

# ESTÁNDARES INTERPRETATIVOS E IMPREVISIÓN CONVENCIONAL. UNA LECTURA DE LOS DERECHOS IMPLÍCITOS CON SEDE EN EL MODELO DE ADJUDICACIÓN DEL *JUS CONSTITUTIONALE COMMUNE LATINOAMERICANUM*\*

*INTERPRETATIVE STANDARDS AND CONVENTIONAL IMPREVISION. A READING OF IMPLIED RIGHTS BASED ON THE MODEL AWARD OF THE JUS CONSTITUTIONALE COMMUNE LATINOAMERICANUM*

*Victorino Solá\*\**

**Resumen:** El presente trabajo reflexiona, basado en textos académicos y jurisprudenciales, cómo el desarrollo de las democracias latinoamericanas contribuyó a una verdadera cultura emergente en materia de derechos implícitos, en particular, de derechos humanos de un modo que excede al simple recurso a la interpretación, estableciendo un enlace entre el derecho internacional público, el derecho internacional de los derechos y el derecho constitucional.

**Palabras-clave:** Derechos implícitos - Control de convencionalidad - Derecho constitucional - Derecho internacional público- Derecho de los derechos humanos.

**Abstract:** The present work reflects, based on academic and jurisprudential texts, how the development of Latin American democracies contributed to an emerging culture in terms of implicit rights, in particular, human rights in a way that exceeds the simple recourse to interpretation, establishing a link between Public International Law, International Law of Rights and Constitutional Law.

**Keywords:** Implicit rights - Conventional control - Constitutional law - Public international law - Human rights law.

---

\* Trabajo recibido el 10 de agosto de 2017 y aprobado para su publicación el 27 de septiembre del mismo año.

\*\* Abogado (Universidad Nacional de Córdoba-Argentina/UNC). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Especialización en Derecho Procesal Constitucional (Universidad Blas Pascal). Profesor de Derecho Constitucional (UNC). Profesor de Derecho Público, Ciencias Económicas Universidad Católica de Córdoba.

**Sumario:** I. Consideraciones preliminares: derechos escritos en blanco y negro tête à tête derechos silenciosos. Algunas especificaciones útiles.- II. La práctica argumentativa en torno a la interacción entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos. ¿Derrotabilidad o metamorfosis de la doctrina de superioridad normativa de la Constitución? Alrededor de una deconstrucción sugerida por los teóricos del pluralismo jurídico.- III. A propósito de la fisonomía del control de convencionalidad. Precisiones de mínima.- IV. Caracterización de la cláusula de derechos implícitos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Un menú de dificultades teóricas y connotaciones prácticas. Condiciones de operatividad.- V. Sobre el impacto de la cláusula de derechos innominados en el mecanismo de inspección de convencionalidad. ¿Una Convención invisible? Hacia una propuesta de redefinición conceptual.- VI. Ideas de cierre. ¿Un canto de sirenas? Algunas cuestiones y problemas.

(...) *(E)sta diferencia entre el derecho formulado y el derecho real es tan cuantitativa como cualitativa, tan extensiva como intensiva; en otros términos, al lado de las reglas expresas del derecho están las latentes del mismo; y como las reglas expresas por sí mismas no siempre tienen una formulación adecuada, depende en cierto modo de la teoría aumentar por medio del derecho existente la suma de las reglas jurídicas y hasta perfeccionarlas* (Von Ihering, R., *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1852, p. 18).

(...) *(S)i las potencias llegan a firmar un día una Convención que tenga por fin establecer la protección de las libertades individuales, la unidad del Derecho Público encontrará una realización complementaria. El valor de tal declaración, dejando a un lado las consideraciones de la teoría jurídica, sería especialmente educativo, puesto que atestiguaría que los derechos del hombre –que tienen carácter universal– y el principio de la democracia habrían llegado a ser una reivindicación elemental de los pueblos. Los derechos del hombre son el grado supremo en la jerarquía de los valores políticos; por eso, una Convención semejante equivaldría a una afirmación internacional de la libertad* (Mirkin-Guetzévitch, B., *Droit Constitutionnel International*, Sirey, París, 1933, C. IV, & II).

## **I. Consideraciones preliminares: derechos escritos en blanco y negro tête à tête derechos silenciosos. Algunas especificaciones útiles**

1. Un breve fragmento del ensayo de Joseph Raz, intitulado *Dworkin: A New Link in the Chain*, acude –*avant la lettre*– como muestra de la gravitación de la problemática:

(...) *(A)l referirse al derecho implícito uno tiene en mente el hecho familiar de que el derecho dice más de lo que explícitamente establece, que hay más en su contenido que aquello expresamente establecido en fuentes tales como la legislación y los precedentes judiciales. Esta idea debe ser evidente por sí misma para cualquiera que concibe el dere-*

*cho como una creación de acciones humanas, y particularmente, como emergiendo de actos comunicativos tales como la promulgación de leyes o sentencias judiciales. Es un rasgo universal de la comunicación humana que aquello que se dice es más que lo que se estableció expresamente e incluye a lo que está implicado (1).*

Por cierto, esta omnipresencia de la implicación en los actos de comunicación –a juicio del profesor de la Universidad de Oxford en la reseña precedente– resulta dependiente de la inteligibilidad de lo que se afirma.

De modo que pese a pensarse que la interpretación se encuentra tan profundamente arraigada en el derecho que no existe razón –por lo menos de peso– para indagar en torno a *por qué resulta central en nuestras prácticas jurídicas*, se ha prevenido sobre la necesidad de considerar –incluso de manera seria– tal interrogante y auspiciado que –en definitiva– *autoridad y continuidad* entrañan los factores que –sistemáticamente relacionados– explican las razones de su importancia: en la medida que el derecho surge del respeto a la autoridad, legitima el razonamiento jurídico que tiene que instaurarlo como impuesto por la autoridad, a la vez que en tanto el derecho mana de la necesidad de asegurar continuidad, el contenido de las decisiones jurídicas es establecido al interpretarlas como si fueran interpretadas cuando las razones para prestarles atención se basaran en el respeto hacia la autoridad que las pronunció (2).

Igualmente se ha advertido que en el lenguaje de los juristas el término *interpretación* padece de una *múltiple ambigüedad* y que –al menos, en lo que aquí atañe– puede a veces referirse a una *actividad–i.e.*, un proceso mental– y otras, al resultado o producto de tal actividad –*i.e.*, un discurso–, de allí que la interpretación, en cuanto *actividad destinada adscribir un significado a un texto normativo* [bajo la formulación sugerida por Riccardo Guastini: “*El texto T tiene el significado S*”], puede versar sobre textos –interpretación en abstracto– o sobre hechos –interpretación en concreto– (3).

---

(1) RAZ, J. “Dworkin: A New Link in the Chain”, *California Law Review*, 74 (1986), pp. 1103-1119, 1106/07 [El extracto reproducido en el texto obedece a la reseña de la obra de Ronald M. Dworkin. *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985, en particular con motivo de las observaciones a la *tesishíbrida –hybrid theory or approach–* de raigambre dworkiniana que postula un modelo comunicativo para fuentes legales –inherente a una perspectiva política conservadora del rol de los jueces– y un modelo de coherencia para el resto –determinado por la ideología dominante en la resolución de los casos difíciles, *hard cases*, que no pueden ser resueltos por el primero–], añadiendo el Profesor de la Universidad de Oxford que aquellos que consideran al Derecho como el producto de una *actividad comunicativa* en la legislación y la adjudicación, cuyo *significado* deriva del significado de los *actos que lo crearon*, consideran natural que resulte implícito en la legislación o en el precedente, aunque advirtiendo que el reconocimiento del significado implícito en la ley no habilita la aplicación a la interpretación jurídica de todas las características comunes de la interpretación en el discurso ordinario –desde que, de estar al pensamiento raziano, la atribución de implicaciones normativas es más circunscripta que su atribución en aquél–.

(2) RAZ, J. (2009). *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, Oxford, p. 223 y ss.

(3) GUASTINI, R. (1998). *Teoria e dogmatica*, Giuffrè, Milano, p. 8; *Vide etiam* Ibídem *Le Fonti del Diritto. Fondamenti Teorici*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 324 y ss. Sin embargo, el propio autor consigna: “(...) (E) *n la literatura se encuentra también un concepto más estricto de interpretación. Varios autores distinguen*

De tal modo, la interpretación *jurídica* es –en el parecer del profesor de la Universidad de Génova– un género de la interpretación de textos –abstracta–, en tanto los enunciados que subsumen hechos requieren previamente la interpretación de una disposición normativa. Sentado ello, si bien resultan variados los tipos de textos jurídicos sobre los que puede recaer la interpretación, se concluye que –en derecho– *la interpretación es típicamente reformulación de textos normativos de las fuentes* (4).

2. La interpretación constituye, entonces, un *banco de pruebas* al precipitarse bajo el *dominio ordenador de la razón*: es –en la alusión de Pierluigi Chiassoni– el campo de los conceptos claros y distintos mediante los cuales un acervo de fenómenos con nombres elusivos e inciertos encuentra su explicación rigurosa, es el lugar de las técnicas y de las formas de argumentación desarticuladas y reconstruidas sobre la mesa del analista a beneficio de cuantos prefieren no improvisar (5).

De allí que entre los *sujetos* que típicamente ejercen *actividad interpretativa* –la de profesores o académicos formulada en sus obras y ensayos [interpretación *doctrinal*]; la de jueces en el despliegue de la función jurisdiccional [interpretación *judicial*]; y, a veces, el legislador mismo mediante una ley posterior, cuyo contenido consiste precisamente en determinar el significado de una legislación precedente [interpretación *auténtica*]– (6) deviene frecuente acudir al argumentario de que *algunos casos no tienen una solución legal expresa, pero sin embargo ella está implícita*.

Bien vale la cita al respecto del siguiente pasaje de un novel trabajo de Riccardo Guastini:

(...) *(S)on formuladas y emanadas o promulgadas pero en un sentido genérico y no técnico, las normas que, precisamente, encuentran enunciación o formulación*

---

*la interpretación propiamente dicha, entendida como solución de dudas sobre el significado, de la (mera) comprensión. Es decir, según esta definición, se interpreta sólo cuando no se comprende, y en cambio cuando se comprende no se interpreta (“in claris non fit interpretatio”). Cfr., e.g., Wróblewski, 1983 y 1989; Marmor, 1992; Diciotti, 1999; Lifante, 1999 y 2010. Esta manera de ver (comprometida con una teoría ingenua de la interpretación) suena problemática por varias razones. Entre otras, la siguiente: la comprensión inmediata de un texto parece ser nada más que una forma de interpretación –la interpretación prima facie– distinta, en cuanto tal, de otras formas (distinta, en particular, de la interpretación “all things considered”). Cfr. Diciotti, 1999, cap. IV; cfr. Guastini, R. Interpretación y construcción jurídica, Isonomía 43 (2015) 11-48, 12 nota (1).*

(4) GUASTINI, R. (2010). *Le fonti del Diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, p. 328.

(5) CHIASSONI, P. (2007). *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bologna, p. 12.

(6) GUASTINI, R. (2011). *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, pp. 75 y ss., con la aclaración de que la taxonomía de los agentes interpretativos propuesta en el texto evita el empleo de la denominada interpretación *oficial*, i.e., aquella llevada a cabo por cualquier poder público –aunque típicamente por un órgano de la Administración pública– en la inteligencia de que “(...) *este concepto abarca de hecho un conjunto de actividades no homogéneas, como por ejemplo: los dictámenes del Consejo de Estado en sede consultiva, las circulares administrativas, los reglamentos interpretativos de las leyes y otros. Se trata, en general, de interpretaciones en abstracto, cuya eficacia jurídica, sin embargo, es extremadamente variable*” [con cita en nota a pie (2) del amplio análisis sobre el tema de MODUGNO, F. (2009). *Interpretazione Giuridica*, CEDAM, Padova, p. 256 y ss; TARELLO, G. (1980). *L'Interpretazione della Legge*, Giuffrè, Milano, p. 52 y ss.].

*expresa en alguna disposición normativa (o en un fragmento de una disposición normativa). Son inexpresas, por el contrario, las normas derivadas a partir de las normas formuladas (o de una combinación de normas formuladas, o de una combinación de fragmentos de normas formuladas) mediante procedimientos argumentativos de diferente naturaleza, bien lógicos (i.e., deductivos), bien pseudo-lógicos (por ejemplo, mediante la analogía). Toda norma inexpressa (...) es fruto ya no de una promulgación o de una emanación, sino de un razonamiento constructivo de los intérpretes (7).*

En rigor, un *derecho subjetivo* –en la matriz guastiniana (8)– no es sino el *contenido de una norma*: la norma que lo confiere; un *derecho implícito* es, por lo tanto, el *contenido de una norma implícita*; una norma implícita es una norma no expresa, carente de formulación en los textos normativos –no pudiendo ser reconducidas a precisas disposiciones normativas en cuanto significados de éstas– y resultando, así, de una construcción jurídica –por tanto, de un razonamiento de los intérpretes– (9).

Entiéndase bien que las normas implícitas sean normas no dictadas no significa que sean también normas no formuladas: una norma implícita adquiere existencia cuando es formulada –no por las autoridades normativas del ordenamiento– sino por los intérpretes (10).

No es extraño a los que cultivan tal línea iusfilosófica la distinción tarelliana entre *texto* y *significado*: la noción de enunciado normativo es entendida como una *expresión lingüística* de forma completa, idónea para ser interpretada en sentido

---

(7) GUASTINI, R. (2016). *La sintaxis del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, pp. 61-62 [Título de la obra original *La sintassi del Diritto*, Giappichelli, Torino, 2014].

(8) GUASTINI, R. (2011). “Derechos implícitos, Observatorio de Argumentación Jurídica”, *Doxa*, Universidad de Alicante, Alicante, p. 1.

(9) GUASTINI, R. “Ordenamiento jurídico”, *Doxa*, 27 (2004) 252, diferenciando cuatro tipos de normas implícitas, a cada uno de los cuales corresponde un tipo distinto de razonamiento: (i) en primer lugar, hay normas implícitas que se extraen a partir de normas expresas mediante razonamientos lógicamente válidos –i.e., deductivos–, en los que no figuran premisas que no sean normas expresas; (ii) en segundo lugar, hay normas implícitas que se extraen de normas expresas mediante razonamientos lógicamente válidos, en los que figuran premisas que no son precisamente normas expresas, sino que son enunciados interpretativos –v.gr., definiciones de términos usados en la formulación de normas expresas–; (iii) en tercer lugar, existen normas implícitas que son fruto de razonamientos –a veces válidos, a veces inválidos– entre cuyas premisas figuran enunciados que no son precisamente normas expresas, sino que son más bien tesis dogmáticas construidas previamente e independientemente de la interpretación de cualquier específico enunciado normativo; (iv) en cuarto lugar, existen normas implícitas que se extraen, más o menos, persuasivamente a partir de normas expresas según esquemas de razonamiento no deductivos, lógicamente inválidos –v.gr., un entimema, una conjetura sobre la *ratio legis*, el argumento analógico, el argumento *a contrario*, etc.–. *Vide etiam, Ibidem, L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè. Milano, 2004, p. 104 y ss.

(10) GUASTINI, R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona, p. 357 [Título de la obra original *Distinguiendo. Studi di teoria e metateoria del Diritto*, Giappichelli, Turín, 1996].

normativo, mientras que la de norma como el *contenido significativo* normativo que, según determinada interpretación, es atribuible a un enunciado, de suerte que los primeros no admiten una única interpretación sino una *pluralidad de interpretaciones* (11).

De la misma forma uno de los más importantes filósofos jurídicos contemporáneos ha prevenido en torno a la polémica suscitada entre dos perspectivas rivales derredor la forma de entender el Estado de Derecho *-rule of Law-*. Precisamente, Ronald M. Dworkin explica que los partidarios de la *rule book conception* –enfoque sustentado en el cumplimiento del reglamento– postulan que el poder estatal nunca debe ejercerse contra los ciudadanos, salvo cuando en un reglamento público *-public rule book-*, al que todos pueden acceder, existan normas explícitas *-explicit rules-* que indiquen lo contrario, de modo que los jueces –en un plano positivo– deben decidir procurando descubrir qué es lo que *realmente* dice la norma al respecto *-what is really in the rule book-*, sin que resulten habilitados para resolver sobre la base de sus propias convicciones –desde que, al menos en este aspecto negativo, una decisión política no es una determinación sobre lo que la norma dice, sino sobre lo que debería decir–. En contraste, los patrocinadores de la *rights conception* –orientación centrada en los derechos– parecerían al abordar cuestiones de justicia sustancial a través de un modelo equipado con un grado mayor de complejidad –en la opinión del profesor de la Universidad de Nueva York–:

(...) (C)ada ciudadano posee derechos y deberes morales [moral rights and duties] en relación con el resto de los ciudadanos y derechos políticos en relación con el Estado en su conjunto (...) esos derechos morales y políticos deben estar reconocidos en el derecho positivo, de modo tal que se los haga cumplir cuando así lo requieran los ciudadanos [enforced upon the demand of individual citizens] a través de los tribunales u otras instituciones judiciales similares, en la medida en que sea posible. El ideal del estado de derecho es, en este sentido, el ideal del imperio por medio de una concepción pública y precisa de los derechos individuales (...) en una democracia, los ciudadanos tienen, *prima facie*, como mínimo un derecho moral indiscutible, que es el de que la justicia vele por los derechos promulgados por los órganos legislativos representativos (...) pero, si bien el modelo de los derechos acepta que el reglamento es, en este sentido, fuente de derechos morales en los tribunales, niega que sea su única fuente [denies that the rule book is the exclusive source of such rights]. Por consiguiente, si surge algún caso sobre el que el reglamento nada dice [the rule book is silent], o si sus palabras son susceptibles de interpretaciones opuestas, lo correcto es preguntar cuál de las dos decisiones posibles se adecua mejor a los derechos morales de las partes [best fits the background moral rights of the parties]. Puesto que el ideal de la decisión judicial, en el modelo de los derechos, es que, en la medida de lo posible, al acudir a la justicia,

---

(11) TARELLO, G. (1974). *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del Diritto*, Il Mulino, Bologna, pp. 135 y ss, 143 y ss, 176 y ss, 199 y ss. VEZIO CRISAFULLI allega la diferenciación entre *disposizione* y *norma* en sentido estricto, *vide in extenso* CRISAFULLI, V. (1964). *Disposizione (e norme)*, Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, Milano, V. III, pp. 195 y ss., de la misma forma que Riccardo Guastini contribuye sobre la temática, *cfr.* GUASTINI, R. “Disposizione vs. Norma,” *Giurisprudenza Costituzionale*, 34 (1989) 3-14.

*los ciudadanos puedan disponer de manera efectiva de los derechos morales que gozan* [should be available to them in courts] (12).

## II. La práctica argumentativa en torno a la interacción entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos. ¿Derrotabilidad o metamorfosis de la doctrina de superioridad normativa de la Constitución? Alrededor de una deconstrucción sugerida por los teóricos del pluralismo jurídico

3. Según la máxima dieciochesca, acuñada por Georg Jellinek, *todo puede ser explicado por medio de la soberanía y a partir de la soberanía* (13). En este marco se exponía –entre nosotros– la exhortación alberdiana–encaminada, según el designio del autor, en el arraigo del espíritu vivificador de la civilización– a la celebración de tratados en tanto importaban *la más bella parte de la Constitución, la llave del progreso*, máxime cuando se otorgaban *en garantía de los derechos naturales* (14).

En ellos –entendía Augusto Montes de Oca– se anuda la voluntad de la soberanía de los Estados, a diferencia de una Constitución que únicamente representa la voluntad soberana de una Nación (15), no obstante, también se argüía que más arriba de la Constitución “(...) no hay, ni puede haber, ninguna otra supremacía”, pues aquélla es expresión de la voluntad soberana y permanente de la Nación –una soberanía, claro está, entendida como plena–: “(...) nada puede estar sobre ella o no lo es” (16).

---

(12) DWORKIN, R. M. (1985). *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, pp. 11-13, 16, con la siguiente aclaración: “(...) si está claro que el órgano legislativo los ha sancionado, entonces también está claro que los ciudadanos tienen un derecho moral a ejercerlos en los tribunales (Esta afirmación debe ser matizada en democracias cuya Constitución imponga límites al poder legislativo. Lo mismo sucede cuando se trata de aquellas cuyas leyes sean eminentemente injustas, aunque es complejo determinar cómo hacerlo)”.

(13) JELLINEK, G. (1882). *Die Lehre von der Staatenverbindung*, Holder, Wien, reimpresión de Pauly, W., Keip Antiquariat & Verlag, Goldbach, 1996, p. 16 y ss.

(14) ALBERDI, J. B. (1856). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina ap. Organización política y económica de la Confederación Argentina*, Besanzon, París, p. 43.

(15) MONTES DE OCA, M. A. (1927). *Lecciones de Derecho Constitucional*, Menéndez, Buenos Aires, T. I, p. 498, explicando –a propósito de la discusión “(...) si la constitución está por sobre los tratados o los tratados por sobre la constitución”– que “(...) es una de las facultades más delicadas, es una de las facultades que debe ejercerse con más mesura, la de celebrar tratados (...) es de creer que antes de suscribir una cláusula, se aquilate su alcance y se estudie con detención si contrasta o no con los preceptos de la Constitución; es de suponer, en una palabra, que lo poderes públicos de la Nación, encargados de reglamentar las relaciones exteriores, no adopten principios incongruentes con la ley fundamental. Pero si el caso llegara, si el error o la ignorancia, la desidia o la fuerza, dieran por resultado el desconocimiento de esa regla de conducta, la solución no carecería de dificultades (...) será necesario, indispensable corregirlo por los medios que la ciencia internacional aconseja”.

(16) GONZÁLEZ CALDERÓN, J. A. (1923). *Derecho Constitucional Argentino. Historia, Teoría y Jurisprudencia de la Constitución*, J. Lajouane & Cía., Buenos Aires, T. I, pp. 440-441, reseñando un debate que dista de resultar novedoso: “(...) sostúvose por algunos escritores que los pactos internacionales tenían siempre el carácter de compromisos absolutamente obligatorios para las naciones signatarias, aún cuando violasen la Constitución política del país (...) conviene ante todo fijar un principio esencial para preservar

De la misma manera –en los preludios del siglo XIX– la Corte Suprema norteamericana hubo de considerar el alcance del ordenamiento internacional en la interpretación de la legislación interna. En efecto, en uno de los primigenios casos del tribunal estadounidense, será el *Chief Justice*, John Marshall, quien habrá de sentar –en 1804– la *Charming Betsy doctrine* (17), inaugurando un principio de interpretación –*rule of construction*– en virtud del cual el alcance de los actos del Congreso no debe establecerse en contravención del derecho internacional cuando existen otras posibles alternativas –“(…) *an act of Congress ought never to be construed to violate the Law of Nations if any other possible construction remains*”– (18).

---

*la existencia de los estados, y es que la Constitución política de cada uno es su suprema ley; mejor dicho (...) es su única suprema ley, a la cual debe imprescindiblemente ajustarse el derecho positivo (interno y externo) del país (...) no hay más ley suprema que la Constitución.”*

(17) En rigor, el *Charming Betsy canon* había sido anticipado tres años antes en 1801 –por el propio *Chief Justice* John Marshall al expedirse en el caso *Talbot vs. Seeman*, ocasión en la que se adujo que las leyes de los Estados Unidos no deben interpretarse, si puede evitarse, de modo que infrinjan los principios y usos comunes de las naciones: “(...) *the laws of the United States ought not to be construed, if it can be avoided, so as to infract the common principles and usages of nations*”, *cfr. Talbot vs. Seeman*, 5 US (1 Cranch) 1 (1801). Sin embargo, la academia norteamericana se remonta hacia una decisión preconstitucional pronunciada por la *New York City Mayor’s Court* en 1784 y argumentada por Alexander Hamilton: en *Rutgers vs. Waddington*, el *Chief Justice* James Duane –al debatirse la inobservancia del *Treaty of Paris* de 1783 por normas estatales [*New York Trespass Act* de 1783] que concedían una acción de indemnización por daños y perjuicios en bienes ocupados, dañados o destruidos durante la *Revolutionary War*– expresó que, tratándose de un asunto del más alto interés nacional –*highest national concern*–, el rechazo al *Derecho de Gentes*, o cualquier interferencia con él, no pudo estar en consideración cuando la Legislatura aprobó la legislación –“(…) *the repeal of the Law of Nations, or any interference with it, could not have been in contemplation, in our opinion, when the Legislature passed this statute*”–, en el temperamento de que ningún Estado de la Unión [*Articles of Confederation and Perpetual Union*, 1777-1781] podía alterar o disminuir, en un solo punto, artículos federales o un tratado –*can alter or abridge, in a single point, the federal articles or the treaty*–. Se impone hacer notar que en el fallo se dejaba en claro que el *ius gentium* consultaba una importante y noble institución en razón de que los derechos de los soberanos –*rights of sovereigns*– y la felicidad de la raza humana –*happiness of the human race*– resultan promovidos por sus máximas y objeto de su reivindicación [Incluso, se consigna que los libros que tratan del *Law of Nations* han sido recibidos con avidez y aplauso –*received with avidity and applause*–, relevándose –con sus citas– las principales autoridades aducidas en el causa: *Grotius, Puffendorff, Wolfius, Burlamaqui y Vattel*], *vide in profundis Arguments and Judgment of the Mayor’s Court of the City of New York in a Cause Between Elizabeth Rutgers and Joshua Waddington*, Samuel Loudon, New York, 1784, pp. 21-22, 38 y 44 [*vide etiam* la versión insertada en *The case of Elizabeth Rutgers vs. Joshua Waddington. With an Historical Introduction by Henry W. Dawson*, Morrisania, New York, 1866]. *Vide in extenso* Hooper, P.C. (2016) *Alexander Hamilton, the End of the War for Independence, and the Origins of Judicial Review*, University Press of Kansas, Lawrence, pp. 43-72. Es parecer de ciertos expertos que el canon, incluso, derivaría de precedentes ingleses, en virtud de los cuales la legislación debía ser interpretada, de ser posible, de tal manera que no anule el *Common Law* –en función de que el *Law of Nations* se reputaba parte integrante de éste [adoptada en toda su extensión por el *Common Law*, se reseña en 4 *William Blackstone, Commentaries* 67 (1796)]–, *cfr. Lauterpacht, H. Is International Law a Part of the Law of England*, *Grotius Soc.*, 25 (1939) 51, 57-58; Henkin, L. (1996) *Foreign Affairs and the United States Constitution*, Clarendon Press – Oxford University Press, London – New York, & 17.

(18) *Murray vs. The Schooner Charming Betsy*, 6 US (2 Cranch) 64 (1804). De allí que Armin Von Bogdandy presente el estándar hermenéutico en los siguientes términos: *la ley doméstica no debe ser interpretada de manera que colisione con el Derecho Internacional cuando es posible evitar el conflicto normativo*, *cfr. VON BOGDANDY, A. “Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On*

Como el lector puede notarlos de los extractos precedentes, las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho internacional –enseña Boris Mirkine-Guetzévitch (19)– entrañan 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 efecto, ambos

---

the Relationship Between International and Domestic Constitutional Law”, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press, VI (2008) 397-413, 398 nota (2). De hecho, según el § 114 del *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States* de 1987, se establece que –en la medida de lo posible– una ley estadounidense debe interpretarse en el sentido de que “(...) *no entra en conflicto con el Derecho Internacional ni con un acuerdo internacional con los Estados Unidos.*” Si bien en el contexto histórico de su adopción se invocó con motivo de casos atinentes a la costumbre internacional –*international custom, i.e.*, una práctica general y consistente de los Estados seguida con convicción jurídica de obligatoriedad, según el § 102 (2) del *Restatement*–, en asuntos subsiguientes se blandió en la justicia americana en oportunidad de la aplicación de tratados internacionales –*treaties, i.e.*, un acuerdo deliberado entre los Estados, de estar al pt. 1, ch. 1, introductory note 18 del *Restatement*– sobre una gama de distintas materias: *v.gr.*, inmigración –*Mojica vs. Reno*, 970 F. Supp. 130, 147-52, EDNY (1997)–, relaciones diplomáticas –*United States vs. Palestine Liberation Org.*, 695 F. Supp. 1456, 1464-65, SDNY (1988)–, discriminación laboral –*Spies vs. C. Itoh & Co.*, 643 F.2d, 353, 356, 5th Circuit (1981)–, etc. En lo que a la jurisprudencia de la Corte Federal incumbe se ha establecido que existe un *firme y obviamente sano canon de interpretación contra la búsqueda de un rechazo implícito de un tratado en los supuestos de una ambigua acción congresional*, *cfr. Chew Heong vs. United States*, 112 US 536, 540 (1884); *Cook vs. United States*, 288 US 102 (1933); *Weinberger vs. Rossi*, 456 US 25 (1982); *Trans World Airlines Inc. vs. Thurston*, 469 US 111 (1985); *et al.* Lo interesante es que el *Charming Betsy canon* desagua –en la actualidad– en dos diseños –con variantes doctrinales y jurisprudenciales–: (i) *modelo de intención legislativa* –*legislative intent conception*–, concordante con la suposición de que el proceder legisferante estatal –en particular, del Congreso Federal– no pretende generalmente desconocer normas transnacionales –en aras de prevenir dificultades en las relaciones con la comunidad internacional–, por lo que –consecuentemente– ante la *ausencia de claridad* del texto legislativo nacional el principio en cuestión incrementaría la probabilidad de una *correcta interpretación* y asistiría así a los tribunales de justicia como fieles *agentes de la voluntad congresional*, *cfr. FITZPATRICK, J.* “The Relevance of Customary International Norms to the Death Penalty in the United States”, *Ga. J. Int’l & Comp. L.*, 25 (1995-96) 165, 179; (ii) *modelo internacionalista* –*internationalist conception*–, consistente con la proposición de la directiva exegética como un *suplemento* del Derecho Interno y de los jueces como *agentes del orden internacional*, con la función de conformar a aquél a los contornos de la normativa supraestatal, evitando su vulneración por la acción parlamentaria doméstica y facilitando la implementación del Derecho Internacional a través de una operatoria interpretativa conforme, *cfr. FALK, R.* “The Role of Domestic Courts in the International Legal Order”, *Indiana Law Journal*, 39-3 (1964) 429-445. *Vide in extenso BRADLEY, C. A.* “The Charming Betsy Canon and Separation of Powers: Rethinking the Interpretive Role of International Law”, *Georgetown Law Journal*, 86-3 (1998) 479-537.

(19) MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. (1936). “Derecho Constitucional Internacional”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, pp. 25 y ss. [Título de la obra original *Droit Constitutionnel International*, Sirey, París, 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* Ibídem “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. 22, p. 299 y ss.; Ibídem *Modernas Tendencias de Derecho Constitucional*, Reus, Madrid, 1934, p. 48 y ss. [Título de la obra original *Les nouvelles tendances du Droit Constitutionnel*, M. Giard, París, 1931]; entre muchos otros.

conlleven 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 la paz* (20).

Bajo tales premisas, el profesor de la Universidad de París advierte que el derecho constitucional moderno reconoce una evolución merced la penetración en él de elementos internacionales. Empero, se apunta –y éste es, quizás, el fenómeno más interesante– que el mismo efecto internacional puede realizarse tanto por una regla constitucional como por una norma de Derecho de Gentes –*ius gentium*– (21).

Con el renovado perfil de la segunda mitad del siglo XX y de los albores del siglo XXI, dicha nota se agudiza en el contexto de los *sistemas internacionales de tutela de derechos humanos*, vislumbrados –explica Antonio Cançado Trindade (22)– como compuestos por un *ordre public* 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 como un todo; 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 vinculan 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 vinculan tanto a los órganos y agentes del poder público –estatal– como los simples particulares –en las relaciones interindividuales– (23).

---

(20) MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. (1936). “Derecho Constitucional Internacional” *Revista de Derecho Privado*, Madrid, pp. 21-26. *Vide etiam*, Idem “Les bases historico-empiriques de l’unité du Droit Public”, *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, 1928/1929, p. 247 y ss.

(21) MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. (1936). “Derecho Constitucional Internacional”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, p. 27, aunque con la observación de que “(...) *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*”.

(22) CANÇADO TRINDADE, 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.

(23) *Vide in extenso* 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, 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 (...) La 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*”.

En consecuencia, el proceso de humanización del derecho internacional alcanza indefectiblemente, ante los imperativos kelsenianos de una *civitas máxima* (24), a los *órdenes constitucionales nacionales* (25), desbrozando la tutela y amparo de la

---

*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 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 las del presente caso de la Masacre de Pueblo Bello 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". Vide etiam HITTERS, J. C. (2008). Responsabilidad del Estado por violación de Tratados Internacionales ap. La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho. Derechos Humanos y Tribunales Internacionales, UNAM, México, T. IX, p. 189 y ss.*

(24) 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*, T. XIV, p. 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" [Título de la obra original *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Mohr, Tübingen, 1920. Vide etiam, traducción 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.

(25) Reténgase que 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 pergeñado 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

dignidad de la persona humana –*dignitatis humanae*– al talante de un *mínimum inalienable* que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover (26), de una *referencia estructural* que, cualquiera sea la naturaleza de éste, le presta fundamento de validez (27), etc.

El profesor de las Universidades de Heidelberg y Goethe de Frankfurt, Armin Von Bogdandy, allega la siguiente explicación teórica de una concepción encaminada hacia *pluralismo de sistemas normativos*, aventurándolo como un *constructo* conceptual apto para describir y analizar las diferentes *constelaciones* normológicas posnacionales –en rechazo al paradigma de la jerarquía como mecanismo que define la relación entre los órdenes nacional e internacional–, en el que se *entrecruzan principios, reglas y regulaciones estatales y supranacionales* –bajo distintas etiquetas pergeñadas, incluso, por la *expertise* de la literatura íbero-latinoamericana, *v. gr., redes horizontales de colaboración* (28), *interconstitucionalidad* (29), *metaconstitucionalidad*

---

*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 essi assicurato 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 estenso La Giustizia Costituzionale nel 1989. Conferenza Stampa del Presidente Francesco Saja, Palazzo della Consulta, 16 gennaio 1990, Corte Costituzionale della Repubblica Italiana, disponibile en [www.cortecostituzionale.it](http://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", cfr. ALONSO GARCÍA, R. (2005). *Justicia constitucional y Unión Europea*, Civitas, Madrid, pp. 12-13.*

(26) Sent. TC Perú, *Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos*, Exp. N° 010-2002-AI/TC, de fecha 03.01.2003, & 218. En efecto, la dignidad humana se erige en la *premisa antropológico-cultural del Estado Constitucional de Derecho*, entendida –según el ideario de Immanuel Kant– como prohibición de instrumentalización de la persona, en cuanto sirve de piedra angular de una ética universal que el orden constitucional debe confirmar con su *propósito cosmopolita*, cfr. HÄBERLE, P. (1996). "La ética en el Estado Constitucional. La relación de reciprocidad y tensión entre la moral y el Derecho", *Revista Derecho*, V. 5, N° II, Santiago de Compostela, pp. 156 y ss.

(27) FERRAJOLI, L. (2003). *Diritti Fondamentali ap.* VITALE, E. –Ed.– *Diritti Fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma – Bari, p. 338.

(28) PAMPILLO BALIÑO, J. J. (2011). "The Legal Integration of the American Continent: an Invitation to Legal Science to Build a New *Ius Commune*", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 17-3 517-553, 519.

(29) GOMES CANOTILHO, J. J. (2004). *Teoría de la Constitución*, Dykinson – Universidad Carlos III, Madrid, p. 93 y ss.

*recíproca* (30), *red de constituciones* (31), *Constitución convencionalizada* (32), *influxos y lecturas simultáneas* (33), *normativismo supranacional* (34), *transconstitucionalismo* (35), etc.-:

(...) *en tanto representan construcciones dogmáticas específicas, el monismo y el dualismo no ofrecen soluciones plausibles a ninguna de las preguntas jurídicas relevantes del momento actual. Como construcciones teóricas para comprender la estructura general del derecho son igualmente inútiles, tanto analítica como normativamente. Finalmente es preciso apuntar a título de crítica que el dualismo afronta el mismo destino del concepto tradicional de soberanía, mientras el monismo, que sostiene la primacía incondicional del derecho internacional público, comparte las mismas debilidades de las propuestas teóricas de un derecho constitucional mundial. Aplicado al derecho común latinoamericano, es necesario concebirlo no como un ordenamiento único, sino como una forma de relación entre normas de varios sistemas que comparten una misma finalidad. Está compuesto por normas internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos y, a la vez, por normas nacionales con la misma vocación, como son por ejemplo las cláusulas de apertura o las cláusulas interpretativas* (36).

Deconstruyendo, de esta forma, el orden piramidal de las normas –como representación estructural del monismo kelseniano sobre las relaciones entre los sistemas normativos estadales e internacionales– en razón de la internacionalización del derecho constitucional (37), debido a su impotencia para explicar –descriptiva y prescriptiva–

---

(30) CRUZ VILLALÓN, P. (2003). *El papel de los tribunales constitucionales nacionales en el futuro constitucional de la Unión* ap. *Un communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berliner Wissenschafts, Berlín, pp. 271-282.

(31) BUSTOS, R. (2012). *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, Porrúa, México, p. 13 y ss.

(32) SAGÜÉS, N. P. (2013). *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*, Porrúa, México, p. 356; ídem, *Derechos constitucionales y derechos humanos. De la Constitución nacional a la Constitución “convencionalizada”*, ap. NOGUEIRA ALCALÁ, H. (coord.). *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Librotecnia – Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago de Chile, 2014, p. 15; ídem “Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La “Constitución convencionalizada”, ap. VON BOGDANDY, A. – PIOVESAN, E. – MORALES ANTONIAZZI, M. (coord.). *Estudios avanzados de direitos humanos*, Elsevier, Río de Janeiro, 2013, p. 617.

(33) NIKKEN, P. “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, 72 (1989) 17-52, 23-24.

(34) GORDILLO, A. (2005). *Derechos humanos*, FDA, Buenos Aires, p. III-7 [con cita de Eissen, M. *El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 90-91].

(35) NEVES, M. (2009). *Transconstitucionalismo*, Wmf Martins Fontes, Sao Paulo, p. 115 y ss.

(36) VON BOGDANDY, A. (2013). “Ius constitutionale commune latinoamericanum”, ap. VON BOGDANDY, A. – MORALES ANTONIAZZI, M. – FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.). *Ius constitutionale commune en derechos humanos en América Latina*, Porrúa, México, pp. 19-20.

(37) I-CON’s Fifth-Anniversary Conference, *Rethinking Constitutionalism in an Era of Globalization and Privatization*, Sorbonne, París, 25-26.10.2007.

mente- la diversidad dentro del ámbito jurídico en general, como los vínculos entre las constituciones y los fenómenos jurídicos internacionales, los teóricos pluralistas -*pluralist setting*- conciben una estrategia conceptual a la que estiman de mayor provecho:

(...) el concepto de pluralismo jurídico no implica una estricta separación entre regímenes jurídicos; por el contrario, promueve la idea de que existe una interacción entre los distintos ordenamientos jurídicos. Este concepto conlleva además importantes consecuencias para la concepción del derecho constitucional: ninguna constitución es ya un universo en sí mismo, sino más bien un elemento de un "pluriveso normativo" (...) en este contexto, un concepto que podría resultar útil para explicar las relaciones normativas sería el de acoplamiento entre ordenamientos jurídicos (38).

Este acoplamiento -*coupling*- (39) o mediación -*mediation*- (40) entre sistemas jurídicos se promueve tanto en instituciones políticas como en administrativas y judiciales, aunque en éste último caso -en lo que aquí incumbe- la admisión de una *dimensión constitucional del efecto directo de normas internacionales* se acometa por sus difusores a través de doctrinas de aplicación directa o del carácter autoejecutivo -*self executing*-, de interpretación *conforme* -*consistent interpretation*-, etc., sin perjuicio de alertarse que éstas sobrellevan la afectación de trascendentes cuestiones constitucionales -*v.gr.*, separación de funciones del poder estatal, papel de los agentes políticos y su vinculación con los órganos administrativos y judicantes, situación de los ciudadanos en un contexto globalizado, etc.- (41).

---

(38) VON BOGDANDY, A. "Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship Between International and Domestic Constitutional Law", *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press, VI (2008) 397-413, 401, con la aclaración -por parte del Director del *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*- en orden a que la respuesta a la tesis de la deconstrucción no es absoluta sino relativa, ella debe buscarse dentro del proceso constitucional interno, de acuerdo con las experiencias, expectativas y convicciones de las diversas y heterogéneas comunidades constitucionales.

(39) POSCHER, R. *Internationales Verwaltungsrecht*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutscher Staatsrechtslehrer, 67 (2008) 160.

(40) VON BOGDANDY, A. (2012) *Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva de la relación entre el Derecho Internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales ap.* CAPALDO, G. - SIECKMANN, J. - CLÉRICO, L. (dir.). *Internacionalización del Derecho Constitucional, constitucionalización del Derecho Internacional*, Eudeba - Alexander Von Humboldt Stiftung, Buenos Aires, p. 21 y ss.

(41) VON BOGDANDY, A. "Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship Between International and Domestic Constitutional Law", *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press, VI (2008) 398, y 403, impulsando un equilibrio -*balancing*- con cánones constitucionales de cooperación internacional, por un lado, y de gobierno democrático, subsidiariedad, protección de los derechos fundamentales, etc., por el otro; es que -añade- en el actual grado de desarrollo del Derecho Internacional debe existir la posibilidad -al menos en las democracias liberales- de establecer dentro del *orden jurídico interno* ciertos *límites legales* -*legal limits*- a los efectos de una norma o acto internacional que colisione de manera grave con principios constitucionales -*severely conflicts with constitutional principles*-.

Así pues, es posible trazar una práctica argumentativa *multireferencial* a través del montaje teórico del *pluralismo jurídico* que ilustra el proceso de desdibujamiento del escalonamiento normativo a la luz de la *Stufenbau-Theorie* de raigambre kelseniana y alude, en cambio, al fenómeno de *entrelazamiento normativo* (42) –que luce abonado por un discurso cada vez más densamente poblado (43), inclusive con perspectivas interdisciplinarias– (44).

4. Despejado ello, con sede en este esquema argumentativo algunos autores latinoamericanos acuden a la figura –aprovisionada por preceptos constitucionales específicos sobre el papel de disposiciones supranacionales en los ordenamientos jurídicos estatales– de un *sistema de derechos* que debe, para funcionar con plenitud en un Estado democrático, abastecerse de una *variedad de fuentes*: la *propia* o endógena del derecho interno y la *externa* o heterónoma del derecho internacional de los derechos humanos, tendiente a la consecución de una *mirada interpretativa convergente* que *fortalezca* la virtualidad jurídica de la declaración de derechos (45).

---

(42) PIOVESAN, F. “Direitos humanos e diálogo entre jurisdições”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, RBDC, 19 (2012) 67-93. En este sentido, el pluralismo jurídico dista de resultar un evento reciente, pues la existencia de órdenes paralelos y entrecruzados –*parallel and intersecting legal orders*– con vigencia en un mismo territorio es una constante a lo largo de la historia –*v.gr.*, desde la época imperial romana hasta la actualidad–, *cfr.* GALLIGAN, D. J. (2007). *Law in Modern Society*, Oxford University Press, Oxford, p. 158 y ss.

(43) *Vide in extenso*, VON BOGDANDY, A. “Ius constitutionale commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Revista Derecho del Estado*, 34 (2015) 3-50; FISCHER-LESCANO, A. - TEUBNER, G. (2006). *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt, pp. 163-169; BURKE-WHITE, W. “International Legal Pluralism”, *MICH. J. Intl.*, 25 (2004) 963; BENDA BECKMANN, K. “Who’s Afraid of Legal Pluralism”, *Legal Pluralism & Unofficial L.*, 47 (2002) 37; BENDA BECKMANN, K. “Globalization and Legal Pluralism”, *Int’l L. F.*, 4 (2002) 19; ÖHLINGER, T. (1999). *Unity of The Legal System or Legal Pluralism: the Stufenbau Doctrine in Present-Day Europe*. JIRANKI, A. (Ed). *National Constitutions in the Era of Integration*, Kluwer, Boston, pp. 163-174; SCHIFF BERMAN, P. “Global Legal Pluralism”, *S. Cal. L. Rev.*, 80 (2007) 1155; *et al.*

(44) Así, *v.gr.*, la auspiciada por el ex Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Andina de Juristas: “(...) los constitucionalistas no hemos dejado o abandonado el tema de los derechos humanos, al tratamiento exclusivo de los internacionalistas. Ello ha permitido la elaboración doctrinaria del tema de los derechos humanos, desde ambas perspectivas. Sin embargo, aún así ya se advierte que el tema de los derechos humanos no puede ser abordado exclusivamente por el Derecho Internacional ni por el Derecho Constitucional, sino por un multidisciplinario método”, *cfr.* AYALA CORAO, C. (2002). *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias* ap. MÉNDEZ SILVA, R. (coord.). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México, pp. 37-90.

(45) En este orden de ideas, *vide v.gr.*, BADENI, G. (2010). *Tratado de Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, T. I, pp. 341 y ss; BIDART CAMPOS, G. J. (2006). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, EDIAR, Buenos Aires, T. I-A, pp. 312 y ss; *Idem La interpretación de los derechos humanos*, EDIAR, Buenos Aires, pp. 62-63, 75, 1994; CARNOTA, W. F. (2011). *El marco teórico-conceptual de los tratados internacionales* ap. CARNOTA, W. F. (dir.). *Tratado de los Tratados Internacionales*, T. I, La Ley, Buenos Aires, pp. 8-9; GELLI, M. A. (2008). *Constitución de la Nación Argentina*, La Ley, Buenos Aires, T. I, pp. 221 y ss; MANILI, P. (2010). “El bloque de constitucionalidad” ap. SABSAY, D. A. (dir.) - MANILI, P. (coord.). *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, T. III,

Cual prenda de las *cláusulas de apertura* –como las nomina Héctor Fix Zamudio (46)–, esta directriz luce formalmente consagrada en el inciso 22 del artículo 75 de la Ley Mayor (47), la que –a partir de la reforma constitucional de 1994– otorga *jerarquía constitucional* a una nómina de instrumentos internacionales de derechos humanos consignados en el dispositivo constitucional, al margen de eventuales altas de otros documentos –como así también su denuncia– con sujeción al mecanismo diseñado por el constituyente patrio (48).

---

Hammurabi, Buenos Aires, pp. 731, 735-741; ROSATTI, H. D. (2010). *Tratado de Derecho Constitucional*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, T. I, pp. 120-122, 130-141; SABSAY, D. A. (2010). *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario de Derecho Constitucional. Parte Dogmática, T. I*, La Ley, Buenos Aires, pp. 39 y ss; SAGÜÉS, N. P. – SAGÜÉS, S. (2013). “Los tratados internacionales de derechos humanos en su proyección sobre el Derecho Federal Argentino”, *ap.* PALACIO DE CAEIRO, S. (dir.). *Tratado de Derecho Federal y Leyes Especiales*, La Ley, Buenos Aires, T. I, p. 27; SOLA, J.V. (2009). *Tratado de Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, T. IV, pp. 67 y ss, 103 y ss, 113 y ss; *et al.*

(46) FIX ZAMUDIO, H. “El derecho internacional de los derechos humanos y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, I-I (2004) 141-180.

(47) La estipulación constitucional nativa antedicha reza: “(...) *Corresponde al Congreso (...) aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional*”. En ejercicio de esa atribución congresional se ha incorporado al bloque de constitucionalidad: en 1997 –en razón de la ley N° 24820– la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, y luego en 2003 –con motivo de la ley N° 25778– la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y, finalmente, en 2014 la Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidad –en virtud de la ley N° 27044–. En consecuencia, se diseña un modelo de *contorno abierto y dinámica constitucional* –ilustrado por Carlos Ayala Corao– en donde “(...) *la Constitución muta y cambia a medida que se van incorporando nuevos tratados sobre la materia que impacten su contenido original. En este sentido, el intérprete de la norma constitucional ya no sólo debe estar atento al desarrollo de la jurisprudencia constitucional, sino además al contenido de los nuevos tratados sobre derechos humanos y la jurisprudencia internacional relativa a su evolución interpretativa. Ello nos plantea una dinámica necesaria para interpretar la Constitución teniendo en cuenta los estándares mínimos emanados de los instrumentos internacionales y su jurisprudencia*”, *cfr.* AYALA CORAO, C. (2002). “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias”, *ap.* MÉNDEZ SILVA, R. (coord.). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México, pp. 37-90.

(48) La técnica constitucional, por cierto, no luce uniforme en el Derecho Constitucional Comparado: *v.gr.*, así mientras la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009 en su art. 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 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” –art. 5.2–. La Constitución de la República Federativa de Brasil determina que “(...) se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: II.- Prevalencia de los Derechos Humanos” –art. 4–, a la vez que confiere rango constitucional a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos al tasarlos como “(...) equivalentes a las enmiendas constitucionales” –art. 5, LXXVIII N° 3, a propósito de la reforma constitucional de 2004–. La Constitución de Nicaragua, con la enmienda constitucional de 2005, reseña en su art. 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 arts. 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 art. 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 de 1991 en su art. 93 enuncia: “(...) 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” –art. 417–. A su turno, la Constitución de México, a partir de la reforma de 2011, en su art. 1 estatuye: “(...) 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”, otorgándose así un mayor protagonismo a los documentos internacionales en materia de derechos humanos, sin perjuicio de que su jerarquía constitucional –a tenor de la redacción impresa al recipiendario de superioridad constitucional en su art. 133– dispare incógnitas jurídicas –v.gr., según la controvertida decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la *Contradicción de Tesis 293/2011*, SCJN, en pleno, de fecha 03.09.2013, Cons. V, pp. 20-45, 47-66, 72-78, 79-89, 90, 100, 101-126, 127-134, 135-158–. De la lectura de las cláusulas constitucionales glosadas, los defensores del argumento convencional postulan un progresivo avance del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en razón del cual se incorporan al Derecho Interno a diversos instrumentos internacionales de derechos humanos sea con prelación sobre todo el orden doméstico –incluida la propia Constitución–, sea con nivelación simétrica a la de la Ley Mayor, cfr. BIDART CAMPOS, G. J. (2004). *El supuesto conflicto (inexistente) con la Constitución ap. El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, p. 455. Vide etiam NOGUEIRA ALCALÁ, H. “El uso del Derecho Convencional Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno en el periodo 2006-2010”, *Revista Chilena de Derecho*, 39 (2012) 149. No obstante, sobre las diferentes opciones del poder constituyente al otorgar graduación supraconstitucional, constitucional, supralegal y legal, vide in extenso AYALA CORAO, C. (2002) “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias”,

En puridad, los patrocinadores de este hábito argumentativo entienden que la versión ortodoxa de la supremacía constitucional se traduce –y actualiza– en un concepto compatible con el derecho internacional (49), aunque le compete a la Constitución en su condición de norma primaria y fundante del orden jurídico estatal –*norma normorum*– disponer la gradación jerárquica de éste y hasta, inclusive, su propio emplazamiento dentro del mismo. En consecuencia, se colige que la norma de base, en común con los instrumentos internacionales de derechos humanos con valencia constitucional, componen –al menos en la experiencia doméstica– un *bloque de constitucionalidad* –también rotulado *bloque normativo*, *núcleo constitucional*, etc.– con igual superioridad, supraordinando así a los niveles de reparto normativo del derecho infraconstitucional (50).

---

ap. MÉNDEZ SILVA, R. (coord.). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México, pp. 37-90.

(49) En este tramo, pueden consultarse diversas muestras del uso argumentativo: así, *v.gr.*, se asevera que las disposiciones de origen internacional deben integrarse al ordenamiento jurídico interno como fuente adicional en materia de protección de derechos fundamentales, sin perjuicio de admitir que –en el sistema jurídico nacional– resultan, en definitiva, las propias Constituciones las que determinan el modo de incorporación y de jerarquía de los preceptos internacionales, *cfr.* JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. “La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno”, *Revista IIDH*, 7 (1988) 25. Incluso, otras técnicas argumentativas más radicales pregonan que si se retiene –en el orden doméstico– que la Constitución se presenta como conjunto de normas jurídicas de máximo rango, plasmadas en un documento solemne, las cuales regulan el ordenamiento del Estado respecto a su organización, forma y estructura fundamentales, así como la relación básica con sus ciudadanos y fijan determinados contenidos incluidos en la Constitución como consecuencia de su modificabilidad dificultada, *cfr.* STERN, K. (1987). *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 214, se arguye que el emplazamiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos impacta de tal modo sobre la Ley Fundamental, que se constataría un abandono de la idea tradicional que la avizora como suprema orientación del esquema jurídico nacional, adoptando, en cambio, un rol que se integra con la orientación emplazada para las normas fundamentales que reconocen –como basamento común– derechos humanos, a la vez de verificarse la apertura del Derecho Interno a los preceptos internacionales dotados de superlegalidad constitucional, *cfr.* GOZAÍNI, O. A. (1998). *El significado actual de la Constitución ap. El Significado actual de la Constitución. Memorias del Simposio Internacional*, UNAM, México, p. 351.

(50) *Vide in extenso* MANILI, P. (2010). “El bloque de constitucionalidad”, *ap.* SABSAY, D. A. (dir.). MANILI, P. (coord.). *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, T. III, pp. 718 y ss. BIDART CAMPOS, G. J. (2006). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, EDIAR, Buenos Aires, T. I-A, pp. 295 y ss., conceptualiza el bloque de constitucionalidad como un “(...) conjunto normativo que parte de la Constitución, y que añade y contiene disposiciones, principios y valores que son materialmente constitucionales fuera del texto de la Constitución escrita”. Empero, interesa apuntar que la noción de bloque de constitucionalidad no es pacífica en la doctrina autoral, reconociéndose distintas acepciones: (i) conjunto de normas de Derecho Constitucional primario y secundario [Pactet]; (ii) plexo de normas, unas emergentes de la Constitución formal, otras de diferente rango –*v.gr.*, leyes orgánicas, leyes especiales, etc.– que en su conjunto rigen determinada materia –*v.gr.* régimen de comunidad autónoma– [Otto]; (iii) reducción a la Constitución formal [Hoyos]; (iv) Constitución formal e instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional [Bidart Campos]; (v) conjunto de reglas de naturaleza constitucional, con y sin superlegalidad, primarias o secundarias, formales e informales [Sagüés]. En definitiva, el bloque de constitucionalidad cumple una función paramétrica de validez constitucional: todas las normas se equiparán a la Constitución, en orden al control de constitucionalidad, de modo que sirve de patrón para

De allí que entre ambas vertientes normativas se predique un nexo de *retroalimentación*, lo que implica –con miras a la resolución de eventuales conflictos– la necesidad de identificar la disposición, independientemente de la catadura de la fuente de la que mane –interna e internacional– que resulte susceptible de rendir el *resultado aplicativo más conveniente, más tutelar, más generoso*, etc., tanto para la persona humana como para el sistema institucional en su conjunto, de estar al estándar interpretativo de preferencia de norma más favorable –*v.gr., pro persona, pro homine o in favor persona*–. De tal suerte, algunos tratadistas de derecho constitucional aventuran que el sistema de derechos, *con* normas escritas y *sin* normas escritas, abastece al código *axiológico* de la Constitución *mediatizado* por un componente interpretativo simétrico, binario o de doble fuente (51).

Por cierto, la aproximación a una taxonomía de la *estatalidad abierta* (52) descubre, desde cláusulas más cerradas –*v.gr.*, los ya anticipados apartados de asignación del *locus* privilegiado de los instrumentos supranacionales de derechos humanos en la preminencia normativa a nivel doméstico, de interpretación de la Constitución al albor del estatuto internacional de derechos humanos, etc.– hasta las más complejas por su permeabilidad –*v.gr.*, de estar a la vía expansiva de los enunciados normativos de reconocimiento de derechos innominados–, modalidades que pueden estar contenidas en una *mismo* precepto constitucional –*v.gr.*, como acontece con los cánones de primacía e interpretación *conforme* elaboradas por el constituyente colombiano de 1991 en el artículo 93, incisos 1 y 2 respectivamente, o los mandatos de no limitación, en cuanto proscribía la exclusión de otros derechos de igual naturaleza, de jerarquía constitucional y aplicación directa de tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado y de aplicación e interpretación en sentido más favorable a la persona, albergados todos en el artículo 74, incisos 1, 3 y 4

---

que el órgano de custodia enjuicie si el equilibrio es objeto de ruptura o trasgresión por una decisión normativa, *cfr.* MUÑOZ MACHADO, S. (1982). *Derecho Público*, Tecnos, Madrid, T. II, p. 265. De allí que, *v.gr.*, se observe que los “(...) *tratados constitucionalizados*” no se encuentran por encima de las leyes como cualquier tratado de Derecho Internacional común, o bien, del Derecho Comunitario, sino que se encuentran “(...) *en el mismo plano que la Constitución*”, aunque desde el punto de vista formal no estén insertos en ella, *cfr.* SAGÜÉS, N. P. (2012). *Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, p. 140. Para una lectura del bloque de constitucionalidad en el ensayo europeo, *vide in extenso* FAVOREU, L. (1990). “El bloque de constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, p. 45 y ss., N° V, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid; RUBIO LLORENTE, F. (1989). “El bloque de constitucionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, p. 9 y ss., año IX, N° 27, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

(51) BIDART CAMPOS, G. J. (1999). *Las transformaciones constitucionales en la posmodernidad*, Ediar, Buenos Aires, p. 59. *Vide etiam*, Idem *Constitución y derechos humanos*, Ediar, Buenos Aires, 1991, p. 93. Al respecto –y a título de antecedente histórico en la materia– *vide in extenso*, FALCAO ESPALTER, M. (1932). *Ensayo sobre la influencia del Derecho Internacional en el Derecho Constitucional*, Peña, Montevideo.

(52) *Vide in extenso* MORALES ANTONIAZZI, M. (2013). “El Estado abierto y el cambio de paradigma de soberanía: objetivo y desafío del *ius constitutionale commune*”, *ap.* VON BOGDANDY, A. – MORALES ANTONIAZZI, M. – FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.). *Ius constitutionale commune en derechos humanos en América Latina*, Porrúa, México, pp. 90-91.

de la ley constitucional dominicana de 2010, etc.-, o bien, *separadamente* (v.gr., según la tradición constituyente las estipulaciones de identificación de derechos no enumerados se generalizan en dispositivos autónomos de los documentos constitucionales argentino de 1853/60 -art. 33-, costarricense de 1949 -art. 74-, uruguayo de 1967 -art. 72-, panameño de 1972 -art. 17.2-, brasileiro de 1988 -art. 5, LXXVII.2-, peruano de 1993 -art. 3-, ecuatoriano de 2008 -art. 11, inciso 7-, boliviano de 2009 -art. 13.II-, etc.).

En definitiva, la construcción conceptual del *ius constitutionale commune latinoamericanum* ha puesto de relieve –a través del intercambio académico entre el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público y expertos latinoamericanos– la configuración de un *derecho común* en tanto estrategia para otorgar respuesta al interrogante sobre *cómo entender las estructuras fundamentales del derecho público a la luz de los procesos de apertura y globalización*, teniendo en cuenta su caracterización producto del *entrelazamiento* de los órdenes normativos supranacional y nacional de protección de los derechos humanos propios del siglo XXI; surge, por lo tanto, para tales doctrinantes la necesidad de *repensar definiciones jurídicas clásicas*, utilizando como herramientas básicas la interdisciplinariedad y el derecho comparado, tomando en cuenta la visión de los diversos actores y protagonistas de los cambios de paradigma, en un escenario de *pluralismo normativo* (53).

5. Dentro del espectro de los instrumentos internacionales de derechos humanos granjeados con rango constitucional por la Ley Mayor, algunos acogen cláusulas de escrutinio de derechos imprevistos. Tal estado del arte se verifica en los siguientes repertorios transnacionales: v.gr., Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (54), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (55), Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (56), Convención sobre la Eliminación

---

(53) VON BOGDANDY, A. – MORALES ANTONIAZZI, M. – FERRER MAC-GREGOR, E. (2013). *Nota preliminar ap.* VON BOGDANDY, A. – MORALES ANTONIAZZI, M. – FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.). *Ius constitutionale commune en derechos humanos en América Latina*, Porrúa, México, pp. XIII-XIV, donde consideran que “(...) en un mundo cada vez más interrelacionado, los Estados latinoamericanos enfrentan retos importantes para articular respuestas jurídicas acordes con los fenómenos de la humanización del derecho, en el sentido de la incorporación progresiva de los tratados de derechos humanos con rango constitucional, proceso además inspirado en principios y valores compartidos en la región.”

(54) El que dispone en su art. 5.2: “(...) No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto que el presente pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

(55) El enunciado contemplado en el art. 5.2 dice: “(...) No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

(56) En su art. 29, inciso c) establece como *norma de interpretación*: “(...) Ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de (...) c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que derivan de la forma democrática representativa de gobierno”.

de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 (57), Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (58), Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 (59), etc.

En cada uno de los cuerpos normativos citados se revela la inteligencia de que los textos internacionales de derechos humanos reconocen un plexo de derechos que no debe interpretarse como un régimen cerrado, limitativo o exhaustivo *-numerum clausus-*; por el contrario, la previsión de una estipulación normativa de derechos innominados señalaría *-en la comprensión regular de los adeptos a la argumentación convencionalista-* un espacio abierto al fenómeno de *optimización y maximización* del sistema de derechos *in totum* que, sin incurrir en *exageraciones inflacionarias*, les confiere *progresividad histórica* (60). Incluso, es con tal perfil que aquéllos encomian

---

(57) En efecto, la regla referenciada en el art. 23 indica: “(...) *Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a disposición alguna que sea más conducente al logro de la igualdad entre hombres y mujeres y que pueda formar de: a. La legislación de un Estado Parte; b. Cualquier otra convención, tratado o acuerdo internacional vigente en ese Estado.*”

(58) El dispositivo previsto en el art. 41 reza: “(...) *Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.*”

(59) El precepto consignado en el art. 4, inciso 4 refiere: “(...) *Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que puedan facilitar, en mayor medida, el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y que puedan figurar en la legislación de un Estado Parte o en el derecho internacional en vigor en dicho Estado. No se restringirán ni derogarán ninguno de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos o existentes en los Estados Partes en la presente Convención de conformidad con la ley, las convenciones y los convenios, los reglamentos o la costumbre con el pretexto de que en la presente Convención no se reconocen esos derechos o libertades o se reconocen en menor medida.*”

(60) La tendencia de maximización del plexo de derechos se halla íntimamente vinculada con el *carácter histórico* de los derechos humanos, el que exige la atención a nuevas situaciones y demandas sociales y políticas, para generar nuevos derechos capaces de satisfacer nuevas necesidades o de conferir nuevos beneficios, *cfr.* PECES-BARBA, G. (2000). *Ética, Poder y Derecho*, Fontamara, Buenos Aires, p. 84, allegando la imagen de los derechos humanos cual valores o paradigmas de *Derecho futuro*. En este orden de ideas, no puede marginarse que para la Corte IDH los “(...) *tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales*”, *cfr.* Corte IDH, caso *Barrios Altos*, Sent. Serie C/ 75, de fecha 14.03.2001, párrafos 41-44; *Ibidem* caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sent. Serie C/79, de fecha 31.08.2001, párrafos 146-148; *ibidem* caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Sent. Serie C/125, de fecha 17.05.2005, párrafo 125; *ibidem.*, caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Sent. Serie C/134, de fecha 15.09.2005, párrafo 187. Incluso, la propia Corte Internacional de Justicia ha compelido a que “(...) *un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico vigente en el momento en que se practica la interpretación*”, *vide* CIJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinión, I.C.J. Reports 1971, pp. 16-31. Así con motivo de la 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 114, se recuerda: “(...) *esta orientación adquiere particular relevancia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha*

su función de incorporación de *nuevos* derechos que, por omisión histórica, impericia, carencia de consenso y hasta silencio voluntario (61), no se consignan en el inventario de derechos declarados expresamente.

---

*avanzado mucho mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte, en la [décima] Opinión Consultiva sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1989), como la Corte Europea de Derechos Humanos, en los casos Tyrer versus Reino Unido (1978), Marckx versus Bélgica (1979), Loizidou versus Turquía (1995), entre otros, han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales".*

(61) De allí que se reconozca que la Constitución [al igual, que la Convención], como obra humana, no resulta perfecta, ni completa. En efecto, algunos sectores de la vida estatal [como supraestatal] están ordenados mediante disposiciones de mayor o menor amplitud e indeterminación, y algunos, ni siquiera han sido ordenados, ya que la Constitución dista mucho de ser un sistema cerrado, ni menos aún omnicompreensivo, pues –concluye Konrad Hesse–: “(...) *una Constitución no codifica sino que únicamente –y muchas veces sólo de forma puntual y a grandes rasgos– aquello que parece importante y que necesita de determinación; todo lo demás se da por supuesto tácitamente, o bien se confía al resto del ordenamiento jurídico su conformación y concretización. De ahí que de antemano la Constitución no pretenda carecer de lagunas ni ser tan siquiera un sistema cerrado*”, cfr. HESSE, K. (2012) *Concepto y cualidad de la Constitución ap. Escritos de Derecho Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo – Centro de Estudio Políticos y Constitucionales, p. 45. Existe, en consecuencia, un inescindible ligamen entre derechos implícitos e imprevisión constitucional, entre transhistoricidad, progresividad, y futuridad de los derechos fundamentales y la imprevisión constitucional. En efecto, Herbert L. A. Hart al desarrollar la tesis de textura abierta del Derecho –*open texture*–, señala que los legisladores humanos no pueden tener el conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar, cfr. HART, H. L. A. (2012). *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 127-128. Entre los estudios de la dogmática constitucional, Néstor P. Sagüés enseña que los derechos implícitos resultan ser, así, una *técnica o método de cegado* de la *imprevisión constitucional* que se realiza en el seno de la *interpretación dinámica y evolutiva* de la Constitución, aquella que contribuye a su desarrollo y desenvolvimiento como instrumento constante de gobierno. Con esta tipificación de derechos *im-previstos*, pasa revista a una diversidad de recursos interpretativos, a saber: (i) *interpretación dinámica de la Constitución*: (i.i) *exégesis evolutiva y progresista de enunciados constitucionales*: Ronald M. Dworkin ha ensayado una distinción –calificada de crucial en el marco de la adjudicación constitucional– entre *concepts* –*concepts*– y *concepciones* –*conceptions*– en las estipulaciones fundamentales; una Constitución resulta destinada a proteger a los ciudadanos, sea mediante *cláusulas precisas*, o bien a través empleo de estándares vagos –*v.gr.*, igualdad, debido proceso, justicia, etc.– en el enunciado de derechos –*cláusulas abiertas*–, esta última puede resultar intencional por parte del constituyente, razón por la cual puede el mismo valerse no sólo de conceptos, *i.e.*, significado teórico y general de un término, ideas indeterminadas cuya concreción se libra a futuros operadores de la Constitución, etc., sino también de *concepciones*, *i.e.*, la forma de llevar a la práctica un concepto, estándares concretados de modo indudable en el texto constitucional. En suma, la apelación a un concepto conllevará el planteo de un problema, mientras que la formulación de una concepción entrañará su resolución, cfr. DWORKIN, R. M. (2013). *Taking Rights Seriously*, Bloomsbury Academic, London - New York, pp. 163 y ss; (i.ii) *doctrina de la Constitución en el tiempo*: el cambio de la realidad histórica conlleva el cambio de la norma, de modo que la continuidad de la ley constitucional pende de la modalidad de abordaje de aquél: “(...) *si la Constitución quiere hacer posible la resolución de múltiples situaciones críticas históricamente cambiantes su contenido habrá de permanecer necesariamente “abierto*

### III. A propósito de la fisonomía del control de convencionalidad. Precisiones de mínima

6. Normalmente, el instituto de *contralor convencional* (62) genera arduas polémicas entre detractores y defensores, de modo que con la reserva del propósito de desnudar –a través de su sucinta descripción– únicamente aspectos sustanciales atinentes a su funcionamiento y consecuencias jurígenas –sin ingresar al detalle de sus críticas–, en la medida que aquéllos resultan inherentes al tópico que ha centrado hasta aquí la atención del lector, bien cabe prevenir que esta maquinaria de custodia convencional exhibe –quizás en respuesta al anhelo de Giuseppe Chiovenda (63)– a un *juez provisto de una autoridad que careció en otros tiempos*, aun consultando el

---

*al tiempo*”, cfr. HESSE, K., *op. cit.*, p. 46; (i.iii) postura de la Constitución como *instrumento constante de gobierno*, expuesta por el Justice Harlan F. Stone *in re United States vs. Classic*, 313 U.S. 299 (1941), en la consideración del texto constitucional como revelación de grandes propósitos, en lugar de su visión como una ley común; (ii) *posiciones hiperevolutivas*: corrientes hermenéuticas en las que el intérprete elabora la respuesta constitucional para la solución del vacío –sin resultar determinado por la otorgada por el constituyente histórico–, sea según las creencias y valoraciones inmersas en la sociedad –tesitura de Constitución viviente, *living Constitution*–, sea añadiendo o trayendo contenidos del documento constitucional –posicionamiento de interpretación mutativa–; (iii) *recurso al intérprete extranjero*: la cobertura de la laguna constitucional resulta cubierta por disposiciones de un documento constitucional, con o sin rango constitucional; (iv) *integración*: construcción de la norma faltante por cauce de autointegración –reenvío al orden jurídico interno por intermedio de analogía, principios generales del Derecho doméstico, creencias y valores del medio local, etc.–, o bien, por andarivel de heterointegración –remisión exógena a valores y principios generales del Derecho, al Derecho extranjero valioso, etc.–, etc. *Vide in extenso*, SAGÜÉS, N.P. (2011). *Reflexiones sobre la imprevisión constitucional ap. Interpretación jurídica. Modelos históricos y realidades*, UNAM, México, p. 97 y ss.

(62) Si bien la hegemonía normativa de los textos constitucionales –*Constitution’s papers*– se exhibió como el *rasgo más significativo del Estado Constitucional de Derecho* –y al control de constitucionalidad de las leyes cual una de sus *expresiones más destacadas*–, se anota que, sin embargo, 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 instrumento de fiscalización 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.

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

loable *teleos* de que los derechos fundamentales de la persona humana no resulten sólo garantizados en papel *-on paper-* (64).

Un itinerario histórico habría de reparar que desde el año 2006, ocasión en que sentenció el caso “Almonacid Arellano y otro vs. Chile” (65), la Corte Interamericana de Derechos Humanos viene consolidando una precisa institución: el *control de convencionalidad*, aunque su *nomen* se remonte al caso “Myrna Mack Chang vs. Guatemala” (66).

Dicho dispositivo trasunta un *mecanismo específico de supervisión de congruencia de la normativa y prácticas internas de los Estados con las directivas del Pacto de San José de Costa Rica (y la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana)* (67). Así como el control de constitucionalidad indaga la consistencia o compatibilidad de preceptos legales o reglamentarios con la Ley Mayor nacional, el mentado control de convencionalidad apuntaría a la obligación *ex officio* de todas las autoridades estatales de examinar la adecuación y coherencia de normas y actos domésticos, en lo que aquí interesa, con la Convención Americana sobre Derechos

---

(64) LOEWENSTEIN, K. (1942). *Brazil under Vargas*, New York, Macmillan Company, p. 55. Una auténtica transformación de los derechos humanos –apunta Robert Alexy– en el Derecho de un Estado sólo existe cuando éstos se despliegan allí con fuerza jurídica vinculante, *cf.* 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.

(65) Corte IDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sent. Serie C/154, de fecha 26.09.2006.

(66) Corte IDH caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Sent. Serie C/101, de fecha 25.11.2003.

(67) Ernesto Rey Cantor lo conceptualiza como el mecanismo de protección procesal que ejerce la Corte IDH, en el evento de que el Derecho Interno –Constituciones, ley, actos administrativos, ley, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.– es incompatible con la CADH u otros tratados –aplicables–, con el objeto de aplicar la Convención u otro tratado, mediante un examen de confrontación normativa –Derecho Interno con el Tratado– en un caso concreto con el objeto de garantizar la supremacía de la CADH, *cf.* REY CANTOR, E. (2008). *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, Porrúa, México, p. 46, mientras que para Allan Brewer Carías –en su vertiente interna– comporta el control que ejercen jueces y tribunales nacionales cuando juzgan la validez de actos del Estado, al confrontarlos no sólo con la Constitución respectiva, sino con el elenco de derechos humanos y obligaciones de los Estados contenidos en la CADH, o al aplicar las decisiones vinculantes de la Corte IDH, decidiendo, en consecuencia, conforme a sus competencias, la anulación de las normas nacionales o su inaplicación en el caso concreto, *cf.* BREWER CARÍAS, A. (2012). “El control de convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los derechos humanos”, Conferencia en el Seminario “El control de convencionalidad y su aplicación”, organizado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, San José Costa Rica, 28 de septiembre 2012, p. 3. Incluso, la propia Corte IDH ha recordado: “(...) *se ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto del “control de convencionalidad”, concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal”, vide* Corte IDH, caso *Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Res. de fecha 20.03.2103, párrafo 65.

Humanos, y sus estándares hermenéuticos pergeñados por el Tribunal Interamericano (68).

En concreto, es frecuente que los organismos supranacionales establecidos en el mundo contemporáneo presupongan, para su funcionamiento eficiente, de cierta *analogía* de las instituciones constitucionales de los Estados respectivos (69). Mauro Cappelletti supo simbolizarla bajo el signo de las *nuevas formas supranacionales de control judicial*, acompañadas de un importante aparato para su ejecución (70), aunque Louis Favoreu glosa –más bien– un desarrollo paralelo y concurrente, anotando el caso de la *Corte Costituzionali* italiana y de la Corte Europea de Derechos Humanos (71). De suerte tal que, con un *aire de familia* al control de constitucionalidad,

---

(68) Corte IDH, caso *Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Res. de fecha 20.03.2103, párrafo 66, agregando la Corte regional en el párrafo 72: “(...) *el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. Así adquiere sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad*”.

(69) BISCARETTI DI RUFFÍA, P. (2006). *Introducción al Derecho Constitucional Comparado: las “formas de Estado” y las “formas de Gobierno.” Las constituciones modernas y 1988-1990 un trienio de profundas transformaciones constitucionales en occidente, en la URSS y en los Estados Socialistas del Este Europeo*, México, Fondo de Cultura Económica, México, p. 81, quien ofrece –en la nota (4)– como ejemplo de carácter eminentemente constitucional, la elección directa de los miembros del Parlamento Europeo a partir de 1997, señalando que pueden multiplicarse fácilmente los supuestos.

(70) CAPPELLETTI, M. (1980). “El formidable problema del control judicial y la contribución del análisis comparado”, *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, N° XIII, pp. 81-85, de allí que el Profesor de la Universidad de Florencia agrega: “(...) *se pueden presentar recursos incluso contra la actividad legislativa de los Estados miembros, esto implica claramente una forma más de control judicial de las leyes a nivel supranacional. De hecho, el carácter “supranacional” del control judicial se hace aquí explícito no sólo por el hecho de que el control se base en un bill of rights supranacional, la Convención Europea, sino también por el nuevo hecho de que los órganos jurisdiccionales son ellos mismos de naturaleza supranacional*”.

(71) *Vide in extenso* FAVOREU, L. “Corti costituzionali nazionali e Corte europea dei diritti dell’uomo”, *Rivista di Diritto Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 3-24. *Vide etiam* Ibídem “Le contrôle de constitutionnalité du Traité de Maastricht et le développement du droit constitutionnel international”, *Revue Générale de Droit International Public*, Vol. XCVII/1-2, 1993, pp. 39-65. Promediando –el inicio de la segunda mitad del siglo XX– en ocasión de la suscripción de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en 1950 –aunque en vigor desde 1953–, dos Tribunales Constitucionales se encuentran en actividad en el territorio europeo: la Corte Constitucional austríaca –*Verfassungsgerichtshof Österreich*– creada en 1920 y, tras la *vacatio* desde 1936, restablecida en 1949–, y el Tribunal Constitucional alemán –*Bundesverfassungsgericht*–, instituido por la Ley Fundamental de 1949, pese a que iniciara formalmente sus funciones en 1951. Medio siglo después Europa contabilizará una cincuentena de Cortes Constitucionales y será la dinámica de los derechos fundamentales constitucionales la que haga evolucionar al Derecho de los Estados dotados de una justicia constitucional efectivamente en funciones, a la par que la jurisprudencia constitucional acumulada induce la existencia de un Derecho Constitucional Transnacional de la Libertad, que resulta comparable –en calidad y cantidad– al del Convenio Europeo para la protección de los Derechos

algunos tribunales transnacionales –como el de Estrasburgo– e internacionales –como la propia Corte regional de derechos humanos– echan mano al *control de comunitariedad* o, en lo que aquí atañe, al *control de convencionalidad* (72).

En la *géographie* interamericana, a tenor del pronunciamiento de la Corte regional de derechos humanos en el párrafo 124 del pronunciamiento en el caso “Almonacid Arellano y otro vs. Chile”, se anota:

*(...) 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.*

De su lectura se sigue que el dispositivo de inspección de subordinación de normas y prácticas nacionales al primado de la normación interamericana de derechos

---

Humanos y las Libertades Fundamentales en 1950 y de su Corte. Al respecto, Antonio Cançado Trindade, en su *Voto Disidente* en el 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 6, refiere: “(...) *El derecho público interno esperó más de un par de siglos para alcanzar un grado de cohesión y jerarquización de modo a dotarse de un mecanismo de control de “constitucionalidad” de las leyes y los actos administrativos. Dicho control pasó a ser un medio para la protección de los derechos de la ciudadanía en general, y a fortiori, de todas las personas bajo la jurisdicción estatal, en un Estado de Derecho. Estos desarrollos en el derecho interno repercutieron, como no podría dejar de ocurrir, en la doctrina jusinternacionalista, que de ellos tomó nota. A partir de mediados del siglo XX se pasó a hablar de “internacionalización” del derecho constitucional, y más recientemente, en las dos últimas décadas, de “constitucionalización” del Derecho Internacional.*”

(72) CARNOTA, W. F. (2011). *Los jueces y los procesos de integración ap.* CARNOTA, W. F. (dir.). *Tratado de los Tratados Internacionales*, T. I, Buenos Aires, La Ley, p. 87. Juan C. Hitters explica el origen del control de convencionalidad también en las mientes del control de comunitariedad. En efecto, se aduce que dicha inspección se cumple desde antiguo en el Derecho Comunitario, sea por los jueces nacionales como por el propio Tribunal de Luxemburgo. Y ello desde la famosa sentencia recaída en el caso *Costa* en el año 1964, en la que se sostuvo que las leyes comunitarias, tanto primarias como secundarias, han sido consistentemente proclamadas por ese organismo como preeminentes tanto frente a las leyes internas anteriores, como a las posteriores –incluyendo, por supuesto, las leyes constitucionales nacionales–, *vide* TJCE, *Costa vs. ENEL*, As. 6/64, Rec. 1964, p. 585. *Vide etiam.*, HITTERS, J.C. (2009) “Control de constitucionalidad y de convencionalidad. Comparación. Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Estudios Constitucionales*, Año VII, N° II, Universidad de Talca, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, p. 109 y ss. Con posterioridad, en el caso *Simmenthal* reseñará que, en la hipótesis de incompatibilidad entre el Derecho Interno y el Derecho Comunitario, la norma comunitaria debe aplicarse por el juez nacional con preferencia a cualquier otra norma interna, independiente de su rango y de su condición anterior o posterior, *vide* TJCE, *Staatliche Finanzverwaltung vs. S.p.A. Simmenthal*, As. 106/77, Rec. 1978, p. 629.

humanos es la resultante de un *cotejo de la función de tribunales internacionales de derechos humanos con la misión de los jueces constitucionales internos* (73).

7. Lo expuesto no obsta discriminar (74) ya en el sector del escrutinio de convencionalidad, en razón de su diversa complejión, el *control propio, original o externo de convencionalidad* en cuanto aquel que recae en el tribunal supranacional llamado a ejercer la confrontación entre actos domésticos y disposiciones convencionales, en su caso, con el propósito de apreciar la compatibilidad entre aquéllos y éstas –bajo el imperio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos–, y resolver la contienda a través de la sentencia declarativa y condenatoria que, en su caso, corresponda. En definitiva, ese control incumbe, original y oficialmente, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando se trata de examinar casos de los que aquélla conoce y a los que aplica normas conforme a su propia competencia material. De ahí que el referido control *propio, original o externo* no se identifica con el *control interno de convencionalidad* que trasunta la potestad conferida o reconocida a determinados órganos jurisdiccionales –o a todos los órganos jurisdiccionales– para verificar la congruencia entre actos internos –así, esencialmente, las disposiciones domésticas de alcance general: Constituciones, leyes, reglamentos, etc.– con las disposiciones del derecho internacional –derecho internacional de los derechos humanos y, más estrictamente, el derecho interamericano de de la materia–.

De modo que a partir del control de convencionalidad –estima Ernesto Rey Cantor– se afirma la existencia, en cabeza de las personas, de un derecho a la supremacía del derecho internacional de los derechos humanos de carácter regional, lo que le permite, a *cualquier justiciable*, exigirle a un juez constitucional la aplicación directa e inmediata de ese orden jurídico con preferencia a la legislación interna que lo

---

(73) *Voto Razonado* del Juez García Ramírez, S., Corte IDH, caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Sent. Serie C/158, de fecha 24.11.2006, párrafos 4-5, quien expresa que las magistraturas constitucionales locales “(...) tienen a su cargo velar por el Estado de Derecho a través del juzgamiento sobre la subordinación de actos de autoridades a la ley suprema de la nación. En el desarrollo de la justicia constitucional ha aparecido una jurisprudencia -de principios y valores del sistema democrático- que ilustra el rumbo del Estado, brinda seguridad a los particulares y establece el derrotero y las fronteras en el quehacer de los órganos del Estado. Desde otro ángulo, el control de constitucionalidad, como valoración y decisión sobre el acto de autoridad sometido a juicio, se encomienda a un órgano de elevada jerarquía dentro de la estructura jurisdiccional del Estado (control concentrado) o se asigna a los diversos órganos jurisdiccionales en lo que respecta a los asuntos de los que toman conocimiento conforme a sus respectivas competencias (control difuso)”, con lo que de manera semejante a la descrita “(...) existe un “control de convencionalidad” depositado en tribunales internacionales –o supranacionales–, creados por convenciones de aquella naturaleza, que encomienda a tales órganos de la nueva justicia regional de los derechos humanos interpretar y aplicar los tratados de esta materia y pronunciarse sobre hechos supuestamente violatorios de las obligaciones estipuladas en esos convenios, que generan responsabilidad internacional para el Estado que ratificó la convención o adhirió a ella”.

(74) GARCÍA RAMÍREZ, S. (2011). “El control judicial interno de convencionalidad”, *Revista IUS*, 5, N° 28, pp. 123 y ss. En este sentido, *vide etiam*, REY CANTOR, E. (2008). *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, Porrúa, México, p. 46 y ss., quien reseña la tipología sede internacional-sede interna.

contradiga (75). El *sustrato* del mencionado escrutinio –se recuerda (76)– radica en la obligación estatal de cumplir con las obligaciones internacionales voluntariamente contraídas, en razón de un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional de los Estados, respaldado por la jurisprudencia internacional y nacional, según el cual aquéllos deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe –*pacta sunt servanda*–. En esta orientación, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 veda a los Estados incumplir por razones de orden interno con sus obligaciones internacionales. De suerte tal que las obligaciones convencionales de los Estados parte vinculan a todos sus poderes y órganos, los cuales deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios –*effet utile*– en el plano de su derecho interno; a las que se asigna la entidad de normas decisivas y obligatorias –*jus cogens*–.

De trazos más tibios en el citado *Almonacid* –“(...) una especie de control de convencionalidad” (77), el mecanismo de censura interna de inconventionalidad se ha

---

(75) REY CANTOR, E., *op. cit.*, p. 204.

(76) Corte IDH, caso *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, Sent. Serie C/129, de fecha 24.11.2010, con cita de *Ibidem* OC N° 14/94, *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, de fecha 09.12.1994, Serie A No. 14, párrafo 35; *ibidem* caso *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, Sent. Serie C/160, de fecha 25.11.2006, párrafo 394; *ibidem* caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, Sent. Serie C/166, de fecha 04.07.2007, párrafo 104; *ibidem* caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Cumplimiento de Sentencia*, Res. Serie C/59, de fecha 17.09.1999, Considerando 3; *ibidem* caso *De la Cruz Flores vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*, Res. de fecha 01.09.2010, Considerando 3; *ibidem* caso *Tristán Donoso vs. Panamá. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*, Res. de fecha 01.09.2010, Considerando 5.

(77) Con antelación a la saga que se desata a partir del precedente mencionado en el texto, son los votos concurrentes razonados de Sergio García Ramírez –en el seno del Tribunal Interamericano– los que descubren *primus omnium* la ontología del instituto. En efecto, emplea –por vez primera– la expresión *control de convencionalidad* que apareja la jurisdicción de la Corte IDH como una especie de tribunal supranacional, *vide* Corte IDH caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Sent. Serie C/101, de fecha 25.11.2003, párrafo 27. Con posterioridad, desnuda su mecanismo “(...) analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa, resolviendo acerca de la convencionalidad de tales actos”, pretendiendo “conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados Partes en ejercicio de su soberanía”, *vide* *Ibidem* caso *Tibi vs. Ecuador*, Sent. Serie C/114, de fecha 07.09.2004. Luego, condensa el ámbito de dicho andarivel de tutela de derechos humanos a las circunstancias de *jure* y de *facto* del hecho generador del proceso concreto, *vide* *Ibidem* caso *López Álvarez vs. Honduras*, Sent. Serie C/141, de fecha 01.02.2006, párrafo 30, o bien, delinea el material normativo controlado *vis-a-vis* el material normativo controlante, a la par que puntualiza la extensión de la sanción por inobservancia del primado supraconstitucional de la CADH: “(...) confrontar los hechos internos –leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo– con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquéllos y éstas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza”, *vide* *ibidem* caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, Sent. Serie C/155, de fecha 26.09.2006, párrafo 7. Tome el lector nota de la identidad cronológica de éste último pronunciamiento con el del mismo Tribunal *in re Almonacid*. No obstante,

ido expandiendo y mutando a través de un *iter de casos fundadores* (78), hasta incluso generar algunas tensiones con motivo de lo ya decidido por el cuerpo electoral vía *referéndum* (79), o bien, compeler a que las interpretaciones judiciales y administrativas –y las garantías judiciales– se ajusten, en su aplicación, a los principios establecidos en la jurisprudencia interamericana” (80).

Es, entonces, función y tarea de *toda autoridad pública* –y no sólo de jueces y organismos vinculados a la administración de justicia en cada uno de los niveles–, pues en el ámbito de su competencia “(...) *todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’*” (81),

---

se previene que cuando se utiliza la terminología de *control de convencionalidad*, no se quiere decir que recién a partir del asunto *Myrna Mack Chang*, la Corte IDH haya ejercido tal potestad, porque desde siempre el cuerpo hace una comparación entre ambos esquemas, destacando por supuesto la prioridad de la regla supranacional; lo que en verdad ha sucedido es que desde ese momento se utiliza tal fraseología, *cf.* HITTERS, J. C. (2009). “Control de constitucionalidad y de convencionalidad. Comparación. Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Estudios Constitucionales, Año VII, N° II*, Universidad de Talca, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, p. 109 y ss.

(78) En este sentido, *vide* Corte IDH, caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Sent. Serie C/158, de fecha 24.11.2006, párrafo 128; *ibidem* caso *La Cantuta vs. Perú*, Sent. Serie C/162, de fecha 29.11.2006, párrafo 173; *ibidem* caso *Boyce y otros vs. Barbados*, Sent. Serie C/169, de fecha 20.11.2007, párrafo 79; *ibidem* caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, Sent. Serie C/186, de fecha 12.08.2008, párrafo 180; *ibidem* caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sent. Serie C/209, de fecha 23.11.2009, párrafo 339; *ibidem* caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, Sent. Serie C/213, de fecha 26.05.2010, párrafo 208, nota 307; *ibidem* caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Sent. Serie C/214, de fecha 24.08.2010, párrafo 311; *ibidem* caso *Fernández Ortega y Otros vs. México*, Sent. Serie C/215, de fecha 30.08.2010, párrafo 234; *ibidem* caso *Rosendo Cantú y Otra vs. México*, Sent. Serie C/216, de fecha 31.08.2010, párrafo 219; *ibidem* caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, Sent. Serie C/217, de fecha 01.09.2010, párrafo 202; *ibidem* caso *Vélez Loo vs. Panamá*, Sent. Serie C/218, de fecha 23.11.2010, párrafo 287; *ibidem* caso *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, Sent. Serie C/219, de fecha 24.II.2010, párrafo 106; *ibidem* caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sent. Serie C/220, de fecha 26.11.2010, párrafo 225; *ibidem* caso *Fonteviechia y D’Amico vs. Argentina*, Sent. Serie C/238, de fecha 29.II.2011, párrafo 93; *et al.*

(79) Tal lo acaecido en el precedente *Gelman*, al enfatizar que “(...) *la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir; a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas*”, *vide* Corte IDH, caso *Gelman vs. Uruguay*, Sent. Serie C/221, de fecha 24.02.2011, párrafo 239.

(80) Corte IDH, caso *López Mendoza vs. Venezuela*, Sent. Serie C/233, de fecha 1.09.2011, párrafo 228; *ibidem* caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sent. Serie C/239, de fecha 24.02.2012, párrafo 284; *ibidem* caso *Furlán y Familiares vs. Argentina*, Sent. Serie C/246, de fecha 31.08.2012, párrafo 305.

(81) Corte IDH, caso *Gelman vs. Uruguay*, Sent. Serie C/221, de fecha 24.02.2011, párrafo 239; *ibidem* *Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*, Sent. Serie C/253, de fecha 20.11.2012, párrafo 330; *ibidem* caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Sent. Serie C/259, de fecha 30.11.2012, párrafo 142; *ibidem* caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, Sent. Serie C/260, de fecha 14.05.2013, párrafo 221; *ibidem* caso *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Mapuche) vs. Chile*, Sent. Serie C/279, de fecha 29.5.2014, párrafo 436; *ibidem* caso *Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, Sent. Serie C/ 285, de fecha 14.10.2014, párrafo 215.

desplegándolo *ex officio* en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (82).

En la evolución revistada, el parámetro de control reconoce un deslinde *in crescendo* del sector de actos y preceptos normativos domésticos sujetos a fiscalización supranacional: actos administrativos, ordenanzas, resoluciones, decretos, reglamentos, leyes, Constituciones, etc. Cançado Trindade (83) condensa tal nómina bajo la inteligencia de que *cualquier norma de derecho interno, independientemente de su rango constitucional o infraconstitucional*, puede, por su propia existencia y aplicabilidad, *per se*, comprometer la responsabilidad de un Estado parte en un tratado de derechos humanos. En puridad, dicho canon no obsta a que aquella también se desencadene por la mera abstención o renuencia del constituyente o del legislador ordinario internos en compatibilizar el sistema jurídico nacional al *corpus juris* interamericano (84), colmar un orden normativo lagunoso o sancionar una legislación reglamentaria, configurando un supuesto de *inconveniencia por omisión* (85).

---

(82) Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sent. Serie C/220, de fecha 26.11.2010, párrafo 225; *Ibidem Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*, Sent. Serie C/253, de fecha 20.11.2012, párrafo 330; *ibidem* caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, Sent. Serie C/260, de fecha 14.05.2013, párrafo 221; *ibidem* caso *Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, Sent. Serie C/276, de fecha 30.01.2014, párrafo 151; *ibidem Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, Sent. Serie C/282, de fecha 28.08.2014, párrafo 311; *Ibidem* caso *Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, Sent. Serie C/ 285, de fecha 14.10.2014, párrafo 215.

(83) *Voto Concurrente* del Juez Cançado Trindade, A.A., Corte IDH, caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, Sent. Serie C/73, de fecha 5.02.2001, párrafo 40.

(84) Como lo ha definido el propio Tribunal Interamericano, el *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por "(...) un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el Derecho Internacional Contemporáneo", *vide* 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*, de fecha 01.10.1999, párrafo 115.

(85) El art. 2 de la CADH puntualiza: "(...) Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter; los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades". Al respecto, *v.gr.*, la Corte IDH, caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, Sent. Serie C/73, de fecha 05.02.2001, párrafo 89: "(...) Esta Corte tiene presente que el 20 de enero de 1997 la Corte de Apelaciones de Santiago dictó sentencia en relación con el presente caso, la que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile el 17 de junio de 1997. Por no estar de acuerdo con los fundamentos de estas sentencias, el gobierno de Chile presentó el 14 de abril de 1997 al Congreso un proyecto de reforma constitucional para eliminar la censura cinematográfica. La Corte valora y destaca la importancia de la iniciativa del Gobierno de proponer la mencionada reforma constitucional, porque puede conducir a adecuar el ordenamiento jurídico interno al contenido de la Convención Americana en materia de libertad de pensamiento y de expresión. El Tribunal constata, sin embargo, que a pesar del tiempo transcurrido a partir de la presentación del proyecto de reforma al

Y ello sin perjuicio de encapsular también en el mosaico normativo monitoreado a las *interpretaciones constitucionales y legislativas* en pos de su adecuación a los principios establecidos en el cuerpo jurisprudencial interamericano (86), o bien, los *productos interpretativos de raigambre judicial y administrativa* (87), y no solamente la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o Tribunal Constitucional en aquellos Estados en los que se le asigna carácter obligatorio (88).

A la par, el espectro del plexo normativo supervisor no se ciñe a los principios y reglas *inscriptos* en el texto del instrumento internacional de derechos humanos en cuestión (89), *además* incluye la interpretación *textual* (90) de sus disposiciones por

---

*Congreso no se han adoptado aún, conforme a lo previsto en el artículo 2 de la Convención, las medidas necesarias para eliminar la censura cinematográfica y permitir, así, la exhibición de la película 'La Última Tentación de Cristo'.*

(86) Corte IDH, caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sent. Serie C/209, de fecha 23.11.2009, párrafo 340; *ibidem* caso *Fernández Ortega y Otros vs. México*, Sent. Serie C/215, 30.08.2010, párrafo 237; *ibidem* caso *Rosendo Cantú y Otra vs. México*, Sent. Serie C/216, de fecha 31.08.2010, párrafo 220.

(87) Corte IDH, caso *López Mendoza v. Venezuela*, Sent. Serie C/233, de fecha 1.09.2011, párrafo 228. Asimismo, Eduardo Ferrer Mac-Gregor en su *Voto Razonado* en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sent. Serie C/220, de fecha 26.11.2010, párrafo 8, augura que el *debido proceso convencional* habilita "(...) determinar si las actuaciones de los jueces nacionales resultan compatibles con el Pacto de San José, en determinados casos se tendrá que analizar su actuación a la luz de la propia normatividad interna y siempre atendiendo a la Convención Americana".

(88) SAGÜÉS, N. P. *El control de convencionalidad en particular sobre las constituciones nacionales*, LL, 2009-B-761.

(89) Aunque al sentenciar el caso *Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*, ha entendido que no sólo cuando un Estado es parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino también de tratados internacionales como "(...) la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin", *cfr.* Corte IDH, *Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*, Sent. Serie C/253, de fecha 20.11.2012, párrafo 330.

(90) Si bien Riccardo Guastini advierte que cualquier teoría general de la interpretación que pretenda reducir a un concepto único la diversidad de significados está destinada al fracaso, *vide* GUASTINI, R. (2011). *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, p. 3, de modo que -a su turno- Pierluigi Chiassoni precisa que la identificación de las normas generales, aplicadas por los jueces en la motivación de las sentencias, depende -de forma no exclusiva, pero sin duda prioritaria- de operaciones que consisten: (i) obtención de *normas explícitas* de disposiciones, en traducir a normas explícitas, sobre la base de opciones y operaciones hermenéuticas que se reflejan en premisas interpretativas del razonamiento justificativo judicial; (ii) extracción de *normas implícitas* a partir de otras -explícitas y/o implícitas- por hipótesis ya identificadas, con el auxilio de principios metodológicos igualmente respetados en el razonamiento justificativo judicial, entre los cuales se encuentran los principios de *analogía legis* y de razonamiento *a contrario* en función productiva. En consecuencia, la *interpretación textual* puede ser caracterizada como la *actividad que consiste en determinar el significado de una disposición -el componente elemental de cualquier texto jurídico normativo: un enunciado, previamente aislado por el intérprete, en el discurso de las fuentes- obteniendo de ésta una o más normas explícitas, acreditadas o acreditables como sus interpretaciones jurídicamente correctas*, *cfr.*, CHIASSONI, P. (2011). *Técnicas de*

parte de su intérprete último: la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Y como fruto de ella, el *círculo hermenéutico* interamericano puede conllevar –como resultado– adiciones, sustituciones, eliminaciones, multiplicaciones teórico-dogmáticas de sus disposiciones, etc. (91).

Por lo demás, ha estimado necesario que los órganos del Estado en su conjunto realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su *competencia no contenciosa* o *consultiva*, la que innegablemente comparte con la discernida en casos contenciosos el propósito cardinal del sistema interamericano de derechos humanos: “(...) *la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos*” (92).

#### **IV. Caracterización de la cláusula de derechos implícitos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Un menú de dificultades teóricas y connotaciones prácticas. Condiciones de operatividad**

8. La inserción de la cláusula en el Proyecto de Convención Americana sobre Derechos Humanos, presentado por Uruguay en la Conferencia Interamericana Extraordinaria de Río de 1965, obedeció a la sugerencia del jurista oriental Alberto R. Real –propriadamente en oportunidad del Simposio, organizado en 1959, por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República con la meta de estudiar el Proyecto del Consejo Interamericano de Jurisconsultos adoptado en Santiago de Chile ese mismo año– (93).

Tal propuesta evocaba el precepto constitucional uruguayo de 1918 (94) –dando cuenta, entonces, de la incidencia del derecho constitucional respecto del derecho

---

*Interpretación Jurídica*, Marcial Pons, Madrid, p. 55 y ss. *Vide etiam*, Idem *La interpretación de la ley: teorías lingüísticas, juegos interpretativos, máximas griceanas ap. Descantos para abogados realistas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 23 y ss.

(91) CHIASSONI, P. (2011). *Técnicas de Interpretación Jurídica*, Marcial Pons, Madrid, pp. 138 y ss. A ello, agréguese la indeterminación propia de los textos normativos, afectados por ambigüedades, complejidades, implicaciones, vaguedades, etc., *vide in extenso* GUASTINI, R. (2011). *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, p. 138 y ss.

(92) Corte IDH, OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional* Res. de fecha 19.08.2014, párrafo 31.

(93) Simposio sobre el Proyecto de Convención de Derechos Humanos de Santiago de Chile, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República, Montevideo, 1959, p. 165. *Vide etiam* GROSEPIELL, H. “Le Système Interaméricain comme Régime Régional de Protection Internationale des Droits de l’Homme”, *RCADI*, 145 (1975) 1-55.

(94) *Vide in extenso* REAL, R. A. (1974). *Los principios generales de Derecho en la Constitución uruguayo ap. Estado de Derecho y humanismo personalista*, FCU, Montevideo, pp. 5 y ss. El art. 172 del ensayo constitucional de 1918 consignaba que la enumeración de derechos y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son “(...) *inherentes a la personalidad humana o que se derivan de la forma republicana de gobierno*”; más tarde, en 1934, el constituyente uruguayo agregó al enunciado “(...) *derechos y garantías*” la voz “(...) *deberes*”, arribando –con tal lexicografía– al actualmente

internacional, en opinión de Héctor Gros Espiell (95)-, aunque -con ajustes parciales- se irradiará luego en el Proyecto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con la numeración 27 inciso c), de estar al Documento N° 5 de la Conferencia de San José, fechado el 22 de septiembre de 1969, para -finalmente- decantar en la versión final del texto del artículo 29 inciso c) -con la eliminación del término *republicana* y la referencia, en cambio, a la *forma democrática representativa de gobierno*- incluido en la Convención adoptada el 22 de noviembre de 1969 (96): "(...) *Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno*".

A pesar de alertarse que la interpretación en el mundo -afirma Suji Choudhry- está tomando un carácter cada vez más cosmopolita (97), se previene que en la mayoría de los instrumentos internacionales *no se estipula* una cláusula de derechos no enunciados -tal escenario acontece, *v. gr.*, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, o bien en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981- (98), a la vez de endilgarse -en el perímetro interamericano- al artículo 29, inciso c) de la Convención

---

vigente art. 72 del documento constitucional de 1967 -mantenido por la enmienda constitucional de 1997-. No es ocioso destacar que en el Informe de la Comisión de Constitución -redactado por su miembro informante, Washington Beltrán- se justifica la norma propuesta en la IX Enmienda y en el art. 33 de los textos constitucionales norteamericano y argentino respectivamente -inclusive, con cita de Alexander Hamilton -principalmente el *Number LXXXIV*, elaborado en 1788- en sus célebres *The Federalist Papers* como de los argumentos expuestos en 1860 en la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la Constitución Federal-, *cfr. Diario de Sesiones de la H. Convención Nacional Constituyente de la República Oriental del Uruguay (1916-1917)*, Imprenta Nacional, Montevideo, 1918, T. IV, p. 492, & 1. En puridad, la iniciativa en materia de derechos imprevistos estuvo presente -en el seno de la Convención Nacional Constituyente- a través de diversos proyectos, así, *v.gr.*, de la Corporación de Constituyentes Nacionalistas -art. 166-, de Alfredo Vázquez Acevedo -art. 149-, de Enrique Azarola, aunque presentado por Antonio M. Rodríguez -art. 224- y de Horacio Jiménez de Aréchaga -art. 211-, de tal manera que resultó una obra de transacción política, *cfr. BELTRÁN, W. (1918) En la Constituyente (Discursos e Informes)*, Talleres Gráficos A. Barreiro y Ramos, Montevideo, pp. 123-126, pp. 173-191.

(95) GROS ESPIELL, H. (2000). "Los Derechos Humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° IV, Madrid, p. 169.

(96) *Vide in extenso* MARTINS, D. H. (1997). "La participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la redacción del Proyecto de Convención (Pacto de San José de Costa Rica). Las sugerencias de la C.I.D.H. en la protección de los Derechos y Libertades no reconocidos expresamente en la Convención", *ap. Héctor Gros Espiell. Amicorum Liber. Human Person and International Law*, Bruylant, Bruxelles, V. I, p. 800.

(97) CHOUDHRY, S. "Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation", *Indiana Law Journal*, 74 (1999), p. 820.

(98) GROS ESPIELL, H. (2000). "Los Derechos Humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° IV, Madrid, p. 168.

una *virtual inoperancia práctica* (99). Cualquiera sea el modo de pensar que ha tenido circulación entre los comentaristas, lo cierto es que su contenido plantea al intérprete atractivos escollos teóricos e insinuaciones prácticas (100).

En cuanto a los *obstáculos teóricos*, el más evidente estriba en determinar cuáles son los contenidos significativos encuadrables en el enunciado normativo interamericano "(...) *derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que derivan de la forma democrática representativa de gobierno*"; lo que impone analizar las *condiciones de operatividad* del precepto convencional bajo las que se confiere albergue a un reducto de derechos que no resultan enumerados en el documento internacional pero que surgen de una fuente ajena a él –tal como se analizará en el próximo apartado–.

También conlleva una problematización aguda la atinente a si los derechos enumerados que protege la Convención responden únicamente a aquellos que retienen los ciudadanos de un Estado parte que los ha vulnerado o, por el contrario, constituyen derechos que blanden todos los habitantes americanos en los distintos Estados partes de la Convención. Frente a ello, el Preámbulo de la CADH revela sobre el punto que "(...) *los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana*" (101), nota en la que –precisamente– se sustenta la justificación de "(...) *una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos*".

Es el reconocimiento de la *condición de ser humano* como sujeto de derecho lo que se erige en la *piedra basal* de cualquier desarrollo apto de estas prerrogativas (102) y el

---

(99) CARPIO, M. "El significado de la cláusula de derechos no enumerados", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, III (2002) 5.

(100) CONTRERAS, P. (2011). *¿Derechos Implícitos? Notas sobre identificación de normas de derecho fundamental ap. Nuevas perspectivas en Derecho Público*, Librotecnia, Santiago de Chile, p. 166.

(101) De ahí que se aduzca que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción, *cfr.* Corte IDH, OC N° 2/82, de fecha 24.09.1982, *El Efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*. Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 29.

(102) PIZA ESCALANTE, R. (1980). *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Secretaría General de la OEA, Washington, p. 198. La unidad de naturaleza del ser humano y el carácter universal de los derechos y libertades que merecen garantía –ha prevenido el Tribunal cimero del orden interamericano– están en la base de todo régimen de protección internacional, anotando que "(...) *el Preámbulo del Pacto de San José recoge inequívocamente esta idea cuando reconoce que los derechos esenciales del hombre "tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional"*, *cfr.* Corte IDH, OC

que requiere una interpretación de las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos que pondere la *naturaleza esencialmente objetiva* de las obligaciones asumidas por los Estados partes: dichas obligaciones buscan la *protección de los derechos humanos* y no el establecimiento de derechos subjetivos y recíprocos para los Estados partes (103). No cabe marginar, así, que la Convención es un *documento de protección específica de los derechos humanos* al servicio del hombre concreto –artículo 2.1–, individualizable o detectable (104).

---

Nº 01/81, de fecha 24.09.1982, “Otros Tratados” Objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americanasobre Derechos Humanos). Solicitada por Perú, párrafo 24. Incluso, la Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido que al interpretar el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 debe tenerse en cuenta su *carácter específico* de tratado que *instrumenta una garantía colectiva para el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, vide Corte EDH, caso Soering, 07.07.1989, párrafo 87. A tenor del diálogo interjurisdiccional, la propia Corte IDH ha tenido presente: “(...) el carácter especial de estos tratados ha sido reconocido, entre otros, por la Comisión Europea de Derechos Humanos cuando declaró que las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en la Convención (Europea) son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes (“Austria vs. Italy”, Application No. 788/60, European Year book of Human Rights (1961), vol. 4, pág. 140). La Comisión Europea, basándose en el Preámbulo de la Convención Europea, enfatizó, además, que el propósito de las Altas Partes Contratantes al aprobar la Convención no fue concederse derechos y obligaciones recíprocas con el fin de satisfacer sus intereses nacionales sino realizar los fines e ideales del Consejo de Europa... y establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideas y régimen de derecho (Ibid., pág. 138) (...) Ideas similares acerca de la naturaleza de los tratados humanitarios modernos han sido sustentados por la Corte Internacional de Justicia en su Advisory Opinion on Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1951 I.C.J. 15); también están contenidas en la propia Convención de Viena, particularmente en el artículo 60.5. (Ver en general E. Schwellb, “The Law of Treaties and Human Rights”, 16 Archiv des Volkerrechts (1973), pág. 1, reproducido en Toward World Order and Human Dignity (W.M. Reisman & B. Weston, eds. 1976, pág. 262); cfr. Corte IDH, OC Nº 2/82, de fecha 24.09.1982, El Efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75). Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párrafos 29-30.

(103) *Voto Razonado* del Juez Cançado Trindade, A.A., Corte IDH, caso *Caesar versus Trinidad y Tobago*, Sent. Serie C/123, de fecha 11.03.2005, puntualizando que –de lo expuesto– se deriva el especial énfasis en el elemento del objeto y fin de los tratados de derechos humanos, de lo cual la jurisprudencia de los dos Tribunales regionales de derechos humanos –interamericano y europeo– ofrecen un testimonio elocuente. En efecto, la interpretación y aplicación de los tratados de derechos humanos ha sido guiada por las consideraciones de un interés general superior u *ordre public* que trasciende los intereses individuales de las Partes contratantes. Tal como ha sido indicado por tal *jurisprudence constante*, tales tratados son diferentes a los tratados clásicos, incluyendo concesiones y compromisos recíprocamente restrictivos; los tratados de derechos humanos prescriben obligaciones de una naturaleza esencialmente objetiva, implementadas de manera colectiva por medios de supervisión propios, cfr. CANÇADO TRINDADE, A. A. (1996). *The Interpretation of the International Law of Human Rights by the Two Regional Human Rights Courts*. *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence* (Procedimientos de la III Conferencia Conjunta ASIL/Asser Instituut, La Haya, julio 1995), La Haya, Asser Instituut, pp. 157-162 y 166-167.

(104) HITTERS, J. C. (1991). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ediar, Buenos Aires, T. II, p. 100.

Tampoco es menor la problemática que se suscita en aquellos Estados cuya Ley Fundamental carece de una cláusula de derechos innominados, cuando éstos han ratificado un tratado como la Convención: ¿disponen de un catálogo abierto de derechos fundamentales, por lo menos, en el plano internacional? De estar al bagaje normativo revistado con antelación, se auspicia disipar toda interpretación reduccionista en el entendimiento de que cualquier Estado que es parte de un tratado que contiene una estipulación de afirmación de derechos no enumerados *tiene* que integrar su plexo con derechos no enunciados *en medida equivalente a la de la referida disposición internacional* –que, por cierto, lo obliga en virtud del instrumento internacional que el Estado en cuestión ha ratificado internacionalmente– (105). Sucede que con la desmitificación de los postulados del positivismo voluntarista –explica Antonio Cançado Trindade (106)– se tornó evidente que sólo se puede encontrar una respuesta al problema de los fundamentos y de la validez del derecho internacional en la *conciencia jurídica universal*, a partir de la aserción de la idea de una *justicia objetiva*. Como una manifestación de esta última, se han afirmado los *derechos del ser humano*, emanados directamente del régimen supranacional y *no sometidos*, por lo tanto, a las *vicisitudes del orden jurídico interno*.

Incluso, cuando una Constitución carece de una cláusula de derechos innominados pero contiene otra que expresamente prescribe que las *normas sobre derechos humanos se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos* (107), el reenvío –por vía de interpretación conforme– hacia la fuente internacional capta los derechos implícitos susceptibles de derivarse de aquellas y los

---

(105) BIDART CAMPOS, G. J. (2002). “Los derechos no enumerados en su relación con el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional”, *ap.* Méndez Silva, R. (Coord.). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México, p. 108, de modo que “(...) *la ausencia en la Constitución de una norma sobre derechos no enumerados es susceptible de suplirse acudiendo al Derecho Internacional que ese Estado debe tomar como parámetro de interpretación en su sistema de derechos*”.

(106) *Voto Concurrente* del Juez Cançado Trindade, A.A., CorteIDH, 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 14.

(107) Tal como se constata, *v.gr.*, en la reforma constitucional mexicana de 2011, en cuanto su art. 1 & 2 consagra: “(...) *las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*.” Criterio similar se sigue del art. 10.2 de la Constitución Española de 1978: “(...) *las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”, de mayor irradiación que el inscripto por el constituyente portugués de 1976 en el art. 16.1. Las consecuencias de la técnica interpretativa no son de entidad menor, en la medida que las diferencias interpretativas que se avizoren en enunciados constitucionales deben resolverse a favor de la interpretación que suministren los tratados, convenios y pactos internacionales, conllevando la posibilidad de invocarla ante la jurisdicción interna, sin perjuicio de que las leyes que vulneren exégesis de derechos humanos podrán ser tachadas inconstitucionales”, *cf.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1989). *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, pp. 180-181.

incrusta en el sistema global de derechos (108).

En el sector de las *implicancias prácticas* cabe examinar si cabe la responsabilidad internacional de un Estado parte en los supuestos de transgresión de un derecho no enunciado en la Convención, de modo que se imponga la elaboración de un *test de compatibilidad* entre los principios de interpretación convencional y los derechos que se estimen vulnerados a los efectos de despejar el compromiso internacional de los Estados que la han ratificado.

Por último, una escueta paráfrasis sobre un precepto usualmente olvidado en este *métier*: se trata del artículo 31 del instrumento regional que –bajo el rótulo de *reconocimiento de otros derechos*– dispone la *inclusión* en el régimen de protección de la Convención de “(...) *otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77*”; sin perjuicio de que el primero de ellos alude a la tramitación de enmiendas, cabe destacar –en lo que aquí interesa– que el segundo refiere a la chance de celebración de *protocolos adicionales* al texto convencional –aplicables sólo entre los Estados partes en el mismo– con la finalidad de encuadrar progresivamente en el esquema tutelar de aquél otros derechos.

¿Qué significado tiene –inquire Héctor Gros Espiell– la posibilidad de insertar expresamente, por vía de tales protocolos, otros derechos a los que resulte aplicable el orden de custodia de la Convención, ante lo precavido por el propio art. 29 inciso c)? Una interpretación sistemática –según el ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos– desagua en que el posible reconocimiento *manifiesto*, por protocolos adicionales, de otros derechos a efectos de su inserción en la estructura protectoria prevista convencionalmente –artículo 31– no excluye la eventual aceptación de existencia de otros derechos no dictados por autoridades con poderes normativos, que asimismo gozarán del sistema convencional de salvaguardia siempre que –a juicio de los órganos de vigilancia del cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes, *i.e.*, la Comisión y la Corte– resulten satisfechas las condiciones de

---

(108) Incluso BIDART CAMPOS, G. J. “La interpretación del sistema de derechos humanos, *Revista IIDH*, 19 (1994) 28, estima que en la hipótesis de constituciones que no poseen *explícitamente* enunciados interpretativos de derechos humanos, merecen interpretarse como si las contuvieran *implícitamente* en virtud de la pretensión de legitimidad democrática: toda Constitución se apoya en un plexo de derechos inspirado en un contenido axiológica similar al del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, *i.e.*, *personalismo humanista*. Y ello sin perjuicio –añade el autor– de que el ingreso a un sistema universal o regional de derechos humanos se compone de manera unitaria un sistema con dos fuentes afines: la Constitución y el Derecho Internacional. Incluso, en un ensayo posterior observa: “(...) *la ausencia en la Constitución de una norma sobre derechos no enumerados es susceptible de suplirse acudiendo al Derecho Internacional que ese Estado debe tomar como parámetro de interpretación en su sistema de derechos*”, *cfr.* BIDART CAMPOS, G. J. (2002). “Los derechos no enumerados en su relación con el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional”, *ap.* MÉNDEZ SILVA, R. (coord.). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México, p. 109. En contraste, otros expertos arguyen que las cláusulas interpretativas de derechos humanos deben figurar expresamente en el texto constitucional, en la medida que conforma una labor constituyente la inclusión de esta especie de mandato hermenéutico, *cfr.* VANOSSI, J. R. (2013). *La operatividad de las normas internacionales. Cuestiones de orden constitucional* *ap.* *Teoría Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, T. I, p. 1793 y ss.

aplicación del artículo 29, inciso c): inherencia al *ser humano* y derivación de la *forma democrática representativa de gobierno*. Esto último –por cierto– no inhibe la deseable aplicación de la regulación involucrada en el artículo 77 con miras al anidamiento –de modo evidente, indiscutible, preciso y claro– de uno o más nuevos derechos, no enunciados en la Convención, en la programación normativa de amparo que ésta establece (109).

9. Ahora bien, con sujeción a la redacción impresa al inciso c) de la cláusula convencional, se apunta que este tipo de custodia supraestatal resulta vinculada con la *democracia representativa* como sistema de gobierno, ya que los *derechos resguardados deben verse con el color de esa lente*, que también tonaliza las limitaciones al ejercicio de las prerrogativas reconocidas por este documento trasnacional (110). Es que –en el argumentario de los especialistas (111)– la especificidad del derecho internacional de derechos humanos encuentra su expresión no sólo en la interpretación de los tratados de derechos humanos en general, sino también en la exégesis de sus disposiciones específicas.

De allí que se arguya que democracia y respeto por los derechos humanos constituyen una dupla –a la manera de una *cabeza de Jano* (112)–, a la vez de retenerse que la Carta de la Organización de Estados Americanos de 1948 –en su artículo 3.d– reafirma el principio de “(...) *solidaridad de los Estados americanos y los altos fines que con ella se persiguen*”, bajo el requerimiento de que se articule “(...) *la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa*”. A la par, en el Preámbulo de la Convención se invoca el “(...) *propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del*

---

(109) GROS ESPIELL, H. (2000). “Los Derechos Humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° IV, Madrid, p. 171.

(110) HITTERS, J. C., *op. cit.*, T. II, p. 99. El art. 30 del instrumento convencional precisa: “(...) *las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas*”. Sobre el punto, Germán J. Bidart Campos postula: “(...) *tratemos de consignar los derechos del mejor modo posible para promover su funcionalidad efectiva, pero a la vez reivindicemos con ahínco el principio elemental que reconoce y admite derechos innominados (...) hay derechos con y sin normas porque los derechos no se agotan en el catálogo escrito. Fuera de él (...) les depara hospedaje en la medida que su sistema axiológico sea democráticamente generoso*”, *cfr.* BIDART CAMPOS, G. J. (2002). “Los derechos no enumerados en su relación con el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional”, *ap.* MÉNDEZ SILVA, R. (coord.). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México, p. 104.

(111) *Voto Razonado* del Juez Cañado Trindade, A.A., Corte IDH, caso *Caesar versus Trinidad y Tobago*, Sent. Serie C/123, de fecha 11.03.2005, párrafo 14.

(112) HITTERS, J. C., *op. cit.*, pp. 56 y ss., T. I. *Vide in extenso*, HITTERS, J. C. *Democracia y derechos humanos*, JA, 1989-IV-861.

*hombre*" (113). Tales instrumentos articulan el ámbito normativo de aplicación de la directriz contenida en el artículo 29, inciso c) de la Convención, la que carecería de aplicabilidad *donde no impera la democracia* (114).

Sentado ello, el orden público -de estar a la inteligencia mentada por la Corte regional- comporta un elemento integrante del *Estado democrático*:

(...) cuyo fin principal es "la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y materialmente y alcanzar la felicidad" ("Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre" (en adelante "Declaración Americana"), Considerandos, párr. 1)" (...) [la Convención] tiene una concepción propia según la cual los Estados americanos "requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa" (Carta de la OEA, art. 3.d); y los derechos del hombre, que "tienen como fundamento los atributos de la persona humana", deben ser objeto de protección internacional (Declaración Americana, Considerandos, párr. 2; Convención Americana, Preámbulo, párr. 2) (115).

Huelga recordar que, inclusive, en dicha oportunidad el tribunal cimero del orden interamericano enfatizó:

(...) la ley en el Estado democrático no es simplemente un mandato de la autoridad revestido de ciertos necesarios elementos formales. Implica un contenido y está dirigida a una finalidad (...) la creación de las normas jurídicas de carácter general ha de hacerse de acuerdo con los procedimientos y por los órganos establecidos en la Constitución de cada Estado Parte, y a él deben ajustar su conducta de manera estricta todas las autoridades públicas. En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al "ejercicio efectivo de la democracia representativa", que se traduce, inter alia, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común (...) La Declaración de México ha afirmado que el "fin del Estado es la felicidad del hombre dentro de la sociedad. Deben armonizarse los intereses de la colectividad con los derechos del individuo. El hombre americano no concibe vivir sin justicia. Tampoco concibe vivir sin libertad" ("Declaración de México" del 6 de marzo de 1945, inciso 12. Conferencias Internacionales Americanas, Segundo Suplemento, 1945-1954. Washington, D.C.: Unión Panamericana, Departamento Jurídico, 1956, pág. 25) (116).

---

(113) En este sentido, la Corte IDH se ha auxiliado con el art. 29 inciso c) de la CADH en el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Sent. Serie C/72, de fecha 02.02.2001, párrafo 105.

(114) HITTERS, J.C. (1991). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ediar, Buenos Aires, T.I, p. 58.

(115) Corte IDH, OC N° 6/86, de fecha 09.05.1986, *La expresión Leyes en el artículo 30 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos*. Solicitada por el Gobierno de la República Oriental de Uruguay, párrafos 29-30.

(116) Corte IDH, *Ibidem*, párrafos 32-33.

## V. Sobre el impacto de la cláusula de derechos innominados en el mecanismo de inspección de convencionalidad. ¿Una Convención invisible? Hacia una propuesta de redefinición conceptual

10. En la hipótesis de los derechos no enunciados conviene hacer presente el decisivo *influjo* que aquellos registran en la faena del contralor de convencionalidad. Ello conduce primeramente a asumir que la Convención está compuesta no sólo por derechos expresos en sus disposiciones a través de la interpretación textual desplegada por la Corte regional, sino también por *derechos implícitos* que incumbe a ésta en su calidad de intérprete último *explicitar*.

Pareciera que –al igual que acontece con los textos constitucionales– la idea de completitud no acarrea más que una gran ilusión –*grand illusion*–, empero, no resulta una obviedad la aceptación de la existencia de una *Convención invisible*, al igual que para los constitucionalistas no devino corriente la admisión de una Constitución invisible –*invisible Constitution*– de la misma forma en que percibían a la visible (117).

De tal suerte que al patrón del material normativo controlante a través de la interpretación textual que de las disposiciones de la Convención realice la Corte, se añade un cometido de *hiperinterpretación* o sobreinterpretación –*overinterpretation*– del instrumento convencional en virtud de la cual el Tribunal Interamericano no se limita a llevar a cabo una explicación *ad litteram* del significado normativo, sino que adopta una hermenéutica *extensiva* en virtud de la cual las disposiciones del documento regional de derechos humanos deban ser interpretadas de modo tal que se obtenga de aquellos principios y no simples reglas de conducta (118), con sustento en la matriz de derechos *im-previstos* pero *inherentes* al ser humano o *derivados* de la forma de gobierno representativa democrática –según el apartado c) del artículo 29– y con apoyatura en las directrices exegéticas *in favor persona*, progresividad, contenido esencial de derechos, etc. –que hasta se juzgan derivaciones de las normas de interpretación sentadas en el mismo precepto–, evitando con ello la existencia de la lagunosidad de la *Convención explícita*, o bien, de *espacios vacíos* (119), *i.e.*, libres de *jus constitutionale commune latinoamericanum*.

Y ello sin descontar que también impulsa el *evolucionismo interpretativo* de la Convención, prohiendo estándares hermenéuticos *dinámicos* que acompañen las mutables condiciones sociales, políticas, económicas y culturales, de la que también se nutre la maximización y optimización del estatuto de derechos humanos. Así, la Corte Interamericana arrima un ejemplo ilustrativo:

---

(117) TRIBE, L. H. (2008). *The Invisible Constitution*, Oxford University Press, Oxford, pp. 7, 80-81, precisamente –dice el Profesor de la Harvard Law School– es la Constitución invisible la que indica cuál es el texto que debe aceptarse de la Constitución visible a través de una regla de construcción metaconstitucional –*metaconstitutional rule of construction*–, de una directriz de lectura holística –*holistic reading rule*– que oficia de prueba textual de la Constitución extratextual –*textual proof of an extratextual Constitution*–.

(118) BIN, R. (1992). *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella Giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, p. 4 y ss.

(119) GUASTINI, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México, pp. 159-160.

(...) el Preámbulo de la Convención reafirma el propósito de los Estados americanos de “consolidar en [el] Continente [americano], dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. Asimismo, el artículo 29.c de la Convención señala que ninguna disposición de este tratado puede ser interpretada en el sentido de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno” (120).

Tales consideraciones no resultan de entidad menor si se atisba que, con arreglo a los registros de la jurisprudencia interamericana en el caso “Apitez Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela”, el incumplimiento de los principios de interpretación que se derivan del artículo 29, literal c) de la Convención produce la violación del derecho que haya sido *indebidamente interpretado* a la luz de aquellos (121), y la consecuente generación de *responsabilidad internacional*.

Luego, en el escrutinio de derechos innominados además se impone destacar que tanto los judicantes domésticos como los de la Corte IDH deben modular la *compatibilidad* entre normas locales y supranacionales, dentro de las cuales la referencia parece no limitarse –en el discurso autoral– a la misma Convención como a la jurisprudencia del Máximo Tribunal interamericano sino también a otros documentos internacionales ratificados por los Estados partes y al *ius cogens* (122).

**11.** No son pocos los casos registrados en los anales del derecho judicial interamericano que problematizan el develamiento de derechos, reglas y principios imprevisos. Así, *v.gr.*, en los casos “Gelman vs. Uruguay” (123) y “Contreras y otros vs. El Salvador” (124), la propia Corte ha acudido al *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos para extraer –con carácter autónomo– el *derecho a la identidad* de la literalidad –artículo 8.1– de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, presentándolo como un *núcleo central* de elementos claramente identificables

---

(120) Corte IDH, caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Sent. Serie C/72, de fecha 02.02.2001, párrafo 105. *Vide etiam* Ibídem caso del *Tribunal Constitucional*, Sent. Serie C/ 74, de fecha 31.01.2001, párrafo 111.

(121) Corte IDH, caso *Apitez Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Sent. Serie C/Nº 182, de fecha 05.08.2008, párrafo 221.

(122) HITTERS, J. C. (2009). “Control de constitucionalidad y de convencionalidad. Comparación. Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Año VII, Nº II, p. 120, en la argucia de que la alusión a las normas internacionales envara la cita, *v.gr.*, del Protocolo de San Salvador de 1988, Adicional a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales; Protocolo a la CADH relativo a la Abolición de la Pena de Muerte de 1990; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de 1995 –Convención de *Belém do Pará*–; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994; etc., en la medida que se juzga su integración al *corpus juris* convencional de los derechos humanos.

(123) Corte IDH, caso *Gelman vs. Uruguay*, Sent. Serie C/221, de fecha 24.02.2011, párrafo 122.

(124) Corte IDH, caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, Sent. Serie C/232, de fecha 31.08.2011, párrafo 112.

que incluyen el derecho *al nombre*, el derecho *a la nacionalidad* y el derecho a las *relaciones familiares*.

Asimismo, se ha parapetado, con motivo de la decisión vertida en el caso “Blake vs. Guatemala”, en el artículo 1.2 de la Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 1992 –Res. AG UN N° 47/133– con miras a reputar a los *familiares* de las víctimas de desapariciones forzadas en la categoría de *víctimas*:

*(...) Este Tribunal considera que el artículo 8.1 de la Convención debe interpretarse de manera amplia de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de esa norma como en su espíritu, y debe ser apreciado de acuerdo con el artículo 29, inciso c) de la Convención, según el cual ninguna disposición de la misma puede interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno (125).*

Y hasta ha inferido los derechos titularizados por aquéllas –en la investigación por desaparición forzada de personas– al *acceso al expediente y a solicitar y obtener copias del mismo* (126).

En esta compleja operatoria, el Tribunal Interamericano hace gala de la directiva de progresividad de los derechos humanos –en cuanto proscripción de reducir la protección más amplia que les puedan deparar las normas internas o internacionales (127)– y también se auxilia con los repertorios legislativos y jurisprudenciales vernáculos, como acaeció en el precedente “Gelman vs. Uruguay” al apuntalar su resultado interpretativo en la previsión “(...) *de las legislaciones nacionales de varios Estados de las Américas*” y entablar un *diálogo jurisprudencial* con la Corte Constitucional Colombiana y el Tribunal Constitucional de Perú (128); conversación que incide en la debida articulación

---

(125) Corte IDH, caso *Blake vs. Guatemala*. Sent. Serie C/36, de fecha 24.01.1998, párrafos 96-97.

(126) Corte IDH, caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sent. Serie C/209, de fecha 23.11.2009, párrafo 258.

(127) En puridad, la *efectividad mínima* supone un piso de marcha del modelo de control de convencionalidad en función de que el art. 29 de la Convención señala que, si en el ámbito interno surge una protección mayor, *i.e., más eficaz*, debe ponerse en juego el esquema local y no el internacional, *cfr.* HITTERS, J. C. “Un avance en el control de convencionalidad. El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana”, *Pensamiento Constitucional*, 18 (2013) 315-329.

(128) Corte IDH, caso *Gelman vs. Uruguay*, Sent. Serie C/221, de fecha 24.02.2011, párrafo 122, nota 132: “(...) *el derecho a la identidad está previsto en las legislaciones nacionales de varios Estados de las Américas, como por ejemplo en el Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay que establece el derecho a la identidad como uno de los derechos esenciales de los niños*”, a la para que toma nota de la jurisprudencia interna de algunos Estados al glosar los casos de “(...) *la Corte Constitucional Colombiana, en el sentido que la “identidad personal es un derecho de significación amplia, que engloba otros derechos [...y que] supone un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad” (al respecto, ver la sentencia de tutela T-477/1995, de 23 de octubre de 1995)*” como del “(...) *Tribunal Constitucional de Perú, que señaló que “toda persona tiene derecho a la identidad, derecho que com-*

y creación de *estándares interpretativos en materia de protección de derechos humanos* en el continente americano, de modo que 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 (129).

En oportunidad de expedirse en el caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica” ha abrevado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 –artículo XIII–, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 –artículo 15.b– y en la Declaración sobre la Utilización del Progreso Científico y Tecnológico en Interés de la Paz y en Beneficio de la Humanidad –proclamada por Res. AG UN N° 3384 (XXX) de 1975– para extender el reconocimiento del *derecho al goce del progreso científico* y de sus aplicaciones (130).

Bajo el principio de no discriminación, establecido en el artículo 1.1 de la Convención, el reconocimiento del *derecho a la identidad cultural* es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y por los ordenamientos jurídicos internos (131).

Inclusive, se anotan lecturas del artículo 29, apartado c) de la Convención en las que la Corte asienta su actividad interpretativa, para desplegar idóneamente contenidos innominados del ordenamiento convencional, en el catálogo jurisprudencial de la Corte Europea de Derechos Humanos (132), al sentenciar una comprensión del

---

*prende tanto al derecho a un nombre –conocer a sus padres y conservar sus apellidos–, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica” (al respecto, ver, Segunda Sala, sentencia de recurso de agravio constitucional de 25 de julio de 2005)”.*

(129) *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, párrafo 41.

(130) Corte IDH, caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, Sent. Serie C/257, de fecha 28.11.2012, párrafo 157, puntualizando: “(...) *del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona”.*

(131) Corte IDH, caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Sent. Serie C/245, de fecha 27.06.2012, párrafo 213.

(132) Corte IDH, caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Sent. Serie C/72, de fecha 02.02.2001, párrafos 105-106, en el temperamento de que “(...) *es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de*

principio de *legalidad* –consagrado en el artículo 9 de la CADH– que no se ha ceñido a la referencia explícita de la materia penal para, luego, extenderla a la no evidente de los procesos administrativo-sancionadores.

Lo mismo en referencia al derecho a la identidad recogido por diversos precedentes judiciales del Tribunal de Estrasburgo, de estar al pronunciamiento recaído “Contreras y otros vs. El Salvador” (133).

Igualmente, en el asunto “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, con mientes en las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de la misma, las estipulaciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA (134), los patrones establecidos por la judicatura europea de derechos humanos (135) y los organismos de Naciones

---

*sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva.” Tal inteligencia repara –en la nota (54) del párrafo 1006– en los registros “(...) *inter alia*, Eur. Court H.R. *Ezelin judgment of 26 April 1991, Series A no. 202, para. 45*; y *Eur. Court H.R. Müller and Others judgment of 24 May 1988, Serie A no. 133, para. 29*”.*

(133) Corte IDH, caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, Sent. Serie C/232, de fecha 31.08.2011, párrafo 112: “(...) en el marco europeo de protección de derechos humanos no existe una disposición que expresamente reconozca un derecho a la identidad en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Sin embargo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado en forma constante que el artículo 8 del Convenio europeo “protege un derecho a la identidad y al desarrollo personal, y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior”. Así, la vida privada incluye aspectos de la “identidad social y física del individuo”. La vida privada, además, protege “la identificación de género, nombre, identidad sexual y vida sexual [...] el derecho al desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior”. *Eur. Court HR, Case of Bensaid v. The United Kingdom* (Application no. 44599/98). Judgment of 6 February 2001, párr. 47; *Eur. Court HR, Case of Pretty v. The United Kingdom* (Application no. 2346/02. Judgment of 29 April 2002, párr. 61, y *Eur. Court HR, Case of Peck v. United Kingdom* (Application no. 44647/98). Judgment of 28 January 2003, párr. 57. La jurisprudencia de esa Corte recoge en abundancia el derecho a la identidad, de la cual una parte significativa se refiere al derecho a la información sobre la verdad biológica. Al respecto, ha indicado que de una amplia interpretación del alcance de la noción de vida privada también se reconoce el derecho de toda persona a «conocer sus orígenes». Sobre este aspecto, el Tribunal europeo ha señalado que las personas «tienen un interés vital, protegido por la Convención, en recibir la información necesaria para saber y comprender su niñez y desarrollo temprano». *Eur. Court HR, Case of Odièvre v. France* (Application no. 42326/98). Judgment of 13 February 2003, párrs. 42 y 44. Véase también *Eur. Court HR, Case of Mikulic v. Croatia* (Application no. 53176/99). Judgment of 7 February 2002, párrs. 57 y 64”.

(134) Corte IDH, caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sent. Serie C/239, de fecha 24.02.2012, párrafo 86, *v.gr.*, AG/RES. 2653 (XLI-O/11) de 2011, AG/RES. 2600 (XL-O/10), AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), etc.

(135) Corte IDH, caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sent. Serie C/239, de fecha 24.02.2012, párrafo 87: “(...) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la orientación sexuales “otra condición” mencionada en el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante “Convenio Europeo”), el cual prohíbe tratos discriminatorios. En particular, en el caso *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, el Tribunal Europeo concluyó que

Unidas (136), la Corte de la región ha dejado establecido que la *orientación sexual* y la *identidad de género* de las personas deben reputarse *categorías protegidas* por el ordenamiento convencional –pese no resultar enunciadas específicamente dentro de los motivos vedados de discriminación–, derivando la proscripción de cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona (137).

En efecto, a través de una directriz de hermenéutica *evolutiva* –consecuente con la regla general interpretativa del art. 29 de la Convención (138)–, que contempla a los tratados de derechos humanos como *instrumentos vivos*, cuya exégesis tiene que acompañar la *evolución de los tiempos y las condiciones de vida actual* (139), al interpretar la expresión “(...) *cualquier otra condición social*” prevista en el artículo 1.1 de la Convención, prohija la opción por la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado (140):

*(...) los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas (141).*

---

*la orientación sexual es un concepto que se encuentra cubierto por el artículo 14 del Convenio Europeo. Además, reiteró que el listado de categorías que se realiza en dicho artículo es ilustrativo y no exhaustivo. Asimismo, en el caso Clift vs. Reino Unido, el Tribunal Europeo reiteró que la orientación sexual, como una de las categorías que puede ser incluida bajo “otra condición”, es otro ejemplo específico de los que se encuentran en dicho listado, que son consideradas como características personales en el sentido que son innatas o inherentes a la persona.”*

(136) Corte IDH, caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sent. Serie C/239, de fecha 24.02.2012, párrafo 88: “(...) en el marco del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han calificado la orientación sexual como una de las categorías de discriminación prohibida consideradas en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos indicó en el caso *Toonen vs. Australia* que la referencia a la categoría “sexo” incluiría la orientación sexual de las personas”.

(137) Corte IDH, caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sent. Serie C/239, de fecha 24.02.2012, párrafo 91.

(138) Corte IDH, caso *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, Sent. Serie C/63, de fecha 19.11.1999, párrafo 193; ibídem caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sent. Serie C/79, de fecha 31.08.2001, párrafo 193; ibídem caso *de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Sent. Serie C/110, de fecha 08.07.2004, párrafo 165; ibídem caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Sent. Serie C/134, de fecha 15.09.2005, párrafo 106; ibídem caso *Masacre de Ituango vs. Colombia*, Sent. Serie C/148, de fecha 01.07.2006, párrafo 155.

(139) 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 114; ECHR, *Tyrer vs. United Kingdom*, 5856/72, 25.04.1978, p. 31.

(140) Corte IDH, OC N° 5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, de fecha 13.11.1985, párrafo 52.

(141) Corte IDH, caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sent. Serie C/239, de fecha 24.02.2012, párrafo 85. *Vide etiam*, Corte IDH, OC N° 16/99, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el*

Lo interesante es que al efectuar una interpretación *progresiva* –en los supuestos antedichos– la Corte no sólo ha considerado el *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos –formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados [tratados, convenios, resoluciones y declaraciones]– en el marco de la progresión de los derechos fundamentales de la persona humana (142), pues le ha otorgado especial relevancia al *derecho comparado*, razón por la cual ha utilizado *normativa nacional* o *jurisprudencia de tribunales internos* al analizar controversias específicas en los casos contenciosos.

Máxime cuando –con sustento en una exégesis sistemática– se aduce que, en puridad, es a través del artículo 29 de la Convención considerado *in totum* –por intermedio de sus apartados a, b, c y d– que el instrumento convencional funciona adicionando a la tabulación de derechos otros no previstos por cauce de un *arsenal proveniente de otras fuentes* y al que se le confiere *recepción complementaria*, de modo que más allá de la lexicografía empleada por la norma internacional en ella descansa un *plexo de derechos imprevistos* (143).

En efecto, el precepto convencional de marras edicta –además– que ninguna disposición de la misma puede *interpretarse* en el sentido de *limitar* el disfrute de derechos *reconocidos* por *legislaciones nacionales* o por otros *convenios internacionales en que sea parte uno de los Estados* (144), ni *excluir* los que se *citan* en la Declaración Universal de

---

*marco de las garantías del debido proceso legal*. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, de fecha 01.10.1999, párrafo 115.

(142) Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Sent. Serie C/125, de fecha 17.05.2005, párrafo 128.

(143) BIDART CAMPOS, G. J. (2002). “Los derechos no enumerados en su relación con el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional”, *ap.* MÉNDEZ SILVA, R. (coord.). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, México, p. 107.

(144) La cláusula convencional del art. 29 estatuye en este tramo: “(...) *Ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de (...) b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados*”. Con motivo de la OC 6/86, de fecha 09.05.1986, *La expresión Leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Solicitada por el Gobierno de la República Oriental de Uruguay, el Tribunal regional precisó: “(...) *La Corte entra ahora a analizar la disyuntiva de si “la expresión leyes utilizada por la disposición transcrita... se refiere a leyes en sentido formal –norma jurídica emanada del Parlamento y promulgada por el Poder Ejecutivo, con las formas requeridas por la Constitución–” o si en cambio se la usa “en sentido material, como sinónimo de ordenamiento jurídico, prescindiendo del procedimiento de elaboración y del rango normativo que le pudiera corresponder en la escala jerárquica del respectivo orden jurídico (...) El significado del vocablo leyes ha de buscarse como término incluido en un tratado internacional. No se trata, en consecuencia, de determinar la acepción del sustantivo leyes en el derecho interno de un Estado Parte (...) En este sentido, la Corte tiene en cuenta el hecho de que los sistemas jurídicos de los Estados Partes en la Convención se derivan de tradiciones diferentes. Algunos se inscriben en el sistema del “common law” y otros siguen la tradición romanista. Sus regímenes constitucionales muestran particularidades vinculadas con su desarrollo jurídico y político. El concepto de leyes no puede interpretarse en abstracto y, en consecuencia, no debe divorciarse del contexto del orden jurídico que le*

Derechos Humanos de 1948, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de igual año (145) y en otros documentos de similar *pedigree*, sin perjuicio de *repeler* eliminaciones o recortes –que exorbiten, según el rango convencionalmente autorizado, los *necesarios en una sociedad democrática* (146)– por los Estados partes de los derechos reconocidos en ella (147).

De allí que la *solución interpretativa global* de la Corte –como lo hiciera notar en oportunidad de fallar el caso “Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela”– impone tener presente:

*(...) la Corte ha invocado las “Normas de Interpretación” del artículo 29 para precisar el contenido de ciertas disposiciones de la Convención. El literal a) ha sido utilizado para delimitar el alcance de las restricciones a las garantías establecidas en la Convención.*

*presta sentido e incide en su aplicación (Cfr. Eur. Court H.R., The Sunday Times case, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párr. 47) (...) El sentido de la palabra leyes dentro del contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen. En efecto, la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal".* Por aplicación de este apartado del precepto convencional bajo análisis se ha consagrado la inclusión del *derecho a la propiedad comunal* de las comunidades indígenas o tribales dentro del derecho a la propiedad privada del art. 21 de la Convención, *vide in extenso* Corte IDH caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sent. Serie C/79, de fecha 31.08.2001, párrafos 147-148.; *Ibidem* caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Sent. Serie C/125, de fecha 17.05.2005, párrafos 124-125; *ibídem* caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Sent. Serie C/146, de fecha 29.03.2006, párrafos 117-118; *Ibidem* caso *Pueblo Saramaka vs. Suriname*, Sent. Serie C/172, de fecha 28.11.2007, párrafos 92-93. Asimismo, resalta la interpretación de la Corte según la cual el art. 22 de la Convención comprende el *derecho a no ser desplazado forzosamente*, *vide* *Ibidem* caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Sent. Serie C/134, de fecha 15.09.2005, párrafo 188; o bien, la interpretación del *derecho de los niños a no ser reclutados en fuerzas o grupos armados* como comprendido dentro del art. 19 de la Convención, disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño y el art. 44 de la Constitución Política de la República de Colombia, *vide* *ibídem* caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Sent. Serie C/134, de fecha 15.09.2005, párr. 153. Específicamente *a la luz del Derecho Interno* ha permitido la inclusión del *derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión* en el art. 21 convencional, *vide* Corte IDH, caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*, Sent. Serie C/98, de fecha 28.02.2003, párrafos 101-103, como así también la exigencia de una *protección específica de los derechos políticos para los miembros de comunidades indígenas y étnicas*, *vide* Corte IDH, caso *Yatama vs. Nicaragua*, Sent- Serie C/127, de fecha 23.06.2005, párrafos 203-205.

(145) En su segmento d) el art. 29 de la Convención reza: “(...) Ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de (...) d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

(146) Corte IDH, OC N° 5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, de fecha 13.11.1985, párrafos 41-44.

(147) En la porción a) del art. 29 de la Convención se afirma: “(...) Ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de (...) a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”.

*De la misma forma, utilizando el literal b) de dicho artículo, la Corte ha interpretado las garantías de la Convención a la luz de estándares establecidos en otros instrumentos internacionales y en normas de derecho interno. Asimismo, se ha utilizado el literal c) para interpretar los derechos convencionales a la luz de los derechos que derivan de la forma democrática representativa de gobierno (148).*

Evidentemente, la exposición del teórico que se limitara a describir –*au dessus de la mêlée*– la dogmática existente desde el punto de vista externo, *i.e.*, la actividad de interpretación, manipulación y sistematización del discurso en torno a las imprevisiones normativas en el estatuto convencional de los derechos humanos, únicamente arrojando luz sobre sus aspectos prácticos –lo que resulta propio de un estilo *descriptivo*–, descuidaría la labor *constructiva* de quienes proponen *redefiniciones de los conceptos jurídicos* destinadas inevitablemente a incidir en la interpretación de los documentos normativos (149).

Esta última forma de pensar tiene el evidente efecto de enderezar una reflexión crítica en torno a los pasajes jurisprudenciales del tribunal cimero de orden regional sobre el tópico y así permitiría clarificar –con un sentido *especulativo* y en respuesta a la petición carnapiana (150)– que la noción de derechos implícitos acuñada en el foro jurisprudencial interamericano refiere aquellos derechos que sin pertenencia al sistema jurídico de la Convención –del que no *forman* parte en razón de no haber sido reconocidos por normas *dictadas* por las *autoridades normativas*, *i.e.*, normas *explícitamente puestas*– resultan –sin embargo– jurídicamente *vinculantes* al devenir *formuladas* por los *intérpretes*, *adoptadas* por jueces y órganos de adjudicación para la justificación de sus decisiones institucionales. Y en esta práctica judicial –como se previniera precedentemente– la identificación de las normas implícitas en el texto formal de la Convención no sólo comprende las que lucen *inherentes al ser humano* o *derivadas de la forma democrática representativa de gobierno* –de estar al artículo 29, inciso c)–, sino también las *reconocidas* por las *leyes nacionales* o por otros *convenios internacionales* –con arreglo al artículo 29, apartado b)–; asimismo, las previstas por la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza* –de conformidad con el artículo 29 literal d)–, y hasta las *surtidas* indispensablemente por el régimen de una *sociedad democrática* –por derivación jurisprudencial del artículo 29, punto a)–.

En gran medida, esta estrategia conceptual difiere de la adoptada por los *especialistas* que cultivan una noción más estrecha al constreñir su conceptualización a las

---

(148) Corte IDH, caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*. Sent. Serie C/N° 182, de fecha 05.08.2008, párrafo 217.

(149) GUASTINI, R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona, pp. 27-28 [Título de la obra original *Distinguiendo. Studi di teoria e metateoria del Diritto*, Giappichelli, Turín, 1996].

(150) El desarrollo de la ciencia –en la propuesta de Rudolf Carnap– estriba en ofrecer precisos *explicata* de los conceptos usuales a diario, *cfr.* CARNAP, R. (1950). *Logical Foundations of Probability*, University of Chicago Press, Chicago, p. 3.

*normas referentes a los derechos humanos no enunciados expresamente* en el documento convencional pero calibrados como incluidos en la medida de su inherencia *a la naturaleza humana* o su derivación de la *forma democrática de gobierno* (151) –en consonancia con la seductora tesis, prohijada por ciertos constitucionalistas y teóricos jurídicos (152), que discrimina entre la categoría de derechos *no enumerados* y la de derechos *implícitos, inferidos o subderechos*– (153).

(151) En este sentido, *vide in extenso* GROS ESPIELL, H. (2000). *Los Derechos Humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, N° IV, Madrid, p. 170.

(152) Igualmente Riccardo Guastini expone –como modalidad argumental– la inferencia de un derecho implícito de otro derecho, expresamente conferido, que lo presupone: “(...) *en general: dada una norma N1 que confiere el derecho D1, y supuesto que una ulterior norma N2 atributiva del derecho D2 sea condición necesaria para la eficacia de N1, se concluye la existencia en el sistema jurídico de la norma no expresa N2 (...) el derecho al secreto de la correspondencia presupone el derecho a intercambiar correspondencia libremente (...) es una idea generalizada en la cultura jurídica contemporánea que el sistema jurídico incluye no solamente los derechos expresamente conferidos, sino también aquellos derechos implícitos que son condición necesaria para el ejercicio de los primeros. De modo que los razonamientos que construyen derechos implícitos según este esquema inferencial, aunque no siempre sean lógicamente estrictos (no lo son cuando no hay conexión conceptual mutua entre los contenidos de los dos derechos en cuestión), son generalmente considerados persuasivos*”, mientras que –en otra modalidad argumental, no susceptible de reducirse a un único esquema de razonamiento típico y recurrente– se infiere un derecho implícito de un principio expreso –o también de un principio en él mismo implícito– a través de un procedimiento de concretización del principio consistente en “(...) *extraer de ellos normas relativamente circunstanciadas –“reglas” como se suele decir, recordando el léxico de los juristas anglo-americanos–, sin las cuales el principio no sería susceptible de aplicación jurisdiccional. Los principios, en efecto –a causa de su peculiar forma de indeterminación–, no son idóneos para funcionar como premisa normativa en la así llamada justificación interna de una decisión jurisdiccional. Para ejemplificar: el principio de la tutela de la salud no dice nada en torno a la resarcibilidad del daño denominado «biológico»; el principio del derecho a la defensa no dice nada en torno a la presencia del abogado en el interrogatorio del imputado; el principio de la soberanía popular no dice nada en torno al derecho de voto de los inmigrantes en las elecciones locales; el principio de la igualdad «sustancial», es decir, social, no dice nada en torno a la admisibilidad de cuotas para las candidatas de sexo femenino en las listas electorales, etc*”, *cfr.* GUASTINI, R. (2011). “Derechos implícitos”, *Observatorio de Argumentación Jurídica, Doxa*, Universidad de Alicante, Alicante, pp. 2-3.

(153) En este orden de ideas, entre nosotros, *vide in profundis* SAGÜÉS, N. P. “Los derechos no enumerados en la Constitución Nacional”, *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, XIV (1985/6) 103, quien desagrega los derechos *inferidos o subderechos*, *i.e.*, aquéllos que se extraen como consecuencia de los derechos explícitos, de los derechos *no enumerados* en tanto “(...) *los derechos del art. 33 son de Derecho natural y resultan constitucionalizados*”, *cfr.* N. P. (2012). *Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, p. 541. Asimismo, Carlos S. Nino diferencia entre las categorías de *derechos no enumerados* –correspondientes al art. 33 de la Ley Fundamental– y *derechos implícitos* –relativos a los demás artículos de la Constitución–, *cfr.* Nino, C.S., *op. cit.*, p. 223. En rigor, la Suprema Corte Federal estadounidense maximizó su documento constitucional –carente de un precepto equivalente al art. 19 de la norma de base argentina– a través de la teoría de derechos alojados en la *zona de penumbra* de otros derechos positivizados –*penumbra theory, penumbra protection*–, así, *v.gr.*, el Justice William O. Douglas –en ocasión de fallar en 1965 en el célebre caso *Griswold vs. Connecticut*– afirma: “(...) *las garantías específicas mencionadas en el Bill of Rights proyectan penumbras, formadas por emanaciones de aquellas garantías que ayudan a darles a ellas vida y sustancia (...) sin estos derechos periféricos, los derechos específicos estarían menos seguros*”, *cfr.* *Griswold vs. Connecticut*, 381 US 479 (1965). *Vide*

12. Por lo restante, y en orden a los *efectos* del *corpus* jurisprudencial convencional (154), la cláusula de reconocimiento de derechos imprevistos se exhibe como un *banc d'essai* para el ejercicio de la *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 del tribunal interamericano, 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 Convención en su deber de prevención (155); y –se añade– como ingrediente que se agrega al acervo hermenéutico a tomar en cuenta por las autoridades internas para ejercer el control de convencionalidad (156).

A tenor de los desarrollos expuestos por Eduardo Ferrer Mac-Gregor (157), la eficacia de los pronunciamientos 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 Americana –*res interpretata*–. En ambos casos se produce una *eficacia vinculante* si bien *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 *rationes 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 decisión; en cambio, diversa eficacia de vinculación produce la resolución 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 au-

---

*etiam* CORWIN, E. (1978). *The Constitution and What it Means Today*, Princeton University Press, Princeton, pp. 441-442.

(154) El art. 68 de la Convención reza: “(...) 1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.

(155) CANÇADO TRINDADE, 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 2002”, *ap. 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*, CorteIDH, San José de Costa Rica, T. II, p. 920.

(156) BAZÁN, V. *Control de Convencionalidad. Influencias jurisdiccionales recíprocas*, LL 2012-B-1027.

(157) *Voto razonado* del juez Ferrer Mac-Gregor, E., Corte IDH, caso *Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Res. de fecha 20.03.2103, párrafos 67-69.

toridades 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.

En definitiva, los decisorios del tribunal cimero de orden regional –explica Juan C. Hitters– producen efectos no solamente para el Estado condenado –vinculación directa, *inter partes*–, sino también hacia los Estados que no intervienen en el pleito internacional –vinculación relativa *erga omnes*– pero sólo en la medida de la norma interpretada, no así de la totalidad del fallo, salvo que exista una interpretación local más favorable al ser humano, en cuya hipótesis vale la más ventajosa (158).

Dicha imagen no margina la complejidad que se avecina a raíz de que esta tipología de contralor –se enfatiza– no implica necesariamente optar por aplicar la normativa o jurisprudencia convencional y dejar de aplicar la estatal, pues supone *además* –y en forma prioritaria– la tentativa de *armonizar* la disposición interna con la supranacional, a través de una *interpretación convencional* de la norma nacional –en función de la regla interpretativa del principio *pro homine* derivado del artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica– (159).

En efecto, dicho amoldamiento deriva del deber general de *adecuación* de las reglas domésticas –artículos 1.2 y 2 de la CADH–, el que implica que si los preceptos domésticos –sean legislativos o de cualquier otro carácter– y las prácticas estaduales de cualquiera de los órganos del poder no protegen debidamente las libertades fundamentales enunciadas por el derecho internacional, el Estado debe *adecuarlas* y, en su caso, suprimir aquellas que desbordan el esquema o *crear* las que corresponda (160).

---

(158) HITTERS, J. C. “Un avance en el control de convencionalidad. El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana”, *Pensamiento Constitucional*, 18 (2013) 315-329.

(159) *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. Máxime cuando se ha advertido –con claridad meridiana– que el control de convencionalidad desempeña un “(...) *doble papel*: por el primero, represivo, obliga a los jueces nacionales a inaplicar las normas internas (incluso las constitucionales) opuestas al referido Pacto (o Convención americana sobre los derechos del hombre), y a la interpretación que sobre dicho Pacto ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por el segundo, constructivo, también los obliga a interpretar al derecho doméstico de conformidad al Pacto y a su interpretación por la Corte Interamericana. Es la interpretación “armonizante” o “adaptativa” del derecho local con el Pacto y la exégesis dada al Pacto por la Corte Interamericana. Ello conduce a desechar las interpretaciones del derecho nacional opuestas al referido Pacto y/o a la manera en que fue entendido por la Corte Interamericana”, cfr. SAGÜÉS, N. P. “Dificultades operativas del “control de convencionalidad” en el sistema interamericano”, *LL*, 2010-D-1247.

(160) HITTERS, J. C. (2009). “Control de constitucionalidad y de convencionalidad. Comparación. Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Año VII, N° II, p. 109 y ss.

Deviene sugestivo que, ante la imprevisión en el orden nacional de ciertos derechos humanos, aunque resulten nominados en el texto convencional o reciban sede en la jurisprudencia interamericana con abastecimiento a partir de los cánones hermenéuticos condensados en el artículo 29 de la Convención, el *ajuste de las reglas domésticas* impela al Estado a *poner en evidencia* a aquéllos en el ordenamiento interno. Es que conviene hacer notar que la concepción del control de convencionalidad descubre íntima relación con el *principio de complementariedad*, en virtud del cual la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Este directriz de complementariedad –también denominada de *subsidiariedad*– informa transversalmente el sistema interamericano de derechos humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención, *coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el Derecho Interno de los Estados americanos* (161).

Bajo tales premisas, la *constitucionalización del derecho internacional* se revela –observa Antonio Cançado Trindade– como mucho *más significativa* que la *variable internacionalización del derecho constitucional*, con lo que la obligación de los Estados parte de armonizar su ordenamiento jurídico interno con la normativa de protección de la Convención revela la apertura efectiva del *control de convencionalidad* con miras a pesquisar si los Estados partes han efectivamente cumplido o no la obligación general del artículo 2 de la Convención, así como la del artículo 1.1. De ese modo, se apadrina la posibilidad de coronar un *ordre public* internacional con mayor cohesión de respeto a los derechos humanos, sin perjuicio de que la *constitucionalización* de los tratados de derechos humanos acompañe, así, *pari passu*, el *control de su convencionalidad*. Y este último puede ser ejercido por los jueces de tribunales tanto trasnacionales como internos dada la *interacción* entre los órdenes jurídicos internacional y nacional en el presente dominio de protección (162).

---

(161) Corte IDH, caso *Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Res. de fecha 20.03.2103, párrafo 70, con cita del caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Sent. Serie C/259, de fecha 30.11.2012, párrafo 142, como así también del caso *Acevedo Jaramillo y Otros vs. Perú*, Sent. Serie C/157, de fecha 24.11.2006, párrafo 66: “(...) el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”.

(162) *Voto disidente* 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, párrafos 9-10. Al respecto Eduardo Ferrer Mac-Gregor precisa: “(...) El “control difuso de convencionalidad” convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad. Tienen los jueces y órganos de impartición de justicia nacionales la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos

## VI. Ideas de cierre. ¿Un canto de sirenas? Algunas cuestiones y problemas

13. No ha pasado mucho tiempo desde que Louis Favoreu –en ocasión del último escrito de su fértil actividad académica– advertía que los jueces ordinarios y los tribunales constitucionales nacionales son –en realidad– el último baluarte de la soberanía nacional (163). Sin embargo, ya a tenor de la sanción de la Carta de Naciones Unidas en 1945 –que importó un auténtico *constitutional moment* en la historiografía del Derecho Internacional (164)–, fue Alfred Verdross (165) quien derivó la ruptura del principio de que un Estado puede tratar a su arbitrio a sus súbditos, sustituyéndolo por el estándar nuevo de protección de los derechos humanos erigido como *cuestión fundamental internacional*.

A partir de esta *mise-en-scène* se ha reflexionado –en textos académicos como jurisprudenciales– que el desarrollo de las democracias latinoamericanas contribuyó –en forma notable– a una verdadera *cultura emergente en materia de derechos humanos* (166), de modo que se asistiría 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*

---

*internacionales y cuyo compromiso internacional asumió. Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional, si se considera el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados americanos y la nueva “misión” que ahora tienen para salvaguardar el corpus juris interamericano a través de este nuevo “control”*”, *cfr. 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, párrafo 24.

(163) FAVOREU, L. (2004). *Corti costituzionali nazionali e Corte europea dei diritti dell'uomo*, Rivista di Diritto Costituzionale, Giappichelli, Torino, p. 11.

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

(165) VERDROSS, A. (1967). *Derecho Internacional Público*, Aguilar, Madrid, p. 492. Téngase presente que ya 1926 Alfred Verdross expone la tesis 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 ella perseguidos, *cfr. VERDROSS, A. (1973). Die Quellen des universellen Völkerrechts: Eine Einführung*, Rombach & Co., Freiburg, p. 21.

(166) *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, *cfr. MAZZARESE, T. (2008) Interpretazione della Costituzione. Quali i pregiudizi ideologici?, Ars Interpretandi*, Università degli Studi di Padova, Dipartimento di Diritto Comparato, Padova, N° XIII, p. 213 y ss.

del *corpus juris* de los derechos humanos universales, lo que corresponde a un novel *ethos* de nuestros tiempos (167).

Empero, la *realidad* del *regna gentium* resulta percibida con claridad por John Rawls al descuarjar una teoría ideal [*ideal theory*] del *jus gentium* 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* [*nonideal theory*] dirigida a ponderar cómo los principios ideales resultan susceptibles de aplicarse y a fomentar entre los más renuentes el respeto por el *jus gentium* (168).

Tanto que de seguirse tal sugerencia se sortee el encantamiento –con su consiguiente efecto amnésico– del seductor canto de las jóvenes de *Antemóesa*, el que apresura –como en la saga argonáutica que da cuenta de la actuación salvífica de Orfeo– el encallamiento en el *sirenum scopuli* (169).

En este orden de ideas, se ha sugerido desde la figura de una Constitución –*Grundnorm*– no sólo del Estado de Derecho Internacional, sino también, aunque indirectamente, de los propios órdenes legales estatales, *conformando* un *sistema*

---

(167) *Voto Concurrente* del Juez Cañado 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, *cf.* FERRAJOLI, L. (1998). *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, p. 396.

(168) 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: (i) los derechos humanos conviven con otros criterios que poseen su misma función y que justifican desde diferentes parámetros, algunos de ellos culturales; (ii) igualmente, los derechos humanos conviven con estrategias políticas de diferente alcance, cultural, soberanista, colonizador, etc.; (iii) los derechos humanos están afectados por problemas concretos y situados, geográfica e históricamente; (iv) los derechos humanos presentan internamente problemas de coherencia dada su posible proyección en cualquier cuestión que posea un alcance social, ético, político o jurídico; (v) los derechos humanos poseen un contenido indeterminado que produce que puedan ser fundamentados desde teorías e ideologías distintas y que puedan ser desarrollados también desde teorías e ideologías distintas; (vi) los derechos poseen un carácter plural que impide su análisis desde un solo ámbito de conocimiento, *vide* De ASÍS 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)].

(169) APOLONIO DE RODAS. *Argonáuticas* IV, 891-919. *Vide* Seaton, R.C. (1912) *Apollonius Rhodius: Argonautica*, Harvard University Press, Cambridge.

*legal unitario* (170), discurriendo -luego- por la proposición del desdoblamiento de *problemas transconstitucionales*, cuya solución interesa, simultáneamente, a diversos tipos de órdenes jurídicos en los que intervienen tribunales estatales, internacionales e incluso arbitrales así como instituciones jurídicas locales (171), hasta la consideración de una *pluralidad de órdenes jurídicos* en un sistema mundial de *niveles múltiples*, caracterizado por jerarquías entrelazadas -*tangled hierarchies*- (172).

Tampoco podría dejar de reflexionarse -en el contexto de la *traditio juris* inaugurada por los *lawmakers* de las constituciones de papel [*papers's Constitution*], al presente elevada al rango de una hegemonía mundial (173)- en torno a las insinuaciones de los apóstatas de la fe del *siècle des Lumières* en las normas fundamentales escritas -a través de la prédica, *v.gr.*, de Maurice Hauriou (174)- al reivindicar la exigencia de:

(...) *liberarnos del concepto de Constitución escrita, en lo que tiene de excesivamente rígida, [resultaría] (...) un error creer que la superlegalidad constitucional no se refiere más que a la que consta en la Constitución (...) en Francia, como en cualquier pueblo, existen principios fundamentales susceptibles de constituir una legitimidad constitucional superior a la Constitución escrita y, a fortiori, superior a las leyes ordinarias.*

No era otro -paradójicamente- el espíritu que animaba a los exégetas de la *Ninth Amendment* -añadida al texto constitucional norteamericano en oportunidad de la incorporación del *Bill of Rights* en 1791(175)-, el de preservarse contra el *empleo peligroso* de la máxima demasiado repetida que una afirmación en los casos particulares

---

(170) VERDROSS, A. "Droit International Public et Droit Interne", *Revue de Droit International, de Sciences Diplomatiques et Politiques* 32 (1954) 219, 221. *Vide etiam*, DE ASÍS 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.

(171) NEVES, M. (2009). *Transconstitucionalismo*, WMF Martins Fontes, Sao Paulo, p. 115 y ss.

(172) HOFSTADTER, D. (1979) *Godel, Escher, Bachap. An Eternal Golden Braid*, Harvester Press, Hassocks, p. 684 y s.

(173) ACKERMAN, B. "The Rise of World Constitutionalism", *Va. L. Rev.* 83 (1997) 771, el *Sterling Professor* de la Universidad de Yale explica que tal etiqueta resulta propia del concepto de la Ilustración -*Enlightenment concept*- de que una Constitución formal resultaba necesaria para el gobierno -*a formal Constitution was necessary for modern government*-, mucho más que los aspectos materiales que abrevaban -a la ingresa- en la cultura de autogobierno, en el sentido común, en la decencia para identificar el compromiso de una sociedad con los principios democráticos, etc.

(174) HAURIOU, M. (1927). *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Reus, Madrid, p. 325.

(175) Cuya paternidad luce endilgada al *Madison Project* presentado el 8 de junio de 1789, cuajándose -luego- en la formulación definitiva: "(...) *The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*", *vide in extenso* MADISON, J. (1999). *Writings*, Library of America, New York, p. 437 y ss.

importa una negación en todos los demás –*an affirmation on particular cases implies a negation in all others*– (176), conjurándolo con la exhortación de que *a step beyond the enumeration is unconstitutional and void* (177).

14. Y –hoy mismo– el argumento convencional arenga esta apertura en el derecho internacional de los derechos humanos, en su vertiente interamericana, a través de las directivas de interpretación aglomeradas en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (178). Las experiencias dentro de esta programación –con sede en los usos argumentativos en los que se deslizan constitucionalistas e internacionalistas latinoamericanos– se sirven frecuentemente de la apelación a la *dignidad de la persona humana* y sus *derechos esenciales* para componer un *parámetro básico y fundamental* de validez de normas internas, internacionales –y aún comunitarias–, un germen del *Bill of Rights* propio de un genuino *constitucionalismo regional* (179) que sedimenta un *bloque constitucional de derechos fundamentales* (180), de *constitucionalidad axiológica* (181), etc., atraído por el entendimiento –en sentido fuerte– de los derechos humanos como cartas de triunfo que se imponen a la soberanía –*trump cards over sovereignty*– (182).

Desde esta perspectiva se extiende la comprensión de que toda instancia en la que se establezcan, interpreten y pongan en práctica normas jurídicas debe tener en cuenta el

---

(176) STORY, J. (1882). *Comentarios sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos*, trad. de Calvo, N.A., Casavalle, Buenos Aires, T. II, p. 597.

(177) NORTON, T. J. (1922). *The Constitution of the United States*, Little, Brown & Co., Boston, p. 224.

(178) GROS ESPIELL, H. (2000). “Los Derechos Humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° IV, Madrid, p. 148.

(179) NOGUEIRA ALCALÁ, H. “Las constituciones y los tratados en materia de derechos humanos”, *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, VI-II (2000) 277.

(180) NOGUEIRA ALCALÁ, H. “Los derechos contenidos en Tratados de Derechos Humanos como parte del parámetro del control de constitucionalidad. La Sentencia Rol N° 786/2007 del Tribunal Constitucional”, *Revista de Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, V-II (2007) 457.

(181) ORTEGA GARCÍA, R. “La jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos a la luz de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011”, *Anuario Mexicano de Derecho Constitucional*, UNAM, XV (2015) 495-537, 533-534, postulando que los derechos humanos –en cuanto derivaciones de valores morales– integran un *bloque axiológicamente supremo* que condiciona la validez –en sentido material– de las normas jurídicas positivas –Constitución, tratados internacionales y demás fuentes que los reconocen–, con la aclaración, en seguimiento de la tesis ferrajoliana, de que si la validez es una propiedad que depende del contenido de las normas jurídicas –satisfecha por su coherencia con los derechos humanos– mientras que la vigencia resulta librada al cumplimiento de las condiciones formales o procedimentales de su producción, se sigue –a juicio del autor– que una norma jurídica –independientemente de su fuente– puede resultar vigente aunque inválida por vulneración de los derechos humanos axilmente superiores.

(182) DWORKIN, R. M. (2013). *Taking Rights Seriously*, Bloomsbury Academic, London – New York, p. 10. *Vide etiam* *Ibidem Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge, p. 334.

*efecto* de los derechos fundamentales (183), sin vulnerar lo que algunos juristas han intitulado un *coto vedado* (184), una *esfera de lo no decidible* (185), un *territorio inviolable* (186), etc.

Aquí conviene recordar que Armin Von Bogdandy hace una reconstrucción del derecho común o *ius constitutionale commune latinoamericanum* con base en los objetivos de (i) avanzar en el respeto de los principios de los derechos humanos, del Estado de Derecho y de la democracia; (ii) desarrollar el Estado abierto y (iii) construir instituciones internacionales eficaces y legítimas a través de la interacción de conceptos claves de diálogo, inclusión y pluralismo normativo, y la identificación de rasgos esenciales consistentes en la presentación de una ciencia del derecho público abarcativa del derecho nacional e internacional, la argumentación con apoyatura en principios y la asignación de una cuota de mayor importancia al derecho comparado (187).

A pesar de la ansiada *expresión práctica de coincidencia de propósitos* entre las órbitas normativas estatal y transnacional (188) en las que desaguan las consideraciones precedentes, la expectativa waldroniana de que la legislación se emplace en el centro de la tradición jurídica (189) anima una viva discusión entre férreos polemistas.

Seguramente, la crítica de un textualista alertaría en torno a la emergencia de *riesgos* propios de una teoría pluralista en materias de fuentes de cognición, en especial al conducir hacia el reconocimiento de una *variedad indeterminada de fuentes*, dominadas –peligrosamente– por un principio anarquizante; tal, *v.gr.*, la prevención formulada, entre nosotros, por Sebastián Soler:

(...) *Indeterminada, fluctuante e inasible. Nunca se sabe bien dónde está ni en qué consiste (...) desde luego que es posible, y aun ocurre con frecuencia que una solución de derecho positivo sea insatisfactoria; en ese caso, sin embargo, subsiste todavía la necesidad de distinguir la solución dada por el derecho vigente de cualquier otra. En el fondo, el rechazo que hacemos de las doctrinas supralegalistas o extralegalistas, no se funda*

---

(183) HESSE, K. (1996) “Significado de los derechos fundamentales”, *ap.* BENDA, E. – MAIHOFFER, W. – VOGEL, H.J. – HESSE, K. – HEYDE, W. *Derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, p. 96.

(184) GARZÓN VALDÉS, E. (1993). “Representación y democracia”, *ap.* *Derecho, ética y política*, CEC, Madrid, pp. 644 y ss.

(185) FERRAJOLI, L. (2001). “Derechos fundamentales”, *ap.* DE CABO, A. – PISARELLO, G. (eds.). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, p. 36.

(186) BOBBIO, N. (2005). *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid, pp. 478-479.

(187) VON BOGDANDY, A. (2013). “*Ius constitutionale commune latinoamericanum*”, *ap.* VON BOGDANDY, A. – MORALES ANTONIAZZI, M. – FERRER MAC-GREGOR, E. (coords.). *Ius constitutionale commune en derechos humanos en América Latina*, Porrúa, México, pp. 6-7.

(188) CANÇADO TRINDADE, 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.

(189) WALDRON, J. (1999). *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 16.

*en una particular devoción de la ley ni en el repudio de toda postulación de derecho nuevo. Se funda simplemente en la necesidad de distinguir el derecho que es del derecho que deseamos (...) cuando se borra esa distinción, volvemos a caer en el arbitrio y en la inseguridad.*

En contraste, Luigi Ferrajoli refiere que la complejidad de la pluralidad de normas –indudablemente– descubre tensiones con la respuesta extendida sobre la concepción formal de la legalidad, máxime cuando la alteración del sistema tradicional de fuentes obedece al ingreso de normas de carácter supranacional al orden jurídico interno (190). En el escenario descrito puede visualizarse una propuesta de *protección multinivel* –en red o unión [Verbund]– de derechos humanos como ruta de *interacción* entre las diversas instancias de defensa –internas e transnacionales– en la que permeen *influencias y condicionamientos mutuos*, al tiempo que la mentada *combinación tuitiva* concrete *genuinos y eficaces recursos judiciales*, que operen como llaves de ingreso a

---

(190) FERRAJOLI, L. *El Derecho como sistema de garantías*, Revista JPS, Año III/5 (1994) 9-17. En ocasión más próxima, el Profesor de la Universidad de Roma III advierte que –en rigor– existen diversas concepciones del constitucionalismo –y con él, de la Constitución–, aunque en todas ellas pueda encontrarse el *rasgo común* de la idea de subordinación de los poderes públicos a una serie de normas superiores –que son las que en las actuales constituciones establecen los derechos fundamentales–, *cfr.* FERRAJOLI, L. (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, p. 17 y ss. [Título de la obra original *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, Roma, 2013]; *ibidem* *Constitucionalismo principialista y neo-iusnaturalismo garantista* *ap.* Ferrajoli, L. *Un debate sobre el constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 11 [En puridad, la obra condensa una saga de comentarios críticos a la tesis ferrajoliana por parte de destacados iusfilósofos –v.gr., de la academia española, v.gr., Manuel Atienza, Luis Prieto Sanchís, Alfonso Ruíz Miguel, Francisco Laporta, Juan José Moreso, Alfonso García Figueroa; italiana, v.gr., Paolo Comanducci, Pierluigi Chiassoni, Giorgio Pino, etc.; latinoamericana, v.gr., María C. Redondo–, que se divulgaran en el año 2011 a través del número 34 de la *Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía*, Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. Y se corona con la réplica de Luigi Ferrajoli, intitulada *El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo*, p. 309 y ss.]. En rigor, el autor despliega su tesis de la democracia constitucional desarrollada con motivo de *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruíz Miguel, Trotta, Madrid, 2011, V. II, pp. 9 y ss. [Título de la obra original *Principia Iuris. Teoria del Diritto e della democrazia*, Laterza, Roma, 2007]. En lo que aquí interesa, sugiere además la diferencia entre el constitucionalismo *argumentativo* o *principialista* –caracterizado por la configuración de los derechos fundamentales como valores o principios morales estructuralmente distintos de las reglas, en cuanto dotados de una normatividad más débil, confiada no a la subsunción, sino, más bien, a la ponderación legislativa y judicial– y el constitucionalismo *normativo* o *garantista* –singularizado por una normatividad fuerte, de tipo regulativo, *i.e.*, por la tesis de que la mayor parte de (si no todos) los principios constitucionales, y, en particular, los derechos fundamentales se comportan como reglas, pues implica la existencia o imponen la introducción de reglas consistentes en las prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación, que son sus respectivas garantías–. En esta categorización, el constitucionalismo se concreta en un sistema jurídico y/o una Teoría del Derecho que establecen –en garantía de lo que viene estipulado constitucionalmente como vinculante e inderogable– la sujeción de la legislación a normas sobre la producción no solo *formales* –relativas a la forma, *i.e.*, el *quién* y el *cómo*– sino también *sustanciales* –atinentes a los contenidos de las normas producidas, *i.e.*, *qué* se debe o no se debe decir– cuya violación genera antinomias por acción o lagunas por omisión, *cfr.* FERRAJOLI, L. (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político*, Trotta, Madrid, pp. 16-17.

la jurisdicción para el anclaje efectivo de criterios hermenéuticos cardinales del derecho internacional de los derechos humanos (191).

Para que la exposición –hasta aquí– del tópico de los derechos implícitos no sea tan cómoda, el cuadro se tornaría más complejo si se alimenta, en cierta medida, de las apreciaciones de Jerome Frank en torno al *mito básico del derecho* –*basic legal myth*– sobre la completa certidumbre jurídica (192), que lo reviste, en el infantilismo –*childish*– del operador jurídico, de un absurdo patrón de exactitud jurídica, inmóvil –*unwavering*–, fijo –*fixed*– y determinado –*settled*– (193), dado que lejos de presentarse en forma aproximadamente estacionaria y cierta, es, tal como se descubre, incierto, indefinido, ampliamente variable (194).

En todo caso, queda en claro que el esfuerzo de la dogmática –constitucional e internacional– procura realizar una labor de sistematización de la cláusula de derechos innominados, con la prevención de que no existe una sola interpretación válida, ni un único modelo con el que el jurista procure formular un cuerpo sistemático de reglas de interpretación convencional de los *derechos implícitos*. Por el contrario, dependerá de su adscripción a una función *conservadora*, ceñida a la transmisión y descripción del sistema jurídico, o bien, a un rol *innovador*, cuya labor no se reduce a receptor y describir normas sino que las integra, crítica y propone cambios o ajustes en el sistema (195). Tal desafío no es exclusivo de aquél, también se proyecta sobre la faena del *juzgador* que, con miras a la composición de la litis, asume el abordaje del estatuto de derechos tropezándose con la *prevención dworkiniana* de que las *cláusulas abiertas*

---

(191) BAZÁN, V. “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 18 (2011) 77-78.

(192) Es necesario –dice el Profesor de la Yale Law School– abandonar la fabricación de mitos y mentiras paternas: esa historia de *Santa Claus* de completa certidumbre jurídica, el cuento de hadas de una marmita de áureo Derecho que ya está ahí, la fantasía de un sistema estéticamente satisfactorio y armonioso, consistente y uniforme, que brotará cuando hallemos la varita mágica de un principio racionalizador, *cfr.* FRANK, J. (1970). *Law and the Modern Mind*, Smith, Gloucester, Massachusetts, p. 260.

(193) FRANK, J., *op. cit.*, pp. 11 y 21.

(194) FRANK, J., *op. cit.*, p. 5. Ricardo A. Guibourg apunta: “(...) hay, pues, un aspecto técnico que el discurso jurídico, la creación legislativa y hasta la propia argumentación judicial no deberían menospreciar: el ideal de un sistema de derecho, como instrumento de política con la que haya de dársele contenido, es un conjunto de normas que todos conozcan y sean capaces de aplicar a sus relaciones interpersonales aun con independencia de sus propios intereses; de tal suerte que los casos de incumplimiento sean pocos y claros y el recurso a los jueces resulte rápido, certero y previsible. Es claro que pretender todo esto sería utópico: las normas siempre tienen un margen de indeterminación y las sentencias judiciales no salen de la boca de la ley sino de la elaboración consciente a cargo de seres humanos. Pero, además, de utópico, ¿sería indeseable? Muchos pueden sentir un estremecimiento frente a aquella formulación; pero, si se examina el punto con atención, se advierte que esta aprensión se funda invariablemente en la exigencia de que el derecho sea justo y adaptado a las ‘circunstancias del caso’”, *cfr.* GUIBOURG, R. A. *Autoaplicación del Derecho*, LL 2009-D-1345.

(195) BOBBIO, N. (1990). *Contribución a la Teoría del Derecho*, Debate, Madrid, p. 219 y ss.

suelen decantar en el *activismo judicial* (196) y con la implicancia, necesaria, de una capacitación y actualización permanente de los jueces nacionales sobre la dinámica de la jurisprudencia convencional (197).

En suma, las generalizaciones –advierte Riccardo Guastini– son, naturalmente, *peligrosas*, aunque deba concederse –al menos, en una interpretación fáctica– que las normas implícitas adscriptivas de derechos subjetivos son *derecho –jurisprudencial– vigente*. En cambio, cuando en lugar de formular el interrogante ¿existen –están vigentes– en el sistema normas implícitas adscriptivas de derechos?, se inquiere en torno a si ¿está justificada –o aprobada en sede ético-política– la jurisprudencia que construye derechos implícitos?, la respuesta –al menos, en una interpretación normativa– es *contingente* al depender del responde que se otorgue los siguientes aspectos: (i) la circunstancia obvia de admitir que la construcción jurisprudencial de derechos implícitos equivale a la aprobación de un *desplazamiento de poderes normativos* de los órganos legislativos –representativos– hacia los jurisdiccionales –a los que cierta línea de pensamiento achaca un déficit de legitimación democrática–, gestando una dislocación de competencias normológicas discutible desde el punto de vista de la doctrina normativa de la democracia; (ii) la *heterogeneidad* de clase de los derechos implícitos al comprender las *categorías hohfeldianas* de derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades (198), de modo que no necesariamente la construcción, *v.gr.*, de una libertad o de una inmunidad implícitas merezca la misma aprobación política que la de una potestad o de una derecho subjetivo implícitos; (iii) el hecho de que los derechos implícitos no necesariamente tienen sólo efectos *verticales* –relaciones entre el Estado y los ciudadanos–, en función de que pueden también registrar *efectos horizontales* –relaciones interprivados–, generando problematizaciones desde el punto de vista de una filosofía política liberal –ningún liberal, probablemente, desaprobaba el enriquecimiento del patrimonio de derechos de los ciudadanos, pero no es en absoluto obvio que se haya de tolerar también el incremento de sus obligaciones, en

---

(196) R.M. (2013) *Taking Rights Seriously*, Bloomsbury Academic, London - New York, pp. 170 y ss, Ariel, Barcelona. En rigor, la inquietud anotada precedentemente reconoce los debates suscitados en torno a la interpretación de las normas fundamentales y las prácticas de revisión constitucional de las leyes, inquiriendo el nexo entre las posturas *interpretativistas* –que propician una actitud deferente para con los órganos políticos resultantes de elección popular en el contralor de constitucionalidad, que a través de una directiva de *self-restraint* ciñe la interpretación al propio texto de la Constitución y a la intención original de los constituyentes– y las concepciones *no interpretativistas* –que respaldan un poder de inspección constitucional amplio, tanto en lo que respecta al tipo de cuestiones que es legítimo revisar como a la aplicación de métodos evolutivos y progresistas de hermenéutica constitucional; la que puede descansar en principios ajenos al texto, como la moral popular, el valor justicia o de Derecho natural–. 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 in extenso* DWORKIN, R. M. (1996). *The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, pp. 4 y ss. *Vide etiam*, Ibídem. *The Forum of Principle*, N.Y.U. L. Rev. 56 (1981) 469.

(197) *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, párrafo 41.

(198) HOHFELD, W. N. “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *Yale Law Journal*, 23 (1913) 16-59.

tanto restricción de su libertad-; (iv) la tendencia –fatal en la opinión del Profesor de la Universidad de Génova– de los derechos implícitos al conflicto con los derechos expresamente adscritos, deviniendo posible que, en el balance necesario para resolver la tensión, un derecho implícito prevalezca sobre un derecho explícito, aunque no resulte en absoluto pacífico que un derecho explícito –un *derecho escrito en blanco y negro en una carta constitucional* [y convencional]– deba ceder frente a un derecho implícito de fuente jurisprudencial (199).

De la contestación que brinde a estas consideraciones –quizás– estará el lector tentado a deducir que si las palabras de una Constitución, lo que bien vale para la Convención Americana sobre Derechos Humanos si se la blande al talante de un equivalente –*Analogon*– de una Constitución supranacional referente a derechos humanos (200), han dado *vida a un ser cuyo destino no pudo ser previsto completamente* ni aun por sus creadores mejor dotados (201), la cláusula de reconocimiento de derechos innominados no sólo fomenta –en el parecer de Antonio Cançado Trindade– una mayor *cohesión* en el ordenamiento jurídico, sino que procura una mayor *interacción* entre los sistemas jurídicos internacional y estatal en la *protección de los derechos humanos*; en este marco hasta podría reconocerse que, en el plano internacional propiamente dicho, *los tratados de derechos humanos tienen una dimensión constitucional*, y no sólo en sentido de su posición en la jerarquía de normas en la órbita interna –que de todos modos está rehén de lo que determinan las Constituciones nacionales proyectándose de ahí con variaciones al ámbito trasnacional–, sino más bien en la percepción, por cierto, mucho más avanzada, de que *construyen, en el propio plano internacional un orden jurídico constitucional de respeto a los derechos humanos* (202).

---

(199) GUASTINI, R. (2011). “Derechos implícitos”, *Observatorio de Argumentación Jurídica, Doxa*, Universidad de Alicante, Alicante, pp. 4-5.

(200) *Voto razonado* del juez De Figueiredo Caldas, R., Corte IDH, caso *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, Sent. Serie C/219, de fecha 24.11.2010, párrafo 5.

(201) *Missouri vs. Holland*, 252 US 416 (1920).

(202) *Voto disidente* 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.