual existe una estrecha relación entre el Derecho y la sociedad en la que rige, Alan Watson -en su obra *Legal Transplants*, editada en 1974- advierte que las leyes de una sociedad no surgen como resultado lógico de la propia experiencia sino que se obtienen en préstamo de otras sociedades -"(...) *laws of one society are primarily borrowed from other societies*"-, de manera que el transplante constituye una fuente fértil de desarrollo jurídico, *vide* Watson, A. (1993) *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, Georgia, pp. 95 y ss. Tal inteligencia reconoce matizaciones: Kahn-Freund anota la existencia de *grados* de transferencia, de suerte tal que las chances de supervivencia o los riesgos de rechazo de la institución trasplantada dependen en el medio de recepción de un complejo de factores -*v.gr.* geográficos, económicos, sociales, políticos, etc.-, *vide* KAHN-FREUND, O. "On Uses and Misuses of Comparative Law", *Modern L. Rev.* 37 (1974) 1. Con este

ratio decidendi de la providencia jurisdiccional o configurarse como un *argumento persuasivo* que fundamente una decisión que se sustente *per se* en motivos o razones característicos de Derecho doméstico (28).

De tal manera, el texto de Carnota, debido a su reflexión y aproximación crítica al diálogo jurisprudencial, acusa un fulminante impacto en la *taxonomía* de las fuentes del Derecho y desarma el disenso epistemológico de Ponthoreau (29) en orden a que el

alcance, se explica que las *mutaciones socioeconómicas* han operado como exigencia de refundación del sistema jurídico, y con él del régimen de jurisdicción constitucional; destaca Papachristos que la aparición o el desarrollo de un sistema capitalista torna necesaria la consagración o la reforma de las instituciones jurídicas, ya que las sociedades que han tenido dificultades en la implementación o en el acceso de la era capitalista están determinadas en su seguimiento por el modelo ofrecido por aquellos países más asentados en dicho estadio. Y ello -explica el autor citado- por dos razones: (a) el desarrollo económico está subordinado a las relaciones económicas con países desarrollados que imponen sus métodos y sistemas de valores; y (b) la fascinación que ejerce el modelo occidental. Por consiguiente, la recepción de los Derechos extranjeros contemporáneos se verifica en tal contexto: bajo la presión de los tiempos, el legislador nacional no duda en recurrir a los sistemas jurídicos extranjeros, contando con la acción benéfica que estos depararán a su medio económico-social, *vide* PAPACHRISTOS, A.C. (1975) *La réception des Droits Privés Étrangers comme phénomène de Sociologie Juridique*, L.G.D.J., París, pp. 21 y ss. Otras objeciones descansan en la consideración de que, en contraposición a las leyes [*laws*], las *legal rules* -concebidas como instrumentos legislativos y hasta decisiones judiciales- en la medida en que necesariamente se erigen en una forma de incorporación cultural, basada en formaciones históricas e ideológicas, con un significado interpretativo culturalmente determinado, no resisten el viaje entre jurisdicciones, *vide* LEGRAND, P. "The Impossibility of Legal Transplants", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4 (1997) 111. La idea de que los estudios de sistemas jurídicos extranjeros en clave comparada sólo se legitiman si la labor se traduce en reformas del ordenamiento nacional, descuida que el Derecho Comparado, como las otras ramas del Derecho, procura la adquisición de conocimiento jurídico, el que presupone una pluralidad de reglas e instituciones, analizándolas en orden a establecer en qué medida son idénticas o diferentes. Al respecto la teoría de *legal formants*, en cuanto conjunto de reglas -normativas y jurisprudenciales- y proposiciones doctrinarias- que, en el ámbito de un ordenamiento, contribuyen a generar un orden jurídico bajo precisas premisas temporo-espaciales, invita a detectar flujos de alineación o fractura, *vide* SACCO, R. "Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law", *American Journal of Comparative Law*, American Society of Comparative Law, V. 39, N° I, Winter, 1991, p. 1, pp. 4-5. Entre nosotros, Carnota ha subrayado en una reciente labor, bajo el título "Los formantes y sus implicancias comparatistas y domésticas", disponible en www.eldial.com, Suplemento de Derecho Público, de fecha 17/03/2014, que "(...) lo que no se queda quieto y demuestra la esencial vitalidad del Derecho, son precisamente los "formantes". Es que "el método comparativo es así el opuesto al dogmático. El método comparativo se funda en la observación real de los elementos en funcionamiento en un determinado sistema jurídico. El método dogmático se funda en el razonamiento analítico. El método comparado examina el modo en que, en varios sistemas jurídicos, los juristas trabajan con reglas específicas y categorías generales. El método dogmático ofrece definiciones abstractas" (...) los formantes demuestran que no todo el derecho se reduce a la "lex scripta"; hay mucho más derecho en otros lados; en otros lugares, en verdaderos "agujeros negros" del orden jurídico. Para el comparatista, es esencial determinar si circula la ley, la sentencia sobre la ley o el comentario sobre la ley".

(28) DE VERGOTTINI, G., *op. cit.*, p. 16. En orden a una tipología de los argumentos blandidos para justificar la práctica del préstamo -uso autoritativo-: *v.gr.* argumento genealógico, contextual, procedimental, expresivo, etc., *vide in extenso* Rosenkrantz, C. "Against Borrowings and other Non authoritative Uses of Foreign Law", *I-CONI* (2) (2003)269-295.

(29) PONTTHOREAU, M.C. "Le Droit Comparé en question(s) entre pragmatisme et outillépistémologique", *Revue Internationale de Droit Comparé*, 57 (2005) 9.

rol del Derecho Comparado es frecuentemente aplicado como una cuestión *en vogue* en lugar de suministrar perspectivas útiles a la discusión jurídica.

Sentado ello, dicha perspectiva postula el empinamiento de los jueces como protagonistas de la creación de un sistema jurídico global (30), importando insumos provenientes de fuentes forasteras para la elaboración de sus resoluciones sin que medie pronunciamiento de los representantes del pueblo, a diferencia de lo que sucede con los Tratados Internacionales o en episodios de reforma constitucional (31). En definitiva, la importancia de la transformación debe inducir a pensar en un genuino *cambio genético*, en donde nuevamente el oficio de juzgar no se comprime a las mallas del silogismo judicial para, en contraste, franquear el paso a los precedentes jurisprudenciales foráneos y desaguar en una *concurrencia de fuentes*, que sustituye el monopolio legislativo del siglo pasado, constituyendo todo ello un motivo de dificultad para la vida del Derecho como ordenamiento (32).

Indudablemente que este ciclo hacia un orden de justicia constitucional cosmopolita (33), calificado de *meretricious practice* por Posner (34), suscita directamente reparos a la legitimidad de las jurisdicciones constitucionales nacionales en la construcción de perspectivas jurídicas de orientación común, tendencialmente universales. La relevancia para las jurisprudencias internas de la jurisprudencia extranjera o supranacional -apunta Zagrebelsky- no equivale a un *caballo de Troya* para afirmar la dictadura universal de los derechos, sino que proporciona un instrumento para *entender* las propias Constituciones nacionales, a través del cuadro de fondo que les otorga un preciso significado en un determinado momento histórico; es que la circulación de las jurisprudencias no compromete la *identidad* de la propia, resultando filtrada porque presupone *standards* mínimos de homogeneidad o juicios de congruencia sobre los textos y los contextos jurisprudenciales (35).

(30) CASSESE, S. (2009) *I Tribunali di Babele*, Donzelli, Roma, pp. 93 y ss.

(31) GROPPPI, T., *op. cit.*, pp. 199 y ss. Huelga recordar que para Kelsen el centro de un Estado mundial democrático debe ser un Parlamento mundial, con la salvedad de que un Parlamento mundial en el que los Estados resultaren representados de conformidad con su capacidad numérica determinaría que India y China detentarán tres veces más diputados que los Estados Unidos de América y Gran Bretaña en forma conjunta. De suerte que, el maestro de Viena postulaba que los órganos centrales de un Estado mundial debían tener la misma jurisdicción que el gobierno federal de los Estados Unidos de América. Y ello en el entendimiento de que el régimen propuesto hace posible el establecimiento de una comunidad universal de Estados que congrege naciones diferentes, las unas de las otras, en orden al lenguaje, religión, historia, política, estructura económica, situación geográfica, etc., *vide* KELSEN, H. (2000) *Peace Through Law*, The Lawbook Exchange Ltd., New Jersey, pp. 10-11.

(32) ZAGREBELSKY, G. (1997) *El Derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, pp. 33 y 38. [Versión original bajo título *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992].

(33) STONE SWEET, A. "A Cosmopolitan Legal Order: Constitutional Pluralism and Rights Adjudication in Europe", *Journal of Global Constitutionalism*, I (2012) 53.

(34) POSNER, R. "The Supreme Court, 2004 term. A Political Court", *Harvard L. Rev.*, 119 (2005) 99.

(35) ZAGREBELSKY, G. (2006) "Jueces constitucionales", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, N° 117, Año XXXIX, pp. 1135 y ss. [Discurso pronunciado frente al Presidente de la República Italiana, en Roma, 22/04/2006, con motivo de la celebración del

Inclusive, nada impide que en la fase de la justificación *externa* (36) de la decisión judicial que hace a la justificación de cada una de las premisas del silogismo decisio-
nal -a diferencia de la justificación *interna* que trasunta la consistencia lógica entre la
decisión final del juez y sus premisas a través del esquema silogístico de subsunción-,
el juez suministre razones adicionales respecto de cada una de ellas e individualice -en
tal empresa- materiales normativos, jurisprudenciales y doctrinarios externos.

No necesita llamarse la atención de que tales planteamientos se enfrentan a con-
versaciones *consumadas*, como la cultivada por la Corte Interamericana de Derechos
Humanos -a partir de su primera sentencia de fondo en un caso contencioso- en el fallo
recaído en *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (37), habilitando la aplicación de oficio

50º aniversario de la *Corte Costituzionale* taliana. Traducción de Miguel Carbonell]. En vinculación
con la noción de identidad constitucional, *vide* KLUG, H. "Constitutional identity and change", *Tulsa L.*
Rev. 47 (2011) 41; HIRSCHL, R. (2010) *Constitutional Theocracy*, Harvard University Press, Cambridge;
TUSHNET, M. (2010) *Why the Constitution matters*, Yale University Press, New Haven, *et. al.* En un
ensayo posterior, el propio autor se ha ocupado de indagar la incidencia de la llamada *identity politics*
dentro del federalismo y del proceso integrativo europeo, y cómo ello pone un freno al ideario del
diálogo de cortes, relevando la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones del Décimo Circuito de
los Estados Unidos, pronunciada *in re Muneer Awadys. Paul Ziri ax et al.*, de fecha 10/01/2012, como la
emitida por el Tribunal Constitucional federal a propósito de *Lisbon Urteil*, con fecha 30/06/2009, *vide*
in extenso CARNOTA, W. "¿Límites al diálogo de cortes? La identidad constitucional en el federalismo
norteamericano y en la integración regional europea", disponible en www.eldial.com, Suplemento de
Derecho Público, de fecha 17/06/2013.

(36) COMANDUCCI, P. (2004) *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, Fontamara, México,
p. 81. Si bien, Alexy aclara que hay tipos totalmente distintos de discusiones jurídicas, pudiendo distin-
guirse, *v.gr.*, discusiones de la ciencia jurídica -dogmática-, deliberaciones de los jueces, debates ante
los tribunales de justicia, tratamiento de las cuestiones jurídicas en los órganos legislativos, comisiones
y comités, etc., los rasgos fundamentales de la argumentación jurídica y del discurso jurídico como
caso especial del discurso práctico general suponen que en los discursos jurídicos se trata de la justifi-
cación de un caso especial de proposiciones normativas -decisiones jurídicas-, que se descompone en:

$$\begin{aligned} & (J.1.1.). (1) (x) (x \text{ ______ } ORx) \\ & . (2) Ta \\ & . (3) ORa (1), (2) \end{aligned}$$

Donde (x) es una variable de individuo en el dominio de las personas naturales o jurídicas, (a) es
una constante del individuo, (T) un predicado que representa el supuesto de hecho de la norma (1) en
cuanto propiedad de personas y (R) un predicado que expresa lo que tiene que hacer el destinatario
de la norma.

(B) Justificación externa -*external justification*- cuyo objeto es la corrección de las premisas expuestas en
la instancia de justificación interna. Ciertamente ésta asegura una cierta medida de racionalidad, pero dicha
racionalidad es relativa a la racionalidad de las premisas. El juicio sobre la racionalidad de una decisión
se sujeta a reglas de justificación externa: reglas y formas de interpretación, de argumentación dogmática,
del uso de los precedentes, de argumentación práctica general, de argumentación empírica, así como las
formas especiales de argumentos jurídicos, *vide in extenso* ALEXY, R. (2008) *Teoría de la Argumentación*
Jurídica, C.E.P.C., Madrid, pp. 213 y ss. [Versión original bajo título *Theorie der juristischen Argumentation:*
die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen, Suhrkamp, Frankfurt am Main].

(37) Corte IDH, *caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sent. Serie C/4, de fecha 29/07/1988, párrafo
163.

de disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos no invocadas por las partes -con operatividad del principio *iura novit curia*- mediante una referencia a la doctrina de la Corte Europea de Derechos Humanos sentada en el precedente *Handyside vs. United Kingdom* (38); conectividad que se repone por parte de ésta en el caso *Akdivar y otros vs. Turquía* (39), al robustecer su propio código jurisprudencial sobre agotamiento de recursos internos con el temperamento asumido al respecto por su par interamericana en *Velásquez Rodríguez* como en la Opinión Consultiva N° 11/90 (40). Con posterioridad, el canal comunicativo se consolida, de estar a los registros en materia de duración razonable del proceso (41), parámetros de imparcialidad e independencia de magistrados judiciales (42), naturaleza de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos como instrumentos de protección directa de los derechos de las personas bajo la jurisdicción de los Estados parte (43), etc.

En su conexión con los Tribunales nacionales, el diálogo con el Tribunal interamericano resulta *interferido* por una de las características más destacadas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en América Latina -del que también el autor se ha ocupado (44)-: el de la *progresiva aplicación* por los tribunales nacionales, y en particular, por los Tribunales o Cortes Constitucionales, de los instrumentos internacionales de derechos humanos a los efectos de su protección en el orden interno (45),

(38) ECHR, 1976, A. N° 5493/72, párrafo 41.

(39) ECHR, 1996, A. N° 21893/93, párrafo 68.

(40) Corte IDH, OC N° 11/90, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos*. Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 10/08/1990, Serie A/11.

(41) La Corte IDH en el caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, Sent. Serie C/30, de fecha 29/01/1997, párrafo 77, recepta los criterios de ponderación de la razonabilidad del plazo -(a) complejidad del asunto; (b) actividad procesal del interesado; (c) conducta de las autoridades judiciales-, auspiciados por la Corte Europea de Derechos Humanos en los casos *Motta vs. Italy* (cfr. ECHR, 1991, A. N° 11557/85) y *Ruiz Mateos vs. España* (cfr. ECHR, 1993, A. N° 12952/87).

(42) Con motivo del pronunciamiento en *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, Sent. Serie C/182, de fecha 05/08/2008, párrafo 56, el Tribunal Interamericano acogió criterios jurisprudenciales atinentes a garantías, presunción de imparcialidad, acreditación de parcialidad objetiva, etc., emanados de la Corte Europea de Derechos Humanos en los casos *Pullar vs. Reino Unido* (cfr. ECHR, 1996, A. N° 22399/93); *Fey vs. Austria* (cfr. ECHR, 1993, A. N° 14396/88); *Daktaras vs. Lituania* (cfr. ECHR, 2000, A. N° 42095/98); *Piersack vs. Bélgica* (cfr. ECHR, 1982, A. N° 8692/79), y *De Cubber vs. Bélgica* (cfr. ECHR, 1984, A. N° 9186/80).

(43) En seguimiento de las directivas hermenéuticas vertidas en los casos *Ireland vs. United Kingdom* (cfr. ECHR, 1978, A. N° 5310/71) y *Soering vs. United Kingdom* (cfr. ECHR, 1989, A. N° 14038/88), la Corte IDH sentenció que la Convención, en contraste con los Tratados clásicos, comprende más que simples compromisos recíprocos entre los Estados parte en la medida que trasunta la creación de una verdadera garantía objetiva (cfr. Corte IDH, caso *Yvcher Bronstein vs. Perú*, Sent. Serie C/54, de fecha 24/09/1999, párrafo 45).

(44) *Vide in extenso* CARNOTA, W.F. (2011) "La diferenciación entre control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, C.E.P.C., Madrid, N° 15, pp. 51 y ss.

(45) BREWER-CARÍAS, A. (2006) *La aplicación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en el orden interno. Estudio de Derecho Constitucional Comparado Latinoamericano*, Curso

merced la irradiación de la doctrina del *contralor de convencionalidad* (46); la que exhibe -en respuesta al anhelo de Chioyenda (47)- a un *juez provisto de una autoridad que careció en otros tiempos*, de modo que los derechos fundamentales de la persona humana no resulten sólo garantizados en papel -*on paper*- (48).

Aquí interesa indagar si el diálogo -al menos, entre instancias internacionales de derechos humanos y jurisdicciones nacionales-, se debe canalizar, con motivo de una tradición que se remonta esencialmente a Calamandrei (49), en genuinas funciones casatorias desenvueltas por el intérprete auténtico y final de los derechos reconocido

sobre *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y su repercusión en los órdenes jurídicos nacionales*, Corte Suprema de Justicia de la Nación de México - Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, de fecha 16/03/2006, p. 1.

(46) Si bien la supremacía de la Constitución es el *rasgo más significativo del Estado Constitucional de Derecho* y el control de constitucionalidad de las leyes una de sus *expresiones más destacadas*, empero, con el advenimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a partir de la segunda posguerra, se advierten *repercusiones trascendentales en los Estados nacionales*, que implican *nuevas y complejas relaciones*, con motivo de la aparición y consolidación en el ámbito interamericano del dispositivo de control convencional: "(...) además del control concentrado de convencionalidad que realiza la Corte Interamericana como una técnica connatural a su competencia, existe otro tipo de control de carácter difuso, que debe realizarse por los jueces nacionales o domésticos de los Estados que han aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este control es una nueva manifestación de la constitucionalización del Derecho Internacional. El control difuso de convencionalidad consiste en el deber de los jueces nacionales de realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tienen que aplicar en un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH. Deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *vide in extenso* FERRER MAC-GREGOR, E. (2013) "El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional" *ap. Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Marcial Pons, Madrid, pp. 664 y 674.

(47) CHIOYENDA, G. (1922) *Principios de Derecho Procesal Civil*, Reus, Madrid, T. II, p. 136.

(48) LOEWENSTEIN, K. (1942) *Brazil under Vargas*, New York, Macmillan Company, p. 55. Una auténtica transformación de los derechos humanos -apunta Alexy- en el Derecho de un Estado sólo existe cuando éstos se despliegan allí con fuerza jurídica vinculante, *vide* ALEXY, R. (2000) "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático", *Revista Derechos y Libertades*, Año V, N° 8, Instituto de Derechos Humanos Fray Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, p. 35.

(49) CALAMANDREI, P. (1920) *La Cassazione Civile*, Fratelli Bocca, Milano, T. II, p. 83. Taruffo ha observado que determinar el correcto sentido de la ley en sitial de casación tiene un claro aspecto de creación de Derecho por parte de la Corte de Casación, *vide* TARUFFO, M. (1991) *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, Il Mulino, p. 189. Se trata de que una Corte Suprema pueda formular una regla de juicio universalizable, *i.e.*, susceptible de resultar utilizada en el futuro por el conjunto de los tribunales de justicia que deben aplicar e interpretar la ley en casos similares; ello implica que el indicador para medir la adecuación de la interpretación de una norma en sede de decisión no es tanto la adecuación de aquella interpretación para resolver el conflicto de intereses específico que caracteriza el caso particular, sino la capacidad de aquella interpretación para servir como criterio de decisión para soluciones sucesivas de casos idénticos o similares, *vide* TARUFFO, M. (2001) "Le Corti Supremeeuropee: Accesso, filtri e soluzione" *ap. Le Corti Supreme. Atti del Convengo di Perugia*, 5-6 maggio 2000, Milano, Giuffré, pp. 95 y ss.

por el Tratado respectivo, a través de un control de *legalidad* convencional sobre las decisiones pronunciadas por los jueces domésticos y de *uniformidad* de su jurisprudencia (50), de tal suerte que tienda a mantener una cierta *coherencia sustancial de sus jurisprudencias*, impidiendo contradicciones y buscando interpretaciones convergentes que permitan materializar el principio de equivalencia y suficiencia sustancial de los derechos (51); o bien, articularse con apoyatura en una fiscalización complementaria de *compatibilidad* de los ordenamientos jurídicos internos con el *acquis conventionnel* -conformado por el instrumento internacional y su desarrollo jurisprudencial por el órgano de clausura del sistema-, en función del principio de armonización -no uniformación- que activa una interpretación *secundum conventionem* de los magistrados nacionales para recepcionar la interpretación de los derechos, conforme a la jurisprudencia internacional correspondiente (52).

(50) TARUFFO, M. (2009) *Las funciones de las Cortes Supremas ap. páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons, Madrid, p. 39.

(51) GARCÍA ROCA, J., *op. cit.*, p. 39.

(52) *Vide in extenso*, AYALA CORAO, C., *op. cit.*, p. 35. En esta vertiente, la propia Corte Europea de Derechos Humanos ha precisado que no se requiere "(...) una uniformidad absoluta ya que, de hecho, los Estados contratantes siguen siendo libres de elegir las medidas que se consideren apropiadas, y el Tribunal no puede olvidar las características sustantivas y procesales de sus respectivas legislaciones", *vide* ECHR, 1979, *The Sunday Times vs. United Kingdom*, A. N° 6538/74, p. 61. En el baluarte interamericano, se ha predicado que la revisión de convencionalidad se ha instaurado como un "(...) control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad", *vide* Corte IDH, caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Sent. Serie C/259, de fecha 30/11/2012, párrafo 143. En efecto, el control de convencionalidad no implica necesariamente optar por aplicar la normativa o jurisprudencia convencional y dejar de aplicar la nacional, puesto que supone además y en primer lugar, tratar de armonizar la normativa interna con la convencional, a través de una *interpretación convencional* de la normación doméstica y en función de la regla interpretativa del principio *pro homine* a que refiere el artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica, *vide Voto Razonado* del Juez Ferrer Mac-Gregor, E., Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sent. Serie C/ 220, de fecha 26/11/2010, párrafos 35 *in fine* y 41. De estar a tal inteligencia, aquél decanta en el ejercicio de una *garantía colectiva* por los Estados partes en la Convención, compeliendo a una inspección de convencionalidad que debería ser no sólo *reactiva*, *i.e.* cuando se produzca el incumplimiento de una sentencia de la Corte IDH, sino también *proactiva*, en el sentido de que todos aquellos deben previamente adoptar medidas positivas de protección de acuerdo con dicho instrumento internacional, de modo que las sentencias de la Corte IDH producen *cosa juzgada*, *obligatoria para el Estado demandado en cuestión*, pero también *cosa interpretada*, válida *erga omnes* en razón de las implicaciones para todos los Estados de la CADH en su deber de prevención, *vide* CANÇADOTRINDADE, A.A. (2003) *Anexo 21: Presentación del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA) de 16 de octubre de 2002ap. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del Siglo XXI. Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para fortalecer su mecanismo de protección*, Corte IDH, San José

Así se ha trabado un agudo diálogo jurisprudencial con los tribunales de la más alta jerarquía en la región (53), entre los que se compulsa:

(i) Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (54);

de Costa Rica, T. II, p. 920. Con base en el *Voto Razonado* del Juez Ferrer Mac-Gregor, E., Corte IDH, *caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, de fecha 20/03/2103, párrafos 67, 68 y 69, la eficacia de las sentencias de la Corte IDH impone un análisis en dos dimensiones: hacia las partes que intervinieron en el proceso internacional *-res judicata-*; y hacia todos los Estados parte de la Convención *-res interpretata-*. En ambos casos se produce una *eficacia vinculante*, pese a que *difieren cualitativamente* debido a que cuando existe una sentencia interamericana que involucra la responsabilidad internacional de un Estado en concreto, se produce una *eficacia vinculante directa*, completa y absoluta por parte de las autoridades nacionales de cumplir en sus términos con el fallo, incluyendo las *ratione decidendi* en virtud de lo establecido en los artículos 67 y 68.1 de la Convención y de la *autoridad de cosa juzgada* -material y sustancial- que adquiere la sentencia; en cambio, diversa eficacia de vinculación produce la sentencia interamericana para los demás Estados parte que no intervinieron en el proceso internacional, al sólo limitarse a la *jurisprudencia interamericana*, i.e., a la *norma convencional interpretada* y no así a la totalidad del fallo. Esta eficacia interpretativa es *relativa*, en la medida en que se produce siempre y cuando no exista una *interpretación que otorgue mayor efectividad a la norma convencional en el ámbito nacional*. Esto es así, ya que las autoridades nacionales pueden *ampliar* el estándar interpretativo; incluso, pueden *dejar de aplicar la norma convencional* cuando exista otra norma nacional o internacional que amplíe la efectividad del derecho o libertad en juego, en términos del artículo 29 de la Convención. Además, deben considerarse las reservas, declaraciones interpretativas y denuncias en cada caso, si bien en esos supuestos la Corte IDH puede, eventualmente, pronunciarse sobre su validez y adecuada interpretación.

(53) El *nomen* referenciado *ut supra* -*diálogo jurisprudencial*- se corresponde con el epígrafe de la revista semestral que editan conjuntamente el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Fundación Konrad Adenauer Stiftung, *vide* Corte IDH, caso *Furlan y familiares vs. Argentina*, Sent. Serie C/ 246, de fecha 01/09/2011, de fecha 31/08/2012, párrafo 304; *Ibidem.*, caso *López Mendoza vs. Venezuela*, Sent. Serie C/ 233, de fecha 01/09/2011, párrafo 227; *Ibidem.*, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sent. Serie C/ 220, de fecha 26/11/2010, párrafos 226/232, y, en particular, el *Voto Razonado* del Juez Ferrer Mac-Gregor, E., párrafo 31: "(...) Se produce un interesante influjo entre la Corte IDH y las jurisdicciones nacionales que propicia el "diálogo jurisprudencial". Diálogo que incide en la debida articulación y creación de estándares en materia de protección de los derechos humanos en el continente americano o, por lo pronto, en Latinoamérica. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se conjuga con el Derecho Constitucional o, si se prefiere, se enlazan el Derecho Constitucional Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; lo anterior implica, necesariamente, una capacitación y actualización permanente de los jueces nacionales sobre la dinámica de la jurisprudencia convencional". Con motivo de la Presentación del Cierre del Año 2013 ante el Consejo Permanente de la OEA, el Presidente del Tribunal Interamericano en dicha oportunidad -Diego García Sayán- enfatizaba: "(...) uno de los fenómenos más trascendentes e interesantes que se da con la jurisprudencia de la Corte, es que esta trasciende el caso concreto. Ella está sirviendo hoy como faro orientador en el desarrollo de las políticas públicas y, particularmente, como una herramienta viva para los operadores judiciales, permitiendo un fluido diálogo entre el Derecho nacional e internacional. Gracias al control de convencionalidad que hoy tiende a prevalecer la acción de los jueces nacionales se compenetra de las sentencias de la Corte Interamericana", *vide* Corte IDH CP N° 26/13, de fecha 18/12/3013.

(54) CSJ de Costa Rica, Sala Constitucional, Sent. de fecha 09/05/1995, Acción Inconstitucional, Voto 2313-95, E. N° 0421-S-90, *Considerando VII*: "(...) si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá -de principio- el mismo valor de la norma interpretada".

- (ii) Tribunal Constitucional de Bolivia (55);
- (iii) Suprema Corte de Justicia de República Dominicana (56);
- (iv) Tribunal Constitucional del Perú (57);

precisando que "(...) Cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su OC-05-85 unánimemente resolvió que la colegiación obligatoria de periodistas contenida en la Ley N° 4420, en cuanto impide el acceso de las personas al uso de los medios de comunicación, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no puede menos que obligar al país que puso en marcha mecanismos complejos y costosos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Concluir en lo contrario, conduce ciertamente a la burla de todo propósito normativo ya no solo de la Convención, sino del órgano por ella dispuesto para su aplicación e interpretación" [CorteIDH, OC N° 5/85, *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana). Solicitada por el Gobierno de Costa Rica, de fecha 13/11/1985, párrafos 88/85].

(55) TC de Bolivia, SC 0110-2010 R, de fecha 10/05/2010, E. N° 2006-13381-27-RAC, Acción de Amparo, Apartado III.3, bajo título *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fundamentos y efectos de las Sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en alusión al fallo del Tribunal Regional en el caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia*, Sent. Serie C/64, de fecha 26/01/2000, refiere: "(...) el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, está constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional "sistémico", debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad. Esto es así por dos razones jurídicas concretas a saber: 1) El objeto de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y 2) La aplicación de la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre Derechos Humanos", puntualizando en el Apartado III.6, con el epígrafe *Efectos del allanamiento que a los hechos acusados a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y alcances de la sentencia del 26 de enero de 2000*, que el contexto de la responsabilidad internacional del Estado: "(...) resulta ilustrativa la opinión del Juez de la CIDH, Antonio Cançado Trindade, quien afirma que los Estados, por razones de orden interno, no pueden dejar de asumir la responsabilidad ya establecida, si así no fuera, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de protección efectiva en el plano del Derecho interno de los estados partes".

(56) SCJ de República Dominicana, Res. N° 1920-2003, de fecha 13/11/2003, Considerando 11: "(...) es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales, creados como medios de protección, conforme el artículo 33 de esta, que le atribuye competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte", reseñando en el Punto II que "(...) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante sentencia, de fecha 12 de noviembre de 1997, expresa que el propósito de las garantías judiciales, es el de afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada [Corte IDH, caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, Sent. Serie C/35, de fecha 12/11/2007, párrafo 77]; igualmente ha juzgado, mediante sentencia del 18 de agosto del 2000, que: "el principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del Artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada, mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla [Corte IDH, caso *Cantor Benavides vs. Perú*, Sent. Serie C/69, de fecha 18/08/2000, párrafo 120]".

(57) TC del Perú, STC de fecha 21/07/2006, E. N° 2730-2006-PA/TC, Recurso de Agravio Constitucional, Fundamento 12 y 14: "(...) La vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana no se agota en su parte resolutoria (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar

- (v) Corte Constitucional de Colombia (58);
- (vi) Suprema Corte de Justicia la Nación de México (59);

del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte Interamericana, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal (...) por imperio del canon constitucional que es deber de este Colegio proteger, se deriva un deber adicional para todos los poderes públicos; a saber, la obligatoria observancia tanto de los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, como de la interpretación de ellos realizada en todo proceso por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte”, añadiendo en el Fundamento 15: “(...) Lo expuesto, desde luego, no alude a una relación de jerarquización formalizada entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales internos, sino a una relación de cooperación en la interpretación pro homine de los derechos fundamentales”; *Ibidem.*, *Colegio de Abogados del Callao vs. Congreso de la República*, en pleno jurisdiccional, STC de fecha 19/06/2007, E. N° 00007-2007-PI/TC, Demanda de Inconstitucionalidad, Fundamento 26, admitiendo: “(...) la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal Constitucional; vinculación que tiene una doble vertiente: por un lado, reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano”. En sendos pronunciamientos con cita del precedente de la Corte IDH, recaído en el caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*, Sent. Serie C/55, de fecha 24/09/1999, párrafos 35, 40 y 49.

(58) CC de Colombia, Sent. N° C-010/00, E. N° D-2431, de fecha 19/01/2000, Demanda de Inconstitucionalidad, Actor Ernesto Rey Cantor, párrafo 7, cita de nota a pie 6: “(...) la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales (...) en la Opinión Consultiva No 05 del 13 de noviembre de 1985, la Corte Interamericana estudió in extenso el alcance de la libertad de expresión, y la posibilidad de establecer las restricciones a ese derecho, análisis que será tenido en cuenta, en lo pertinente, por esta Corte Constitucional”. [Corte IDH OC N° 5/85, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana. Solicitada por el Gobierno de Costa Rica, de fecha 13/11/1985, párrafos 29/52; 53/81].

(59) SCJN de México, en pleno, E. Varios 912/2010, de fecha 14/07/2011, en el *Considerando 6, & 22*, bajo la rúbrica *Obligaciones concretas que debe realizar el Poder Judicial*, advierte que “(...) de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Rosendo Radilla*, resultan las siguientes obligaciones para el Poder Judicial como parte del Estado mexicano (...) A) Los Jueces deberán llevar a cabo un Control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad”, mientras que en el *Considerando VII, & 29-30*, bajo el título *Control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad*, la Suprema Corte reseña, en relación al párrafo 339 de la sentencia proferida por la Corte IDH en el caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sent. Serie C/2009, de fecha 23/11/2009, que con basamento en el novel texto fundamental: “(...) en el caso de la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1° en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 107 y 105 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia (...) De

- (vii) Corte Suprema de Panamá (60);
- (viii) sin descontar de tal elenco a nuestro Tribunal cimero de orden nacional (61), etc., al referir y aplicar aquellas magistraturas constitucionales la inspección de

este modo, el mecanismo para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente, pues no podría entenderse un control como el que se indica en la sentencia que analizamos si el mismo no parte de un control de constitucionalidad general que se desprende del análisis sistemático de los artículos 1º y 133 de la Constitución y es parte de la esencia de la función judicial. Ello sin perjuicio, de que en el & 31 del *Considerando* de marras se encarga de diseñar el parámetro de análisis que el control -con el alcance descripto- debe asumir, a saber: (a) todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1º y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; (b) todos los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales en los que el Estado mexicano sea parte; (c) criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte; a la par de enfatizar que dicha posibilidad de inaplicación por parte de los jueces en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de las leyes, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación (*cf.* *Considerando VII*, & 32) y procesar que este tipo de interpretación reconoce tres pasos sucesivos: (i) interpretación conforme en sentido amplio; (ii) interpretación conforme en sentido estricto; (iii) inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles (*cf.* *Considerando VII*, & 32).

(60) CSJ de Panamá, en pleno, Ac. N° 240, de fecha 12/05/2010, *Considerando VI*, en donde en virtud del fallo del Tribunal regional *in re Santander Tristán Donoso vs. Panamá*, Sent. Serie C/193, de fecha 27/01/2009, la Corte Suprema colige que “(...) *la República de Panamá, como miembro de la comunidad internacional, reconoce, respeta y acata las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”. Ahora bien, remitida a la Sala Penal de la CSJ la sentencia antedicha de la Corte IDH a fines de que se revise el enjuiciamiento criminal del Segundo Tribunal Superior de Justicia, aquélla señaló: “(...) *la República de Panamá, como Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde el 22 de junio de 1978, reconoció, sin reservas, desde el 9 de mayo de 1990, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.” Tales resolutivos han devenido valorados positivamente por la Corte IDH en la Resolución de Supervisión de Cumplimiento, de fecha 11/09/2010, párrafo 19.

(61) De estar al propio registro del Tribunal Interamericano, entre otros, en los casos *Furlan y familiares vs. Argentina*, Sent. Serie C/ 246, de fecha 31/08/2012, párrafo 304 (nota 468) y *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sent. Serie C/ 220, de fecha 26/11/2010, párrafo 231 (notas 339 y 340), como del *Voto Razonado* del Juez Ferrer Mac-Gregor, E., Corte IDH, *caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, de fecha 20/03/2103, párrafos 74/85, éste ha tomado nota de las referencias de la Suprema Corte federal en las sentencias emitidas en el caso *Espósito*, en cuanto las decisiones de aquél [en alusión al pronunciamiento *Bulacio vs. Argentina*, Sent. Serie C/100, de fecha 18/09/2003] resultan “(...) *de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)*”, de modo que el Alto Tribunal nacional “(...) *en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional*” [CSJN, Fallos 327:5668, *Espósito*, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, de fecha 23/12/2004, *Considerando VI*]; como en el caso *Mazzeo* en la exégesis de que “(...) *la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*” en función de que se “(...) *trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*” [CSJN, Fallos 330:3248, *Mazzeo*, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad, de fecha 13/07/2007, *Considerando 20*]. Inclusive, en el *Considerando 21* del pronunciamiento *in re Mazzeo* -al equivalente de *Sojo, E.*, CSJN, Fallos 32:120 al apuntar, en 1887, la cita del “(...) *caso de William Marbury v. James Madison*

convencionalidad *ex officio* con estricto ligamen a las interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana.

(1 Cranch 137, página 368)” en relación al control de constitucionalidad- se receipta explícitamente la doctrina del examen interno de convencionalidad sustentada en el párrafo 124 del *leading case Almonacid Arellano*: “(...) la Corte Interamericana ha señalado que “es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados 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 (CIDH Serie C N° 154, caso “Almonacid”, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo. 124)”, proyectando este constructo -a diferencia del analogado de Sojo, E.- sobre el modo en que la Corte IDH ha precisado las obligaciones de los Estados respecto de los deberes de investigación y de punición de delitos aberrantes, a través de una revista de su *corpus* jurisprudencial en los *Considerandos* 22, 23, 25, 36 y 38. Con posterioridad, la conversación entre ambos Tribunales reconoce una tendencia *in crescendo*, así en el caso *Mendoza y otros vs. Argentina* -tras recordar su precedente en *Almonacid Arellano* y en consideración de que estas “(...) ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad””, con arreglo al párrafo 142 (nota 193), en el caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Sent. Serie C/259, de fecha 30/11/2012-, el Tribunal regional ha valorado positivamente la emisión del fallo *Maldonado* de la Corte Federal [CSJN, Fallos 328:4343, Maldonado, Daniel Enrique y otro s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado, de fecha 07/12/2005], en cuanto -con apoyatura en los arts. 5, inciso 6 CADH; 10, inciso 3 PIDCP- se establecen “(...) criterios importantes sobre la incompatibilidad de la imposición de la prisión perpetua con los derechos de los niños”, del mismo modo que el pronunciamiento recaído *in re* Casal [CSJN, Fallos 328:3399, Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa, de fecha 20/09/2005] en relación a “(...) los criterios que se desprenden sobre el alcance de la revisión que comprende el recurso de casación, conforme a los estándares que se derivan del artículo 8.2.h) de la Convención Americana”, prohibiendo que “(...) los jueces en Argentina deben seguir ejerciendo un control de convencionalidad a fin de garantizar el derecho de recurrir del fallo conforme al artículo 8.2.h) de la Convención Americana y a la jurisprudencia de este Tribunal”, *vide* Corte IDH, caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, Sent. Serie C/260, de fecha 14/05/2013, párrafos 221, 324 (nota 397), 331 y 332. A propósito del pronunciamiento en el caso *Furlan y familiares vs. Argentina* -*ut supra* glosado, párrafos 303 y 305-, recordará que “(...) los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”, añadiendo que asume particular relevancia en situaciones de vulnerabilidad -menores de edad o personas con discapacidad- la necesidad de que -con base en el control de convencionalidad- “(...) las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal”. Con este temperamento, ha destacado la “(...) importancia de que los órganos judiciales argentinos aseguren que los procedimientos internos en los cuales se debate el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, cumplan con el propósito y fin así como las demás obligaciones derivadas de la Convención Americana”, *vide* Corte IDH, caso *Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*, Sent. Serie C/238, de fecha 29/11/2011, párrafo 94. En oportunidad reciente, la Corte IDH ha ordenado -en cumplimiento

En ocasión más reciente (62), Carnota recapitula en relación a que si bien el diálogo entre Cortes se comporta como un vector eficaz de manifestación de la globalización jurídica, persiste latente el riesgo de que degenera en un monólogo, en cuanto los tribunales -sobre todo los domésticos de cúpula- se transforman en eco de posiciones adoptadas por jurisdicciones supranacionales, conduciendo a la esterilizar la discusión y debate de ciertos temas, restar margen de apreciación nacional y brindar una uniformidad *excesiva* a la jurisprudencia.

Las características consideradas en este núcleo problemático de la obra, dan cuenta de la valía del análisis de Carnota, allanando la demanda de *ciencia útil* de Scialoja (63) y divulgando la modalidad con que el patrón de la doctrina comparatista/constitucional-

de los deberes de prevención y garantía de los derechos humanos reconocidos por el artículo 2 de la Convención- la capacitación de funcionarios públicos -en rigor, miembros de fuerzas de seguridad- sobre el control de convencionalidad a propósito del caso *Gutiérrez y familia vs. Argentina*, Sent. Serie C/271, de fecha 25/11/2013, párrafo 168. Por su parte, la Corte Nacional ha correspondido con una continua plática jurisprudencial, sea reiterando la remisión al precedente *Almonacid Arellano* en el fallo *García Méndez* [CSJN, Fallos 331:2691, García Méndez, Emilio y Musa, María Laura, de fecha 02/12/2008, *Considerando* 7; sin perjuicio de que en el caso *Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/sustracción de menores de 10 años*, de fecha 11/08/2009, el voto en disidencia -*dissenting opinion*- del Dr. Maqueda consignará una referencia al *leading case* iberoamericano en el *Considerando* 30, CSJN, Fallos 332:1835]; sea expandiéndolo a partir del caso *Videla* [CSJN, Fallos 333:1657, Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación, de fecha 31/08/2010, *Considerando* 10] con el mandamiento oficioso de su ejercicio, en seguimiento de la directiva asentada en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* [Corte IDH, Sent. Serie C/158, de fecha 24/11/2006], con arreglo al cual "(...) *ha subrayado que los órganos del Poder Judicial debían ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de 'convencionalidad' ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*"; sea conformando -por argumento *a fortiori, a majori ad minus*- el contralor oficioso de constitucionalidad en el caso *Rodríguez Pereyra* [CSJN, Fallos 335:2333, Rodríguez Pereyra, Jorge Luís y otra vs. Ejército Argentino, de fecha 27/11/2012, *Considerandos* 12 y 13] a través de una reseña jurisprudencial de la Corte IDH en el *cas d'espèce*: "(...) *es un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional confiere rango constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad y que, por otro lado, impida a esos mismos tribunales ejercer similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango*"; sea desmenuzando la jurisprudencia contenciosa y consultiva del Tribunal Interamericano en torno al debate sobre las consecuencias jurídicas que traen aparejadas para el Estado Argentino las Recomendaciones emanadas de la Comisión IDH, en los términos del Informe definitivo previsto en el artículo 51.2 de la CADH [CSJN, Carranza Latrubesse, Gustavo vs. Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut - Proceso de Conocimiento, de fecha 06/08/2013, C.568.XLIV, C.594.XLIV; *Considerandos* 4/18 del voto concurrente de los Dres. Zaffaroni y Fayt; 1, 10/11 y 13 del voto concurrente del Dr. Petracchi; 9 y 12 del voto concurrente del Dr. Maqueda; 3 y 13 del voto en disidencia de la Dra. Argibay; 7 y 8 del voto en disidencia de los Dres. Highton de Nolasco y Lorenzetti].

(62) CARNOTA, W. *¿Límites al diálogo de cortes? La identidad constitucional en el federalismo norteamericano y en la integración regional europea*, disponible en www.eldial.com, Suplemento de Derecho Público, de fecha 17/06/2013.

(63) SCIALOJA, V. (1911) "Diritto pratico e diritto teorico", *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Vallardi, Milano, IX-I, pp. 941 y ss.

lista impulsa a emplear las aportaciones del Derecho Comparado general para explicar la distribución vertical del poder, al mismo tiempo de afinar aspectos que ofrezcan contribuciones originales en un campo hoy especialmente sensible, caracterizado por fenómenos de agregación -*v.gr.* UE, MERCOSUR, NAFTA- y de desagregación -*v.gr.* *ex Jugoslavija, ex Československo*, Sudán del Sur, Eritrea, etc.- o pulsiones en esta dirección -*v.gr.* España, Italia, Bélgica, etc.-, máxime cuando la temática se cruza con la de los derechos, de las fuentes, de la organización del Estado, etc. (64).

En rigor, el texto del autor evoca -en el temperamento de Alpa (65)- que el Derecho Comparado no es un juego para confinar a los museos académicos, atento que absorbe *tareas de naturaleza social*. Está expuesto al mundo de los operadores, los legisladores, los profesionales, etc., y sobre todo a los jueces, quienes deben escoger una opción, y para hacerlo deben ser asistidos, orientados, anticipados en cuanto tomen en consideración lo que sucede en otras experiencias diversas a las suyas propias. Al abordaje complejo de esta realidad de citas extra-estatales, *Los jueces y los procesos de integración* satisfacen con holgura y profundidad el cometido propuesto.

4. A partir de tal enclave, en el Tomo I se compendian diferentes contribuciones autorales: *Los principios en el Derecho de la Integración*, de Guillermina L. Sosa; *La dinámica política y económica de la globalización*, de Jorge O. Bercholc; *El Tratado de Lisboa: último paso en el proceso de integración europea*, de Óscar Sánchez Muñoz; etc.

Hacia otros nodos problemáticos se encaminan las aportaciones formuladas en torno al *Derecho Internacional*, orientadas derredor la consideración de *La Carta de Naciones Unidas*, de Luis F. Castillo Argañarás; *La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e della Libertá Fondamentali: il loro contributo alla formazione di una giurisdizione costituzionale dei diritti e delle libertá*, de Giancarlo Rolla, etc.

Justamente a tenor de la sanción de la Carta de Naciones Unidas -que importó un verdadero *constitutional moment* en la historia del Derecho Internacional (66)-, Verdross (67) derivó la ruptura del principio de que un Estado puede tratar a sus súbditos a su arbitrio, sustituyéndolo por el principio nuevo de que la protección de los

(64) PEGORARO, L. (2012) *Comparación y globalización (Las categorías del Derecho Civil y el parasitismo metodológico de los constitucionalistas en el Derecho Comparado)* ap. *Constitución y democracia: Ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Universitas, Madrid, V. II, p. 331.

(65) ALPA, G. (2003) *L'arcadia del comparatista. Un saggio di storia e di metodo* ap. *Comparative Law in the Courtroom and Classroom. The Story of the Last Thirty-Five Years*, Markesinis, B., Hart Publishing, Portland, p. XVI.

(66) FASSBENDER, B. "The United Nations Charter as Constitution of the International Community", *Columbia Journal of Transnational Law*, 36 (1998) 86, 87.

(67) VERDROSS, A. (1967) *Derecho Internacional Público*, Aguilar, Madrid, p. 492. Ya 1926 Verdross expone la tesitura de una Constitución de la comunidad legal internacional -*Völkerrechtsverfassung*-, en un célebre ensayo bajo el título *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Springer, Wien; con posterioridad, habrá de reconocer a la *UN Charter* como una *Constitución anticipada -antizipierte Verfassung-* de la comunidad universal de Estados de conformidad con las finalidades universales por

derechos humanos constituye una *cuestión fundamental internacional*. En el marco del desarrollo de las democracias latinoamericanas, éste ha contribuido a una verdadera *cultura emergente en materia de derechos humanos* (68), de modo que se asiste a un episodio más profundo que el recurso tan sólo y *per se* a reglas y métodos de interpretación. El enlace entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos [a lo que cabe añadir el Derecho Constitucional] consagra la evidencia del reconocimiento de la centralidad, en este nuevo *corpus juris*, de los derechos humanos universales, lo que corresponde a un nuevo *ethos* de nuestros tiempos (69).

Empero, la realidad del *regna gentium* resulta percibida con claridad por Rawls al descuarjar una teoría ideal [*ideal theory*] del Derecho de Gentes que justifica los principios morales que funcionan como fundamento para la evaluación e interpretación del Derecho existente, y para la creación de un nuevo Derecho; de una *teoría no ideal* [*non ideal theory*] dirigida a ponderar cómo los principios ideales resultan susceptibles de aplicarse y a fomentar entre los más renuentes el respeto por el Derecho de Gentes (70). Frente a ello, se ha sugerido la idea de una Constitución -*Grundnorm*- no

ella perseguidos, *vide* VERDROSS, A. (1973) *Die Quellen des universellen Völkerrechts: Eine Einführung*, Rombach & Co., Freiburg, p. 21.

(68) *Voto Razonado* del Juez García Ramírez, S., Corte IDH, caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Sent. Serie C/101, de fecha 25/11/2003, párrafo 3. En su mérito, se ha afirmado el advenimiento de una forma de constitucionalismo inédito, tanto en su dimensión nacional como internacional, en virtud de una nota tipificante de las Constituciones de la segunda posguerra; aquellas han individualizado y definido un nuevo paradigma jurídico: el del Estado Constitucional de Derecho, en el cual la soberanía estatal, interna y externa, resulta jurídicamente limitada por el principio de la tutela de los derechos fundamentales, del mantenimiento de la paz y de la salvaguarda de las instituciones democráticas, *vide* MAZZARESE, T. (2008) *Interpretazione della Costituzione. Quali i pregiudizi ideologici? ap. Ars Interpretandi*, Università degli Studi di Padova, Dipartimento di Diritto Comparato, Padova, N° XIII, pp. 213 y ss.

(69) *Voto Concurrente* del Juez Cançado Trindade, A.A., Corte IDH, OC N° 16/99, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, de fecha 01/10/1999, párrafo 35. En puridad, la legitimidad política del Estado -aduce Ferrajoli- descansa esencialmente en su función de tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, *vide* FERRAJOLI, L. (1998) *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, p. 396.

(70) RAWLS, J. (1998) *The Law of Peoples*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, pp. 3 y 89. El pensamiento alexiano adita sobre el punto: "(...) *la mejor concepción de los derechos humanos puede ser realizada a nivel nacional de la mejor manera en un Estado constitucional democrático. Esta tesis es también de importancia para el problema del cumplimiento internacional de los derechos humanos (...)* Si sólo hubieran Estados constitucionales democráticos bien organizados, estarían dadas las mejores condiciones para la solución del problema internacional", *vide* ALEXYS, R. (2000) "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático", *Revista Derechos y Libertades*, Año V, N° 8, Instituto de Derechos Humanos Fray Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, p. 21. Ahora bien, la discordancia entre la teoría y la práctica de los derechos está originada en causas muy diferentes, registrándose -con carácter general- las siguientes: a) los derechos humanos conviven con otros criterios que poseen su misma función y que justifican desde diferentes parámetros, algunos de ellos culturales; b) igualmente, los derechos humanos conviven con estrategias políticas de diferente alcance, cultural, soberanista, colonizador, etc.; c) los derechos humanos están afectados por problemas concretos y situados, geográfica e históricamente; d) los derechos humanos presentan internamente problemas de coherencia dada su posible proyección en cualquier cuestión que posea un alcance social, ético, político o jurídico; e) los derechos humanos poseen un contenido

sólo del Estado de Derecho Internacional, sino también, aunque indirectamente, de los propios órdenes legales estatales, determinando a su *con-formación* en un sistema legal unitario (71).

Se trata de *tomar en serio* el valor normativo de los textos internacionales, lo que implica su consideración como un documento (i) que expresa los criterios que rigen una forma de vida en común aceptada y asumida, los parámetros que establecen tanto los límites como los requisitos mínimos de los posibles planes de vida individuales y colectivos -criterios básicos de una ética pública internacional-; (ii) en donde se fijan las directrices de la política internacional, en el sentido de constituirse también como pautas que establecen los límites y los requisitos mínimos de las diferentes políticas internacionales; (iii) que establece la norma básica material de identificación de normas, permitiendo calificar como válidas el resto de normas internacionales, y, por tanto, como el documento clave en la legislación, interpretación y aplicación de las normas internacionales. En efecto, la configuración de los derechos como normas básicas materiales implica su constitución en criterios delimitadores de toda decisión jurídica, ya sea esta legislativa o judicial, pero además, implica también convertirlos en instrumentos de orientación de estas decisiones, en el sentido de primar, entre las opciones posibles, aquellas que en mayor medida favorezcan su ejercicio y disfrute (72).

Innegablemente ello repercute en el tratamiento de ciertas cuestiones específicas, no exentas de debate actual, en las que se cifra el Tomo I de la obra: *El aborto en el sistema europeo de Protección de Derechos Humanos*, de Fernando Rey Martínez; *Derecho a la salud en el Derecho Internacional*, de Viviana Bonpland; *Derecho del desarrollo sustentable: ¿Hacia dónde deben dirigirse en forma progresiva las acciones gubernamentales para asegurar el progreso de las comunidades actuales y las de las futuras generaciones?*, de María C. Calveyra y Alejandrina L. Herrero; *Los daños y las reparaciones en el sistema interamericano (con un análisis particular de los casos del Estado Argentino)*, de Eduardo R. Olivero y Yanina V. Fernández; etc.

indeterminado que produce que puedan ser fundamentados desde teorías e ideologías distintas y que puedan ser desarrollados también desde teorías e ideologías distintas; f) los derechos poseen un carácter plural que impide su análisis desde un solo ámbito de conocimiento, *vide* DE ASÍ S ROIG, R (2007) *Los retos de los derechos humanos*, VIII Escuela Internacional de Verano UGT Asturias, Fundación Asturias, p. 236 [Dicho trabajo resultó elaborado dentro del proyecto *Derechos Humanos y Discriminación* (Comunidad de Madrid UC3M/HUM-0750)].

(71) VERDROSS, A. "Droit International Public et Droit Interne", *Revue de Droit International, de Sciences Diplomatiques et Politiques* 32 (1954) 219, 221. *Vide etiam*, DE ASÍ S ROIG, R. (2000) *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Madrid, pp.17-18, en la consideración de que la concepción de los derechos humanos como límites al poder aparece claramente también en el origen de la idea de Constitución: ella surge como instrumento para limitar la actuación del poder político, tanto con el fin de proteger una serie de pretensiones y libertades, como con el de organizar su ejercicio.

(72) DE ASÍ S, R. (2007) *Los retos de los derechos humanos*, VIII Escuela Internacional de Verano UGT Asturias, Fundación Asturias, pp. 238-239 [Dicho trabajo resultó elaborado dentro del proyecto *Derechos Humanos y Discriminación* (Comunidad de Madrid UC3M/HUM-0750)], a propósito de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

5. El Tomo II extiende el campo de observación -en seguimiento al mandato de *dissita et diversa*, latente en el juicio de Vico (73)- hacia los *Tratados y Documentos con jerarquía constitucional*, procurando ubicar tan extensa sustancia dentro de cuadros sistematizados en los que resulte fecundo su examen por el operador jurídico en sus diversos roles.

Así se insertan elaboraciones definidas en la esfera de un constitucionalismo multinivel (74) [*multilevel constitutionalism*] que anuda y ensambla, en el marco de un *bloc de constitutionnalité*, las relaciones jerárquicas de tramos normativos internacionales y domésticos: *Acerca de la incidencia en el Derecho Argentino de los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos en el ámbito fiscal y penal fiscal*, de Aristides Corti; *Los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos y su influencia en los sistemas universales y regionales de protección*, de Marcelo F. Trucco; etc. O bien, se desagregan análisis casuísticos de instrumentos internacionales de derechos humanos cotizados con graduación constitucional: *La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, de Mónica S. Rodríguez; *La Declaración Americana de Derechos Humanos: una visión de conjunto*, de Guillermina L. Sosa; *Convención Americana sobre Derechos Humanos: deberes, derechos, garantías y principios*, de Patricio A. Maraniello; *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, de Ricardo Sánchez; *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, de Horacio G. Corti; *La Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948*, de Andrea F. Mac Donald; etc.

Sin duda, el tratamiento de la obra resulta guiado en esta sección por la *dignidad de la persona humana* y sus *derechos esenciales*, los que van conformando la *cúspide* de la jerarquización normativa tanto del Derecho Internacional como del Derecho Nacional, constituyéndose en el *parámetro básico y fundamental* del Derecho Interno, del Derecho Comunitario naciente y del Derecho Internacional, en el germen de la parte dogmática de un genuino *constitucionalismo regional* (75); en él los derechos

(73) VICO, G. (1914) *De antiquissimaitalorumsapientia ex linguae latinaeoriginibuseruenda*, Laterza, Bari, p. 179.

(74) Vide in extenso, VERDROSS, A. (1926) *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Springer, Wien, pp. 7 y 10.

(75) NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2000) "Las Constituciones y los Tratados en materia de Derechos Humanos", *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, V. VI, N° II, p. 277, en el cual se modela la nomenclatura de un *bloque constitucional de derechos*, sin perjuicio que cada vez más se hace presente también un *bloque constitucional normativo* por la incorporación a la Constitución directamente de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, como puede constatarse en la tendencia *in crescendo* de América Latina, bastando acudir a la muestra de los recientes ensayos y reformas constitucionales, sin perjuicio de los registros de Chile en 1990 y Colombia en 1991, de Brasil en 2004, Nicaragua en 2005, Ecuador en 2008, Bolivia en 2009, República Dominicana en 2010 y México en 2011. La técnica constitucional no luce uniforme en el Derecho Constitucional Comparado, así mientras la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009 en su artículo 13.IV consagra: "(...) 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

humanos ofician, en definitiva, como *vue d'ensemble* (76) de aquellos segmentos normativos (77), sin neutralizar su tipificación como *criterios mínimos de fundamentación*

internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia", la Constitución de Chile de 1990 estipula "(...) El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes" -artículo 5.2-. La Constitución de Brasil determina que "(...) se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: II.- Prevalencia de los Derechos Humanos" -artículo 4-, a la vez que confiere rango constitucional a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos al tasarlos como "(...) equivalentes a las enmiendas constitucionales" -artículo 5, LXXVIII N° 3, a propósito de la reforma constitucional de 2004-. La Constitución de México, reformada el 10 de junio de 2011, en su artículo 1 glosa: "(...) En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece". La Constitución de Nicaragua, con la reforma constitucional de 2005, reseña en su artículo 46: "(...) En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos". La Constitución de República Dominicana de 2010, en su artículo 74.2 y 3 reza: "(...) Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los Tribunales y demás órganos del Estado", mientras que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, en su artículo 23, señala: "(...) 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." Asimismo la Constitución de Colombia en su artículo 93 determina "(...) 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. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia", mientras que la Carta Constitucional ecuatoriana de 2008 prescribe "(...) 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-.

(76) CANÇADOTRINDADE, A.A. (2013) *La humanización en el Derecho Internacional en la jurisprudencia y la doctrina: un testimonio personal ap. Los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la humanización del Derecho Internacional*, Ad Hoc, Buenos Aires, p. 164 [Dicho texto constituye un *post scriptum* del autor, confeccionado a mediados del año 2012, de la Conferencia solemne impartida en la UNLP, titulada *Los tribunales internacionales contemporáneos y la búsqueda de la realización del ideal de justicia internacional*, con fecha 05/08/2011].

(77) El escenario se remonta -como se previniera- al período de la segunda posguerra, en el que la operación para instrumentar los cambios se ejecutó con un *Derecho con nuevos contenidos* que tuvo como base el Derecho Internacional de la época, llamado contemporáneo. Con tal alcance, "(...) comenzó a desarrollarse sobre los moldes del Derecho Internacional clásico, aunque rápidamente se advirtió que era un zapato que no entraba en el pie, debido a que el Derecho Internacional, no pudo explicar suficientemente los conflictos suscitados, juzgados en Núremberg, que plantearon una nueva cosmovisión del Derecho elaborada por medio de los estudios de Robert Alexy y de Chaim Perelman", vide TRAVIESO,

de los principios básicos de una sociedad y un orden jurídico justo (78), o bien, como *manifestación de moralidad pública* que requiere de un poder eficaz que los transforme en Derecho positivo (79).

J.A., “Derecho Internacional de los Derechos Humanos: clásico y futuro” 3.0, *LL*, 2013-E-1236. [El texto citado corresponde al Curso dictado por el autor en *L’Institut International des Droits de l’Homme*, 44^{ème} Session Annuelle d’Enseignement, 8-26 Juillet, 2013, Strasbourg, France]. En rigor, los Estados dejan de ser el centro del Derecho Internacional -sostiene Carpizo- para trasladar, en parte, su eje de gravedad hacia los derechos de los individuos, aceptando reclamos individuales que han cristalizado incluso con auténticos tribunales para resolverlos, *vide* CARPIZO, J. (2010) *Prólogo ap. La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un Jus Constitutionale Commune en América Latina?*, VON BOGDANDY, A. - FERRER MAC-GREGOR, E. - MORALES ANTONIAZZI, M. (Coord.), Instituto de Investigaciones Jurídicas - Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional - Max Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Rechts und Völkerrecht, UNAM, México, T. II, p. XIX. En este orden de ideas, *Cañado Trindade* anota: “(...) toda la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha desarrollado, de forma convergente, a lo largo de las últimas décadas, una interpretación dinámica o evolutiva de los tratados de protección de los derechos del ser humano (...) La corriente positivista-voluntarista, con su obsesión con la autonomía de la voluntad de los Estados, al buscar cristalizar las normas de esta emanadas en un determinado momento histórico, llegó al extremo de concebir el Derecho (positivo) independientemente del tiempo: de ahí su manifiesta incapacidad de acompañar los constantes cambios de las estructuras sociales (en los planos tanto interno como internacional), por no haber previsto los nuevos supuestos de hecho, no pudiendo, por lo tanto, dar respuesta a ellos (...) las propias emergencia y consolidación del corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se deben a la reacción de la conciencia jurídica universal ante los recurrentes abusos cometidos contra los seres humanos, frecuentemente convalidados por la ley positiva: con esto, el Derecho vino al encuentro del ser humano, destinatario último de sus normas de protección (...) son ampliamente conocidas y reconocidas las profundas transformaciones por las que ha pasado el Derecho Internacional, en las cinco últimas décadas, bajo el impacto del reconocimiento de los derechos humanos universales. Ya no se sostienen el antiguo monopolio estatal de la titularidad de derechos, ni los excesos de un positivismo jurídico degenerado, que excluyeron del ordenamiento internacional el destinatario final de las normas jurídicas: el ser humano. Se reconoce hoy día la necesidad de restituir a este último la posición central -como sujeto del Derecho tanto interno como internacional- de dónde fue indebidamente desplazado, con consecuencias desastrosas, evidenciadas en los sucesivos abusos cometidos en su contra en las últimas décadas. Todo esto ocurrió con la complacencia del positivismo jurídico...”, *vide* Voto Concurrente del Juez Cañado Trindade, A.A., CorteIDH, OC, N° 16/99, de fecha 01/10/1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*.

(78) FERNÁNDEZ, E. (1984) *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Debate, Madrid, p. 38. El autor de referencia los conceptualiza como un “(...) contenido de ética normativa, que se traduce en un conjunto de valores y normas morales y jurídicas que como criterios mínimos actúan los principios básicos de la sociedad...”, aunque con la advertencia de que “(...) los derechos humanos fundamentales incluyen varias cosas a la vez: responden a necesidades humanas esenciales que se traducen en exigencias morales y pretenden ser reconocidas y garantizadas por el Derecho, generando deberes. Además de todo ello, y se trata del camino seguido por cualquier derecho humano que tomemos como ejemplo, los derechos humanos básicos encuentran su fundamentación en una serie de valores que, a través de su adecuado ejercicio, se pretenden lograr: respeto a la dignidad humana, autonomía, seguridad, libertad e igualdad. Estos valores citados, y que están detrás de cualquier declaración de derecho actual, no agotan el conjunto de valores morales vigentes, o que se desean vigentes, en una sociedad ni el conjunto de valores jurídicos de su ordenamiento”, *vide* FERNÁNDEZ, E. (1993) “Concepto y problemas actuales de los derechos humanos”, *Revista Derechos y Libertades*, Año I, N° I, Instituto de Derechos Humanos Fray Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, pp. 45 y ss.

(79) PECES-BARBA, G. (1993) “El concepto y problemas actuales de los derechos humanos”, *Revista Derechos y Libertades*, Año I, N° I, Instituto de Derechos Humanos Fray Bartolomé de las Casas, Uni-

Con este temperamento, es posible dar cabida a la ansiada *expresión práctica de coincidencia e propósitos* entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno (80), y -en particular- al emplazamiento de la Convención Americana de Derechos Humanos como el equivalente -Analogon- de una *Constitución supranacional referente a Derechos Humanos* (81).

En lo que atañe al perímetro interamericano, si las palabras de una Constitución, lo que bien vale para la Convención Americana de Derechos Humanos de estar al talante precedentemente expuesto, han dado *vida* a un ser cuyo *destino* no pudo ser *previsto completamente*, ni aun por sus creadores mejor dotados (82), el constante despliegue

versidad Carlos III, Madrid, pp. 33 y ss. En este sentido, la Declaración constitucional de derechos es calificada como acto de reconocimiento de derechos preexistentes, *vide* TROPER, M. (2000) "Jefferson y la interpretación de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789", *Revista Derechos y Libertades*, Año V, N° 8, Instituto de Derechos Humanos Fray Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, pp. 541 y ss., con la aclaración de que el interés actual en la problemática suscitadas por las Declaraciones de derechos -en particular, por la *Virginia's Declaration of rights* de 1776 como por la *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789- radica en "(...) *la cuestión de cómo deben considerar los jueces de hoy la Declaración de derechos, un problema muy relevante en lo que respecta a los métodos interpretativos que se deben aplicar a ese texto. Los jueces pueden, sin profesar por ello una creencia en los derechos naturales, considerar que los hombres de 1789 pensaban que estaban haciendo una mera declaración. También pueden, en sentido inverso, considerar el texto como un acto de voluntad a través del cual se establecieron nuevas reglas creadoras de derechos. En el primer caso, el significado que los jueces atribuyen al texto no es la intención original de sus autores, y perfectamente pueden dar a los derechos fundamentales tal o cual contenido conforme a las necesidades de la sociedad contemporánea. En el segundo caso, al contrario, puesto que la «Declaración» no es más que la expresión de la voluntad de sus autores, la obligación de aplicar este texto significa la obligación de ejecutar esa voluntad, y lo más importante es hallar esa voluntad a través de la interpretación literal y recurriendo a los trabajos preparatorios (...) se invierten aquí las posiciones teóricas habituales sobre el poder de los jueces: los formalistas, que consideran que el juez está vinculado, sostendrán que la Declaración de derechos es un acto de voluntad, mientras que los realistas, que estiman que el juez goza de un considerable poder discrecional, afirmarán en cambio que el juez aborda la Declaración de derechos como si fuera una verdadera declaración, porque esa es la actitud que le otorga el mayor margen de interpretación. Del mismo modo se invierten las posiciones ideológicas habitualmente relacionadas con el iusnaturalismo y el positivismo. El iusnaturalismo, asociado a menudo con el conservadurismo (el derecho positivo no debe vulnerar unos valores considerados eternos), insta aquí a considerar la «Declaración» no ya como una auténtica Declaración de derechos naturales, sino como un simulacro, de tal forma que deberá ser interpretada conforme a la voluntad de sus autores, es decir según una concepción de los principios fundamentales que data de dos siglos atrás. En cambio, los iuspositivistas, que niegan la existencia de los derechos naturales, se ven llevados a afirmar el carácter declarativo del texto, para interpretar los principios que contiene en función de la evolución de la naturaleza y de las necesidades de la sociedad*".

(80) CANÇADOTRINDADE, A.A. (1995) "El futuro del sistema interamericano de protección de derechos humanos: algunas reflexiones" *Revista de Estudios Internacionales*, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, V. 28, N° 109, p. 5. En el Derecho Internacional moderno, se observa que las funciones de las normas constitucionales internas resultan reforzadas por reglas y principios internacionales, sirviendo de complemento de aquéllas, *vide* TOMUSCHAT, C. - SCHMIDT, C. *Der Verfassungsstaat im Geflecht der Internationalen Beziehungen*, WdStRL36 (1978) 7, 52.

(81) *Voto Razonado* del Juez De Figueiredo Caldas, R., caso *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, Sent. Serie C/219, de fecha 24/11/2010, párrafo 5.

(82) *Missouri vs. Holland*, 252 U.S. 416 (1920).

interpretativo no sólo ha fomentado una mayor *cohesión* en el ordenamiento jurídico sino que también ha procurado una mayor *interacción* entre los ordenamientos jurídicos internacional e interno en la *protección de los derechos humanos*; en este marco se reconoce que, en el plano internacional propiamente dicho, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos tienen una dimensión constitucional, y no sólo en sentido de su posición en la jerarquía de normas en el Derecho Interno, que de todos modos está rehén de lo que determinan las Constituciones nacionales proyectándose de ahí con variaciones al orden internacional, sino más bien en el sentido mucho *más avanzado* de que *construyen*, en el propio plano internacional, un *orden jurídico constitucional de respeto a los derechos humanos* (83).

6. Sucesivamente el Tomo III de la obra también se vale de la funcionalidad metodológica anterior, aunque ceñida a escrutar rigurosamente otros *Tratados y Documentos con jerarquía constitucional*, tales como *La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, de Victoria Pérez Tognola; *La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, de María C. Caputi; *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes*, de Eduardo R. Olivero; *Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas*, de Miguel A. Carlín y Carlos A. Chiara Díaz; *Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad*, de Beatriz E. Aranguren y Arturo E. Dumón; etc. Añade en esta sección una alternativa que deriva de la realidad normativa de *softlaw*, al alternar el eje temático precedente, bajo el acápite de *Documentos Adicionales*, con *Reglas de Brasilia. Carta de acceso del ciudadano en el espacio judicial iberoamericano*, de Beatriz E. Aranguren.

Se ha dicho que el origen de los derechos humanos se sitúa en el mundo moderno en el ámbito de tres reflexiones que, a pesar de los avances habidos en la protección y satisfacción de aquellos, siguen estando presentes (84). Se trata de la reflexión sobre los límites del poder político, sobre la tolerancia y sobre la necesidad de humanizar el Derecho penal y procesal; acompañados de diversos *retos*, *v.gr.*, la discusión en torno a si los derechos humanos constituyen o no los referentes esenciales para gestionar la globalidad y sus consecuencias, la lucha contra el terrorismo, la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, el embate contra la discriminación, a través de la cual se pretende combatir tanto situaciones de insatisfacción de derechos en las que se encuentra determinados colectivos cuanto prácticas desigualitarias, etc. (85).

(83) *Voto Razonado* del Juez Cançado Trindade, A.A., Corte IDH, caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Solicitud de Interpretación de Sentencia, Sent. Serie C/174, de fecha 30/11/2007, párrafo 7.

(84) *Vide in extenso*, PECES BARBA, G. - FERNÁNDEZ, E. (Dir.) (1998) *Historia de los derechos fundamentales. Tránsito a la modernidad. Siglos XVI y XVII*, Universidad Carlos III - Dykinson, T. I; Peces Barba, G. - Fernández, E. - De Asís Roig, R. (Dir.) (2001) *Historia de los derechos fundamentales. Tránsito a la modernidad. Siglo XVIII*, Universidad Carlos III-Dykinson, Madrid, T. II.

(85) DE ASÍS ROIG, R. (2007) *Los retos de los derechos humanos*, VIII Escuela Internacional de Verano UGT Asturias, Fundación Asturias, pp. 226-227, 237 [Dicho trabajo resultó elaborado dentro del proyecto *Derechos Humanos y Discriminación* (Comunidad de Madrid UC3M/HUM-0750)].

Por consiguiente, del contenido de las diferentes contribuciones autorales precedentemente revistadas, se sigue que más que investigar el origen y el significado de los derechos fundamentales de la persona humana como *límites al poder*, de lo que se trata es de presentar diversas *proyecciones* de una problematización modular: ¿cuál es el papel que juega el Estado frente a su realización? (86). En su respuesta, hay un *precio que pagar*: una pérdida de autonomía para muchas decisiones, una merma de soberanía absoluta de los Estados a través de una *cultura de los derechos* que *amarra* las manos de su poder (87).

De ello atestigua un nuevo paradigma, ya no más estatocéntrico, sino situando al ser humano en posición central, desde el que, frente a las atrocidades y abusos que han victimado en las últimas décadas a millones de seres humanos en todas partes, se reclama la apremiante necesidad de *re-conceptualizar* las propias bases del ordenamiento jurídico internacional, intensificando el proceso de humanización del Derecho Internacional (88). Si bien es cierto que el drama de las víctimas encausa un enorme desafío para la labor de protección internacional de los derechos de la persona humana, también es cierto que las reacciones a las violaciones de los derechos fundamentales resultan actualmente inmediatas y contundentes, en razón de la necesidad de dar prevalencia a la *dignidad de la persona humana* en cualesquiera circunstancia (89).

Sólo si se reconoce la extrema *fragilidad* de la condición humana, anida un espíritu de *solidaridad* que concientiza un *deber de humanidad* (90), un *deber de cuidado* para con el género humano (91). En suma, los desarrollos de este sector de la obra se hacen

(86) DE ASÍFS ROIG, R. (2000) *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Madrid, p. 18.

(87) MACCORMICK, N. (2007) *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, New York, p. 275, ello a través de lo que el autor citado califica de un *valioso avance en la civilización*, i.e., el establecimiento de *límites positivos* con tribunales situados fuera de la estructura de los Estados pero representativos de muchos de ellos, gestando un sistema positivado de Derecho natural que sólo puede evadirse si el Estado está dispuesto a dejar de lado las ventajas que la membrecía a un sistema internacional de protección de derechos humanos depara. En este orden de ideas, se sostiene la emergencia de un *ordre public* humanizado en el que el interés público o el interés general coincide plenamente con la prevalencia de los derechos humanos -lo que implica el reconocimiento de que los derechos humanos constituyen el *fundamento básico, ellos propio, del ordenamiento jurídico*, en los planos nacional e internacional-. Subyacente al concepto de *jus cogens* que se encuentra en el pensamiento jusnaturalista, tal abordaje conlleva a normas perentorias a partir de la afirmación y consagración de valores éticos que buscan beneficiar a la humanidad como un todo, *vide Voto Razonado* del Juez Cançado Trindade, A.A., *CorteIDH caso Prisión de Castro-Castro vs. Perú, Sentencia de Interpretación, de fecha 02/08/2008, párrafo 155*.

(88) *Voto Concurrente* del Juez Cançado Trindade, A.A., *Corte IDH*, OCN° 18/03, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, de fecha 17/09/2003, párrafos 25 y 26.

(89) *Ibidem.*, párrafo 28.

(90) *Voto Razonado* del Juez Cançado Trindade, A.A., *CorteIDH, caso Bulacio vs. Argentina, Sent. Serie C/100, de fecha 18/09/2003, párrafo 17*.

(91) *Voto Razonado* del Juez Cançado Trindade, A.A., ICJ, Advisory Opinion, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, R. 2010, p. 96.

eco de las enseñanzas de Kant (92), en orden a que una época no se puede aliar y conjurar para poner a la siguiente en un estado en el que haya de volverse imposible para ella ensanchar sus conocimientos y proseguir su ilustración; ello *-per se-* connotaría un crimen contra la naturaleza humana.

7. A pesar de que el ordenamiento jurídico internacional del siglo XXI se encuentra demasiado distante de los ideales de los padres fundadores *-founding fathers-* del Derecho de Gentes, no hay que capitular ante esta realidad; la emergencia y la consagración del *jus cogens* en el Derecho Internacional contemporáneo constituye una manifestación inequívoca del despertar de una *conciencia jurídica universal* (93) y un conjuro contra el trance de una lectura *encerrada autopoiéticamente* en los pliegues normativos del *domus* de los sistemas constitucionales internos.

Desde Parménides (94), cuando el pensador busca el ser de una cosa entiende que escudriña una consistencia fija y estática; por tanto, algo que el ente ya es, que ya lo integra o constituye. Ello no significa un prototipo del ser lineal, menos aún unidireccional, sino surcado por *perspectivas* diversas en torno a una idea originaria, que se van contraponiendo hasta lograr una *visión completa* (95).

En este empeño se inscribe el *Tratado de los Tratados Internacionales*, ha llegado a las manos del operador jurídico para cumplimentar tan añeja prevención, reeditada por el pensamiento kelseniano cuando anota que "(...) *hay verdades tan evidentes por sí mismas que necesitan ser proclamadas una y otra vez para que no caigan en el olvido*" (96). Y para alcanzarlo bien puede convenirse que, sin despeñar en el tema borgiano de una enciclopedia metódica de un planeta ilusorio (97), en la cartografía

(92) KANT, I. (1968) *Beantwortung der Frage: Was ist der Aufklärung ap. Kant Werke. Akademie Textausgabe*, Walter de Gruyter, Berlin, Bd. VIII, p. 39.

(93) *Voto Concurrente del Juez Cançado Trindade, A.A., Corte IDH, OCN° 18/03, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, de fecha 17/09/2003, párrafos 27 y 28. En último análisis, Verdross ha destacado que la primacía del Derecho Internacional subyace no sólo en el vigor de reglas legales sino también de fuerzas morales, con lo que no se reduce a un sistema cerrado de normas jurídicas al reconocer basamento en principios fundamentales de moralidad, *vide* VERDROSS, A. "General International Law and the United Nations Charter", *International Affairs* 30 (1954) 3, 342, 347/348.

(94) En el *Periphyseos* el poeta expone: (...) *todo en entero igual y sin muda, y bien acabado; nunca ni fue ni será pues ahora es todo a la una, uno en sí mismo y continuo*", *vide* DIELS, H. - KRANZ, W. (1968) *Die Fragmente der Vorsokratiker*, Weidman, Dublin- Zürich, F. VII, & 60.

(95) SCHOPENHAUER, A. (1977) *Die Welt als Wille und Vorstellung ap. Zürcher Ausgabe. Werke in zehn Bänden*, Diogenes, Zürich, V. I/I, p. 7.

(96) KELSEN, H. (2000) *Peace Through Law*, The Lawbook Exchange Ltd., New Jersey, p. VII. Publicado en 1944, el texto legado por Kelsen se difundió durante la fase final de la II Guerra Mundial -1944-, con lo que la experiencia de sus horrores y atrocidades y el establecimiento de una paz duradera constituyen el *leit-motiv* del razonamiento kelseniano que en él discurre, *Vide in extenso*, MÜLLER, T. (2009) *Peace Through Law Revisited: Kelsen's Vision of International Law at the Beginning of the Twentieth Century ap. Power and Justice in International Relations*, Frick, M.L. - Oberprantacher, A. (Ed.), Ashgate Publishing Company, Burlington, p. 87.

(97) BORGES, J.L. (1964) *Tlön, Uqbar, Orbis Tertius ap. Labyrinths*, NDPC, New York, p. 15.

de la *œuvre* -a diferencia del geógrafo de Saint-Exupéry (98)- es el propio autor el que ha hecho el cómputo de las ciudades, de los ríos, de las montañas, de los océanos y de los desiertos; no se ha sentido demasiado importante como para no ir, de aquí para allá, en búsqueda de la razón de *humanización* en la que descansa el *corpus iuris* de protección internacional de los derechos fundamentales. Por el contrario, ha dejado su *bureau*, acompañado a sus exploradores y tomado nota de sus recuerdos.

(98) SAINT-EXUPÉRY, A. (1946) *Le Petit Prince*, Gallimard, París, pp. 54 y ss. Es que el Derecho comporta -a entender de Cançado Trindade- un sistema no sólo de *reglamentación* de las relaciones humanas, sino también, a partir de los valores que encierra, de *emancipación*. En la medida en que se abre a las enseñanzas perennes de la *literatura*, se libera de la pretensión de *cientificismo* legal, que le aleja de la realidad del cotidiano. Se abre a los valores humanistas, presentes en la literatura, y se erige contra la fría *racionalidad* del positivismo jurídico y del análisis supuestamente *científico legal*. El Derecho pasa, así, a dar expresión, él propio, con la ayuda de las humanidades, a los principios y valores que deben guiar la existencia y las relaciones humanas. El Derecho pasa, así, enriquecido, a vincularse estrechamente con la realidad de la vida de cada uno, *vide Voto Razonado* del Juez Cançado Trindade, A.A., *CorteIDH, caso Bulacio vs. Argentina, Sent. Serie C/100, de fecha 18/09/2003, párrafo 11 [con cita del autor referenciado: A Emancipação do ser humano como sujeito do Direito Internacional e os limites da razão de Estado ap. Quem está escrevendo o futuro? 25 textos para o Século XXI, Letraviva, Brasília, 2000, pp. 99-112].*