

GRUPOS VULNERABLES Y EMERGENCIA DE SALUD ¿EN TORNO AL DISEÑO DE UN CONTROL DIFERENCIADO DE CONVENCIONALIDAD?*

VULNERABLE GROUPS AND HEALTH EMERGENCY.
AROUND THE DESIGN OF A DIFFERENTIATED CONTROL
OF CONVENTIONALITY?

*Victorino Solá***

“(...) There is nothing very remarkable about being immortal (...) nothing can occur but once, nothing is preciously in peril of being lost”

Jorge L. Borges***

Resumen: El trabajo ahonda en el funcionamiento constitucional en situaciones de variadas emergencias o crisis, en particular la COVID-19. Se detiene en las distintas corrientes de pensamiento y sus fundamentos, incursionando en posiciones de constitucionalistas, filósofos, políticos, sociólogos, ponderándolas analítica y críticamente.

Palabras-clave: Funcionamiento constitucional – Situaciones de Emergencia - Control diferenciado de constitucionalidad.

Abstract: The work delves into the constitutional functioning in situations of emergencies or crises, in particular COVID-19. It stops at the different currents of

* Trabajo recibido el 2 de febrero de 2022 y aprobado para su publicación el 23 de marzo del mismo año.

** Abogado. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba-Argentina/UNC). Especialista en Justicia Constitucional y Tutela de los Derechos Fundamentales (Università di Pisa). Director de la Revista Derecho de las Minorías. Docente de grado y posgrado en Derecho Constitucional (UNC - Universidad Católica de Córdoba/UCC), Derecho Procesal Constitucional y Convencional (UCC) y Derecho Procesal Transnacional (Universidad Siglo XXI). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UCC y del Instituto Iberoamericano de Derecho Parlamentario.

*** BORGES, Jorge L. *The Immortal ap. Collected Fictions*, Allen Lane, London, 1999, p. 192.

thought and their foundations, venturing into the positions of constitutionalists, philosophers, politicians, sociologists, weighing them analytically and critically.

Keywords: Constitutional functioning - Emergency Situations - Differentiated control of constitutionality.

Sumario: I. Consideraciones preliminares. La vacuidad moral ante la peste. ¿Lo que incomoda es la falta de distinción? II. ¿Qué queda cuando el formato único del control de constitucionalidad muestra signos de fatiga? Tras la estela de la teoría de los niveles diferenciados de inspección constitucional. III. ¿Una Constitución a extramuros del Pacto de San José de Costa Rica? Del escrutinio de convencionalidad al uso hacia el de convencionalidad diferenciado. A propósito de una primera muestra: el examen convencional en circunstancias de emergencia. IV. Un set de argumentos en torno al modelo de una revisión multinivel de convencionalidad respecto de grupos humanos en situación de vulnerabilidad. ¿Otro espécimen en el elenco de supervisión diferenciada de convencionalidad? V. ¿Un test riguroso de convencionalidad por convergencia? A partir de la interacción de los argumentos contenidos en los ejemplares del sistema de vigilancia convencional diversificada. VI. Coda. ¿No existe ninguna norma aplicable al caos? A propósito de una Convención Antiemergencia y las paradojas de la pospandemia.

I. Consideraciones preliminares. La vacuidad moral ante la peste. ¿Lo que incomoda es la falta de distinción?

1. Más allá de la falta de preparación logística del grueso de los Estados para acometer, al momento de su irrupción, los desafíos pluridimensionales del virus SARS-CoV-2, lo cierto es que tampoco estaban alistados según lo previene el profesor de la Universidad de Harvard, Michael J. Sandel para terciar moralmente con la peste, es que desde el punto de vista ético la pandemia ha servido de *recordatorio*, en la conciencia de comunidad, de nuestras *vulnerabilidad y dependencia mutua* (desoídas, a menudo, pese al registro de décadas de desigualdad en aumento)¹.

(1) * La presente entrega se ha desarrollado en el marco del proyecto de investigación intitulado *Principio de igualdad y protección de las minorías en la jurisdicción consultiva de la Corte IDH*, radicado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Secretaría de Investigación, Rectorado Académico, Universidad Católica de Córdoba (UCC, Argentina), sin perjuicio de que la elaboración del texto mereciera un tratamiento de mayor amplitud con motivo del acceso, durante el mes de febrero de 2020, a los fondos editoriales de la Biblioteca "Antonio Caso" de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México (UNAM, México), como así también al acervo bibliográfico de la Biblioteca "Daniel Cossio Villegas" de El Colegio de México, A.C. (COLMEX, México).

SANDEL, Michael, J. "Prologue" *ap. The Tyranny of Merit: What's Become of the Common Good?* Allen Lane, London, 2020, pp. 5 y ss. *Vide etiam* la versión de autoría del aludido *Anne T. and Robert M. Bass Professor of Government*, publicada -durante el mismo año en New York por Farrar, Straus & Giroux. Sobre el calibre de la repercusión de la moral en la validez jurídica, puede el leyente, que así lo ansíe, explorar, dentro del campo de investigación de la ciencia y sociología jurídicas, las conclusiones allegadas por LUHMANN, Niklas. *Contingencia y Derecho*, Trotta, Madrid, 2019, pp. 101 y ss.

Podría tenerse en cuenta que, no hace mucho, un pensador moral oxoniense ha suscripto un parecer que desde el proemio puede ganar peso: los aspectos que se admiran de un sistema particular están relacionados funcionalmente, algunas veces y aún con gran frecuencia, con otros que al contrario ocasionan molestias, disgustos y, hasta, se temen².

El valor de una explicación atenta y detallada sobre tal conjetura, puede comenzar con el relato de Jorge L. Borges intitulado *El Inmortal* y divulgado hacia 1947 alrededor del personaje de Joseph Cartaphilus y su arribo a la Ciudad de los Inmortales, el que ha sido un insumo en demasía útil a la reflexión promovida por uno de los principales referentes en el debate sociopolítico contemporáneo, Zygmunt Bauman³ alrededor de la versión posmoderna de la inmortalidad; en especial, al poner de relieve el dato que en aquélla no habitaban inmortales cualesquiera sino los que primero vivieron la experiencia de ser mortales, aprendieron, un tiempo después, las destrezas asociadas con dicha vivencia y, finalmente, adquirieron la inmortalidad. Así pues, se comprenden conclusiones tan lúcidas como terribles: *todo en la vida humana cuenta porque los humanos son mortales, y lo saben*. Es que, a fin de cuentas, lo que de lleno hay en ella es en sentido borgeano *preciosamente precario* y revelaría, inclusive, que ser inmortal es baladí desde que nada puede ocurrir una sola vez.⁴

Esa conocida cultura humana que atesora, entre otras, la política, la ciencia, la tecnología, etc., según lo explica el aludido profesor de las Universidades de Leeds y Varsovia, podría descubrir otro emplazamiento en el tópicos que aquí convoca la atención del lector con miras a hacerse de un equipamiento conceptual más anchuroso, que no pase por la ortodoxia académica con la que se cree abordar satisfactoriamente los espinosos dilemas cuanto los retos a más de polifacéticos extraordinarios, desatados por la volatilidad vírica con la que el SARS-CoV-2 descalabra, todavía, a gran parte de las sociedades democráticas.

2. Quizás una estrategia para sortear el dédalo en el que se congregan las cuestiones anidadas en la densidad del problema anterior, sea capaz de dar un salto si se enlaza con otro gran sueño de la modernidad política: el de la soberanía, el del

(2) En torno a esta llamada de atención, es de beneficiosa consulta la reflexión de Stuart N. Hampshire, pensador destacado en el desenlace de las innovaciones que -en los años cincuenta y sesenta del siglo pasado contribuyeron a desplazar radicalmente el centro de atención de los cultores de la Filosofía moral, primordialmente al dejar entrever que los asuntos que, a menudo, los inquietaban debían trascender los tocantes a las propiedades lógicas de los enunciados morales para transitar, más bien, hacía otros de índole más decisiva: los problemas morales tal como se nos presentan en tanto agentes morales, cfr. HAMPSHIRE, Stuart, N. *Morality and Conflict*, Harvard University Press, Cambridge, 1983, p. 146.

(3) Con la meta de centrarse sobre tal propuesta de abordaje, *vide in extenso* BAUMAN, Zygmunt. *Postmodernity and Its Discontents*, Polity Press, Cambridge, 1997, pp. 152-164.

(4) BORGES, Jorge, L. *The Immortal ap. Collected Fictions*, Allen Lane, London, 1999, p. 183.

mando, el de la toma de decisiones con autoridad todos fundamentos conceptuales, por cierto, del Estado en su adjetivación moderna; así, por lo pronto, lo sugiere Michael L. Walzer: el poder estatal es, con todo, la operación fundamental de la justicia distributiva, la que vigila las fronteras dentro de las cuales cada uno de los bienes sociales es distribuido y utilizado. De ahí la ocurrencia en opinión del *Emeritus Professor* del Institute for Advanced Studies de Princeton de las iniciativas simultáneas de que el poder luzca *mantenido e inhibido*, para que se movilice, divida, controle y balancee, sin dejar de alertar no sólo que así como el poder político [tan deseado y disputado] protege contra la tiranía, aquél puede también convertirse en poder tiránico, sino además que hay cosas que los representantes del poder soberano no pueden hacer. Estas últimas precisamente develarían los usos obstruidos del poder, entre los que se enlista el hecho que las autoridades públicas *no pueden actuar de manera discriminatoria* contra grupos humanos históricamente excluidos, socialmente marginados, culturalmente prescindidos, etc., ni tampoco aislarlos de los bienes suministrados comunitariamente⁵.

Por lo regular, siendo así, son estos grupos encarnados en realidades concretas y dotados de propiedades identitarias distintivas, los que con mayor probabilidad se encuentran en situación de riesgo, desvalimiento, debilidad, etc., y frente a los cuales la práctica de la *tolerancia*, en cuanto sostiene la *vida en común i.e.*, las diferentes comunidades en que viven los seres humanos, puede organizarse de diversas maneras⁶.

Si la tiranía al menos, en la representación hobessiana puede decantar hacia una *soberanía desagradable*⁷, seguramente la ya mencionada narrativa borgeana también podría sugerirle a la especulación del aludido sociólogo polacobritánico que la tolerancia sostiene la vida misma de estar al detalle literario que, en la mencionada ciudad, los inmortales son inexpugnables a la piedad, diversidad o reconocimiento, etc., cuando, en cambio, son estas últimas propiedades las que hacen posible la *diferencia* [*way of life differences*], de la misma forma que ésta torna necesarias a aquéllas⁸, al propio tiempo que su defensa encuentra en la *vulnerabilidad* una razón más allá de lo complejo y controvertible que sea su elucidación conceptual⁹ que opera hacia

(5) WALZER, Michael, L. *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, Basic Books, New York, 1983, pp. 281284.

(6) Uno de los proponentes de este argumento, como de la fuerza de sus implicancias, ha sido el referido filósofo moral, a la sazón un relevante partidario en pos de una lectura comunitarista en el terreno de la teoría política, en ocasión de su obra bajo el epígrafe *On Toleration*, editada hacia 1997 y en New Haven por Yale University Press.

(7) HOBBS, Thomas. *Leviathan*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 129.

(8) WALZER, Michael, L. *On Toleration*, Yale University Press, New Haven, 1997, p. XII.

(9) En consideración, por cierto, de la multitud de aspectos significativos que ostenta y sus constantes reescrituras; aun así, a los efectos que aquí nos ocupan, parte del atractivo de la temática puede apreciarse cuando, al trabajar una cuestión estrechamente asociada a la que se presenta en el texto, Judith P. Butler aunque desde los compromisos teóricos del posestructuralismo se recuesta sobre una interrogación que juzga

el límite de las demarcaciones del Estado y de cualquier otra esfera ante el poder soberano, capaz de surtir *poderosos efectos igualitarios* y oficiar, de esta manera, cual un medio fundamental al servicio de una *igualdad compleja*¹⁰.

Desde estas premisas, se insinúa que no es posible pensar cándidamente que la soberanía no aloje también límites, pues los actos o prácticas intolerantes de una soberanía incómoda y hasta irritante, en cuanto conmueven la conciencia misma de la humanidad [*shock the conscience of humankind*] y los derechos que están en la raíz de otros tipos de prácticas (complacientes con la política del reconocimiento), no hacen sino desconocer, entre tantos, el régimen de tolerancia en la arena de la sociedad internacional, cuyo objetivo no es otro que la coexistencia pacífica capaz de adoptar las más diferentes formas políticas y sus implicaciones diversas de grupos con diferentes historias, culturas e identidades¹¹.

A simple vista, ello conduce en la respuesta walzeriana a un conjunto de pretensiones (las de tolerancia, diferencia, reconocimiento, etc.) que recorren transversalmente un principio moral sustantivo y cardinal, aunque si se miran más de cerca estas prácticas (por lo menos, a la altura del reinante contexto pandémico

medular: ¿por qué se busca preservar la vida del otro?, sin descuidar que tal incógnita engloba, entre tantas otras, la tocante a ¿qué justifica acciones de tal entidad, o bien, qué es lo que establece como moralmente injustificable la negativa o falla en la mismísima preservación de la vida de otro? Se impone hacer notar que la profesora de *Critical Theory* de la Universidad de Berkeley previene que este asunto difiere del que se desprende cuando se pregunta si lo que ansía resguardar son las vidas de los integrantes de un grupo humano particularmente vulnerable en función del riesgo de su amenaza o destrucción –es que, a su entender, no media allí la relación diádica que tanto atrae a los pensadores morales, pues prima lo que etiqueta como una consideración biopolítica [*biopolitical consideration*]: su afán no es tanto qué cuenta como una vida, sino cuáles vidas resultan dignas de preservación. Ahora bien, tan pronto como los grupos o poblaciones vulnerables son identificados, ganan un estado que les permite reclamar protección y, a partir de entonces, otras interpelaciones se avecinan: *v.gr.*, ¿quiénes pertenecen a los grupos que asumen el cometido de la tutela y, en cambio, cuáles son los imaginados como urgidos por el amparo que aquéllos dispensan?, ¿a quién le corresponde el indicado reclamo?, ¿cuál grupo emerge como ungido con una preservación a título de vulnerable?, ¿aquellos que asumen la responsabilidad de salvaguardar a los grupos vulnerables resultan, a la vez, desprovistos de vulnerabilidad a través de la sola práctica de su designación?, etc. En suma, tales inquietudes se encaminan a destacar el escabroso problema de la *desigual distribución de la vulnerabilidad*, pero también hacen notar, si el acto de designación alberga el distinguo entre grupos vulnerables e invulnerables y, en tales condiciones, endilga a los integrantes de este último la obligación de amparar a los miembros del primero, la formulación de dos presuposiciones cuanto menos disputables: primero, el tratamiento de los grupos cual si ya estuvieran constituidos como vulnerables o no vulnerables, y, luego, el fortalecimiento de una forma de poder paternalista en el instante en que las obligaciones sociales recíprocas son requeridas con mayor urgencia -de suerte que no sería paradójal que una política sustentada en la vulnerabilidad termine, a pesar de todo, ro busteciendo las jerarquías que precisamente debiera orientarse a dismantelar, *cfr.* BUTLER, Judith, *P. The Force of Nonviolence: The Ethical in the Political*, Verso, London - New York, 2020, pp. 67 69, 71.

(10) WALZER, Michael, L. *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, Basic Books, New York, 1983, p. 284.

(11) *Vide in profundis* WALZER, Michael, L. *On Toleration*, Yale University Press, New Haven, 1997, p. 21.

global al que arrastra la enfermedad del COVID19), será necesario sumar el rasgo de su *complejidad*: las mencionadas formas de coexistencia nunca se han debatido con tanta amplitud como en la presente situación de emergencia de salud (al punto que ha sido descrito como un sacudón planetario sin precedentes¹²), de la misma manera que también como en pocas ocasiones se ha postulado con tanto tesón que los tratados de derechos humanos expresan principios axiológicos universales de los que *no debería permitirse su retirada*¹³ (ni siquiera ante el vaivén de las circunstancias difíciles, éticas y políticas, que circundan la pandemia).

(12) VALADÉS, Diego. “La fuerza normativa de la crisis” *ap.* González Martín, Nuria – Valadés, Diego –coords., *Emergencia sanitaria por COVID19: Derecho constitucional comparado*, UNAM, México, 2020, p. 237. Existe en esta imagen una cercanía bastante palmaria con la sugerida -sobre el escenario latinoamericano por Mariela Morales Antoniazzi alrededor de un *estado de excepción regional*, a partir de las declaratorias que, en los distintos ordenamientos latinoamericanos, se recogen acudiendo a diferentes denominaciones, motivos de justificación, autoridades competentes para su emisión y aplicación, así como el catálogo de derechos susceptibles de suspensión, límites, efectos, temporalidad y eventual contralor judicial de constitucionalidad de tales medidas, aunque -después de todo la Investigadora Senior del Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional de Heidelberg, no pasa por alto su caracterización como un episodio multidimensional, multinivel y con multiplicidad de efectos devastadores en todas las esferas de la vida, *cfr.* MORALES ANTONIAZZI, Mariela. “Sin excepción: la interamericanización es la respuesta a la pandemia del COVID19 en América Latina” *ap.* González Martín, Nuria – Valadés, Diego –coords., *op. cit.*, pp. 203204. Carlos Ayala Corao también ha llegado a entrever una *especie de estado de emergencia mundial*, *cfr.* AYALA CORAO, Carlos. “Los retos de la pandemia del COVID19 para el Estado de Derecho”, *ap.* González Martín, Nuria – Valadés, Diego –coords., *Emergencia sanitaria por COVID19: Derecho constitucional comparado*, UNAM, Méjico, 2020, p. 213, sin dejar tampoco de sugerir un distingo radical: en esta ocasión, a su entender, no se trataría de un estado de excepción donde lo que está en peligro es la institucionalidad del Estado sino, en cambio, la salud, la integridad física y hasta la vida misma de su población. Esta caracterización teórica, empero, tendrá sus matices a la hora de zanjar controversias concretas sobre derechos, entre los que cabe ilustrar dentro de la interacción articulada de competencias asignadas por los arreglos institucionales de un sistema federal con la idea de que no basta blandir el *carácter transnacional de la situación sanitaria* que se intenta paliar para dar por acreditada una suerte de interjurisdiccionalidad *per se* respecto de cualquier medida que se adopte con la finalidad de combatirla, *cfr.* CSJN, CSJ 567/2021, de fecha 4.5.2021. Del voto propio del juez Carlos F. Rosenkrantz, en el caso “GCBA”. También el discurso judicial ha puesto énfasis en el ejercicio de la interpretación de cuestiones constitucionales sobre derechos en la circunstancia que pese a reconocerse a las autoridades públicas locales atribuciones para poner en marcha las medidas de prevención que consideren adecuadas en el contexto de una *particular situación de emergencia sanitaria de efectos mundiales*, dichas potestades deben ejercerse de modo razonable y respetando siempre estándares constitucionales, *cfr.* CSJN, Fallos 343:1704, en el asunto “Lee”. Sobre el potencial radical del federalismo -alojado en su corazón mismo para acomodar, dentro de un orden político, a distintas comunidades que poseen concepciones sustancialmente diferentes de la legitimidad política fundamental, *vide* WEBBER, Jeremy. “Federalism’s Radical Potential”, *International Journal of Constitutional Law*, 18 (2020), pp. 13241349.

(13) *Cfr.* Corte IDH, *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*. Opinión Consultiva OC26/20, de fecha 9.11.2020, Serie A n.º 26, p. 48 *in fine* y 73, debido a que ha estimado central la indagación sobre la buena fe estatal en conexión con el propósito y contexto en que se gesta y verifica una denuncia, prohijando una atención especial entre otras situaciones al escenario de una situación de suspensión de garantías de manera indefinida o que atente contra el núcleo inderogable de derechos (a más de, *v.gr.*, las violaciones graves, masivas o sistemáticas de derechos humanos, la progresiva

En esas condiciones, ¿la experiencia de la vulnerabilidad, acaso, puede llegar al extremo de poner en duda la creencia de que hay estrellas fijas [*fixed stars*] en el cielo nocturno?¹⁴ Una manera de resolver esta dificultad que podría en adelante alentarse es la que sigue: más allá de las afirmaciones minimalistas sobre la coexistencia pacífica de juicios y técnicas de supervisión que aseguren la centralidad como la jerarquía normativa de los compromisos constitucionales y convencionales que ella supone lo que se ajusta, en general, a la explicación normal de los derechos humanos básicos, no debería darse por cerrada la indagación en torno a si hay cánones en virtud de los cuales el compromiso con la política de la tolerancia, diferencia o reconocimiento, etc., actúe del mismo modo, en todas las circunstancias, en todos los tiempos y lugares, en nombre de un conjunto particular de acuerdos políticos y constitucionales o, por el contrario, es plausible una comprensión *adecuadamente circunstancial* que examine las formas diferentes que, de hecho, adoptan y en mérito de las cuales debe aventarse la tentación de formular una respuesta única¹⁵.

II. ¿Qué queda cuando el formato único del control de constitucionalidad muestra signos de fatiga? Tras la estela de la teoría de los niveles diferenciados de inspección constitucional

3. La relevancia de toda esta trama argumental parecería no tener nada en común con uno de los debates que domina el entendimiento de los diversos modos con los que la justicia constitucional cuenta para desactivar disposiciones normativas y actos que resulten contrarios a la Constitución, pero tan pronto como se la indague más en cercanía se percibe que bien puede servir para reflejar cómo la interpretación judicial -según lo advierte Robert F. Nagel- se ha convertido en una herramienta cada vez más penetrante y ambiciosa en las últimas décadas; esta descripción dista de ser ilusoria tan pronto como se constate que los jueces no sólo monopolizan la oportunidad de examinar los argumentos presentados por los justiciables sino también la de forjar productos interpretativos autoritativos encaminados a regir el

erosión de las instituciones democráticas, la alteración o ruptura manifiesta, irregular o inconstitucional del orden democrático, etc.), en tanto se trata de episodios que denotan una especial gravedad y pueden acarrear una afectación a la estabilidad democrática, la seguridad y la paz hemisférica con la consiguiente afectación generalizada a los derechos humanos.

(14) TRIBE, Laurence, H. - GUDRIDGE, Patrick, O. "The AntiEmergency Constitution", *Yale L. J.*, 113 (2004), pp. 1801-1870, 1870.

(15) WALZER, Michael, L. "The Politics of Difference: tatehood and Toleration in a Multicultural World", *Ratio Juris*, 10 (1997), pp. 162-182.

desenlace de la contienda que se somete ante ellos¹⁶ y hasta determinar el nivel de generalidad en el que los derechos constitucionales deben definirse¹⁷.

Pues bien, si hay una propiedad, con cierta gravitación, orientada a caracterizar el rumbo contemporáneo de la adjudicación constitucional, ella radica de estar al parecer de ciertos especialistas¹⁸ en un elaborado sistema de control de constitucionalidad compuesto de *múltiples niveles de escrutinio* [*tiers of scrutiny*], consistentes en diferentes métodos y estándares para evaluar la constitucionalidad de disposiciones normativas y actos; naturalmente los distinguos entre los diversos planos de confronte constitucional no se reducen a artefactos meramente retóricos, pues si se asiente su escalonamiento, median auténticos contrastes con consecuencias prácticas decisivas¹⁹.

El primero de los aspectos pone en evidencia, amén de los roles paradigmáticos que puedan atribuirse a cada esfera de fiscalización en el reconocimiento y limitación de los derechos, que los tribunales de justicia regentan la escena desde una posición central²⁰. Aun así, los académicos vienen desarrollando una notable labor en procura de comprender enteramente el segundo aspecto resaltado (sin dejar de alertar que, en cierto modo, han contribuido a una clara cuota de insularidad del discurso estadounidense sobre el asunto).

4. De allí que en el quehacer dogmático de algunos teóricos constitucionales salte a la vista una atractiva (y, por cierto, en nada trivial) discusión, al aseverarse que en oportunidad que los sujetos interpretativos impulsan el control de constitucionalidad resulta posible rastrear la práctica de *diferentes tests de revisión* de compatibilidad constitucional que reparan en una instancia de evaluación significativa y exigente, en más o en menos, en función de las distintas aéreas de restricción sobre las que impactan enunciados normativos, hechos, políticas públicas, etc., como en

(16) Puede encontrarse esta reflexión del *Rothgerber Professor of Constitutional Law* de la Universidad de Colorado en NAGEL, Robert, F. *Constitutional Cultures: The Mentality and Consequences of Judicial Review*, University of California Press, Berkeley, 1989, p. 9.

(17) TRIBE, Laurence H. DORF, Michael, C. “Levels of Generality in the Definition of Rights”, *U. Chi. L. Rev.*, 57 (1990) 1057.

(18) De estar a la descripción presentada por JACKSON, Vicki, C. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford University Press, New York, 2010, p. 197. *Vide etiam* CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law: Principles and Policies*, Aspen Law & Business, New York, 2019, pp. 726727, aunque con apoyatura como soporte del distingo en el impacto discriminatorio que exuda una disposición normativa aparentemente neutral, o bien, en el propósito de discriminación directamente perseguido por la autoridad normativa.

(19) SHAMAN, Jeffrey, M. *Constitutional Interpretation: Illusion and Reality*, Greenwood Press, London, 2001, p. 71.

(20) FALLON, Richard, H. *The Nature of Constitutional Rights: The Invention and Logic of Strict Judicial Scrutiny*, Cambridge University Press, New York, 2019, p. 2.

virtud de la catadura de las situaciones particulares involucradas y del espectro de derechos en juego.

El estándar estricto o riguroso dentro del sistema multinivel de escrutinio es un desarrollo relativamente contemporáneo²¹, ya que hay consenso en apuntar que despegó hacia fines de la década de 1950 y comienzos de la de 1960²², aunque se conceda con gran sorpresa que, cuando la fórmula moderna comenzó a evolucionar, hizo apariciones prácticamente simultáneas en múltiples rincones del Derecho constitucional²³, sin perjuicio de que también ha llegado a asociársela con un enfoque en el proceso de elaboración de decisiones judiciales que sujeta su resultado final a la observancia de los diferentes estándares de revisión cual auténticas reglas profilácticas²⁴, en mérito de las cuales los jueces son desafiados a bregar con productos jurídicos claros y viables mediante el montaje de doctrinas y tests que *implementan*, no sólo interpretan, principios y valores constitucionales²⁵.

(21) SHAMAN, Jeffrey, M. "Cracks in the Structure: The Coming Breakdown of the Levels of Scrutiny", *Ohio St. L. J.*, 45 (1984), p. 161.

(22) No es, entonces, casual que así lo glosen los estudiosos a la hora de indagar sobre los rasgos centrales de su historiografía: *v.gr.*, desde SIEGEL, Stephen, A. "The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny", *Am. J. Legal Hist.*, 48 (2006) pp. 355, 356, hasta BARNETT, Randy, E. "Scrutiny Land", *Mich. L. Rev.*, 106 (2008), pp. 1479, 1484.

(23) FALLON, Richard, H. "Strict Judicial Scrutiny", *UCLA L. Rev.*, 54 (2007), pp. 1270, 1285, descartando –con contundencia que se trate de un rasgo intemporal del Derecho constitucional [*timeless feature of Constitutional Law*] sino, por el contrario, un novel desarrollo pretoriano que podría ser abandonado por el Tribunal supremo norteamericano en cualquier momento [*at any time*].

(24) STRAUSS, David, A. "The Ubiquity of Prophylactic Rules", *U. Chi. L. Rev.*, 55 (1988), p.190.

(25) FALLON, Richard, H. *Implementing the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 2001, pp. 45, al dejar en claro que, con frecuencia, los tribunales de justicia no podrían ceñirse a *determinar* el contenido de directrices generales de raigón moral anidadas en cláusulas constitucionales (*v.gr.*, libertad, igualdad, debido proceso, etc.), pues es –también su función *concretarlas* a través de una serie de compromisos y adaptaciones, las que comprenderían –en opinión del profesor de la Universidad de Harvard no sólo ajustes prácticos [*practical judgments*] sino también requerimientos de índole metaconstitucional, ilustrando en ocasión del argumentario expuesto en pp. 3238 con el principio de *democracia*, o bien, con la idea que la rama judicial del gobierno constitucional *comparte* con otras instituciones el *deber de implementación de valores fundamentales de una sociedad* (esta aclaración saca a relucir que se trata de una función habitual, y en ocasiones, necesariamente colectiva, a más de que engloba dos cometidos conceptualmente distintivos de un lado, la identificación de estipulaciones constitucionales como la especificación de su significado, y del otro, la elaboración de doctrinas o el desarrollo de estándares de revisión). De este modo, con sostén en un enfoque de interpretación judicial de la Constitución conectado con el mayoritarismo, su abordaje pasa por postular que las propias cortes de justicia detentan el poder de ofrecer –como Derecho– posicionamientos morales pese a que no cuenten con apoyatura mayoritaria aunque sí deban resultar sustentados en disposiciones susceptibles de imputarse con justicia a una comunidad constitucional amplia e inclusiva, a más que aquélla deba comportarse particularmente sensible a la aceptabilidad a largo plazo de sus conclusiones. La contrapartida de la preocupación de algunos académicos finca en advertir que esta tesitura revela que, en lugar de debatirlo en torres de marfil [*ivory towers*], el reto estriba en *hacer* del Derecho constitucional lo que es, también con gran alcance, viable y aceptable, *vide in extenso* BRIX, Brian, H. "Practical Judging", *Constitutional Commentary*, 19 (2002), pp. 453457.

El propósito del *test de ponderación* que han apoyado, principalmente desde el último cuarto del siglo XX, algunos documentos e intérpretes constitucionales, es de otra clase²⁶. En efecto, se aduce que en el texto constitucional estadounidense ninguna cláusula ha contemplado expresamente el mandato de un balanceo entre un derecho constitucional y el costo social de hacerlo cumplir²⁷, difícilmente de sus estipulaciones podría derivarse –con miras a justificar la intervención legislativa alrededor de algún derecho fundamental la exigencia de ensayar un juicio de ponderación con sostén en el *principio de proporcionalidad* [*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*] y sus subprincipios, y por lo pronto en un *métier a la alexiana*, mediante la articulación de los derechos fundamentales como mandatos de optimización que, en cuanto etiquetadas como normas de principios [*Prinzipien Normen*], ordenan su realización en la más alta medida en relación a posibilidades fácticas (adecuación y necesidad) y normativas (proporcionalidad en sentido estricto)²⁸.

(26) Un completo estudio en clave comparatista alrededor de las diferentes metodologías interpretativas (con énfasis en los sistemas jurídicos de Estados Unidos de Norteamérica, Canadá, Australia, Alemania, India y Sudáfrica), seguido de una minuciosa explicación de sus principales diferencias, puede consultarse provechosamente en GOLDSWORTHY, Jeffrey. “Constitutional Interpretation” ap. Rosenfeld, Michel – Sajó, András eds. *Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 693 y ss., 706 y ss. *Vide etiam* GRIMM, Dieter; “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, *U. Toronto L. J.*, 57 (2007), p. 383.

(27) Este aspecto -en alguna medida crucial- ha sido puesto de relieve, entre otros estudios sobre el tópico, por BESCHLE, Donald L. “No More Tiers? Proportionality as an Alternative to Multiple Levels of Scrutiny in Individual Rights Cases”, *Pace L. Rev.*, 38 (2018), pp. 384436. No es ocioso recordar además que, hace tiempo, la profesora de la Universidad de Harvard, Vicki C. Jackson, ha explorado el papel limitado de la prueba de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional estadounidense, cfr. JACKSON, Vicki, C. “Being Proportional About Proportionality”, *Const. Comment.*, 21 (2004), p. 803.

(28) De estar a la canónica explicación que sirve de base a la propuesta filosóficojurídica de Robert Alexy, el principio de adecuación [*Geeignetheit*] excluye el empleo de medios que perjudican la realización de, al menos, un principio, sin promover, al menos, un principio o meta a cuya realización sirven: “(...) si un medio *M* que fue establecido para promover la realización de un principio *Pa*, no fuera idóneo para esto mas sí perjudicara la realización de *Pb*; entonces de omitirse *M* no se originarían costos para *Pa* ni para *Pb*, aunque sí los habría para *Pb* de emplearse *M*. Pueden *Pa* y *Pb* ser realizados conjuntamente en más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales, de no producirse *M*; tomados conjuntamente, *Pa* y *Pb* prohíben el uso de *M*”, mientras que el principio de necesidad [*Erforderlichkeit*] requiere “(...) elegir, de entre dos medios que promueven *Pa* de prácticamente igual manera, el que intervenga menos intensamente en *Pb*. Si existiera un medio que interviene menos intensamente y es igualmente adecuado, entonces podría mejorarse una posición sin originar costo a la otra. La aplicación del principio de necesidad en efecto supone que no hay un principio *Pc* afectado negativamente por el empleo del medio que interviene menos intensamente en *Pb*”. De allí que añade el Profesor de la Universidad de CristianAlbrechts de Kiel en esta constelación ya no ha de resolverse el caso a base de reflexiones apoyadas sobre la idea del óptimo paretiano, debido a que cuando no pueden evitarse los costos o el sacrificio, se hace necesaria una ponderación. La ponderación, siendo así, es objeto del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, el que resulta -a su juicio idéntico a una regla que se rotula *ley de ponderación*: “(...) como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro”, de modo que es posible su descomposición en los siguientes pasos: primero, debe constatarse el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio; luego, debe seguir en una segunda fase la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario; y, finalmente –en un tercer estadio ha de

Hay en estos últimos diseños un modo completamente diferente de lidiar con el inevitable análisis de proporcionalidad sobre las medidas restrictivas de derechos (aun cuando aglutine algunos de los dispersos parámetros empleados en los diversos estándares estadounidenses). No sólo ha marcado este distinguo desde 1982 la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* al estatuir, al inicio de su texto, que los derechos resultan sujetos solamente a restricciones razonables prescritas por la ley y cuya justificación pueda demostrarse en una sociedad libre y democrática (art. 1)²⁹, también lo ha hecho –más tarde el constituyente sudafricano de 1996, pues –a lo largo del art. 36, § 1 insiste en que los derechos previstos en el *Bill of Rights* sólo podrán verse limitados por las leyes de aplicación general, siempre que dicha limitación resulte razonable y justificable en una sociedad abierta y democrática basada en la dignidad humana, la igualdad y la libertad, tomando en consideración todos los factores relevantes entre los que se enlistan: (a) la naturaleza del derecho; (b) la importancia del propósito de su restricción; (c) la naturaleza y el alcance de la afectación; (d) la relación entre la limitación y su objetivo; y finalmente (e) los medios menos restrictivos para la consecución del móvil programado.

A partir de tales asertos, se desata una serie de no menos sugestivos interrogantes sobre la puesta en marcha de un modelo de revisión escalonada: ¿desde tal enclave podría argüirse que las *situaciones de emergencia* conllevan, tal vez, la realización de una tipología diferenciada de inspección de constitucionalidad, incluso, en contraste con la que acude a un distintivo nivel de escrutinio (desde el riguroso o estricto de *pedigree* norteamericano [“(…) *the most rigid scrutiny*”, de estar a la muestra del ensayado en *Korematsu vs. United States*³⁰] hasta el intermedio o distinto

averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro, *cfr.* ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Suhrkamp, Frankfurt, 1996, p. 75; *ib.*, “Constitutional Rights, Balancing and Rationality”, *Ratio Juris*, 16 (2003), pp. 131140.

(29) CHOUDHRY, Sujit. “So What is The Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis Under the Canadian Charter’s Section 1”, *Sup. Ct. L. Rev.*, 35 (2006), pp. 501535.

(30) *Cfr.* 323 U.S. 214, 216 (1944), en ocasión de subrayar que las restricciones legales que limitan derechos de un determinado grupo racial [*racebased classifications*] resultan “(…) *inmediatamente sospechosas*”, lo que supone que los “(…) *tribunales las deben someter al escrutinio más estricto. Una urgente necesidad pública puede, a veces, justificar la existencia de tales restricciones; el antagonismo racial, nunca*”, sin perjuicio de que mucho tiempo antes, hacia fines del siglo XIX, había dejado en claro que la Enmienda XIV [*Equal Protection Clause*] conllevaba una disposición constitucional que albergaba “(…) *un contenido común, esto es, asegurar a la raza recientemente emancipada, una raza que había sido sometido, durante muchas generaciones a la esclavitud, todos los derechos civiles que goza la raza dominante*”, *cfr.* *Strauder vs. West Virginia*, 100 U.S. 303 (1879). Sobre la tradición jurisprudencial que ha demandado –sobre el punto la prueba, a fines de superar objeciones constitucionales, de que la regulación normativa es necesaria [*necessary*] y está confeccionada a la medida [*narrowly tailored*] para promover un interés gubernamental dominante o imperioso [*compelling government purpose*], *vide in extenso* *Johnson vs. California*, 543 U.S. 499, 505 (2005), *Republican Party of Minn. vs. White*, 536 U.S. 765, 77475 (2002), *Adarand Constructors Inc. vs. Peña*, 515 U.S. 200, 227 (1995); *R.A.V. vs. City of St. Paul*, 505 U.S. 377, 39596 (1992); *Perry Educ. Ass’n vs. Perry Local Educators’ Ass’n*, 460 U.S. 37, 45 (1983); *et al.* Por lo demás, los académicos tienden a describir la estructura del escrutinio programado para sondear los recaudos anteriormente mencionados de un modo que presuponen su justificación, *vide in profundis* STONE, Geoffrey, R. – SEIDMAN,

[*intermediate scrutiny*]³¹, descontando el mínimo, leve o de mera base racional [*rational basis review or minimal scrutiny*]³²), principalmente ante el empleo de categorías adjetivadas como *sospechosas* [*suspect classifications*] que fomentan motivos de discriminación prohibida por un texto constitucional o un documento internacional, o bien, comprometen ciertos derechos fundamentales particularmente favorecidos por sus autores [*preferred positions or vested rights*]³³?, ¿la táctica de edificar un es-

Louis, M. – SUNSTEIN, Cass, R. – TUSHNET, Mark, V. – KARLAN, Pamela, S. *Constitutional Law*, Wolters Kluwers, New York, 2018, pp. 521 y ss., 535 y ss.; GUNTHER, Gerald – DOWLING, Noel, T.; *Cases and Materials on Individual Rights in Constitutional Law*, The Foundation Press, New York, 1970, p. 456 y 819 y ss; GUNTHER, Gerald. *Constitutional Law*, The Foundation Press, New York, 1991, pp. 638 y ss. *Vide etiam* YAMAMOTO, Eric, K. *In the Shadow of Korematsu. Democratic Liberties and National Security*, Oxford University Press, New York, 2018, pp. 27 y 216.

(31) Esta versión tuvo su aparición, *v.gr.*, con motivo de los distinguos basados en la edad, tal como se descubre en el parecer de Thurgood Marshall al expedirse en el caso *Massachusetts Bd. Of Retirement vs. Murgia*, cfr. 427 U.S. 307 (1976). El profesor de la Universidad de Berkeley, Erwin Chemerinsky, muestra que en este nivel de testeo el juicio de compatibilidad constitucional de la restricción a los derechos se torna más severo en el plano del examen de adecuación entre medios planeados y fines perseguidos, pues aquí a diferencia del *rational basis review* no basta que los primeros fomenten *de alguna manera* la consecución de los segundos; por el contrario, si bien no se requiere que la relación mediofin sea necesaria, sí se reclama una conexión *sustancial* para la consecución del objetivo propuesto, sin descuidar –por lo restante que también emerge un matiz en lo tocante al grado de tolerancia que se presta a la finalidad estatal tenida en miras por el artífice del enunciado normativo: se trata de un objetivo gubernamental adjetivado como *importante*, y no meramente legítimo, cfr. CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law: Principles and Policies*, Aspen Law & Business, New York, 2019, p. 727.

(32) Seguramente de la especie del expuesto –en términos ciertamente inflexibles, según Erwin Chemerinsky en ocasión de sentenciar el asunto *F. S. Royster Guano vs. Virginia*, 253 U.S. 412 (1920), al referir que la clasificación debe ser razonable, no arbitraria, y –también que la diferencia ha de fundarse en una relación justa y sustancial entre ella y el objeto buscado por la legislación, de modo que todas las personas ubicadas en circunstancias similares sean tratadas de igual modo, sin perjuicio de otros ejemplos de definiciones más deferentes –en cuanto al peso de las razones para justificar la afectación a los derechos por parte de la propia Corte: *v.gr.*, al tiempo de fallar los asuntos *Lindsley vs. Natural Carbonic Gas Co.* [220 U.S. 61, 7879 (1911)], cuanto *McGowan vs. Maryland*, 366 U.S. 420, 425426 (1961)], de tal modo que será suficiente con que, a la postre, la distinción luzca *razonablemente vinculada a un propósito legítimo del Estado* a fines del mantenimiento de su conformidad constitucional, cfr. CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law: Principles and Policies*, Aspen Law & Business, New York, 2019, pp. 734 y ss. En este orden de ideas, *vide etiam* *Ferguson vs. Skrupa*, 372 U.S. 726, 72932 (1963), *Williamson vs. Lee Optical of Okla. Inc.*, 348 U.S. 483, 487489 (1955), *Olsen vs. Nebraska ex rel. W. Reference & Bond Ass'n*, 313 U.S. 236, 246-47 (1941), *et al.* *Vide etiam* STONE, Geoffrey, R. – SEIDMAN, Louis, M. – SUNSTEIN, Cass, R. – TUSHNET, Mark, V. – KARLAN, Pamela, S.; *Constitutional Law*, Wolters Kluwers, New York, 2018, pp. 497519.

(33) No son pocos los estudiosos que han comenzado con la consideración (y discusión también) alrededor de una eventual taxonomía de especímenes de escrutinio a la hora de poner en práctica la revisión constitucional, *vide in profundis* TRIBE, Laurence, H. *American Constitutional Law*, The Foundation Press, New York, 1988, pp. 2, 415434, 1451 y 1673 (al margen de hacer notar que la teoría de los *vested rights*, que sirve de articuladora a la particular conexión entre derechos y diseño institucional que predica el modelo de *preferred rights*, puede comportarse como precursora del despliegue del ideario de derechos naturales a través del estándar de debido proceso sustantivo); ELY, John, H. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980, pp. 145 y ss.; TUSHNET, Mark V. “Equal Protection” *ap.* Hall, K.L. – Ely, J.W. – Grossman, J.B. –Eds. *The Oxford Companion to the Supreme*

pécimen diverso de testeo constitucional por su cotejo más minucioso y severo, moldeado primordialmente por los jueces, está exenta de tornarse *compleja* y hasta arduamente *conflictiva* debido a la ambigüedad y vaguedad de los términos con los que debe bregar o con los que se construye, al punto que su rigurosidad teórica termine edulcorándose fatalmente en la realidad a instancia de la incertidumbre y confusión sobre la variable que los tribunales de justicia, al fin y al cabo, privilegian en sus decisiones³⁴?, ¿se ha afianzado algún acuerdo sobre la cantidad de candidatos

Court of the United States, Oxford University Press, New York, 2005, p. 299; CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law: Principles and Policies*, Aspen Law & Business, New York, 2019, pp. 589 y 727 y ss.; STONE, Geoffrey, R. – SEIDMAN, Louis, M. – SUNSTEIN, Cass, R. – TUSHNET, Mark, V. – KARANLAN, Pamela, S. *Constitutional Law*, Wolters Kluwers, New York, 2018, pp. 520720 (reparando, en estas condiciones, no sólo en las categorizaciones raciales sino también en otros candidatos a escrutinios de mayor intensidad: *v.gr.*, género, extranjería, salud, grupos desventajados, etc.); *et al.*

(34) FALLON, Richard, H. “Strict Judicial Scrutiny”, *UCLA L. Rev.*, 54 (2007), pp. 1267, 13151330, en cuya operación el intérprete ha de familiarizarse, al menos, con tres premisas decisivas para el buen suceso de su matriz argumentativa: (i) primeramente, deberá identificar los *derechos cuya stirpe preferida o privilegiada (v.gr., desde las libertades de religión, expresión, reunión, etc., hasta los casos que involucran derechos fundamentales bajo la cláusula de igual protección e, inclusive, a la luz del debido proceso también) supone que la revisión de su limitación demandará la puesta en marcha de una escrutinio estricto [strict scrutiny]*, por lo menos desde que en 1938 el Tribunal cimero estadounidense usó la expresión en el caso *United States vs. Carolene Products Co.*, en el sentido que se topará con “(...) un margen más estricto para el funcionamiento de la presunción de constitucionalidad” cada vez que la legislación aparezca “(...) dentro de una prohibición específica de la Constitución, como las de las primeras diez enmiendas, que se consideran igualmente específicas cuando se las abraza dentro de la Decimocuarta”, *cfr.* 304 U.S. 144 (1938); más tarde, ha de rastrear la (ii) presencia de un *interés público dominante o imperioso (v.gr., resguardo de la seguridad nacional, prevención de la corrupción, no vulneración de protecciones constitucionales explícitas, etc.)*, con origen y fundamento directo en el propio documento constitucional (de estar a la exégesis vertida en *Regents of the Univ. Of Cal. vs. Bakke*, 438 U.S. 265, 311313 (1978), aunque en algunos pronunciamientos se haya rendido esta prueba sobre una exigua o inexistente base de indagación textual, tal como aconteció en ocasión de la protección de la niñez [*Denver Area Educ. Telecomms. Consortium Inc. vs. FCC*, 518 U.S. 727, 755 (1996)], como así también en casos de preservación de la vida de personas por nacer como de la salud de mujeres embarazadas [*Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113, 16263 (1973)]), y cuya carga de acreditación se endilga a la autoridad gubernamental; al final, se impone dilucidar si la (iii) regulación es *necesaria* para servir al mencionado propósito, descartando la existencia de otras medidas más eficaces en el cumplimiento de aquél y, por ende, menos restrictivas de los derechos [*least restrictive alternative*], de tal modo que la normativa bajo examen puede declinarse en su validez constitucional en supuestos en los que el gobierno pueda alcanzar los mismos resultados en el caso de imponer menores cargas a los derechos protegidos. Ahora bien, acontece que un enunciado normativo no llega a sortear el escrutinio estricto si falla en captar dentro de su regulación actividades que plantean sustancialmente las mismas amenazas al propósito estatal imperioso, dejándolas sin prohibición alguna y disminuyendo la credibilidad de la justificación aportada por la autoridad gubernamental debido a la omisión de cobertura de supuestos que, de conformidad con la finalidad perseguida, debieron abarcarse [*Underinclusiveness*], *cfr.* *Fla. Star vs. B.J.F.*, 491 U.S. 524, 541542 (1989), *Associate Justice Antonin G. Scalia (concurring in part)*, mientras que igualmente se desaprobarán las legislaciones que luzcan sustancialmente en exceso o en demasía inclusivas al cubrir un campo de candidatos que, con arreglo al propósito programado, no era menester involucrar [*Overinclusiveness*], y esto último aun en las hipótesis en la que no medie una alternativa menos restrictiva, *cfr.* VOLOKH, Eugene. “CrimeFacilitating Speech”, *Stan. L. Rev.*, 57 (2005), p. 1136. A todo evento, puede suceder que ante el hallazgo de medidas de idéntica o mayor eficacia, sea menester practicar

a los niveles de escrutinio diferenciado, pues mientras algunos teóricos³⁵ enlistan en el modelo norteamericano desde 3 hasta 7 planos de análisis, entre nosotros ciertos expertos aducen que en el escenario criollo del control judicial de constitucionalidad se reconocería, además del tradicional ensayo de mera razonabilidad, indagaciones de perfil intermedio y hasta intenso? ³⁶, ¿basta, posiblemente, con invocar esquemas

un cotejo a través del principio de proporcionalidad [*Proportionality*] en lo atinente al fin perseguido por el autor del precepto, de manera que se despeje la concurrencia de otras medidas que, con un menor coste para los derechos, rindan, a la postre, una mayor eficacia. Por lo demás, sobre la censura lanzada a los resultados interpretativos (habitualmente de sesgo conservador) que admiten un interés estatal imperioso de carácter implícito, *vide* ACKERMAN, Bruce. "Liberating Abstraction", *U. Chi. L. Rev.*, 59 (1992), pp. 317318, en la opinión que, de lo contrario, el desenlace no es otro que glorificar los poderes estatales y, a la par, rebajar la protección constitucional de los derechos.

(35) Ilustra el aspecto que se subraya en el interrogante reseñado, *v.gr.*, WHITE, Edward. "Historicizing Judicial Scrutiny", *S. C. L. Rev.*, 57 (1) (2005), pp. 3553, sin descontar el análisis sobre el que se aboca, con ahínco, RANDALL, Kelso, R. "United States Standards of Review Versus the International Standard of Proportionality: Congruence and Symmetry", *Ohio N. U. L. Rev.*, 39 (2013), p. 455.

(36) ELÍAS, José Sebastián. "Leyes de emergencia económica y control judicial de constitucionalidad: radiografía de una relación difícil", *Revista de Teoría del Derecho*, I (2013) pp. 115156, con la aclaración sobre que el caso de legislación de emergencia económica ilustraría el carácter móvil de los estándares de inspección constitucional (en tanto representaría, en la experiencia constitucional argentina, uno de los primeros antecedentes de contralor de intensidad diferenciada si se retiene la exigencia de "(...) *cuidadoso examen*" en relación a las limitaciones que tienden a proteger intereses económicos, *cfr.* CSJN, Fallos 136:170, en ocasión de sentenciar el caso "Ercolano", o bien, la exigencia de que los magistrados lo practiquen con "(...) *cuidadoso empeño*" en supuestos en que el legislador invoca y ejerce poderes de emergencia, *cfr.* CSJN, Fallos 313:1638 –al zanjar el asunto "Videla Cuello", debido a la convicción de que las autoridades judiciales –en situaciones de emergencia han de "(...) *extremar su vigilancia sobre la legislación*", *cfr.* CSJN, Fallos 243:472 –según el parecer concurrente, en el fallo "Russo", de los jueces Aristóbulo Aráoz de Lamadrid y Julio Oyhanarte, sin perjuicio –claro está del deber del legislador de expresar su pensamiento con "(...) *mayor claridad*", *cfr.* CSJN, Fallos 150:150, en el fallo "Compañía Azucarera Tucumana"), al tiempo de hacerse notar que a diferencia de los tipos diferenciados de revisión aplicables en casos de normalidad (los que, en rigor, intensifican la revisión), la interpretación posterior que se imprimió en el terreno de la emergencia económica parecería –en principio– tornarla más laxa mediante una actitud sumamente deferente respecto de los poderes públicos que despliegan restricciones al adoptar decisiones fundamentales de política económica (ilustrando, *v.gr.*, con los pronunciamientos vertidos en "Peralta" –CSJN, Fallos 313:1513, "Bustos" –CSJN, Fallos 327:4495, "Rinaldi" –CSJN, Fallos 330:855, etc.), cuando no rayana en una gimnasia de abdicación judicial (CSJN, Fallos 211:162, al decidir el asunto "Merck Química Argentina S.A."). Se advierte –además que la estrategia de los tests diferenciados de constitucionalidad, no es –empero uniforme en el Derecho judicial argentino: *v.gr.*, si bien la jueza Carmen Argibay ha sugerido la utilización del escrutinio estricto en ocasión del examen de regulaciones por motivos de emergencia económica (CSJN, Fallos 329:5913, en el caso "Massa"), tratamientos distintivos entre nacionales y extranjeros (CSJN, Fallos 330:3853, en el fallo "Reyes Aguilera"), recaudos de decretos de necesidad y urgencia (CSJN, Fallos 333:633 y 334:799, en los precedentes "Consumidores Argentinos" y "Aceval Pollachi" respectivamente), etc., lo cierto es que, con todo, ha propiciado primordialmente su puesta en práctica en oportunidad de la denuncia de categorías sospechosas en los términos del art. 1 de la CADH (*v.gr.*, CSJN, Fallos 329:2986, en el caso "Gottschau"; *ib.*, Fallos 331:1715, en el asunto "Mantecón Valdés"; *ib.*, Fallos 332:433, en el fallo "Partido Nuevo Triunfo"). Igualmente se ha expedido la jueza Elena I. Highton de Nolasco sobre este último espacio de un juicio de constitucionalidad más riguroso al que, a menudo, realizan los magistrados (tal como se corrobora en su decisión en el caso "Hooft", CSJN, Fallos

y conceptos netamente jurídicos para sortear los densos *problemas políticos y morales* que rodean a las razones con las que los artífices del Derecho de emergencia aspiran a brindarle sostén normativo, o debería convenirse que las visiones politicofilosóficas se conjugan con principios y contextos de la moralidad para incorporar distinciones substancialmente significativas entre los *meros daños a la libertad* y los *injustificables insultos a la dignidad*, todo ello con la meta de hacerse en lo que a los últimos atañe de una justificación ética de la emergencia más honesta, sustancial o legítima³⁷?, ¿hay propuestas que alienten, quizás, la inconveniencia de apelar al manejo en medio de un verídico campo de batalla de estándares disímiles en vista al logro de una fiscalización constitucional emplazada contextualmente en virtud del volumen tutelar que demandan ciertos derechos o de la situación de debilidad de ciertos grupos y personas, o debería más bien continuar apostándose a la creencia *ex ante* de que los derechos serán equivalentemente resguardados por las instituciones políticas y jurídicas, incluso a través de una teoría de revisión unitaria [*unitary revision*] que combine enfoques en apariencia distintos³⁸?, ¿un estándar que ningún acto, norma o medida puede sortear no sería tan hipócrita como uno que aquellos pueden satisfacer³⁹?, ¿una puerta de salida atractiva consistiría, tal vez, en abogar a favor de un mayor empleo, tal como surge de tribunales extranjeros e internacionales, de

327:5118, sin descuidar su línea de razonamiento en el ya reseñado asunto “Partido Nuevo Triunfo”). Otro tanto se detalla –también en la hipótesis de propósitos de discriminación prohibida en lo tocante al criterio hermenéutico alentado por el juez Ricardo L. Lorenzetti (a través del desenlace patrocinado en los casos “Mantecón Valdés” y “Partido Nuevo Triunfo”), aunque se ha hecho notar que en el enjuiciamiento de regímenes de emergencia económica ha albergado argumentos más bien proclives a la ejecución de un escrutinio intermedio: “(...) *todo aquel que pretenda restringir un derecho de propiedad constitucional tiene la carga argumentativa de justificar la legitimidad de su decisión*”, cfr. CSJN, Fallos 329:5913, en el asunto “Massa”, *ib.*, Fallos 330:855, en el caso “Rinaldi”; etc.). *Vide etiam* Sánchez Brígido, Rodrigo Elías, José Sebastián, “Tipos de control diferenciado de constitucionalidad. A propósito de los decretos de necesidad y urgencia”, JA 13 (2012-IV) 903. Sobre un panorama de mayor alcance alrededor de la posibilidad, y hasta de la reticencia, de rastrear algunos tipos centrales de exámenes de constitucionalidad con astringencia variable (o distinta de la habitual) en otras temáticas no siempre homogéneas del universo de los derechos (*v.gr.*, libertad de expresión, igualdad, derechos políticos, inviolabilidad del domicilio, intimidad, etc.), *vide in extenso* SÁNCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo ELÍAS, José Sebastián. “Los distintos anteojos de la Corte según los derechos en juego” *ap.* Rivera, Julio (h.) dir.-, *Tratado de los derechos constitucionales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, t. III, pp. 1415 y ss.

(37) La inquietud que se presenta ha sido elaborada ampliamente por MICHELMAN, Frank, I. “Foxy Freedom?”, *B. U. L. Rev.*, 90 (2010), p. 949.

(38) Con el propósito de complementar –con mayor hondura los planteamientos reseñados en el texto, *vide in extenso* GOLDBERG, Suzanne, B. “Equality Without Tiers”, *S. C. L. Rev.*, 77 (2004), p. 481, como así también DORF, Michael, C. “Equal Protection Incorporation”, *Va. L. Rev.*, 88 (2002), p. 951, aunque el profesor de la Universidad de Cornell, pese a su crítica alrededor de los indicios de *suspectness*, consienta el dato que el texto constitucional estadounidense bien puede patrocinar una revisión más rigurosa en supuestos de clasificaciones motivadas en ciertos rasgos, cualidades o propiedades individuales o colectivas.

(39) BARNETT, Randy, E. *Restoring the Lost Constitution: The Presumption of Liberty*, Princeton University Press, Princeton, 2014, p. 347.

la nueva mirada de la *proporcionalidad*⁴⁰, cuanto menos si se asiente que el diseño escalonado estadounidense termina por limitar la flexibilidad de los jueces y hasta retratar falsamente a la adjudicación de derechos como un ejercicio mecánico que opera bajo un código constitucional⁴¹?, etc.

5. Lo que este menú de preguntas sugiere, *avant la lettre*, es que algunos entendidos del Derecho constitucional parecen decididos a suscribir a fondo la tesis de que la práctica institucional de vigilancia de la Constitución por los jueces se trama en la interacción e interrelación de una gran variedad de formas de cotejo en lugar de la monotonía de un modelo general invariable, al punto que sus portavoces se muestran prestos a contemplar un completo universo en el que las distintas especies de escrutinios justificarían una teoría bien construida del control de constitucionalidad, pese a que las posturas rivales glosadas ambicionen a más demostrar sus inconsistencias o incoherencias.

¿Cómo han de juzgarse estos posicionamientos? Hacer una crónica de las derrotas o victorias de las premisas argumentativas que cada una de las interpretaciones en competencia conllevan, excede con creces la meta de la empresa teórica que aquí se aspira y demanda, antes que nada, una atención más vasta y compleja que la que al presente puede prestársele.

Lo que sí necesita brevemente comprenderse, en parte, es el *entorno* en el que se confecciona este sistema multinivel de revisión constitucional, el que luce íntimamente vinculado con el papel endilgado a la Suprema Corte estadounidense a fines del siglo XX y principios de la centuria pasada; originariamente la regulación de su jurisdicción apelada prevista en el art. III, Sec. n.º 2, de la Constitución estaba albergada en una de las leyes orgánicas de la justicia federal más astutamente fabricadas⁴², se trataba de la *Judiciary Act* de 1789, cuya Sección n.º 22 empoderó al

(40) Un tratamiento perspicaz en esta línea de razonamiento puede encontrarse provechosamente en JACKSON, Vicki, C. "Constitutional Law in an Age of Proportionality", *Yale L. J.*, 124 (2015), pp. 3097-3098, 3152. Entre las discusiones de potencial interés sobre la proporcionalidad, descontando por cierto su compleja fisonomía tanto de (i) técnica normativa cuanto de (ii) regla de construcción jurídica y hasta de (iii) herramienta metodológica e interpretativa (de estar a la taxonomía insinuada en BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, p. 131), el lector se topará con un agudo informe sobre su situación de característica -prácticamente dada por sentada en el dominio del constitucionalismo en STONE SWEET, Alec MATHEWS, Jud. "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", *Colum. J. Transnat'l L.*, 47 (1) (2008), pp. 727-6, sin perjuicio de hacerse notar que el balanceo de consideraciones en conflicto ha sido exhibido, incluso, como una nota tipificante del pensamiento jurídico en el actual contexto global -rasgo arraigado con firmeza, a entender de Duncan Kennedy, desde la segunda posguerra, *vide in profundis* KENNEDY, Duncan. "Two Globalizations of Law & Legal Thought", *Suffolk U. L. Rev.*, 36 (2003), p. 631.

(41) MATHEWS, Jud – STONE SWEET, Alec. "All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing", *Emory L. J.*, 60 (2011), p. 799.

(42) GOEBEL, Julius. *History of the Supreme Court. The Oliver Wendell Holmes Device*. Macmillan, New York, 1971, v. I, p. 457. *Vide etiam* WARREN, Charles. "New Light on the History of the Federal Judiciary Act of 1789", *Harv. L. Rev.*, 37 (1923), p. 131.

Tribunal cimero norteamericano a través del *writ of error*- para conocer únicamente asuntos civiles sujetos a un determinado monto en disputa y fiscalizar las sentencias definitivas de los tribunales federales inferiores, mientras que la Sección n.º 25 le adjudicó competencia a través del mismo medio para revisar una cuestión federal abordada por las decisiones de los superiores tribunales de los Estados. Sin duda, el comité que había proyectado la *Judiciary Act* de 1789 tenía en mente el diseño institucional de un foro de resolución de disputas entre los Estados miembros de la federación de los americanos del Norte y, por ende, de vigilancia del acatamiento del Derecho federal por parte de los tribunales estatales⁴³.

Será, más tarde, que se asistirá al espectáculo de un gradual proceso de reformas legislativas, desencadenado primeramente a partir de la *Evars Act* de 1891, la que introdujo, mediante su Sección n.º 6, un *writ of certiorari* limitado a casos en los que el adversario perdidoso en el pleito carecía de chance de interponer un *writ of error* (26 Stat. 826), sin perjuicio de sucesivas alteraciones de su radio de acción: mientras en 1914 los magistrados supremos podían examinar sentencias de tribunales estatales en las que se hubiera decidido a favor de los derechos previstos en el texto constitucional y no solamente en sentido adverso (38 Stat. 790), dos años después esta jurisdicción comprendía las decisiones de las cortes de justicia estatales en las que se hubiera vertido una declaración de inconstitucionalidad de una ley del Congreso o de la Legislatura estatal (39 Stat. 726). Empero, a instancias del *Chief Justice* William H. Taft, se promovió una iniciativa legislativa que habría de cuajar con la sanción de la *Judiciary Act* de 1925 (43 Stat. 936) y cuyo *ethos* no era otro que el de avivar la imagen de la Corte Suprema como un árbitro de los asuntos judiciales de gravitación nacional para el sistema judicial en su integridad mediante el establecimiento de reglas definitivas y uniformes de Derecho federal en todos los campos⁴⁴ y la asignación de autoridad jerárquica para establecer el Derecho para cualquier tribunal de justicia inferior federal y estatal⁴⁵.

Tal solución por cierto, en el contexto de un incremento de la carga de trabajo judicial suponía una fuerte apuesta en aras de la discrecionalidad en la repulsa de los recursos judiciales (inherente al *writ of certiorari*) por parte de la Suprema Corte y de una faena a su cargo orientada hacia el público en general (más que a los litigantes que contendían en un concreto litigio), en la que se desmantelaba la labor como *Court of error*, encauzada, hasta entonces, a revertir las decisiones judiciales

(43) La significación de toda esta dinámica ha sido adecuadamente apreciada por GROVE, Tara, L. "Tiers Of Scrutiny In A Hierarchical Judiciary", *Geo. J. L. P. P.*, 14 (2016), pp. 475491.

(44) GROVE, Tara, L.; *op. cit.*, p. 478. *Vide etiam* ROTUNDA, Ronald, D. – NOWAK, John, E. *Treatise on Constitutional Law: Substance and Procedure*, Thomson West, St. Paul, 2007, v. I, pp. 105 y ss.

(45) FRIED, Charles. "Impudence", *Sup. Ct. Rev.*, 155 (1992), pp. 189190.

inferiores caso por caso y se patrocinaba, en contraste, una exposición que clarificara el Derecho y mantuviera, a la larga, sus principios generales en beneficio público⁴⁶.

Esta explicación reveló también el innegable propósito de transferencia de un sustancioso poder de revisión a los tribunales inferiores⁴⁷, de ahí que los integrantes de la Corte americana -con miras a asegurar y expandir la superioridad jerárquica de su exégesis constitucional pronunciaron, cada vez en mayor medida, *precedentes amplios* a los que los juzgadores inferiores debían subordinarse en los muchos casos en los que aquéllos carecían de capacidad verificadora con la meta de asegurar la armonía de las decisiones interpretativas como el enjuiciamiento apropiado de asuntos de interés general⁴⁸ a través del énfasis en la enunciación de la doctrina por sobre la resolución de disputas⁴⁹.

¿Cuál ha sido el lugar ganado por la doctrina de los niveles de escrutinio en tal trama histórica? Precisamente en las décadas que siguieron a la trascendental reforma de 1925 ante la imposibilidad de inspeccionar la decisión de cada tribunal inferior, el Tribunal cimero estadounidense prescindió del estándar de mera razonabilidad [*reasonableness standard*], que pese a su relativa indeterminación, había surtido un primordial efecto corrector mientras aquél retenía una jurisdicción de apelación obligatoria sobre la mayoría de los casos presentados bajo la forma de una cuestión federal y optó, en cambio, por la articulación de doctrinas, entre ellas, la de un sistema multinivel de revisión que guiaran a los tribunales federales y estatales, con una mayor dosis de predictibilidad, estabilidad, coherencia y unidad, a lo largo de un rango de casos que la Corte federal ya no podía supervisar y retuvieran, así, su liderazgo hermenéutico mediante la capacidad de propinar la última palabra [*the last word*] sobre cualquier asunto constitucional susceptible de resolución judicial⁵⁰.

(46) Sobre el punto, *vide in extenso* TAFT, William, H. *William H. Taft Papers*, Library of Congress, Washington, 1969, pp. 278 y 590; *ib.*, "Jurisdiction of Circuit Courts of Appeals and United States Supreme Court", Hearing on H.R. n.º 10479 before the H. Comm. on the Judiciary, 67th Cong. 2 (1922).

(47) FRANKFURTER, Felix – LANDIS, James. *The Business of the Supreme Court. A Study in the Federal Judicial System*, Macmillan, New York, 1928, p. 260.

(48) HELLMAN, Arthur, D. "Caseload, Conflicts and Decisional Capacity: Does the Supreme Court Need Help?", *Judicature*, 67 (1983), p. 30.

(49) En lo tocante a las observaciones sugeridas en el texto, *vide in profundis* MONAGHAN, Henry, P. "On Avoiding Avoidance, Agenda Control and Related Matters", *Colum. L. Rev.*, 112 (2012), pp. 668669, sin perjuicio de los beneficios que se derivan -al efecto de la lectura de STRAUSS, Peter, L. "One Hundred Fifty Cases Per Year: Some Implications of the Supreme Court's Limited Resources for Judicial Review of Agency Action", *Colum. L. Rev.*, 87 (1987), pp. 10931095.

(50) También pueden hallarse indicaciones en este sentido en GROVE, Tara, L. "Tiers Of Scrutiny In A Hierarchical Judiciary", *Geo. J. L. P. P.*, 14 (2016), p. 485; MONAGHAN, Henry, P. "On Avoiding A avoidance, Agenda Control and Related Matters", *Colum. L. Rev.*, 112 (2012), p. 730; FALLON, Richard, H. "Strict Judicial Scrutiny", *UCLA L. Rev.*, 54 (2007), p. 1287; *et al.*

Sin duda esta es la fuente de las razones que justificaron en su momento aventar una teoría de los estándares diferenciados de control constitucional, aunque todavía abrigue una cuenta pendiente con la *claridad* que debería imperar en su puesta en práctica, especialmente en hipótesis en las que los miembros de la Corte se han apartado o prescindido de las reglas que los gobiernan o, inclusive, han fracasado en su ejecución⁵¹ a fines de evitar tropezar con defectos de inconsistencia y arbitrariedad⁵², como incurrir, además, en desajustes por la falta de aplicabilidad de un más riguroso escrutinio de revisión sobre actos, disposiciones o políticas que tienen un impacto diferenciado en grupos minoritarios⁵³.

Sin embargo, la insinuación de tal estado del arte como de tales antecedentes –cuanto menos, en sus puntos fuertes ofrece motivos para vislumbrar que, más allá de la inevitable globalización del Derecho constitucional⁵⁴, los operadores jurídicos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) deberán lidiar, tarde o temprano, con el núcleo argumental dominante de una discusión similar: ¿dónde hubo o hay control de convencionalidad como tal?, ¿se encuentra, en parte alguna, una inspección de convencionalidad que haya ganado una homogeneidad en grado tal que disipe articulaciones entre figuras diferenciadas de la concreción jurisdiccional de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos en el ámbito doméstico (arts. 1 y 2 CADH), al margen de que el ejercicio hermenéutico que consiste el monitoreo de la adecuación de normas y actos jurídicos internos al *corpus juris* interamericano, como a los estándares interpretativos acuñados al respecto, puede ponerse en marcha en el ámbito internacional

(51) El lector que pretenda una evaluación más incisiva de esta observación puede consultar tanto GROVE, Tara, L. *op. cit.*, p. 486, como así también FALLON, Richard, H. *op. cit.*, p. 1301.

(52) MATHEWS, Jud – STONE SWEET, Alec. “All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing”, *Emory L. J.*, 60 (2011), pp. 799801.

(53) JACKSON, Vicki, C. “Constitutional Law in an Age of Proportionality”, *Yale L. J.*, 124 (2015), p. 3175.

(54) TUSHNET, Mark, V. “The Inevitable Globalization of Constitutional Law”, *Va. J. Int. L.*, 49 (2009), p. 985.

y nacional?⁵⁵, ¿si se asiente con Patrick Glenn que las *tradiciones no son puras*⁵⁶, no debería estarse atento al hecho que tomar prestado (*legal borrowing*) el modelo de los escrutinios diferenciados que tanto controvierten los constitucionalistas, puede descarriar hacia una peligrosa *trampa epistémica*, por lo menos debido a la tendencia natural de estructurar las observaciones de otras experiencias jurídicas con arreglo a la pre-compresión implícita de que tales soluciones cumplen las mismas funciones en el orden normativo de la Convención?⁵⁷, etc.

(55) En este punto, puede ser de gran utilidad releer la descripción precisa de los elementos básicos de esta institución en NASH ROJAS, C. "Control de Convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", ADCL, XIX (2013) 489509, 490. Asimismo es de beneficiosa consulta la lectura crítica sobre el punto en especial, el parecer que aduce que la mentada doctrina entraña una comprensión problemática de la Corte IDH como un centralizado Tribunal Constitucional a nivel regional o cuanto menos una Corte de Casación supranacional y, a la vez, sugiere como alternativa un despliegue que descansa, en mayor medida, sobre la práctica estatal: la Corte de San José, antes que nada, debería reparar en las formas de desarrollo constitucional de índole nacional con la meta de proporcionar una justificación más robusta a la afirmación de que su autoridad es, y debe ser, internacional, no constitucional, con motivo de las reflexiones de CONTESSÉ, Jorge. "The International Authority of the InterAmerican Court of Human Rights: A Critique of the Conventionality Control Doctrine", *International Journal of Human Rights*, 22 (2018), pp. 11681191, recordando que ciertos académicos han apostado por construir la autoridad supraconstitucional del Tribunal interamericano en dos sentidos: como un órgano *superior vis-à-vis* autoridades domésticas, aunque también cual institución de entidad *constitucional*; tales lecturas descuidan, a su entender, que -en rigor la autoridad de la Corte IDH no es sino internacional y que, a la postre, sólo se convierte en constitucional por vía de la adjudicación interna cuanto de la movilización política a cargo de los tribunales y las legislaturas nacionales en oportunidad de internalizar la exégesis de la Corte IDH sobre disposiciones internacionales (de lo contrario, se margina que, si la legitimidad denota el proceso a través del cual el poder político como su obediencia son justificados, la figura de un tribunal regional con poderes limitados pero significativos hará más para afianzar aquélla). *Vide etiam, ib.* "The Final Word? Constitutional Dialogue and the InterAmerican Court of Human Rights", *International Journal of Constitutional Law* 15 (2017), pp. 414-435.

(56) GLENN, Patrick; *Legal Traditions of the World*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 38.

(57) La admonición, con la meta de conjurar eventuales desengaños, es autoría de Thomas Duve, profesor de Derecho comparado de la Universidad Goethe (Frankfurt am Main), cfr. DUVE, Thomas. "El Derecho comparado en Alemania" *ap.* Cartwright, John - Duve, Thomas - Ponthoreau, MarieClaire - Somma, Alessandro (Cesano, D. -coord.), *Diálogos con comparatistas del Derecho*, Alción, Córdoba, 2021, pp. 40 y ss., pese a consentir que gran parte de sus colegas estarían de acuerdo con tal advertencia, patrocina la conveniencia de desarrollar un método que permita comprender sistemas culturales enraizados en culturas diferentes a través de la identificación de conceptos que posibiliten entenderlos a partir de sus propias lógicas (sin interferencias anacrónicas) pero tampoco sin pérdida de la comunicabilidad con el presente. Otro tanto acontece con el riesgo, al hacer un empleo pragmático de las decisiones judiciales foráneas, de una falacia de evidencia o prueba incompleta (*cherry picking*), sin preocupación alguna por justificar la selección de fuentes judiciales de inspiración foránea (cuando no se utilizan clandestinamente) y con el ánimo de confirmar (y hasta reforzar) la solución jurídica ansiada dejando de lado los casos individuales o datos que la contradicen o modulan, cfr. PONTTHOREAU, MarieClaire. "El Derecho comparado en Francia" pp. 69 y ss. *Vide in profundis* GROPPPI, Tania PONTTHOREAU, MarieClaire; *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2013, pp. 1 y ss., 411 y ss.

III. ¿Una Constitución a extramuros del Pacto de San José? Del escrutinio de convencionalidad al uso hacia el de convencionalidad diferenciado. A propósito de una primera muestra: el examen convencional en circunstancias de emergencia

6. Despejado ello, la manera en que se tipificaron las perspectivas teóricas que reconstruyen la teoría de la revisión constitucional a partir de diferentes categorías de escrutinios permite adelantar el propósito del análisis, puesto que de tales preocupaciones surge una reflexión amplia en torno a las razones para suponer que niveles diferenciados de control serían *deseables* dependiendo de la estructura de incentivos existente la que, sin duda, puede diferir respecto de la variedad de derechos⁵⁸, aunque también desde un enfoque de derechos humanos nutrido desde el acoplamiento con el Derecho internacional de los derechos humanos⁵⁹ puede explorarse si afloran otras *atendibles* razones que militen en pos de abonar el inicial convencimiento.

Desde este enclave, una corriente de pensamiento se apresta a evaluar las pretensiones de un *modelo global de derechos fundamentales*⁶⁰, en donde se equipa al razonamiento judicial⁶¹ con los más probados estándares de protección que es susceptible de rendir un orden jurídico cosmopolita⁶², entre ellos el análisis de proporcionalidad, y un punto de vista *convencional* y no sesgadamente constitucional⁶³, en donde los instrumentos internacionales de derechos humanos se erigen en *documentos paradigmáticos*⁶⁴ que albergan enunciados normativos de primordial importancia para

(58) GROSSMAN, Peter, Z. COLE, Daniel, H. "Protecting Private Property with Constitutional Judicial Review: A Social Welfare Approach", *Review of Law & Economics*, 5 (1) (2009), pp. 233235.

(59) Un ejercicio teórico provechoso para aproximarse desde el comparatismo crítico a los fundamentos empíricos y bases metodológicas del discurso de convergencia de los Derechos constitucionales en abono de un constitucionalismo global, puede encontrarse en FRANKENBERG, Günter - PONTTHOREAU, MarieClaire. *Crítica del Derecho (público) comparado*, Marcial Pons, Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo, 2021, pp. 153 y ss.

(60) Los componentes más radiales de tal enfoque enlistados por Kai Möller se aglutinan en torno al amplio alcance asignado a los derechos a veces, con tensiones despertadas por el fenómeno de su inflación, la aceptación de su efecto horizontal, las obligaciones positivas a cargo de autoridades públicas y cada vez más la justiciabilidad de los derechos socioeconómicos y culturales, sin descuidar el empleo frecuente de las doctrinas de *balancing* y proporcionalidad con miras a determinar las limitaciones permisibles sobre aquéllos, *vide in profundis* MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 2 y ss., 29 y ss., 99 y ss., 134 y ss., 178 y ss.

(61) SLAUGHTER, AnneMarie. "Judicial Globalization", *Va. J. Int'l J.*, 40 (2000), pp.1116-1120; "A Global Community of Courts", *Harv. Int'l L.J.*, 44 (2003), p. 191.

(62) STONE SWEET, Alec; "A Cosmopolitan Legal Order: Constitutional Pluralism and Rights Adjudication in Europe", *Global Constitutionalism*, I (2012), pp. 5390. Vide etiam BENHABIB, Seyla; "The Philosophical Foundations of Cosmopolitan Norms" *ap.* Benhabib, Seyla Post, Robert coords., *Another Cosmopolitanism*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 13.

(63) BARAK, Aharon. "Proportionality" *ap.* Rosenfeld, Michel Sajó, Andrés eds. *Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, p. 740.

(64) Se trata, por cierto, de una estimación sobre la que ha tomado la delantera, hace tiempo ya, ACKERMAN, Bruce. "The Rise of World Constitutionalism", *Virginia L. Rev.*, 83 (4) (1997), pp.

los operadores del texto constitucional doméstico máxime cuando, con arreglo a cada diseño constitucional, algunas declaraciones, pactos y convenciones son granjeados con rango normativo constitucional o equivalente a una reforma de la ley fundamental y hasta, en ciertos supuestos, con cotización supraconstitucional.

¿A qué viene, entonces, describir los rasgos más salientes de los acuerdos y desacuerdos que cautivan a los expertos alrededor de la doctrina de distintos niveles en el test de constitucionalidad?, ¿es, tal vez, persuasible, en tiempos como los actuales de crisis de las democracias nacionales cuanto de procesos internos deconstituyentes (hasta en los diseños institucionales más adelantados), aventar la hipótesis de una embrionaria Constitución global que vincule a centenares de diferentes comunidades (a veces en conflicto entre sí)²⁶⁵, ¿resulta, en rigor, asequible la tentativa de reconstrucción y análisis de algunas sentencias paradigmáticas de la Corte IDH con el propósito de evidenciar de qué modo las nociones de redistribución y reconocimiento (en aras de la consecución de paridad participativa) dan cuenta de la argumentación normativa relativa a la aplicación del principio de igualdad (al menos, desde la convicción que debería nutrir el concepto clave de inclusión)²⁶⁶, etc.

771797. *Vide etiam* Choudhry, Sujit; "Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation", *Ind. L. J.*, 74 (1999), p. 819; HENKIN, Louis. "A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influences and Genetic Defects", *14 Cardozo L. Rev.*, 14 (1993), p. 533; *et al.*

(65) La inquietud, tal como ha sido plasmada en el texto, se debe a una serie de recientes reflexiones a cargo de Luigi Ferrajoli, cfr. FERRAJOLI, Luigi. "Per una Costituzione della Terra", *Teoria politica, Nuova Serie Annali*, 10 (2020), pp. 3957, 40, en las que, a partir de la presentación de los principales argumentos escépticos que aquí toman lugar (el de la inexistencia de un pueblo global homogéneo cuanto el de la existencia de Estados soberanos), se exploran los desafíos globales a las razones legales y políticas que sustentarían, a juicio del profesor de la *Università Roma Tre*, la necesidad y urgencia de una expansión del paradigma constitucional sobre el plano internacional.

(66) Una reflexiva y detallista muestra al respecto (aunque abonada con decisorios interamericanos sobre derechos de comunidades indígenas) se encuentra en CLÉRICO, Laura –ALDAO, Martín; "Sobre la igualdad como pilar del Derecho constitucional latinoamericano" *ap.* von Bogdandy, Armin Ferrer MacGregor, Eduardo – Morales Antoniazzi, Mariela –coords., *Ius Constitutionale Commune en América Latina*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Querétaro, 2017, pp. 217 y ss., sugiriendo (según el nivel de exigencia que se imprima a la evaluación de la relación entre la clasificación, el criterio de clasificación, sus efectos y las razones justificatorias), la disponibilidad a favor de los intérpretes, en este terreno, de por lo menos 3 especímenes de *escrutinios de igualdad jurídica material*, a saber: (i) *leve o de mera racionalidad* (en el que se parte de la presunción de legitimidad/constitucionalidad de la clasificación realizada por el legislador, de modo que la carga de la argumentación descansa en el agente que formula el reclamo igualitario y sólo se declarará la clasificación y sus efectos como arbitrarios si logra argumentar que no existe relación alguna entre medio y fin y que esa falta de relación justificatoria es evidente y manifiesta de lo contrario, se confirmará la presunción a favor de la legitimidad de la clasificación); (ii) *intermedio* (en razón de la presencia de una relación más sustancial entre clasificación, criterio de clasificación, efectos de la clasificación y razones justificatorias, puesto que no solamente la primera tiene que ser plausible sino además demostrarse un enlace estrecho entre clasificación y razones justificatorias y, a la vez, alegarse algún fin estatal importante que justifique el acto clasificatorio); y, finalmente, (iii) *estricto* (cuyo examen se lleva adelante cuando en el planteo de la cuestión igualitaria se sospecha que la exclusión luce injustificada e inconstitucional en mérito de la afectación de un grupo de personas

Cecilia Medina Quiroga ha alertado que mal puede abordarse nuestro sistema regional de derechos humanos, al menos si se pretende hacerlo de una manera comprensible, sin brindar un particular miramiento a la forma en que allí los principios de respeto y garantía de los derechos humanos, como de la democracia, se han desarrollado⁶⁷.

Dado lo anterior, no podría perderse de vista a Armin von Bogdandy quien ha advertido últimamente que, en sus más de 40 años de vigencia, la CADH se ha convertido en un *pilar del constitucionalismo transformador latinoamericano*, erigiéndose, entonces, en una de las herramientas con mayor relevancia en pos del objetivo de avanzar a lo largo y lo ancho de la región en el respeto y garantía de los derechos humanos⁶⁸. Sin embargo, tampoco podría dejar de ponerse en resalto que esta diagnosis no siempre ha sido así, puesto que al reconocerse que su performance en el pasado ha sido un hueso duro de roer, se impuso construir sobre ella a través de la guía de la necesidad de cambios al punto que, luego, se ha desaguado hacia un

históricamente o socialmente discriminadas y en tanto las consecuencias perjudiciales para sus derechos persisten en la actualidad, sin perjuicio de que los principales componentes de este juicio más riguroso suponen la siguiente combinación de aspectos: (iii.a) la presunción de la arbitrariedad de la discriminación subsiste como punto de partida del razonamiento del operador jurídico; (iii.b) la carga de la argumentación se traslada en cabeza de los sujetos que alegan la justificación de la clasificación por lo general, el Estado; (iii.c) exigencia agravada de justificación, atento que la arbitrariedad sólo puede ser revertida si quien tiene la carga de la argumentación alega y justifica razones más que importantes por ejemplo, un fin estatal imperioso; (iii.d) inexistencia de medios alternativos que pudieran evitar la clasificación; (iii.e) aplicación de la regla epistémica en virtud de la cual si persisten dudas al final de la argumentación, cabe reputar a la clasificación y sus efectos como arbitraria). Si bien –se añade esta última intensidad del testeo de igualdad jurídica material es mucho más exigente, se controvierte que sea una herramienta argumentativa lo suficientemente potente para conmovir un *status quo* fuertemente desigualitario que, como consecuencia de una estructuración social dada, se encarna en prácticas sistemáticas de discriminación, de modo que en pos de que los grupos vulnerables ejerciten sus derechos en condiciones de igualdad es menester el fomento, dentro de un paradigma de igualdad como no dominación o no sometimiento, de medidas estatales de acción positiva (este mandato implica, siendo así, un hacer positivo, con lo que la norma se viola si el legislador: (i) sigue omitiendo; (ii) retrocede arbitrariamente sobre lo hecho; y (iii) si lo hecho por acción es insuficiente o defectuoso).

(67) MEDINA QUIROGA, Cecilia. *The Battle of Human Rights: Gross, Systematic Violations and the InterAmerican System*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988, p. 21.

(68) VON BOGDANDY, Armin. “El mandato transformador del sistema interamericano. Legalidad y legitimidad de un proceso jurisgenerativo extraordinario” *ap. Por un Derecho común para América Latina, Siglo XXI*, Buenos Aires, 2020, pp. 31 y ss., al extremo que –a su entender– para estudiar el Derecho constitucional en Latinoamérica con relación al Derecho internacional no hay instrumento más importante que la CADH en vigor desde el 18 de julio de 1978. *Vide etiam ib.*, “The Mandate of the InterAmerican System: Transformative Constitutionalism by a Common Law of Human Rights” *ap. Dialogue Between Regional Human Rights Courts*, InterAmerican Court of Human Rights, San José de Costa Rica, 2020, pp. 63 y ss.

sistema que se halla en constante transición en virtud de dinámicas elaboraciones y reelaboraciones⁶⁹.

¿Cómo ha sido narrado por el aludido Director del *Max Planck Institute* de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional de Heidelberg el *contexto* en el que cobró vuelo tan sorprendente desarrollo? Su reflexión empieza por hacer presente los desafíos que plantean en América Latina la violencia extendida, la exclusión social, la desigualdad extrema, la debilidad institucional (a la que tributan, por lo demás, otros trabajosos fenómenos como lo son, *v.gr.*, el hiperpresidencialismo, la falta de independencia judicial, la corrupción, etc.)⁷⁰, etc. Ante tal diagnóstico, se anota que desde principios del siglo XX se ha inferido de la CADH la existencia de un *mandato*, adscrito a las instituciones del SIDH, de *participar* en la arena del *constitucionalismo transformador* (entendido, a instancia del rótulo acuñado en el seminal trabajo de Karl E. Klare⁷¹, como la interpretación y aplicación de disposiciones de carácter

(69) Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. "The InterAmerican Human Rights Jurisdiction: A Long Journey" *ap.* BurgorgueLarsen, Laurence - Úbeda de Torres, Amaya, *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*, Oxford University Press, New York, 2011, pp. XXVIII-XXIX.

(70) Sobre el vasto y complejo horizonte del escenario global se ha dicho que, quizás, las Américas importan la región en donde emergen las más grandes divergencias políticas, sociales, económicas, etc., *cfr.* KUMAR, Anuradha. *Human Rights. Global Perspectives*. Sarup, New Delhi, 2002, pp. 78 y ss. Igualmente en torno al registro de las deficiencias de sesgo estructural, *vide in extenso* HUNEEUS, Alexandra. "Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts", *Yale J. Int. Law*, 40 (1) (2015), pp. 240; PIOVESAN, Flávia; "Ius Constitutionale Commune in Latin America: Context, Challenges and Perspectives" *ap.* von Bogdandy, Armin Ferrer MacGregor, Eduardo - Morales Antoniazzi, Mariela Piovesan, Flávia - Soley, Ximena -eds., *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University Press, New York, 2017, pp. 50 y ss., etc., como así también la incidencia del efecto de disonancia democrática y de quiebre interno de los textos constitucionales, *cfr.* GARGARELLA, Roberto. *La derrota del Derecho en América Latina*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2020, pp. 51 y ss.

(71) KLARE, Karl E. "Legal Culture and Transformative Constitutionalism", *South African Journal on Human Rights*, 14 (1998), pp. 146, 150. Más próximamente Luigi Ferrajoli ha insistido con delinear los presupuestos teóricos de un movimiento de opinión que milita en pos de un constitucionalismo más allá de los Estados o de su versión estatal actual, aunque bajo la etiqueta de "constitucionalismo supranacional" [*costituzionalismo sovranazionale*], encaminado al objetivo de salvaguardar la supervivencia de la persona humana ante las amenazas en que lo sumen las políticas irresponsables del gobierno, y al que le endilga no sólo el reto de colmar el *vacío de Derecho público* (casi equivalente a su flagrante violación) producido por la asimetría entre el carácter global de los actuales poderes salvajes (primordialmente, los que habitan el mercado) y el talante predominantemente localista de la política y el Derecho, sino también la suficiencia epistémica para acarrear una hipótesis teórica de reformulación de la tradicional tipología de separación funcional del poder mediante la proyección de un sistema institucional que se equipa con la sencilla distinción entre instituciones de gobierno (esto es, aquellas investidas de funciones políticas, de elección e innovación discrecional sobre la *esfera de lo decidible*, de tal modo que comprenden la ejecución de actividades estrictamente gubernamentales de orientación política y elección administrativa aunque también las de índole legislativa) y de garantía (es decir, las investidas de atribuciones de interpretación y aplicación jurídicas, en particular del principio de la paz y los derechos fundamentales, con el propósito de salvaguardar la *esfera de lo no decidible*). Solamente así cabe predicar la provisión de funciones e instituciones supraestatales de garantía que

constitucional de manera que impulsen un cambio social sustancial o profundo para la consecución de determinados objetivos fundamentales). El compromiso con esta decisiva orientación se postula se tornaría en el fundamento jurídico de una *jurisprudencia de los derechos humanos que aborda los problemas estructurales* precedentemente inventariados, alumbrando, siendo así, un ambicionado *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*, encaminado a operar cual *Derecho común de derechos humanos* con pretensión de influencia en la vida real de toda persona⁷².

Un pasaje del reciente voto parcialmente disidente del juez Patricio Pazmiño Freire, en ocasión de despachar su parecer en la OC n.º 26/20, así parece ilustrarlo aunque en relación a los contenidos del principio democrático y la noción de interés público interamericano:

(...) En nuestra región, donde existe pluralidad de sistemas jurídicos y políticos de raigambre y tradición, culturalmente diversos, la democracia representativa, en su concepción más acotada, resulta insuficiente para agotar las exigencias del principio democrático. En esta misma línea, hace ya varios años, eventualmente luego de la fase nefasta de la época dictatorial, a partir de los años ochenta, se viene desarrollando en América Latina un constitucionalismo que busca no sólo reconocer los derechos de las mujeres, de los pueblos indígenas y tribales o de los colectivos de diversidad sexual, sino su plena participación en los asuntos públicos (...) en esta medida el principio democrático no sólo se agota en la representación formal, sino que requiere incorporar el concepto de "democracia participativa". Es decir, se orienta a que la "reformulación constitucional [e internacional, incorpore,] introduzca y desarrolle " las instituciones más avanzadas [tales como,] la consulta popular a nivel local o nacional, las elecciones primarias para selección de candidatos, el plebiscito, el referéndum, la revocatoria del

estén a la altura de los centros de poder económicos y políticos globales, cfr. FERRAJOLI, Luigi. "Per una Costituzione della Terra", *Teoria politica*, Nuova Serie Annali, 10 (2020), pp. 3957, 4144. *Vide in extenso ib.*, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Laterza, Roma, 2013.

(72) VON BOGDANDY, Armin. "El mandato transformador del sistema interamericano. Legitimidad y legitimidad de un proceso jurisgenerativo extraordinario" *ap. Por un Derecho común para América Latina*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2020, p. 33. *Vide etiam ib.*, "The Mandate of the InterAmerican System: Transformative Constitutionalism by a Common Law of Human Rights" *ap. Dialogue Between Regional Human Rights Courts*, InterAmerican Court of Human Rights, San José de Costa Rica, 2020, pp. 61 y 67; *ib.*, "Ius Constitutionale Commune en América Latina. Aclaración conceptual" *ap. von Bogdandy, Armin-Ferrer MacGregor, Eduardo - Morales Antoniazzi, Mariela -coords.*, *Ius Constitutionale Commune en América Latina*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Querétaro, 2017, pp. 149 y ss. También Peter Häberle, aunque desde las incumbencias epistémicas de un enfoque de la ciencia cultural, ha subrayado la actuación de la justicia constitucional mediante un papel de *transformación* de enunciados normativos (en ocasiones meramente declarativos y hasta utópicos) en realidades concretas, la que decantaría hacia la construcción de una *jurisprudencia común iberoamericana*, cfr. HÄBERLE, Peter. "México y los contornos de un Derecho constitucional común americano: un *Ius Commune Americanum*" *ap. Häberle, Peter-KOTZUR, Markus. De la soberanía al Derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Méjico, 2003, pp. 82-83.

*mandato de dignidades de elección popular”, así como la creación innovadora de nuevas funciones del poder público, como la función electoral, la creación de mecanismos constitucionales de participación ciudadana en la gestión, control y escrutinio del poder público, así como la emergencia de procesos de reformulación constitucional a partir de las asambleas constituyentes*⁷³.

Un desplante a la descripción que antecede podría anotarse si se retiene el hecho que en la CADH no se albergarían cláusulas específicas que fomenten originariamente un mandato con el alcance mentado (al menos, entre 1969 y 1978, tan sólo con dificultad podía sospecharse que el texto del Pacto de San José sirviera de espólón, en el medio de regímenes autoritarios o represivos, a los cánones de un constitucionalismo transformador)⁷⁴, aunque este desencajamiento parece perder perplejidad ante el set de rasgos sobresalientes que –precisamente a partir de la década de 1980 del siglo pasado- los constituyentes latinoamericanos asestan a gran parte de las leyes fundamentales (y sus cambios) que debaten, proyectan y promulgan: desde la inclusión de *amplios catálogos de derechos* (a menudo de realización progresiva) hasta el abundante empleo de diferentes *cláusulas de apertura y articulación* hacia los instrumentos internacionales de derechos humanos (a los que atribuyen, cuanto menos, un rango especial en su ordenamiento jurídico interno). En un momento como el detallado, el Tribunal interamericano imprimió una interpretación de sesgo evolutivo a las disposiciones de la CADH y, al hacerlo, tal *giro hermenéutico* no pudo sino desaguar en una forma *específica (a lo latinoamericana)* de constitucionalismo transformador⁷⁵.

(73) Cfr. Corte IDH, *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*. Opinión Consultiva OC26/20, de fecha 9.11.2020, Serie A n.º 26, p. 5. Del voto parcialmente disidente del juez Patricio Pazmiño Freire.

(74) De allí que algunas estudiosas sean del parecer que en sus albores institucionales las expectativas depositadas en la Corte de San José en orden a mejorar el goce efectivo de los derechos humanos de las personas en las Américas eran lisa y llanamente poco estimulantes, primordialmente ante el dato de las masivas y sistemáticas violaciones cometidas por los regímenes dictatoriales, cfr. PASQUALUCCI, Jo, M. *The Practice and Procedure of the InterAmerican Court of Human Rights*, Cambridge University Press, New York, 2013, pp. 6 y ss. Para un diagnóstico más vasto en torno a los avances alcanzados con ulteriores, *vide etiam ib.*, “*The InterAmerican Human Rights System: Progress Made and Still to be Made*”, *German Yearbook of International Law*, 52 (2009), p. 181.

(75) VON BOGDANDY, Armin. “El mandato transformador del sistema interamericano. Legalidad y legitimidad de un proceso jurisprudencial extraordinario” *ap. Por un Derecho común para América Latina*. Siglo XXI, Buenos Aires, 2020, p. 34; *ib.*, “The Mandate of the InterAmerican System: Transformative Constitutionalism by a Common Law of Human Rights” *ap. Dialogue Between Regional Human Rights Courts*, InterAmerican Court of Human Rights, San José de Costa Rica, 2020, pp. 6566. Paola Acosta Alvarado ha explicado que el proceso de humanización experimentado por el Derecho internacional (junto a las aludidas transformaciones constitucionales en la región) despejó un escenario propicio para la *interacción de los jueces*: primero, desde que ambos ordenamientos, interno y metanacional, asumen la protección de los derechos humanos como uno de sus objetivos básicos; segundo, en razón que sendos regímenes jurídicos reconocen el importante papel de los tribunales

Lo sugestivo de esta aproximación es que permite comprender que, al final, así como la soberanía y el consentimiento del Estado son consideradas las piedras angulares de las obligaciones en Derecho internacional, el compromiso estatal con el pleno respeto y garantía de los derechos humanos tal como manda el art. 1 de la Convención se erige en un presupuesto esencial de la consolidación democrática y abona a un posicionamiento legítimo del Estado frente a la comunidad internacional⁷⁶, máxime en el contexto de un ejercicio de aplicación de las estipulaciones convencionales de conformidad con la noción de *garantía colectiva*⁷⁷ y en aras de su cumplimiento con *buena fe* (esto es, al ritmo universal del principio *pacta sunt servanda*)⁷⁸.

de justicia en relación con su tutela y, finalmente, resaltan la gravitación de su interacción para perfeccionar tal salvaguarda. Dentro del descripto contexto, afloran distintas disposiciones normativas con el cometido de fomentar, como un genuino plexo o bloque, el *diálogo entre las cortes de justicia*: de un lado, las estipulaciones interamericanas, entre las que se glosa al principio de subsidiariedad (referido en el Preámbulo de la CADH), las obligaciones generales de respeto, garantía y adaptación, las reglas sobre interpretación, el derecho de acceso a la justicia, la cláusula sobre reparación integral como sobre cumplimiento y fuerza vinculante de las sentencias, etc.; en el otro, los enunciados normativos de apertura del Derecho constitucional al Derecho internacional (*v.gr.*, incorporación, jerarquía, remisión, etc.), como así también de articulación (*v.gr.*, interpretación conforme y cumplimiento), *cfr.* ACOSTA ALVARADO, Paola. "Ius commune interamericano. Brevisimas notas sobre el concepto de diálogo" *ap.* von Bogdandy, Armin-Ferrer MacGregor, Eduardo - Morales Antoniazzi, Mariela -coords., *Ius Constitutionale Commune en América Latina*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Querétaro, 2017, pp. 371 y ss.

(76) *Cfr.* Corte IDH, *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*. Opinión Consultiva OC26/20, de fecha 9.11.2020, Serie A n.º 26, pp. 48 y 53.

(77) La de garantía colectiva entraña a juicio de los jueces de San José una noción subyacente a todo el sistema interamericano, en especial cuando la Carta de la OEA hace referencia a la *solidaridad y buena vecindad de los Estados en el continente americano*, y se traduce, pues, en una *obligación general de protección* en cabeza tanto de los Estados Partes de la Convención como los Estados Miembros de la OEA entre sí, en vista de asegurar la efectividad de dichos instrumentos. Al propio tiempo, ha subrayado que las cláusulas de derechos humanos, tanto aquellas convencionales como las que se derivan de la Carta de la OEA y la Declaración Americana, reflejan "(...) valores comunes e intereses colectivos que se consideran importantes y, por tanto, lo suficientemente dignos de beneficiarse de la aplicación colectiva", *cfr.* Corte IDH, *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*. Opinión Consultiva OC26/20, de fecha 9.11.2020, Serie A n.º 26, pp. 163164. Es más, supone un mecanismo en mérito del cual incumbe a todos los Estados cooperar entre sí de buena fe para cumplir con sus obligaciones internacionales, tanto regionales como universales, *cfr.* Corte IDH, caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*. Sent. Serie C/n.º 153, de fecha 22.9.2006, p. 132, descontando que la aludida obligación de cooperación se adjetiva con "(...) carácter erga omnes, por cuanto debe ser cumplida por todos los Estados, y de carácter vinculante en el Derecho internacional", *cfr.* Corte IDH, *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. OC-25/18, Serie A n.º 25, de fecha 30.5.2018, p. 199.

(78) *Cfr.* Corte IDH, caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 54, de fecha 24.9.1999, p. 40; *ib.*, caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 55, de fecha 24.9.1999, p. 9; *ib.*, caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Sent. Serie C/n.º 205, de fecha 16.11.2006, p. 62.

Con todo, sería un error no divisar en esta tentativa vernácula que anhela con estructurar la comunidad política y, a la par, auspiciar innovaciones sobre sus déficits estructurales, algunas singularidades regionales⁷⁹; por lo pronto, se glosa que su (i) punto de apoyo no solamente estribaría en los *textos constitucionales domésticos* sino, más bien, en su *interacción con un régimen internacional* surtido desde dos instituciones operativas (tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en adelante, Comisión IDH, cuanto la Corte IDH)⁸⁰, sin descuidarse que este sistema de dos niveles es complementado por el dato de un (ii) *diálogo horizontal* entre agentes nacionales (sobre todo, aunque no exclusivamente, la justicia constitucional), cada uno de los cuales se involucran en pos de un discurso regional que se sirve de las decisiones surgidas de la hermenéutica de la CADH y emanadas de la Corte de San José cuya sustancia, entonces, no sólo *informa* pues también *guía*, en su quehacer exegetico, a los integrantes de una fidedigna *sociedad abierta de intérpretes convencionales*⁸¹.

(79) VON BOGDANDY, Armin. “El mandato transformador del sistema interamericano. Legalidad y legitimidad de un proceso jurisgenerativo extraordinario” *ap. Por un Derecho común para América Latina*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2020, p. 34; *ib.*, “The Mandate of the InterAmerican System: Transformative Constitutionalism by a Common Law of Human Rights” *ap. Dialogue Between Regional Human Rights Courts -comp.*, InterAmerican Court of Human Rights, San José de Costa Rica, 2020, p. 66.

(80) A juicio de la Corte IDH, ello supone una narrativa en la que toma cuerpo un atrayente proceso de internacionalización de los derechos fundamentales de la persona, de su codificación y desarrollo progresivo (tanto a nivel universal como interamericano) con la suficiente potencia para erigirse en un *límite infranqueable al poder estatal*, cfr. Corte IDH, *La expresión «leyes» en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, OC6/86, Serie A/n.º 6, de fecha 9.5.1986, p. 21.

(81) En este orden de ideas, *vide in profundis* HÄBERLE, Peter. *Hermenéutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*, Fabris, Porto Alegre, 1997, pp. 42 y ss., en función de una propuesta que hace mella en las siguientes inquietudes: si el proceso de interpretación constitucional es infinito y el constitucionalista aparece apenas como un mediador *-Zwischenträger*, el resultado de su actividad interpretativa está sometido a una reserva de consistencia *Vorbehalt der Bewährung*, puesto que, a la postre, aquélla se encuentra sujeta a la constatación de su adecuación y aptitud para respaldar justificaciones diversas y variadas, o bien, alentar modificaciones por medio de alternativas razonables. En puridad, no campea aquí sino la idea de un radio de interpretación constitucional ampliado a través de un proceso constitucional concreto, en el que toman parte decisivamente los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta, debido a su estatus de participantes centralísimos de una labor de prueba y error, de descubrimiento y obtención de razones jurídicas (condición que, a la sazón, los revela potencial y actualmente aptos para ofertar distintas alternativas de exégesis constitucional); al fin, la interpretación constitucional traduce la pluralidad de la esfera pública y de la realidad *die pluralistische Öffentlichkeit und Wirklichkeit*, como así también las necesidades y posibilidades de la propia comunidad –las que aun cuando consten en un texto, lo anteceden y, a veces, subyacen. Lo expuesto, sin perjuicio de su compromiso teórico con la idea de que la fuerza regulatoria de una Constitución, en el campo de una sociedad pluralista, no puede sino exhibirse como un proyecto *-Entwurf* en un constante devenir (en lugar de la imagen de una obra normativa definitivamente cancelada), cfr. *ib.*, “Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken” *ap. Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Athenäum, Königstein, 1980, p. 4.

Esta última particularidad, la de la función orientadora respecto de cada operador jurídico nacional, ha estado y aún se encuentra revestida de una atrayente polarización⁸², primordialmente entre quienes denuncian el despeñe del Tribunal interamericano de derechos humanos hacia los confines de un *activismo judicial desenfrenado* al extremo de no titubear en calificarlo *ultra vires, i.e.*, que trasciende los poderes otorgados por la autoridad normativa del SIDH y, por ende, ladea el eje de su conformidad con la CADH, y, en contrapunto, los que postulan en vista a despejar cualesquier atisbo de arbitrariedad que la Corte IDH, como cualquier tribunal de justicia internacional, debe, en principio, aplicar la *misma interpretación a casos futuros similares* (cuanto menos, si los sujetos interpretativos internos deben maniobrar con estipulaciones constitucionales que le adjudican al DIDH un papel clave en su orden jurídico), a más de sufragar la idea que la interpretación evolutiva que tanta potencia ha insuflado al mandato transformador no es el resultado de un desarrollo unilateral, tampoco de una operación de arribaabajo (*topdown*), sino, más bien, conlleva un *proceso* en el que *coadyuvan numerosos actores*, para los que la jurisprudencia de la Corte de San José no entraña sino una respuesta a las diferentes expectativas y comprensiones por ellos aportadas; dejando sentado, con todo, que esta explicación se revitaliza por la circunstancia que la CADH y sus instituciones se encuentran *integradas*⁸³ en las bases constitucionales de sus Estados Parte (apelando, con frecuencia, al *constructo* del bloque de constitucionalidad), de modo que en lo que aquí incumbe si bien tal consideración puede llegar a justificar que los jueces acepten y respalden la interpretación de la Corte regional de derechos humanos (al entender su valía para el cumplimiento de sus consignas constitucionales nacionales), tampoco podría sufragarse al punto de abogar a favor de una supremacía incondicional de sus decisorios en *cualquier situación*, debido a que el llamamiento ha sido a favor de *soluciones matizadas, o bien, de convergencia en cuestiones cruciales*⁸⁴.

Entender esto último, aun cuando algunos convengan que la doctrina del control de convencionalidad ha registrado el impacto propio de una revolución

(82) En Derecho, como en política, el desacuerdo –alerta Cass R. Sunstein puede ser una fuerza productiva y creativa que revele errores, muestre brechas, movilice la discusión y los resultados en buenas direcciones, cfr. SUNSTEIN, Cass, R.; *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, New York, 1996, p. 58.

(83) Sobre la incorporación de contenidos del DIDH a los sistemas jurídicos domésticos, *vide in extenso* HUNEEUS, Alexandra. “Courts Resisting Courts: Lessons from the InterAmerican Court’s Struggle to Enforce Human Rights”, *Cornell Int. L. J.*, 44 (2011), pp. 493, 526.

(84) *Vide in profundis* VON BOGDANDY, Armin. “El mandato transformador del sistema interamericano. Legalidad y legitimidad de un proceso jurisgenerativo extraordinario” *ap. Por un Derecho común para América Latina*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2020, p. 3543; *ib.*, “The Mandate of the InterAmerican System: Transformative Constitutionalism by a Common Law of Human Rights” *ap. Dialogue Between Regional Human Rights Courts* –comp., InterAmerican Court of Human Rights, San José de Costa Rica, 2020, pp. 6971. Se perdería, entonces, la fuerza de la sugerencia prohibida por el *Associate Justice* Oliver W. Holmes en orden a que *los principios generales no deciden los casos particulares*, cfr. *Lochner vs. New York*, 198 U.S. 48, 69 (1908).

prácticamente copernicana⁸⁵ o se enfatice el hecho que los Estados al hacerse parte de un tratado multilateral de derechos humanos comparten con los demás ciertos idearios y principios axiológicos universales⁸⁶, es preliminar para dar un paso más en la argumentación y suponer que, al margen de situaciones inusuales, también en el campo de la jurisprudencia interamericana hay espacio para albergar *acuerdos de teoría incompleta* que contribuyan, como buen punto de partida, a iluminar un *perdurable rompecabezas convencional*: cómo miembros de diversas sociedades pueden trabajar juntos en términos de respeto mutuo en medio de agudos desacuerdo⁸⁷. Es que, según lo previenen Laurence Burgorgue-Larsen y Amaya Úbeda de Torres, es posible lejos de las aparentemente infranqueables diferencias descubrir un vector que aglutina a cada uno de los Estados y sus múltiples culturas: su *membrecía*, al fin, en el sistema interamericano de protección de derechos humanos⁸⁸.

(85) BURGORGUE-LARSEN, Laurence. ‘Chronicle of a Fashionable Theory in Latin America: Decoding the Doctrinal Discourse on Conventionality Control’ *ap.* Haeck, Yves - Ruiz Chiriboga, Oswaldo - Burbano Herrera, Clara -eds., *35 Years of the InterAmerican Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*, Intersentia, Cambridge, 2015, pp. 637 y ss.

(86) Cfr. Corte IDH, *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*. Opinión Consultiva OC26/20, de fecha 9.11.2020, Serie A n.º 26, p. 56.

(87) SUNSTEIN, Cass, R. ‘Incompletely Theorized Agreements’, *Harv. L. Rev.*, 108 (1995), pp. 1733-1772, *ib.*, *One Case at a Time. Judicial Minimalism in the Supreme Court*, Harvard University Press, New York, 1999, pp. 3 y ss., en el parecer que, descontando los supuestos en los que media suficiente información y acuerdo para zanjar una disputa sobre compromisos o convicciones fundamentales, mal podría descuidarse la consideración de que, dada la dificultad de obtener, en ciertas situaciones, anuencias sobre las abstracciones fundamentales y a la vez conformidad respecto de la existencia de valores diversos (todo lo cual no haría sino atentar contra la posibilidad real de un orden normativo de base), los partícipes de las controversias jurídicas, especialmente en las que se encarnan desavenencias y conflictos sobre los asuntos más trascendentales para una comunidad lo que intentan es, al fin y al cabo, producir *acuerdos carentes de una teoría completa* en decisiones concretas o arreglos particulares [*incompletely theorized agreements*], en lugar de teorizar el asunto de manera exhaustiva y, así, coronar a gran escala y de forma ambiciosa convergencias *sobre principios fundamentales*. En efecto, con frecuencia, en los casos difíciles que se desatan alrededor de la interpretación de un enunciado normativo se alumbran consensos sobre *prácticas* o *resultados* singulares y hasta en lo atinente a la *explicación* que ofrezca principios de nivel bajo o medio en favor de éstos (inclusive, en lo tocante a los derechos fundamentales), cuando, en cambio, no es posible hacerlo acerca de sus *teorías* sustentadoras (en torno a las cuales se diverge abruptamente, o bien, se albergan dudas o incógnitas). Este modo de proceder, por cierto, recoge una trama de ventajas (*v.gr.*, la promoción de la estabilidad social, la reducción de los costos políticos de desacuerdos duraderos primordialmente si lucen severos o intensos, el amplio grado de apertura hacia nuevos hechos y perspectivas en comunidades orientadas hacia una evolución moral y progreso en el tiempo; la demostración de humildad, reciprocidad y respeto mutuo, etc.), las que resultan, por cierto, radiales para la construcción exitosa de reglas fundamentales en una sociedad pluralista –aun cuando se consienta que los acuerdos de teoría incompleta deben estar sujetos, a la larga, a la crítica y escrutinio, cfr. SUNSTEIN, Cass, R. ‘Incompletely Theorized Agreements’, *Harv. L. Rev.*, 108 (1995), p. 1746. Pueden replicarse las caracterizaciones que anteceden en otra obra del profesor de la Universidad de Harvard, bajo el título *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, New York, 1996, pp. 35 y ss.

(88) BURGORGUE-LARSEN, Laurence - ÚBEDA DE TORRES, Amaya. *The InterAmerican Court of Human Rights: Case Law and Commentary*, Oxford University Press, New York, 2011, p. XXX.

Si lo dicho hasta acá viene impuesto, en cierta medida, por la circunstancia de que la Convención es uno de esos tratados cuyas reglas textuales pretenden desarrollar una serie de valores para la protección de la persona humana frente al Estado, dentro de un marco democrático y de observancia de sus derechos y libertades esenciales (de estar a las previsiones de los arts. 1 y 2, a más de las reseñas explícitas habidas en sus pasajes preambulares), lo cierto es que la propia Corte de San José ha hecho notar que existen en la actualidad una *diversidad de grados de protección interamericana de los derechos humanos* en el continente⁸⁹.

Ahora bien, esta visión entusiasta tropezaría, empero, con una comprensión desatinada si abrigara la sensación que el mandato para impulsar el constitucionalismo transformador de abolengo regional aunque abierto resulte, a la postre, indeterminado; por el contrario, con el paso audaz de pergeñar la doctrina del control de convencionalidad, lo cierto es que así como la Corte IDH contribuyó radicalmente a propiciar el despliegue de un entendimiento común sobre una normativa general de derechos humanos que impele a medidas estructurales para zanjar deficiencias de

(89) Cfr. Corte IDH, *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*. Opinión Consultiva OC26/20, de fecha 9.11.2020, Serie A n.º 26, pp. 5657, al estimar de importancia puntualizar que: (i) algunos Estados han otorgado una protección plena de los derechos a las personas bajo su jurisdicción, al haber ratificado la Convención y también aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH (cfr. art. 62 CADH), sin perjuicio que adicionalmente (ii) ciertos países han asumido el compromiso de respetar y hacer respetar los derechos convencionales al haber ratificado el Pacto aunque no han aceptado la mentada cláusula de competencia contenciosa, mientras que (iii) otro grupo de Estados miembros de la OEA se mantiene en un umbral de protección mínimo a través de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Carta de la OEA bajo la supervisión de la Comisión IDH (al no haber ratificado aún la CADH). En las condiciones señaladas, queda claro que a juicio de los jueces de San José “*alcanzar la universalidad de la protección plena que brinda el SIDH es, pues, una aspiración legítima del propio sistema en su conjunto, de los Estados Miembros de la OEA, y de todos y cada uno de las y los habitantes del continente americano independientemente de su nacionalidad, quienes constituyen los titulares de derechos y destinatarios principales de todo el régimen de protección*”, al margen no es sobreabundante destacarlo que existen otros tratados de derechos humanos de carácter regional que pese a exudar también diversos grados de ratificación refuerzan la protección de derechos humanos en el continente. En efecto, luego de la adopción del Pacto se narra la constatación de una *codificación temática progresiva* en el marco del SIDH: *v.gr.*, al incorporarse el reconocimiento de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales al ámbito de protección a través del Protocolo adicional a la CADH en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (*Protocolo de San Salvador*), o bien, al adoptarse el Protocolo a la CADH Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte. A la par, la OEA propició el *desarrollo progresivo y temático* de distintos instrumentos interamericanos sobre derechos humanos: *v.gr.*, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (*Convención de Belém do Pará*), Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, etc. Dichos tratados -se afirma imponen obligaciones internacionales más específica específicas y reforzadas, en relación con los temas abordados, a los Estados que los han ratificado, cfr. *ib.*, Opinión Consultiva OC26/20, p. 85.

igual tenor (*tomando en serio*, prácticamente en el más rancio sentido dworkiniano⁹⁰, preceptos y estándares de la CADH que hasta hace casi media centuria no eran más que cláusulas latentes), al propio tiempo despejó la imagen de jueces que puedan hacer simplemente lo que crean mejor. En rigor de verdad, se ha dicho que aquí el *Hércules de Dworkin confiere una idea errónea de lo que sucede en San José*, pues los magistrados judiciales lucen restringidos por los marcos de los casos y la realidad social, la metodología jurídica, la colegialidad, los procedimientos, los precedentes, la necesidad de construir y preservar la autoridad del tribunal, etc.⁹¹.

7. La cuestión de los niveles diferenciados de escrutinio vuelve, así, a aparecer aunque esta vez en el campo de la agenda del control de convencionalidad⁹² y, con ello, la indagación debería comenzar no por casualidad por advertir que no sólo la *existencia* de mecanismos de revisión sino también su *expansión* hacia nuevos territorios, descubren al lector aspectos estrechamente asociados a su *justificación*, pues lo que hace convincente postular el despliegue de un juicio más severo y riguroso de convencionalidad no podría desconocer que el alcance y la intensidad del contralor a medida que se incrementan, también acrecientan proporcionalmente la dosis de la legitimidad que se demanda cual respaldo de su ejercicio⁹³.

Este modo de concebir el asunto invita a considerar un inicial ejemplar en el pretendido surtido de pesquisas diferenciadas de convencionalidad sobre restricciones a los derechos. Y tal inaugural muestra remite, al instante, a la contundente reafirmación por parte del SIDH de un auténtico *coto vedado*⁹⁴ de los derechos en

(90) DWORKIN, Ronald, M. *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977, pp. 82 y 116117.

(91) VON BOGDANDY, Armin; "El mandato transformador del sistema interamericano. Legalidad y legitimidad de un proceso jurisgenerativo extraordinario" *ap. Por un Derecho común para América Latina*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2020, pp. 44 47.

(92) Hay todo un cautivador breviarario que en el parecer de Sergio García Ramírez involucra asuntos todavía en discusión: *v.gr.*, la universalización de los derechos y las jurisdicciones en los que deben ser resguardados, la cultura de los derechos humanos y el rol de la opinión pública, el status de la Corte IDH como un tribunal de casos paradigmáticos (principalmente valiéndose de estándares de amplio alcance y definiciones progresivas que reconstruyen los marcos jurídicos domésticos a la luz del de cuño internacional), la recepción interna de las directrices interpretativas transnacionales, la capacidad estructural de gestar la necesaria armonía entre los propósitos proclamados y los recursos disponibles, etc., *cfr.* GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. "The InterAmerican Human Rights Jurisdiction: A Long Journey" *ap. Burgorgue-Larsen, Laurence - Úbeda de Torres, Amaya, The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*, Oxford University Press, New York, 2011, p. XXVII.

(93) ELLIOTT, Mark, A. *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2001, p. 18.

(94) GARZÓN VALDÉS, Ernesto. "Representación y democracia" *ap. Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 644 y ss., lo expuesto -por cierto al margen que dada la naturaleza de los tratados de derechos humanos, su objeto y fin, así como la relación asimétrica entre el individuo y el Estado, la garantía colectiva también atiende a que las personas bajo la jurisdicción del Estado no queden desprovistas de un *umbral mínimo de protección de sus derechos humanos*, *cfr.* Corte IDH, *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*. Opinión Consultiva OC26/20, de fecha 9.11.2020, Serie A n.º 26, p. 164.

situaciones de emergencia aun cuando se consienta la gestación de un *Derecho excepcional*, distinto del normal y con un alcance provisional, que no puede tener sus mismas exigencias⁹⁵.

Cecilia Medina Quiroga ha ilustrado la razón por la que el lector bien podría juzgar al art. 27 de la CADH como una disposición normativa *clave* para muchos Estados latinoamericanos:

“(…) según un estudio preparado por el Secretariado de la Comisión, durante la década entre 1950 y 1960 hubo más de cien ocasiones en que se declaró o prolongó la vigencia de una situación de este tipo en los Estados americanos (CIDH, Doc. OEA/Ser.L/V/II.8, No. 6). En su informe anual de 1981-1982, la Comisión señaló que “la declaración de estados de emergencia era una de las más frecuentes violaciones de los derechos humanos” (CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1981-1982, p. 133)”⁹⁶.

En lo que aquí atañe, el propio marco internacional establece los *límites de la capacidad limitadora de los derechos* que los Estados resultan susceptibles de activar en tales eventos⁹⁷, máxime en una región en la que, a contramarcha de la nota de previsibilidad, las declaraciones de emergencia significaron por décadas la *desmesura legalizada*⁹⁸; cuando no dieron lugar a que, con motivo de los complicados desórdenes

(95) GARCÍA ROCA, Javier. “La experiencia de España en el estado de alarma ante el coronavirus” *ap.* Serna de la Garza, Pedro -coord., *Covid-19 And Constitutional Law*. UNAM – Instituto de Investigaciones Jurídicas Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional – International Association of Constitutional Law, México, 2020, p. 181, a través de la sugerencia de elucidar conceptualmente los contornos de la figura del *Estado excepcional* que no es sino el “(…) *modelo del Estado constitucional que constitucionaliza sus excepciones incorporando garantías*” (vale decir, no exento de limitantes y contrapesos), en relación al dominio conceptual tanto de la noción de *dictadura comisoría*, en la que con sujeción a la remembranza schmittiana, todos los poderes del Estado lucen concentrados en una sola mano en vista de decidir sobre el estado de excepción, cuanto del constructo de *estado de necesidad* –en el que el gobierno actúa libremente y el Parlamento dicta, luego, un *bill of indemnity*, ambos desprovistos de toda tentativa de contralor.

(96) MEDINA QUIROGA, Cecilia. *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2003, p. 46. *Vide etiam* MEDINA QUIROGA, Cecilia - NASH ROJAS, Claudio. *Sistema interamericano de derechos humanos*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2007, p. 35.

(97) CANOSA USERA, Raúl. “Ordenación de las fuentes del Derecho en estados de emergencia sanitaria. El caso español” *ap.* Barceló Rojas, Daniel, A. - Díaz Ricci, Sergio - García Roca, Javier - Guimarás Teixeira Rocha, María E. -coords., *Covid 19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, UNAM, México, 2020, pp. 271-273, en alusión a la suspensión de obligaciones contraídas (en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación) prevista en el art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en adelante, PIDCP, como en lo tocante a la derogación de las obligaciones previstas convencionalmente (en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación) según el art. 15 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales -en adelante, CEDH.

(98) VALADÉS, Diego. “Problemas constitucionales de los estados de emergencia” *ap.* Barceló Rojas, Daniel, A. - Díaz Ricci, Sergio - García Roca, Javier - Guimarás Teixeira Rocha, María E. -coords., *Covid 19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, UNAM, México, 2020, p. XXIV, sin perjuicio de

(políticos, económicos, sociales, etc.) que enfrentaban, sus respuestas terminarían malogradas en razón de no haber evitado considerar a las personas destinatarias (de por sí inmersas en ese drama constitucional) en extraños o meros invitados⁹⁹.

Acontece además que la historiografía fidedigna de las causales que autorizan poner en marcha el instituto de la suspensión temporal de obligaciones ha llamado la atención sobre que no siempre se ha aclarado el significado específico de la frase "(...) *en caso de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o la seguridad de un Estado parte*" (art. 27.1, CADH), y siendo así más allá de la cepa genealógica habida en el instrumento europeo de derechos humanos (art. 15, CEDH), se auspicia que la formulación particular al que, a la postre, arribaron los artífices del Pacto regional de derechos humanos resulte *interpretada y desarrollada en términos americanos*; y ello en vista que los intérpretes lidien convenientemente con conceptos peligrosamente vagos (en particular, ante las exégesis diversas, y a veces extremas, sobre la seguridad nacional que han prevalecido en algunas épocas en la región), como así también del carácter imprescindible de la supervisión por los órganos de monitoreo en cada caso que se invoquen el soporte convencional para la medida suspensiva de la observancia de los derechos humanos¹⁰⁰.

hacer notar que -en la actualidad no sólo se encuentran sujetos a numerosos requisitos que permiten su utilización en condiciones de relativa seguridad jurídica, sino también asociados con la explicación racional y coherencia institucional resultante de elementos complementarios, a saber: la interdicción de la arbitrariedad, el derecho a la verdad, los derechos de las minorías parlamentarias y una nueva forma de cultura pública. En otra contribución del Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se ofrece la siguiente explicación sobre la operatividad de las previsiones constitucionales domésticas para paliar circunstancias de emergencia: "(...) *los sistemas constitucionales democráticos prevén que en situaciones excepcionales las facultades de decisión se concentren para hacer más ágiles y eficaces las respuestas del poder. Se admite la suspensión provisional de los procedimientos estándar para dar margen a modalidades tan extraordinarias como los fenómenos mismos a los que se hace frente. Esta es una forma dinámica de reacción y se conoce como dictadura desde la República romana; en la actualidad puede ser encuadrada como una forma efímera, regulada y controlada de dictadura constitucional*", cfr. *ib.*; "La fuerza normativa de la crisis" *ap.* González Martín, Nuria - Valadés, Diego -coords., *Emergencia sanitaria por COVID19: Derecho constitucional comparado*, UNAM, México, 2020, p. 239.

(99) *Vide in profundis* RIBERI, Pablo. "When The Center Lies Outside The Figure: Republic, Imbalance of Powers and Emergencies" *ap.* Serna de la Garza, Pedro -coord., *Covid-19 and Constitutional Law*. UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional International Association of Constitutional Law, México, 2020, p. 40.

(100) MEDINA QUIROGA, Cecilia. *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2003, p. 47, con la siguiente aclaración: "(...) *es evidente que esta parte de la disposición se originó en la Convención Europea, y los precedentes creados en el sistema europeo en relación al artículo 15 de su Convenio pueden ser útiles para su interpretación. Sin embargo, la Convención Americana se diferencia del artículo 15 de la Convención Europea al sustituir la expresión europea 'la vida de la nación' por la expresión 'la independencia o la seguridad de un Estado'*". *Vide etiam* MEDINA QUIROGA, Cecilia - NASH ROJAS, Claudio. *Sistema interamericano de derechos humanos*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2007, p. 36; NORRIS, Robert, E. REITON, Paula, D. "The Suspension of Guarantees: A Comparative Analysis of the American Convention on Human Rights and the Constitutions of the States Parties", *Am. U. L. Rev.*, 30 (1980), pp. 189-223, 191-199); FAÚNDEZ-LEDESMA, Héctor. "La protección de los

Se entiende mejor así que en el presente la práctica del control de convencionalidad no podría perder de vista, despejado los escenarios de regularidad, que la implantación de un *estado de emergencia* cualquiera que sea la dimensión o denominación con que se le considere en el Derecho interno no puede comportar la supresión o la pérdida de *efectividad* de los derechos y garantías que los Estados Partes están obligados a respetar, asegurar y adoptar según el propio texto convencional (arts. 1.1 y 2 CADH)¹⁰¹.

Tales deberes generales derivan y son consecuencia natural de la ratificación de la Convención por los Estados, quienes en cumplimiento de aquéllos deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental y, además, suprimir las medidas y prácticas que lo restrinjan o vulneren.¹⁰² De allí que no debiera sorprender en lo que aquí incumbe la siguiente reflexión de los jueces de San José:

“(...) del análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que no se trata de una “suspensión de garantías” en sentido absoluto, ni de la “suspensión de los derechos” ya que siendo éstos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio”¹⁰³.

En algunos pronunciamientos posteriores, la Corte de San José ha llegado argumentar:

derechos humanos en situaciones de emergencia” ap. Buergenthal, Thomas -ed. *Contemporary Issues in International Law. Essays in Honor of Louis B. Sohn*. Engel, Arlington, 1984, pp. 101-126.

(101) Corte IDH, caso *Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 52, de fecha 30.5.1999, p. 186. A fines de la década de 1980, al expedirse en el asunto *Velásquez Rodríguez*, precisó que la primera obligación asumida por los Estados es la de “(...) respetar los derechos y libertades” reconocidos en la Convención, de manera que el ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son “(...) atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado”, mientras que la segunda obligación es la de “(...) garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos convencionales a toda persona sujeta a su jurisdicción, implicando no sólo el deber de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, sino también como consecuencia el de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos tutelados por el Pacto y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos. En suma, esta última obligación no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible su cumplimiento, sino que es menester que comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, cfr. Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sent. Serie C/n.º 4, de fecha 29.7.1988, pp. 165167.

(102) Corte IDH, OC n.º 18/03. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Serie A, de fecha 17.9.2003, p. 81.

(103) Corte IDH, OC n.º 8/87. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*). Serie A, de fecha 30.1.1987, p. 18.

“(…) la suspensión de garantías constituye una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos. Esto no significa, sin embargo, que la suspensión de garantías comporte la suspensión temporal del Estado de Derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse. Estando suspendidas las garantías, algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada”¹⁰⁴.

¿Cómo han entendido, a menudo, los académicos la fórmula “(…) suspensión de garantías”? En consonancia con los repertorios jurisprudenciales interamericanos, los estudiosos coinciden en señalar que ella sólo entraña la *posibilidad de interrumpir, momentáneamente, el goce y ejercicio efectivo de algunos derechos y libertades consagrados en la CADH*¹⁰⁵.

8. Desde que el art. 27 de la CADH no regula un estado general de cosas sino que es, por el contrario, un precepto concebido exclusivamente para entornos extraordinarios, una versión *diferenciada* del examen de convencionalidad supone, así, un *adecuado y efectivo control* de una medida estrictamente excepcional para enfrentar reales circunstancias de emergencia, susceptible de articular, por un lado, un análisis encaminado a determinar “(…) las razones y motivos que llevan a las autoridades internas a declarar un estado de emergencia”, y, por el otro, una averiguación sobre la conformidad convencional de la suspensión declarada en orden a «(…) la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación»; con la aclaración que, en el ensayo de tal indagación, se ha descartado una discrecionalidad estatal ilimitada y corresponderá a los órganos del SIDH, en el marco de sus respectivas competencias, ejercer una inspección en forma subsidiaria y complementaria¹⁰⁶.

Inclusive, en este *métier* la Corte IDH se ha auxiliado de los criterios de *duración, ámbito geográfico y alcance material* indicados por el Comité de Derechos Humanos de UN a través de su Obsv. Gral n.º 23/01, o bien, con los vertidos por la Corte Europea de Derechos Humanos –al expedirse, hacia mediados de 1961, en el asunto *Lawless vs. Ireland* en orden a los siguientes recaudos de existencia de un estado de

(104) Corte IDH, caso *Espinosa González vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 289, de fecha 20.11.2014, p. 120; *ib.*, OC n.º 8/87. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A, de fecha 30.1.1987, p. 24.

(105) FERRER MACGREGOR, Eduardo. “Restricción y suspensión de derechos en los tiempos del coronavirus (reflexiones a partir de la jurisprudencia interamericana)” *ap.* Barceló Rojas, Daniel, A. - Díaz Ricci, Sergio - García Roca, Javier - Guimarães Teixeira Rocha, María E. -coords., *Covid 19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, UNAM, México, 2020, p. 6.

(106) Corte IDH, caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Sent. Serie C/n.º 166, de fecha 4.7.2007, p. 47 y 52.

emergencia: (i) la existencia de una situación excepcional de crisis o emergencia; (ii) que ésta afecte a toda la población; y –finalmente (iii) que constituya una amenaza a la vida organizada de la sociedad¹⁰⁷.

Sin embargo, se abren otros aspectos a evaluar a más de la existencia de la realidad de emergencia y el encaje de las medidas dispuestas al respecto, en los términos señalados anteriormente, pues deberá verificarse además que las disposiciones que se adopten no vulneren otras obligaciones internacionales del Estado Parte, ni entrañen «(...) discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”, como así también el cumplimiento del *deber de información* inmediata previsto en el art. 27.3 de la CADH, en el entendimiento que este último constituye un mecanismo enmarcado en la noción de garantía colectiva subyacente al tratado, cuyo objeto y fin es la protección del ser humano, a la vez de funcionar como una salvaguardia para prevenir el abuso de las facultades excepcionales de suspensión de garantías y permitir, así, a los otros Estados Parte apreciar que sus alcances sean acordes con las disposiciones convencionales¹⁰⁸. No se trata, por ende, este último recaudo de una mera formalidad o cortesía¹⁰⁹, pues su carestía torna inoponible (pese a las meras alegaciones estatales) la normativa que rige los estados de excepción¹¹⁰.

En otras ocasiones, empero, el Tribunal interamericano ha insinuado un parámetro de convencionalidad no tan minucioso al focalizarse en el examen sobre que las limitaciones que se imponen a la actuación del Estado respondan a «(...) la necesidad genérica de que en todo estado de excepción subsistan medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten, a fin de que ellos se adecuen razonablemente a las

(107) Corte IDH, caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Sent. Serie C/n.º 166, de fecha 4.7.2007, pp. 46 y 48.

(108) Corte IDH, caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Sent. Serie C/n.º 166, de fecha 4.7.2007, p. 70; *ib.*, *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*. Opinión Consultiva OC26/20, de fecha 9.11.2020, Serie A n.º 26, p. 166. No hay que olvidar en este punto que el hecho de que la decisión sobre la justificabilidad de las restricciones a los derechos humanos impuestas por un Estado (sean permanentes, sean temporales), se adjudique en último término al órgano internacional de supervisión (arts. 44, 45 y 62 de la CADH), en modo alguno desarticula la chance de que el acto suspensivo también sea fiscalizado tanto en su razonabilidad como en su legalidad por los tribunales de justicia domésticos (tan pronto como se comprenda que la instancia de monitoreo internacional es subsidiaria), cfr. MEDINA QUIROGA, Cecilia - NASH ROJAS, Claudio. *Sistema interamericano de derechos humanos*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2007, pp. 4142.

(109) FERRER MACGREGOR, Eduardo. “Restricción y suspensión de derechos en los tiempos del coronavirus (reflexiones a partir de la jurisprudencia interamericana)” *ap.* Barceló Rojas, Daniel, A. - Díaz Ricci, Sergio - García Roca, Javier - Guimarães Teixeira Rocha, María E. -coords., *Covid 19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, UNAM, México, 2020, p. 9.

(110) Corte IDH, caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Sent. Serie C/n.º 72, de fecha 2.2.2001, pp. 9294. *Vide etiam ib.*, caso *J. vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 275, de fecha 27.11.2013, p. 124; *ib.*, caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Sent. Serie C/n.º 166, de fecha 4.7.2007, pp. 6971; *ib.*, caso *del Caracazo vs. Venezuela*, Sent. Serie C/n.º 58, de fecha 11.11.1999, p. 42; *et al.*

necesidades de la situación y no excedan de los límites estrictos impuestos por la Convención o derivados de ella"¹¹¹.

Tampoco podría desconocerse que de algunas decisiones interamericanas se ha llegado a inferir que sería más bien en hipótesis de ausencia de la coyuntura excepcional que las medidas suspensivas (a más de encontrarse prohibidas) darían lugar al ejercicio de un escrutinio jurisdiccional más riguroso¹¹².

De aquí se sigue que estas lecturas en aparente competencia todavía dejan abierta la cuestión (en lugar de suscitar un problema insoluble) de hasta qué punto resta una mejor (y más completa) explicación sobre las razones para confiar que, en lo venidero, la Corte de San José se enfrentará en todos los casos en que se active el Derecho de emergencia al reto de promover un examen intensivo de convencionalidad o se pondrán de manifiesto, cual ajustes, modulaciones en su aplicación.

Eduardo Ferrer MacGregor ha acercado, recientemente, consideraciones de peso acerca de la interpretación que aquí se propone, como en lo tocante a la identificación del desafío hermenéutico que tiene por delante el Tribunal regional, pues si según un rasgo central en su argumentario el instituto interamericano de suspensión de obligaciones ha de entenderse como la última vía disponible en los regímenes democráticos con la meta de asegurar su continuidad y proteger los derechos, tal caracterización no sólo es valiosa para patrocinar un escrutinio diferenciado en el que se inspeccione de modo más acentuado que los *Estados actúen con la mayor cautela en el uso de la potestad conferida* art. 27 de la Convención (como así también que, una vez decretada la suspensión, cumplimenten con su *obligación reforzada de obrar expedita y eficazmente para solucionar la emergencia y retornar a la normalidad*), pues también conlleva adicionalmente otro motivo para desplegar un juicio riguroso de compatibilidad convencional *debido al mayor grado de afectación al goce y ejercicio de los derechos humanos y libertades que se desata durante las circunstancias de emergencia*¹¹³.

Si el punto de vista sobre los derechos cual *political trumps*¹¹⁴ aun en escenarios emergenciales es correcto, este preliminar prototipo de monitoreo diferenciado de

(111) Corte IDH, caso *Durand y Ugarte vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 68, de fecha 16.8.2000, p. 99.

(112) FERRER MACGREGOR, Eduardo. "Restricción y suspensión de derechos en los tiempos del coronavirus (reflexiones a partir de la jurisprudencia interamericana)" *ap.* Barceló Rojas, Daniel, A. - Díaz Ricci, Sergio - García Roca, Javier - Guimarães Teixeira Rocha, María E. -coords., *Covid 19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, UNAM, México, 2020, p. 6, con reseña de la Corte IDH, caso *Castillo Páez vs. Perú*. Sentencia Serie C/n.º 34, de fecha 3.11.1997, p. 56.

(113) FERRER MACGREGOR, Eduardo. "Restricción y suspensión de derechos en los tiempos del coronavirus (reflexiones a partir de la jurisprudencia interamericana)" *ap.* Barceló Rojas, Daniel, A. - Díaz Ricci, Sergio - García Roca, Javier - Guimarães Teixeira Rocha, María E. -coords., *Covid 19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, UNAM, México, 2020, p. 14.

(114) DWORKIN, Ronald, M. *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977, p. XI; *ib.*, "Rights as Trumps" *ap.* Waldron, Jeremy -ed.; *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1984, p. 153 y ss.

convencionalidad lleva a considerar que, en el trasfondo, el examen que ha empezado por el sondeo de particularidades tocantes a los motivos y recaudos de procedencia de la declaración de la situación de emergencia, deberá luego conducirse con un cateo, con más brío y énfasis que en ocurrencias normales, sobre la condición o propiedad de los derechos en trance.

A esta altura resulta claro que ningún derecho reconocido por la Convención puede ser suspendido a menos que se cumplan las *condiciones estrictas* señaladas en el art. 27.1, no obstante pese a que estas últimas sean satisfechas el enunciado normativo interamericano devela una *cierta categoría de derechos* prácticamente inderrotable por las razones de emergencia:

“(...) lejos de adoptar un criterio favorable a la suspensión de los derechos, la Convención establece el principio contrario, es decir, que todos los derechos deben ser respetados y garantizados a menos que circunstancias muy especiales justifiquen la suspensión de algunos, en tanto que otros nunca pueden ser suspendidos por grave que sea la emergencia”¹¹⁵.

9. No es difícil vislumbrar que esta concepción de una *prohibición absoluta, completa y no derogable* de suspensión de ciertos derechos en los episodios más espinosos¹¹⁶, se encontraría ligada (de manera sutil pero no menos trascendental) a la imagen más general de la *esfera de lo indecidible*¹¹⁷. ¿Por qué lo estaría?

Al menos, desde que la Corte regional de derechos humanos se ha ocupado de dejar en claro que el *derecho a la vida* es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos al extremo que de no ser respetado, los demás carecen de sentido¹¹⁸, en mérito de lo

(115) Corte IDH, OC n.º 8/87. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A, de fecha 30.1.1987, p. 21. En torno a la distinción entre limitaciones y derogaciones, *vide in profundis* SALIBA, Aziz Tuffi - GARCÍA MAIA, Tainá. “Judicial Protection in States of Emergency. An Analysis of the Amplitude of Judicial Protection of Fundamental Rights During the Application of Derogations” *ap.* Haeck, Yves - Ruíz Chiriboga, Oswaldo - Burbano Herrera, Clara -eds., *35 Years of the InterAmerican Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*, Intersentia, Cambridge, 2015, pp. 222227.

(116) Cfr. BURGORGUE-LARSEN, Laurence - ÚBEDA DE TORRES, Amaya. *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*, Oxford University Press, New York, 2011, p. 373. También Eduardo Ferrer MacGregor auspicia la inserción en el mentado art. 27.2 de la CADH de un *núcleo inderogable de derechos*, cfr. Ferrer MacGregor, Eduardo; “Restricción y suspensión de derechos en los tiempos del coronavirus (reflexiones a partir de la jurisprudencia interamericana)” *ap.* Barceló Rojas, Daniel, A. - Díaz Ricci, Sergio - García Roca, Javier - Guimarães Teixeira Rocha, María E. -coords., *Covid 19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, UNAM, México, 2020, p. 7.

(117) FERRAJOLI, Luigi. “La esfera de lo indecidible y la división de poderes”, *Estudios Constitucionales*, 6 (1) (2008) 337343; *ib.*, “La esfera de lo indecidible frente a la efectividad del Estado de Derecho” *ap.* GonzálezAréchiga, Bernardo -coord., *Gobernabilidad y participación*, Fondo editorial de Nuevo León, México, 2008, pp. 25 y ss.

(118) Corte IDH, caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sent. Serie C/n.º 63, de fecha 19.11.1999, p. 144; *ib.*, caso *Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sent. Serie C/n.º 148, de

cual no son admisibles enfoques restrictivos al respecto¹¹⁹ y forma parte según el art. 27.2 de la CADH de un *núcleo inderogable*, pues se encuentra consagrado como uno de los derechos que no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes¹²⁰.

Del mismo modo, integran un *territorio inviolable*¹²¹ durante los episodios de emergencia: *v.gr.*, el derecho a la *integridad personal*, el que reviste, junto a la vida, un carácter angular en la CADH¹²², a la *nacionalidad*¹²³, *al recurso ante un tribunal o juez competente*¹²⁴, el principio de *trato con respeto debido a la dignidad inherente al ser humano* respecto de las personas privadas de libertad¹²⁵, al propio tiempo que ha sentenciado que la prohibición de tortura y de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes asume *carácter absoluto e inderogable*, incluso en las *circunstancias más difíciles* (*v.gr.*, guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades pública,

fecha 1.7.2006, p. 128; *ib.*, caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Sent. Serie C/n.º 146, de fecha 29.3.2006, p. 150; *ib.*, caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Sent. Serie C/n.º 166, de fecha 4.7.2007, p. 78. Lo que no podría pasarse por alto, tal como lo alerta Cecilia Medina Quiroga, es que si bien la formulación en el proyecto de la Comisión que prevaleció en este tramo del art. 27 de la Convención respondía a la idea de que la "(...) lista de los derechos cuyas obligaciones eran susceptibles de suspensión debía ser mantenida al mínimo", no es menos cierto que, de la historia fidedigna del Pacto, "(...) no es posible deducir el criterio utilizado para seleccionar estos derechos; la lista parece incluir o aquellos derechos que son muy básicos (...) o los derechos cuya restricción no podría nunca tener relevancia en el tratamiento efectivo de la situación de emergencia", cfr. MEDINA QUIROGA, Cecilia. *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2003, p. 48. Vide etiam MEDINA QUIROGA, Cecilia - NASH ROJAS, Claudio. *Sistema interamericano de derechos humanos*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2007, p. 37.

(119) Corte IDH, caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sent. Serie C/n.º 63, de fecha 19.11.1999, p. 144; *ib.*, caso Ximenes Lopez vs. Brasil. Sent. Serie C/n.º 149, de fecha 4.7.2006, p. 124; *ib.*, caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Sent. Serie C/n.º 166, de fecha 4.7.2007, p. 78.

(120) Corte IDH, caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sent. Serie C/n.º 140, de fecha 31.1.2006, p. 119; *ib.*, caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Sent. Serie C/n.º 150, de fecha 5.7.2006, p. 63; *ib.*, caso Baldeón García vs. Perú. Sent. Serie C/n.º 147, de fecha 6.4.2006, p. 82; *ib.*, caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Sent. Serie C/n.º 166, de fecha 4.7.2007, p. 78.

(121) BOBBIO, Norberto. *Teoría general de la política*. Madrid: Trotta, 2005, pp. 478-479.

(122) Corte IDH, caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sent. Serie C/n.º 140, de fecha 31.1.2006, p. 119; *ib.*, caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay. Sent. Serie C/n.º 112, de fecha 2.9.2004, p. 157.

(123) Corte IDH, caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sent. Serie C/n.º 130, de fecha 8.9.2005, p. 136.

(124) Corte IDH, caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Sent. Serie C/n.º 110, de fecha 8.7.2004, p. 97.

(125) Corte IDH, caso del Penal Miguel de Castro Castro vs. Perú. Sent. Serie C/n.º 160, de fecha 25.11.2006, p. 274.

etc.)¹²⁶, descontando su pertenencia al dominio del *jus cogens* internacional¹²⁷; el deber estatal de proveer *atención médica calificada*, inclusive psiquiátrica, a las personas privadas de libertad, tanto en situaciones de emergencia como para efectos de atención regular, sin perjuicio de que a más de protocolos de atención en salud demande particularmente en situaciones de emergencia la implementación de mecanismos ágiles y efectivos de traslado¹²⁸; el derecho de *acceso a medicamentos* como contenido indispensable del disfrute del más alto nivel posible de salud, en particular al reconocer de conformidad con el Consejo de Derechos Humanos y la antigua Comisión de Derechos Humanos que su ejercicio en el contexto de *pandemias* (como las de VIH/SIDA, tuberculosis, paludismo, etc.) es uno de los elementos fundamentales para alcanzar gradualmente el ejercicio pleno del derecho de toda persona al goce del mayor y completo estado de bienestar físico y mental¹²⁹; etc.

Dada la importancia fundamental de los *derechos políticos* dentro del sistema interamericano, en tanto se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención como las libertades de expresión, reunión, asociación, etc. y que

(126) Corte IDH, caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 119, de fecha 25.11.2004, p. 100; *ib.*, caso *López y otros vs. Argentina*. Sent. Serie C/n.º 396, de fecha 25.11.2019, p. 180; *ib.*, caso *Azul Rojas Marín y otras vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 402, de fecha 12.3.2020, p. 140. *Vide etiam* Antkowiak, Thomas- M. Gonza, Alejandra; *The American Convention On Human Rights. Essential Rights*. New York: Oxford University Press, 2017, p. 107.

(127) Corte IDH, caso *Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Sent. Serie C/n.º 103, de fecha 27.11.2003, p. 92; *ib.*, caso *Valenzuela Ávila vs. Guatemala*. Sent. Serie C/n.º 386, de fecha 11.10.2019, p. 180. Huelga recordar que, con arreglo al art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, las normas de *jus cogens* se encuentran conceptualizadas con el siguiente alcance: "(...) *norma imperativa de Derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter*", independientemente que aquéllas en su evolución y por su propia definición no se han limitado al Derecho de los tratados sino que han ampliado su ámbito de aplicación al punto de proyectarse también el Derecho internacional general y hasta abarcar todos los actos jurídicos, manifestándose, así, también en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados e incidiendo, en última instancia, en los propios fundamentos del orden jurídico internacional. De allí que, con motivo de un inventario no exhaustivo, los jueces de San José han ilustrado, además del ejemplar principio de igualdad y prohibición de discriminación, con los siguientes candidatos: *v.gr.*, prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica; prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; prohibición de la desaparición forzada de personas; prohibición de la esclavitud y otras prácticas análogas; principio de no devolución *non refoulement*, incluyendo el no rechazo en frontera y la devolución indirecta; prohibición de cometer o tolerar graves violaciones a los derechos humanos dentro de un patrón masivo o sistemático, (entre ellas ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y torturas); prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad y la obligación asociada de penalizar, investigar y sancionar estos crímenes; etc., cfr. Corte IDH, *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*. Opinión Consultiva OC26/20, de fecha 9.11.2020, Serie A n.º 26, pp. 102 y 106.

(128) Corte IDH, caso *Hernández vs. Argentina*. Sent. Serie C/n.º 395, de fecha 22.11.2019, p. 88.

(129) Corte IDH, caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Sent. Serie C/n.º 359, de fecha 23.8.2018, p. 108; *ib.*, caso *Duque vs. Colombia*. Sent. Serie C/n.º 310, de fecha 26.2.2016, p. 174.

en conjunto hacen posible el juego democrático, tales caracteres determinan que el art. 27 haya prohibido también su suspensión como la de las garantías judiciales indispensables para la protección que se les dispensa¹³⁰.

Es del caso hacer notar que la garantía de *debido proceso* implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción¹³¹. Por lo restante, se apunta que los procesos constitucionales de *hábeas corpus* y de *amparo* entrañan garantías judiciales *indispensables* para la tutela de varios derechos cuya suspensión está vedada por el art. 27.2 de la CADH e inherentes a la preservación del Estado de Derecho en una sociedad democrática aun bajo la legalidad excepcional que resulta de un estado de excepción¹³²; incluso, se ha fallado que aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Partes que autoricen explícita o implícitamente el cese o interrupción tutelar de tales procedimientos deben considerarse *incompatibles* con las obligaciones internacionales que les impone la Convención¹³³.

La responsabilidad estatal, por cierto, no termina cuando las autoridades competentes emiten una decisión o sentencia, sino que requiere -además que el Estado garantice los *medios y mecanismos eficaces para ejecutar las decisiones definitivas*, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados¹³⁴.

(130) Corte IDH, caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sent. Serie C/n.º 184, de fecha 6.8.2008; *ib.*, caso *Yatama vs. Nicaragua*. Sent. Serie C/n.º 127, de fecha 23.6.2005, p. 191.

(131) Corte IDH, caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 119, de fecha 25.11.2004, p. 144; *ib.*, OC n.º 8/87. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Serie A, de fecha 30.1.1987, p. 30; *ib.*, OC n.º 9/87. *Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Serie A, de fecha 6 de octubre de 1987, p. 20.

(132) Corte IDH, caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 123, de fecha 24.11.2006, p. 123; *ib.*, caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 137, de fecha 25.11.2005, p. 112; *ib.*, caso *López Álvarez vs. Honduras*. Sent. Serie C/n.º 141, de fecha 1.2.2006, p. 92; *ib.*, caso *Acosta Calderón vs. Ecuador*. Sent. Serie C/n.º 129, de fecha 24.6.2005, p. 90; *ib.* caso *Tibi vs. Ecuador*. Sent. Serie C/n.º 114, de fecha 7.9.2004, p. 128; *ib.*, caso *Durand y Ugarte vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 68, de fecha 16.8.2000, p. 103; *ib.*, caso *Neira Alegría y otros vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 20, de fecha 19.1.1995, p. 82; *ib.*, OC n.º 8/87. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Serie A, de fecha 30.1.1987, pp. 35 y 42.

(133) Corte IDH, caso *Loayza Tamayo vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 33, de fecha 17.9.1997, p. 50; *ib.*, OC n.º 8/87. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Serie A, de fecha 30.1.1987, pp. 35 y 42.

(134) Corte IDH, caso *Muelle Flores vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 375, de fecha 6.3.2019, p. 125; *ib.*, *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, Sent. Serie C/n.º 359, de fecha 23.8.2019, p. 169; *ib.*, *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, Sent. Serie C/n.º 348, de fecha 8.2.2018, p. 208; *ib.*, OC n.º 9/87. *Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Serie A, de fecha 6.10.1987, p. 24.

Adicionalmente, a partir del criterio de interpretación del art. 29.c del Pacto, la Corte IDH según lo previene Eduardo Ferrer MacGregor¹³⁵ ha considerado también dentro del rótulo de garantía judicial indispensable, a todo *aquel procedimiento judicial, inherente a la forma democrática representativa de gobierno y previsto en el Derecho interno, que luzca idóneo para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el art. 27.2 de la CADH y en la medida que su supresión o limitación comporte indefensión*¹³⁶.

10. Con todo, ni siquiera la vigilancia diferenciada que se imprima sobre las causales y presupuestos de procedencia de la suspensión, cuanto alrededor del reseñado repertorio de derechos infranqueables al resultar equipados con una propiedad de vigencia constante o de *mínimo irreductible y universalmente reconocible en la protección de la persona humana*¹³⁷, podría estar vacía de alguna medida de indagación –por cierto, más rigurosa y escrupulosa que en ciclos ordinarios en torno a la dosis de *justificación*, en especial, el testeó sobre la *exposición racional de las razones* que condujeron a la declaratoria suspensiva de las obligaciones (máxime si sus destinatarios no estarán a la expectativa de cualquier tipo de ellas sino justamente de las *razones que el Derecho suministra* y que hacen a la *credibilidad a las decisiones jurídicas en una sociedad democrática*).

Aquí el punto terminal de la motivación del acto suspensivo radica en entender que habida cuenta que el art. 27.1 contempla distintas situaciones especiales las medidas que se adopten para enfrentar cada una de ellas deben ser ajustadas a «(...) *las exigencias de la situación*», de tal suerte que su juridicidad dependerá, entonces, de que haya una exteriorización de una justificación razonada que, en aras de descartar cualquier indicio de arbitrariedad, permita comprender la conclusión rendida alrededor del *carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia*, así como sobre la *proporcionalidad y razonabilidad* que guarden las medidas adoptadas a su respecto¹³⁸. Esto implica, por cierto, que la prerrogativa estatal de suspensión

(135) Cfr. FERRER MACGREGOR, Eduardo. “Restricción y suspensión de derechos en los tiempos del coronavirus (reflexiones a partir de la jurisprudencia interamericana)” *ap.* Barceló Rojas, Daniel, A. - Díaz Ricci, Sergio - García Roca, Javier - Guimarães Teixeira Rocha, María E. -coords., *Covid 19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, UNAM, México, 2020, pp. 89.

(136) Corte IDH, OC n.º 9/87. *Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Serie A, de fecha 6.10.1987, pp. 3739.

(137) Cfr. CANÇADO TRINDADE, Antonio. “Los derechos no susceptibles de suspensión en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia” *ap.* Moyer, Charles Zeledón, Cristina -eds., *Estudios básicos de derechos humanos*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, v. VI, p. 19.

(138) Corte IDH, OC n.º 8/87. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Serie A, de fecha 30.1.1987, p. 22; *ib.*, caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Sentencia Serie C/n.º 166, de fecha 4.7.2007, p. 45. Es, sin duda, sumamente beneficiosa la lectura de MEDINA QUIROGA, Cecilia. *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2003, pp. 5253, dejando en claro que las medidas que se implementen, a más de proporcionales en tiempo y forma cuanto razonablemente conducentes al

de obligaciones debe ser ejercida e interpretada a tenor de lo previsto en el art. 29.a de la CADH como *excepcional* y en *términos restrictivos*¹³⁹.

¿Cuál es la clave, entonces, si la permisibilidad convencional de las medidas de emergencia fracasa o deviene insuficiente? Al margen de la responsabilidad por violación de derechos y libertades protegidos por la Convención (art. 63.1 CADH), es indisputable que el deber general estipulado en su art. 2 implica la adopción de medidas de Derecho interno¹⁴⁰ en dos vertientes: (i) por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas convencionalmente; (ii) por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías¹⁴¹.

objetivo de superar la emergencia que las originara, están conectadas con el principio de necesidad, en función del cual aquéllas deben ser adecuadas, cualidad que ha de derivar de un cotejo sobre la *relación entre el peligro que acecha a la comunidad y los medios para contrarrestarlos*. Los límites a los que alude la Corte IDH apuntan, en opinión de la profesora de la Universidad de Chile, a dos aspectos capitales: la forma de afectación de los derechos y las personas que se verán afectadas por dichas medidas. En cuanto a lo primero, la autoridad no debe en ninguna circunstancia excederse en el rigor de las medidas que deben ser solamente aquéllas que constituyen el medio idóneo y único para restablecer la normalidad, mientras que en lo tocante a las personas afectadas, aquélla debe limitarse a suspender el ejercicio de los derechos de personas que estén directamente involucradas en la situación de emergencia sin afectar los derechos de personas distintas de éstas. *Vide etiam* MEDINA QUIROGA, Cecilia - NASH ROJAS, Claudio. *Sistema interamericano de derechos humanos*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2007, p. 41.

(139) Corte IDH, caso *Espinosa González vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 289, de fecha 20.11.2014, p. 117; *ib.*, caso *J. vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 275, de fecha 27.11.2013, p. 124.

(140) Esta nota (por cierto, tipificante del SIDH debido a la carestía de una disposición normativa similar en el ejemplar europeo, cfr. Hitters, Juan, C. *Derecho internacional de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ediar, 1993, t. II, p. 90) descubre sostén en el principio de *effet utile*, auscultando el imperativo de que las autoridades estatales *adaptan* su actuación a la normativa de protección de sesgo convencional, sin perjuicio de reconocerse –en los anales jurisprudenciales de la Corte de San José que la obligación consignada en el referido art. 2 no entraña sino una *norma de oriundez consuetudinaria* que prescribe que, cuando un Estado ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su Derecho doméstico las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones internacionales asumidas, cfr. Corte IDH, caso *“La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Sent. Serie C/n.º 73, de fecha 5.2.2001, p. 87; *ib.*, caso *Alvarado Espinoza y otros vs. México*. Sent. Serie C/n.º 370, de fecha 28.11.2018, p. 258; *ib.*, caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Sent. Serie C/n.º 39, de fecha 27.8.1998, p. 68; *ib.*, caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sent. Serie C/n.º 184, de fecha 6.8.2008, p. 132. Sobre la discusión en torno a si media o no un régimen jurídico diferenciado entre el aludido deber general de adoptar, según sus procedimientos constitucionales y a tenor de las disposiciones del Pacto, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por aquél, y la obligación consagrada en el art. 26 del mismo Pacto de implementar providencias con la meta de realizar progresivamente la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, *vide* Medina Quiroga, Cecilia; “Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana” *ap.* García Ramírez, Sergio y otros, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 231 y ss.; *ib.*, *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2003, pp. 37 y ss.

(141) Corte IDH, caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sent. Serie C/n.º 52, de fecha 30.5.1999, p. 207. *Vide etiam ib.*, caso *Fernández Prieto y Tumbreiro vs. Argentina*. Sent. Serie C/n.º 411, de fecha

De allí que -a título de garantía de no repetición- se ha impuesto la adecuación de la legislación nacional en materia de estados de emergencia y suspensión de garantías al Pacto de San José como a los parámetros convencionales sentados por las interpretaciones jurisprudenciales de la Comisión IDH y de la propia Corte¹⁴².

IV. Un set de argumentos en torno al modelo de una revisión multinivel de convencionalidad respecto de grupos humanos en situación de vulnerabilidad. ¿Otro espécimen en el elenco de supervisión diferenciada de convencionalidad?

11. A través de una más reciente estela de pronunciamientos de la Corte IDH y dentro del campo de las restricciones a los derechos en contextos de normalidad¹⁴³, puede descubrirse otro campo prolífico para el despliegue de una diversa tipología de control diferenciado de convencionalidad en la que se reclama una *atención especial* por parte de sus ejecutores, cuando en ocasión de analizar derechos de grupos humanos en estado de debilidad deben brindar una respuesta desde un muy *comprendido corpus juris* que debe servir para definir el *contenido* y los *alcances* de las obligaciones estatales¹⁴⁴.

Aquí la peculiaridad del análisis de compatibilidad convencional deriva de su práctica ante *situaciones de particular vulnerabilidad* de grupos minoritarios o no dominantes, cuyos miembros y hasta, según el caso, el grupo en sí se presentan como

1.9.2020, p. 99.

(142) Corte IDH, caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Sent. Serie C/n.º 166, de fecha 4.7.2007, pp. 152154.

(143) FERRER MACGREGOR, Eduardo. "Restricción y suspensión de derechos en los tiempos del coronavirus (reflexiones a partir de la jurisprudencia interamericana)" *ap.* Barceló Rojas, Daniel, A. - Díaz Ricci, Sergio - García Roca, Javier - Guimarães Teixeira Rocha, María E. -coords., *Covid 19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, UNAM, México, 2020, pp. 45, recalcando que el Tribunal Interamericano, de conformidad con el art. 30 de la CADH, ha considerado, en términos generales, que una restricción es *legítima* a partir de los siguientes parámetros: (i) prevista en una *ley* (en el sentido de acto normativo enderezado al bien común, emanado del Poder legislativo democráticamente elegido y promulgado por el Poder ejecutivo, de modo que sólo la ley formal tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención); (ii) responda a un *fin legítimo*; (iii) *idónea* para alcanzar tal fin; (iv) *necesaria*, *i.e.*, que dentro de las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo, se utilice aquella que implique el menor grado de injerencia en el derecho en cuestión; y, por lo demás, (v) *proporcional* (proporcionalidad en sentido estricto), *i.e.*, que la medida logre una importante protección del derecho o interés protegido, sin hacer nugatorio aquel otro derecho objeto de la restricción.

(144) Corte IDH, caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, Sent. Serie C/n.º 351, de fecha 9.3.2018, p. 149; *ib.*, caso *Rochac Hernández vs. El Salvador*, Sent. Serie C/n.º 285, de fecha 14.10.2014, p. 106; con la sugerencia que en los usos más tempranos del mencionado *corpus juris* se ha tomado en consideración (a más, por cierto, de disposiciones y principios internacionales) las cláusulas de textos constitucionales de los Estados de conformidad con las reglas de interpretación sentadas por el art. 29 de la CADH, *cfr. ib.*, caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Sent. Serie C/n.º 134, de fecha 15.9.2005, p. 153.

*sujetos de derechos con prevalente protección y gestan, de esta manera, obligaciones reforzadas de tutela en cabeza de los Estados*¹⁴⁵ y una *especial intensidad en oportunidad de evaluar el cumplimiento de los deberes objetivos y erga omnes de respeto y garantía*¹⁴⁶.

El Tribunal de San José, en su calidad [autoadjudicada] de intérprete último de la Convención¹⁴⁷, ha insertado a título enunciativo dentro del universo de grupos vulnerables o marginados a las personas migrantes¹⁴⁸ y apátridas¹⁴⁹, como así también a las *minorías étnicas*¹⁵⁰, los colectivos no dominantes por su orientación sexual e identidad de género¹⁵¹, las comunidades y pueblos nativos, indígenas y tribales¹⁵², las mujeres¹⁵³,

(145) Corte IDH, caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, Sent. Serie C/n.º 349, de fecha 8.3.2018, p. 132. Al igual de lo que acontece con el alumbramiento de la teoría del control de convencionalidad (tal como lo ha advertido CONTESE, Jorge; “The International Authority of the InterAmerican Court of Human Rights: A Critique of the Conventionality Control Doctrine”, *International Journal of Human Rights*, 22 (2018) 11681191), la afirmación de su carácter de exégeta autoritativo y final encarna también otra faceta de la muestra que, a juicio de Steven Koh, se etiqueta como *Marbury moments*, esto es, el episodio en el que una corte de justicia emite un pronunciamiento (a menudo, en su temprana historia institucional) que modela la naturaleza de su propia autoridad o el sentido y alcance de un principio jurídico axiomático y no siempre de un modo textualmente diáfano o transparente, cfr. KOH, Steven. “Marbury Moments”, *Colum. J. Transnat’l L.*, 54 (2015), p. 118.

(146) Corte IDH, caso *Véliz Franco y otros vs. Guatemala*, Sent. Serie C/n.º 277, de fecha 19.5.2014, p. 134.

(147) Corte IDH, caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, Sent. Serie C/n.º 257, de fecha 28.11.2012, p. 171; *ib.*, *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)* OC22/16, Serie A/n.º 22, de fecha 26.2.2016, p. 72.

(148) Corte IDH, caso *Nadege Dorzema y otros vs. Nicaragua*, Sent. Serie C/n.º 251, de fecha 24.10.2012, p. 232; *ib.*, caso *Vélez Loor vs. Panamá*, Sent. Serie C/n.º 218, de fecha 23.11.2010, p. 254; *ib.*, caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, Sent. Serie C/n.º 272, de fecha 25.11.2013, p.128; *et al.*

(149) Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, OC18/03, Serie A/n.º 18, de fecha 17.9.2003, p. 142; *ib.*, caso *de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, Sentencia Serie C/n.º 282, de fecha 28.8.2014, p. 257; *ib.*, caso *de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Sentencia Serie C/n.º 130, de fecha 8.9.2005, p. 142.

(150) Corte IDH, caso *López Álvarez vs. Honduras*, Sent. Serie C/n.º 141, de fecha 1.2.2006, p. 169; *ib.*, caso *Rosendo Cantú y otras vs. México*, Sent. Serie C/n.º 216, de fecha 31.8.2010, p. 185.

(151) Corte IDH, caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Sent. Serie C/n.º 239, de fecha 24.2.2012, p. 92; *ib.*, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Opinión Consultiva OC-24/17, de fecha 24.11.2017, Serie A n.º 24, p. 66 y 68.

(152) Corte IDH, caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Sent. Serie C/n.º 245, de fecha 27.6.2012, párrafo 216; *ib.*, caso *Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay*, Sent. Serie C/n.º 125, de fecha 17.6.2005, p. 63; *ib.*, caso *Pueblo Saramaka vs. Suriname*, Sent. Serie C/n.º 185, de fecha 12.8.2008, p. 86 y 178; *ib.*, caso *Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Sent. Serie C/n.º 214, de fecha 24.8.2010, p. 270; *ib.*, caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, Sent. Serie C/n.º 215, de fecha 30.8.2010, p. 200; *ib.*, caso *de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá*, Sent. Serie C/n.º 284, de fecha 14.10.2014, p. 167; *et al.*

(153) Corte IDH, caso *I.V. vs. Bolivia*, Sent. Serie C/n.º 329, de fecha 30.11.2016, p. 299.

las niñas, niños y adolescentes¹⁵⁴, las personas en situación de desplazamiento, asilo y refugio¹⁵⁵, los trabajadores rurales sin tierra¹⁵⁶, las personas mayores¹⁵⁷, las personas con discapacidad¹⁵⁸, las personas privadas de libertad¹⁵⁹, las personas con VIH/SIDA, con tuberculosis, etc.¹⁶⁰.

¿Cómo ha sido posible contar con un Derecho *protector*, no desposeedor de sus derechos?¹⁶¹.

Debería comenzarse cuanto menos por considerar que ha sido parte clave de este entramado jurisprudencial¹⁶², el *estándar de vulnerabilidad*, en mérito del cual toda persona que se encuentre en una situación de particular debilidad, desvalimiento o riesgo es titular de una *protección especial*, en razón de los deberes especiales cuya ejecución por parte del Estado es necesaria en pos de la observancia de las aludidas obligaciones de respeto y garantía:

(154) Corte IDH, *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, Sent. Serie C/n.º 350, de fecha 8.3.2018, p. 156; *ib.*, caso *Coc Max y otros vs. Guatemala*, Sent. Serie C/n.º 356, de fecha 22.8.2018, p. 115; *ib.*, caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Sent. Serie C/n.º 134, de fecha 15.9.2005, p. 156; *ib.*, caso *Masacre de Ituango vs. Colombia*, Sent. Serie C/n.º 148, de fecha 1.7.2006, p. 246; *ib.*, caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Sent. Serie C/n.º 259, de fecha 30.11.2012, p. 239; *ib.*, caso *de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*, Sent. Serie C/n.º 270, de fecha 20.11.2013, p. 327; *ib.*, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, OC17/02, Serie A/n.º 17, de fecha 28.8.2002, p. 25.

(155) Corte IDH, caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Sent. Serie C/n.º 134, de fecha 15.9.2005, p. 177; *ib.*, caso *de los Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*, Sent. Serie C/n.º 328, de fecha 30.11.2016, p. 173; *ib.*, caso *Masacre de Ituango vs. Colombia*, Sent. Serie C/n.º 148, de fecha 1.7.2006, p. 212, *ib.*, *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, OC25/18, Serie A/n.º 25, de fecha 30.5.2018, p. 100.

(156) Corte IDH, caso *Garibaldi vs. Brasil*, Sent. Serie C/n.º 203, de fecha 23.9.2009, p. 141.

(157) Corte IDH, caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, Sent. Serie C/n.º 349, de fecha 8.3.2018, p. 132 y 148; *ib.*, caso *Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay*, Sent. Serie C/n.º 125, de fecha 17.6.2005, p. 175.

(158) Corte IDH, caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, Sent. Serie C/n.º 149, de fecha 4.7.2006, p. 105 y 129, *ib.*, caso *Furlan y familiares vs. Argentina*, Sent. Serie C/n.º 246, de fecha 31.8.2012, p. 134 y 269.

(159) Corte IDH, caso *Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, Sent. Serie C/n.º 303, de fecha 5.10.2015, p. 156; *ib.*, caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, Sent. Serie C/n.º 69, de fecha 18.8.2000, p. 90; *ib.*, caso *de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, Sent. Serie C/n.º 63, de fecha 19.11.1999, p. 166; *ib.*, caso *de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú.*, Sent. Serie C/n.º 110, de fecha 8.7.2004, p. 108; *ib.*, caso *Tibi vs. Ecuador*, Sent. Serie C/n.º 114, de fecha 7.9.2004, p. 147; *et al.*

(160) Corte IDH, caso *González Lluy y otros vs. Ecuador*, Sent. Serie C/n.º 298, de fecha 1.9.2015, p. 173; *ib.*, caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, Sent. Serie C/n.º 359, de fecha 23.8.2019, p. 106; *ib.*, caso *Hernández vs. Argentina*, Sent. Serie C/n.º 395, de fecha 22.11.2019, p. 77.

(161) Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, OC17/02, Serie A/n.º 17, de fecha 28.8.2002, p. 24. Del voto concurrente del juez Sergio García Ramírez.

(162) Algunas muestras jurisprudenciales han sido recolectadas en BURGORGUE-LARSEN, Laurence - ÜBEDA DE TORRES, Amaya. *The InterAmerican Court of Human Rights: Case Law and Commentary*, Oxford University Press, New York, 2011, pp. 345, 514515, 406, 441, etc.

“(…) no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”¹⁶³.

Precisamente los Estados deben abstenerse de actuar de manera tal que propicien, estimulen, favorezcan o profundicen tal vulnerabilidad, sea consustancial, sea potenciada por la confluencia interseccional de distintos factores de vulnerabilidad o fuentes de discriminación y han de adoptar, cuando sea pertinente, medidas necesarias y razonables para prevenir o proteger los derechos de quienes se encuentren en tal situación¹⁶⁴.

Estas argumentaciones se encaminan a aprehender mejor la operatividad del control diferenciado de convencionalidad que aquí entra en juego, y que se reproduce en el entendimiento de que la acción de protección en el ámbito del DIDH no busca regir las relaciones entre iguales sino proteger ostensiblemente a los más débiles y vulnerables¹⁶⁵.

(163) Corte IDH, caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, Sent. Serie C/n.º 149, de fecha 4.7.2006, p. 103; *ib.*, caso *Furlan y familiares vs. Argentina*, Sent. Serie C/n.º 246, de fecha 31.8.2012, p. 134; *ib.* caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, Sent. Serie C/n.º 257, de fecha 28.11.2012, p. 292; *ib.*, caso *Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala*, Sent. Serie C/n.º 312, de fecha 29.2.2016, p. 208; *et al.* Esta noción también condujo a la propia Corte a replicar que una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su *posición de garante* es la de generar las *condiciones de vida mínimas* compatibles con la dignidad de la persona humana (y, por ende, la de no producir condiciones que la dificulten o impidan). En este sentido, sobre aquél pesa el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de *personas en situación de vulnerabilidad, cuya atención se vuelve prioritaria*, *cfr.* Corte IDH, caso *Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay*, Sent. Serie C/n.º 125, de fecha 17.6.2005, p. 162.

(164) Corte IDH, caso *Vélez Loor vs. Panamá*, Sent. Serie C/n.º 218, de fecha 23.11.2010, p. 207 *in fine*. Por lo restante, la contribución por parte del Estado al crear o agravar la situación de vulnerabilidad de una persona, tiene un impacto significativo en la integridad de las personas que le rodean, en especial de familiares cercanos que se ven enfrentados a la incertidumbre e inseguridad generada por la vulneración de su familia nuclear o cercana, *cfr.* Corte IDH, caso *Furlan y familiares vs. Argentina*, Sent. Serie C/n.º 246, de fecha 31.8.2012, p. 250; *ib.*, caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, Sent. Serie C/n.º 349, de fecha 8.3.2018, p. 205.

(165) Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, OC16/99, Serie A/n.º 16, de fecha 1.10.1999, p. 23. Corte IDH, caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Sent. Serie C/n.º 239, de fecha 24.2.2012, p. 79; *ib.*, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC18/03, de fecha 17.9.2003, Serie A n.º 18, pp. 101105: con sujeción al imperativo convencional de respetar y garantizar los derechos humanos sin discriminación alguna y en una base de igualdad, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto* esto se traduce, *v.gr.*, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales; además, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones

12. ¿Qué notas tipificantes comparten los distintos pronunciamientos de la Corte IDH en los que se sopesan las pretensiones de tutela diferenciada de los grupos vulnerables y sus miembros?

Las hay de diferentes clases. La primera radica en la gran influencia que a la luz de la doctrina del control de convencionalidad adquieren una diversidad de *modos de articulación* entre el orden jurídico doméstico e internacional¹⁶⁶, a los que pueden acudir los sujetos interpretativos primordialmente ante hipótesis de antinomias o de conflictos hermenéuticos entre aquéllos, etc., pero también ante los problemas de indeterminación inherentes al lenguaje empleado por los autores de tales documentos normativos –con los necesarios rasgos de ambigüedad, vaguedad, etc., susceptibles de albergar una serie de dificultades sintácticas, lógicas y semánticas: *v.gr.*, desde la *aplicación del mejor Derecho y de la mejor interpretación* (con sustento en el principio *pro persona* [art. 29 CADH]¹⁶⁷, sin perjuicio de recurrir, llegado el caso y siempre que no se altere el contenido esencial de los derechos, a la directiva del *margen de apreciación nacional* como elemento de ponderación de derechos en función de realidades, creencias, posibilidades y experiencias locales), transitando por la alternativa de *reciclaje del Derecho interno* mediante la adecuación

discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas esto implica, entonces, el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias. En razón de los efectos derivados de esta obligación general, los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana.

(166) SAGÜÉS, Néstor, P. “De la Constitución Nacional a la Constitución Convencionalizada” *ap. Ferrer MacGregor, Eduardo -comp., Derecho procesal constitucional transnacional*, Porrúa, México, 2016, p. 6.

(167) En este orden de ideas, la Corte IDH ha recalcado que, sin descuidar la métrica común de interpretación de los tratados internacionales de naturaleza consuetudinaria (lo que implica la aplicación simultánea de la buena fe, el sentido ordinario de los términos empleados en el tratado de que se trate, el contexto de éstos y el objeto y fin de aquél), lo cierto es que al tratarse la CADH de un tratado de derechos humanos, ha de recurrir a pautas interpretativas propias del sistema (albergadas en el art. 29 del Pacto), entre las que identifica el principio *pro persona*, *cfr.* Corte IDH, *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*. Opinión Consultiva OC26/20, de fecha 9.11.2020, Serie A/n.º 26, p. 37; *ib.*, *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, OC25/18, Serie A/n.º 25, de fecha 30.5.2018, p. 136; *ib.*, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, OC21/14, Serie A/n.º 21, de fecha 19.8.2014, p. 54. Con anterioridad, el Tribunal de San José ha dejado en claro que los tratados internacionales de derechos humanos, como la propia Convención, son de una *naturaleza jurídica distinta* a los del Derecho internacional público general, debido a que su objeto y fin es la *protección de los derechos humanos de los individuos*, por lo que la *interpretación de las normas* se debe desarrollar a partir de un *modelo basado en valores* que el sistema interamericano pretende resguardar desde el “mejor ángulo” para la protección de la persona, *cfr.* Corte IDH, caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Sent. Serie C/n.º 205, de fecha 16.11.2009, pp. 33 y 62.

de las interpretaciones domésticas (constitucionales, legislativas, administrativas y judiciales) al Pacto y los principios jurisprudenciales vertidos por la Corte IDH, lo que implicaría en pensar, comprender y hacer funcionar el Derecho interno de conformidad con las pautas textuales y metatextuales mediante operaciones de *selección y construcción* de interpretaciones (inseparables de un papel *constructivo* o *positivo* de la fiscalización de convencionalidad), hasta desaguar en la decisión –concerniente a una *ultima ratio* convencional de *inaplicación de disposiciones y actos domésticos radicalmente incompatibles* con el texto convencional y su exégesis (atinente a un rol *represivo* o *negativo* de la inspección de convencionalidad).

Siempre que un agente interpretativo decida acudir a tales razones no es de esperarse que la doctrina del control de convencionalidad quede relegada en este plano¹⁶⁸, puesto que con base en ella se ha dicho que es necesario que las *interpretaciones judiciales y administrativas* y las *garantías judiciales* se apliquen *adecuándose* a los principios establecidos en la jurisprudencia interamericana, resultando ello de *particular relevancia* en relación con la *necesidad de tener en cuenta las situaciones de vulnerabilidad que pueda afrontar una persona o grupo, v.gr.*, con el fin de que se le garantice un *trato preferencial* respecto a la duración razonable del proceso especialmente cuando se trate de menores de edad o personas con discapacidad¹⁶⁹, o bien, en lo atinente a la especial gravitación que la ejecución de fallos –sin estorbos, ni demoras indebidas, a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral adquiere en casos de materia indígena, debido a que la situación especial

(168) Del mismo modo que tampoco el principio de acceso igual y expedito a la protección jurisdiccional efectiva, el debido proceso, etc., al menos si se conviene que la proclamación de derechos sin la provisión de garantías para hacerlos valer queda en el vacío y hasta se convierte en una *formulación estéril* que siembra expectativas y produce frustraciones –al punto que las garantías son las que permiten reclamar el reconocimiento de los derechos, recuperarlos cuando han sido desconocidos, restablecerlos si fueron vulnerados y ponerlos en práctica cuando su ejercicio tropieza con obstáculos indebidos, cfr. Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC18/03, de fecha 17.9.2003, Serie A n.º 18, pp. 3637. Del voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez.

(169) Corte IDH, caso *Furlan y familiares vs. Argentina*, Sent. Serie C/n.º 246, de fecha 31.8.2012, p. 305. También puede rastrearse un razonamiento semejante en ocasión de evaluar la *rapidez con que debe tramitarse una acción o recurso de amparo* en los términos del art. 25 de la Convención, debido a que el juicio orientado a determinar si la autoridad judicial competente ha actuado en concordancia con las necesidades de protección del derecho que se alega violado, no solamente ha de contemplar la naturaleza de la situación jurídica que se alega infringida sino también la particular situación de vulnerabilidad del accionante en relación con la posible o inminente afectación o lesión que sufriría si el recurso no es resuelto con la diligencia que la situación requiera, cfr. *ib.*, caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, Sent. Serie C/n.º 348, de fecha 8.2.2018, p. 198. Igualmente los recursos internos deben ser interpretados y aplicados con el fin de garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas, tomando en cuenta, entre otros criterios, el de otorgamiento de una protección efectiva que tome en cuenta las particularidades propias que los diferencian de la población en general y que conforman su identidad cultural, sus características económicas y sociales, su posible situación de vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres, así como su especial relación con la tierra, cfr. Corte IDH, caso *de los Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, Sent. Serie C/n.º 309, de fecha 25.11.2015, p. 251.

de vulnerabilidad de tales comunidades podría generar en sí misma obstaculizaciones no sólo para acceder a la justicia sino para lograr la ejecución de las decisiones adoptadas¹⁷⁰.

Una segunda característica saliente no menos importante que la anterior está dada por su enlace con premisas que se desgajan del principio de *protección igualitaria y efectiva de la ley y de no discriminación* (arts. 1.1 y 24 CADH), en mérito de su posición centralísima -en tanto *dato sobresaliente* del sistema tutelar de los derechos humanos que ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.¹⁷¹ A partir de allí, se ha montado el argumento de la *bidimensionalidad* del principio referido, susceptible de abarcar no solamente una concepción *negativa*, relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, sino también una de índole *positiva*, tocante a la obligación de crear condiciones de igualdad real frente a grupos históricamente excluidos o que cuentan con la *chance* de un mayor riesgo de discriminación¹⁷².

Complemento del principio de igualdad se ha dicho es el de *especificidad*, que advierte las diferencias materiales que prevalecen en la realidad y dispone correctivos y medios de igualación que permitan el disfrute universal de los derechos.¹⁷³

(170) Corte IDH, caso *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*, Sent. Serie C/n.º 305, de fecha 8.10.2015, p. 249. Otra opción argumentativa viable ha sido explorada por la Corte -al sentenciar los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú*: el Estado, durante la investigación y el juzgamiento, debe asegurar el pleno acceso y capacidad de actuar de la víctima en todas las etapas, de modo que en los casos en que la víctima, mujer e indígena, ha tenido que enfrentar diversos obstáculos en el acceso a la justicia, aquél tiene el deber de continuar proporcionando los medios para que la víctima acceda y participe en las diligencias del caso, para lo cual debe asegurar la provisión de intérprete y apoyo desde una perspectiva de género, en consideración de sus circunstancias de especial vulnerabilidad, cfr. Corte IDH, caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, Sent. Serie C/n.º 215, de fecha 30.8.2010, p. 230; *ib.*, caso *Rosendo Cantú y otras vs. México*, Sent. Serie C/n.º 216, de fecha 31.8.2010, p. 213.

(171) Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, OC18/03, Serie A/n.º 18, de fecha 17.9.2003, p. 110, en la inteligencia que debido a que los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, precisamente por su pertenencia al campo del *jus cogens*, revestido de carácter imperativo, se predica que aquél acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros -inclusive, particulares. Luego, ha insistido en su tipificación como *expresión jurídica de la propia comunidad internacional como un todo* que a raíz de su superior valor universal constituye un "(...) conjunto de normas indispensables para la existencia de la comunidad internacional y para garantizar valores esenciales o fundamentales de la persona humana. Esto es, aquellos valores que se relacionan con la vida y la dignidad humana, la paz y la seguridad (...) que protegen derechos fundamentales y valores universales sin los cuales la sociedad no prosperaría, por lo que producen obligaciones *erga omnes*", cfr. Corte IDH, *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*. Opinión Consultiva OC26/20, de fecha 9.11.2020, Serie A n.º 26, p. 105.

(172) Corte IDH, caso *Furlan y familiares vs. Argentina*, Sent. Serie C/n.º 246, de fecha 31.8.2012, p. 267.

(173) GARCÍA RAMÍREZ, Sergio - GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria. "Introducción" *ap.* García Ramírez, Sergio - González Martín, Nuria -Coord., *COVID19 y la desigualdad nos espera*, UNAM, México, 2020, p. XIV.

Precisamente la peculiaridad de tales situaciones ha conducido al Tribunal cimero de orden interamericano a estimar que una violación del derecho a la igualdad y no discriminación¹⁷⁴ se produce -además ante casos de *discriminación indirecta* reflejada en el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas o en otras medidas que, aun cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables¹⁷⁵.

Otra manera diferente en que predispone el principio precedente al operador jurídico en su labor de revisión convencional, finca en advertir que la protección dispensada a los grupos no dominantes tal como se ha presentado en los anales del Derecho judicial interamericano supone que toda tentativa de *eventual restricción* al ejercicio de sus derechos sea acompañada de una *fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, inclusive, la carga de la prueba* lo que significa, entonces,

(174) En su voto separado en ocasión de despachar la Opinión Consultiva n.º 4/84 el juez Rodolfo Piza Escalante entendió que si bien parecía claro que los conceptos de igualdad y de no discriminación se corresponden mutuamente cual *dos caras de una misma institución*: la igualdad es la cara positiva de la no discriminación, la discriminación es la cara negativa de la igualdad, y ambas la expresión de un valor jurídico de igualdad que está implícito en el concepto mismo del Derecho como orden de justicia para el bien común, debería retenerse que la igualdad penetró en el Derecho internacional cuando ya el Derecho constitucional, donde nació, había logrado superar el sentido mecánico original de la *igualdad ante la ley*, que postulaba un tratamiento idéntico para todos en todas las situaciones y que llegó en su aplicación a merecer el calificativo de *la peor de las injusticias*, y sustituirlo por el concepto -más moderno a juicio de Piza Escalante de la *igualdad jurídica*, entendido como una medida de justicia, que otorga un *tratamiento razonablemente igual a todos los que se encuentren en igualdad de circunstancias, sin discriminaciones arbitrarias y reconociendo que los desiguales merecen un trato desigual*. En este sentido, concluyó: *la igualdad jurídica* postula un derecho a participar del bien común en condiciones generales de igualdad, sin discriminaciones, y la no discriminación implica esa misma igualdad jurídica desde el punto de vista del derecho a no ser tratado con desigualdad a no ser objeto de distinciones, deberes, cargas o limitaciones injustas, irrazonables o arbitrarias. El peso de las desigualdades, entonces, ha hecho que, por razones históricas, la igualdad jurídica se defina en el Derecho internacional a través, fundamentalmente, del concepto de no discriminación, cfr. Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC4/84, de fecha 19.1.1984, Serie A n.º 4, p. 10. Del voto separado del juez Rodolfo Piza Escalante. La manera en que, además, la igualdad conlleva una diferenciación entre *distinción* y *discriminación* ha sido encarada en la Opinión Consultiva n.º 18/03: la primera alude a lo *admisible* en virtud de las notas de razonable, proporcional y objetivo, mientras que la segunda refiere a lo *inadmisible* por desaguar en una exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable y que, por ello, redunde en detrimento de los derechos humanos, cfr. Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, OC18/03, Serie A/n.º 18, de fecha 17.9.2003, p. 84.

(175) Corte IDH, caso *Nadege Dorzema y otros vs. Nicaragua*, Sent. Serie C/n.º 251, de fecha 24.10.2012, p. 235, tal concepto -el de discriminación indirecta tiene su fuente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual -recuerda la Corte ha establecido que "(...) cuando una política general o medida tiene un efecto desproporcionado perjudicial en un grupo particular puede ser considerada discriminatoria aún si no fue dirigida específicamente a ese grupo.", cfr. *ib.*, caso de *personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, Sentencia Serie C/n.º 282, de fecha 28.8.2014, p. 263.

que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no alberga un propósito ni un efecto discriminatorio¹⁷⁶.

¿Hacia dónde puede decantar un modo así? En correspondencia con el diseño de un verídico *escrutinio estricto de convencionalidad*, entre cuyos usos argumentativos se cuentan los que el Tribunal de San José ha apelado al encarar la vulnerabilidad de las personas mayores:

“(...) los criterios de análisis para determinar si existió una violación al principio de igualdad y no discriminación en un caso en concreto pueden tener distinta intensidad, dependiendo de los motivos bajo los cuales existe una diferencia de trato. En este sentido, la Corte estima que, cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio una de estas categorías, la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma”¹⁷⁷.

¿No sugiere esto, además, que la experiencia de diferencias de trato desfavorable pueda ser el producto de un actuar entrecruzado y compuesto de criterios específicos de discriminación prohibida y entornos de vulnerabilidad asociados?

Es fácil notar un concepto que asoma cada vez más en los muestrarios de la jurisprudencia interamericana, se trata del canon de *discriminación compuesta, interseccional o múltiple*, el que se amplifica en el campo de los grupos minoritarios, principalmente en aquellos supuestos en los que se verifica la confluencia en forma interseccional de múltiples factores de vulnerabilidad y fuentes de discriminación que se interaccionan y condicionan entre sí: *v.gr.*, en el caso específico de niñas y niños –ya beneficiarios de una protección especial en función de su edad, en el contexto de los conflictos armados se emplazan en una situación adjetivada de *par-*

(176) Corte IDH, caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Sent. Serie C/n.º 239, de fecha 24.2.2012, p. 124, con alusión a la prohibición de discriminación sexual y cita de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el punto (*v.gr.*, ECHR, *Karner vs. Austria*, n.º 40016/98, 24.10.2003, p. 37; *ib.*, *Kozak vs. Polonia*, n.º 13102/02, 2.3.2010, p. 92; *ib.*, *D.H. y otros vs. República Checa*, n.º 57325/00, 13.11.2007, p. 177; *ib.*, *Orsus y otros vs. Croacia*, n.º 15766/03, 16.3.2010, p. 150; *ib.*, *Andrejeva vs. Letonia*, n.º 55707/00, 18.2.2009, p. 84; *ib.*, *Serife Yigit vs. Turquía*, n.º 3976/05, 2.11.2010, p. 71; *ib.*, *Muñoz Díaz vs. España*, n.º 49151/07, 8.3.2010, p. 50; *et al.*)

(177) Corte IDH, caso *I.V. vs. Bolivia*, Sent. Serie C/n.º 329, de fecha 30.11.2016, p. 241.

ticular o mayor vulnerabilidad, máxime si se encuentran separados de sus padres o familiares –al punto que la Corte Interamericana ha señalado que, en tal supuesto, existe una obligación estatal de aplicar el *estándar más alto* para la calificación de acciones que atenten contra su integridad personal¹⁷⁸.

El tercer aspecto sobresaliente de un examen diferenciado de convencionalidad en casos paradigmáticos de vulnerabilidad descubre una relación también con una dimensión nueva, y poco explorada en la jurisprudencia interamericana en el parecer de algunos portavoces expertos, sobre el *derecho a la protección judicial como elemento integrador de los derechos fundamentales* de fuente nacional y convencional estipulado en el art. 25 CADH.

A diferencia del punto de vista tradicional que ha desenvuelto ampliamente el aspecto concerniente al deber de garantizar el acceso a un recurso judicial, efectivo, adecuado, rápido y sencillo –al punto de considerar cualquier medio de impugnación como una extensión del derecho de acceso a la justicia en general, se predica la existencia de una dimensión particular y de gran trascendencia sustantiva para la tutela de los derechos –incluso, autónoma de los contenidos del *debido proceso* sobre los que se explaya el art. 8 CADH. Cuando aquélla se combina con el tratamiento de asuntos concernientes a grupos vulnerables, le confiere a la tesis del control diferenciado de convencionalidad un insumo susceptible de integrarse con conceptos provenientes de totalidades de teorías y prácticas más amplios y hasta le sirve de sostén para acometer una función de contralor convencional adjetivada por contextos particulares de debilidad desde el enclave del *derecho a la garantía de los derechos* y desde una *dimensión integradora de derechos fundamentales* de rai-gón doméstico e internacional, en virtud de la cual tales aspectos tengan un *efecto importante* en el modelo de control de constitucionalidad y convencionalidad que adopten los Estados nacionales y en su eficacia¹⁷⁹, máxime en supuestos en los que teniendo por meta una protección más robusta e intensa de los derechos de grupos desventajados y sus integrantes es menester ponderar la situación de vulnerabili-

(178) Corte IDH, caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú.*, Sent. Serie C/n.º 110, de fecha 8.7.2004, p. 170; *ib.*, caso de las *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Sent. Serie C/n.º 252, de fecha 25.10.2012, p. 155; *ib.*, caso *Rochac Hernández vs. El Salvador*, Sent. Serie C/n.º 285, de fecha 14.10.2014, p. 110; *et al.* De lo anterior se colige que, en relación con la violencia contra la mujer, el deber de garantía adquiere especial intensidad en relación con niñas; esto es así debido a que la vulnerabilidad consustancial a la niñez puede verse enmarcada y potenciada debido a la condición de ser mujer: “(...) las niñas son, como se ha aseverado, ‘particularmente vulnerables a la violencia’.” La especial intensidad mencionada se traduce en el deber estatal de actuar con la mayor y más estricta diligencia para proteger y asegurar el ejercicio y goce de los derechos de las niñas frente al hecho o mera posibilidad de su vulneración por actos que, en forma actual o potencial implicaren violencia por razones de género o pudieren derivar en tal violencia, *cfr.* Corte IDH, caso *Véliz Franco y otros vs. Guatemala*, Sent. Serie C/n.º 277, de fecha 19.5.2014, p. 134.

(179) Corte IDH, caso *Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, Sent. Serie C/n.º 276, de fecha 30.1.2014, pp. 45. Del voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

dad en que los ejercen y la necesidad de que el Estado adopte medidas especiales para garantizarlos.

Al reconstruir en oportunidad más próxima ciertos aspectos que lindan con el núcleo central de este argumento, no sólo se ha hecho hincapié en el acceso a la justicia internacional al concebirlo como una *meta garantía* (en tanto permite asegurar la tutela judicial efectiva de derechos y las libertades reconocidos convencionalmente contra actos violatorios de los mismos, de forma coadyuvante y complementaria a las jurisdicciones nacionales), sino también en la condición de una *herramienta emancipadora* y, a la vez, una *apuesta inclusiva* y superadora para el empoderamiento de los *grupos histórica o tradicionalmente desaventajados*, pues tal impronta no redundará sino en el fortalecimiento de la institucionalidad democrática (aun en aquellos países con una marcada trayectoria de observancia de los derechos humanos)¹⁸⁰.

V. ¿Un test riguroso de convencionalidad por convergencia? A partir de la interacción de los argumentos contenidos en los ejemplares del sistema de vigilancia convencional diversificada

13. A esta altura, el lector bien podría abrigar la siguiente sospecha: ¿no podría configurarse, acaso, otra situación argumentativa en la que aislar el tipo específico de una revisión convencional distinta a las muestras hasta aquí colectadas? Primeramente explican Chaïm Perelman y Lucye Olbrechts-Tyteca¹⁸¹ nadie ignora que existen *interacciones entre argumentos*, de modo que si varios argumentos arriban a la misma conclusión, ya sea general o parcial, definitiva o provisional, aumentará, por consiguiente, el valor atribuido a la conclusión y a cada argumento; pues, parece poco probable que varios razonamientos totalmente erróneos conduzcan al mismo resultado. Esta conexión argumental, incluso, puede valerse de una simple enunciación, una exposición sistematizada y hasta de la alegación –con un modo explícito– de un *argumento de convergencia*.

Resulta, pues, que más allá del ambiente de un manejo *normal* de los asuntos públicos [*day-to-day management of public affairs*]¹⁸², las *emergencias* en el parecer de

(180) Cfr. Corte IDH, *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*. Opinión Consultiva OC26/20, de fecha 9.11.2020, Serie A n.º 26, p. 54.

(181) PERELMAN, Chaïm - OLBRECHTS-TYTECA, Lucye. *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*, Gredos, Madrid, 2006, pp. 714-715 [Título de la obra original *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Université de Bruxelles, Bruxelles, 1989].

(182) Cfr. SERNA DE LA GARZA, Pedro. "Preface" *ap. Covid-19 And Constitutional Law*. UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas – Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional International Association of Constitutional Law, México, 2020, p. IX, revelando (más tarde, en p. 62, en ocasión de su estudio bajo la etiqueta "COVID19 and Constitutional Law: The case of México") un dato sugestivo a la hora de entender los retos políticos y jurídicos que avivan la expansión de la peste: los constitucionalistas están acostumbrados a reflexionar y opinar sobre procesos y cuestiones

algunos académicos proveen una cotizada oportunidad para captar, desafiar y hasta reforzar nuestras más fundamentales suposiciones institucionales y normativas, al menos desde que afloran para testear los propios límites de tales asunciones¹⁸³.

No podrían entonces, darse por desatendidas las connotaciones que acarrea la realidad en estos tiempos convulsos del desmán vírico ocasionado por el SARS-CoV-2, tampoco las diferentes maneras con las que se ha pretendido encauzar jurídicamente su contrarresto en los distintos sistemas normativos¹⁸⁴.

constitucionales en un contexto de normalidad, mientras que la pandemia del COVID-19 les ha impuesto, al final, un deber pendiente: diseñar instituciones, procedimientos y mecanismos para que el Estado democrático y constitucional pueda reaccionar ante emergencias de este tipo con la menor posible alteración de sus principios fundacionales (esto es, los derechos humanos, la separación de poderes y la democracia).

(183) LAZAR, Nomi, C. "The Everyday Problem of Emergencies", *U. Toronto L. J.*, 59 (2) (2009) pp. 237249. Tal vez ello explique una reciente inquietud de Sergio García Ramírez: la pandemia que se abate hoy por hoy ha tenido una función singular, además de sus conocidas fatalidades, pues constituye un reflejo para que las personas se contemplen atrapadas por la desgracia y la necesidad de remontarla; es después de todo un *espejo para el mundo* que revela vicios y virtudes, cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. "Pandemia y desigualdad: los factores de una crisis" *ap.* García Ramírez, Sergio - González Martín, Nuria -Coord., *COVID19 y la desigualdad nos espera.*, UNAM, México, 2020, p. 45.

(184) Cfr. CANOSA USERA, Raúl. "Ordenación de las fuentes del Derecho en estados de emergencia sanitaria" *ap.* Barceló Rojas, Daniel-coords., *Covid 19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena.* México: UNAM, 2020, pp. 270271, al allegar un atractivo inventario de los distintos mecanismos de reacción [inaugural, por cierto] de los Estados ante la pandemia principalmente en el entorno europeo: desde las muestras de activaciones del propio *Derecho de la normalidad* en tanto de sus preceptos se extrajeron poderes y cargas para afrontar la incidencia sanitaria (de estar, *v.gr.*, a la alternativa alemana en pos de la puesta en marcha, desde el 27 de marzo de 2020, de la Ley de protección de la población en caso de epidemia de importancia nacional [*Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*], desechando así la aplicación de los dispositivos emergenciales albergados en los arts. 91 en ocasión de peligro para el régimen fundamental de libertad y democracia y 115 en oportunidad de situaciones de amenaza y guerra exterior de la Ley Fundamental de Bonn de 1949), pasando por la revista de distintas opciones a favor de algún mecanismo de *Derecho de excepción* (entre las que se destaca, *v.gr.*, la experiencia española por medio del pronunciamiento del estado de alarma –en mérito del Real Decreto n.º 463/2020 del día 14 de marzo con el propósito de sortear la crisis de salud, con sostén en los arts. 55.1 y 116 de la Constitución de 1978, al igual que en los preceptos de la Ley Orgánica n.º 4/1981), hasta, inclusive, la recolección de ejemplares *sui generis* del *Derecho de la normalidad* (tal como aconteció, *v.gr.*, en Francia, en la que se descartó, al inicio mismo de la peste, la implementación de los potestades presidenciales especiales previstas en el art. 16 del texto constitucional de 1958 en casos de amenaza grave e inmediata a las instituciones de la República, la independencia de la nación, la integridad del territorio y el cumplimiento de sus compromisos internacionales, y siempre que, además, se produzca una interrupción en el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales, como también del estado de urgencia por graves violaciones al orden público y hechos de calamidad pública contemplado por la Ley n.º 55385 del 13 de abril de 1955, para desaguar, no sin polémica, en la emisión de un decreto ministerial de la cartera de salud y la subsiguiente sanción –el día 23 de marzo de 2020 de la legislación que contempló el estado de urgencia sanitaria –*état d'urgence sanitaire*- ante una catástrofe de tal signo que ponga en peligro, por su naturaleza y duración, la salud de la población y cuya medidas resulten de su declaración por decreto del Consejo de Ministros, la que ha de informarse, para su seguimiento y evaluación, tanto a la Asamblea Nacional como al Senado [LOI n.º 2020290 *d'urgence*

Queda en claro, entonces, que el estado de emergencia producido por aquélla, aun cuando acarree la experiencia de una transformación radical en la vida cotidiana y hasta deslice el replanteamiento urgente de reformas estructurales al Estado constitucional [y convencional] de Derecho¹⁸⁵, no es una excepción dentro de la excepción¹⁸⁶. Tampoco podría sobreestimarse al punto que el Derecho excepcional se precipite hacia un excesivo empoderamiento de las autoridades públicas encargadas de lidiar con el esparcimiento de la peste a partir de un arriesgado cheque en blanco –*blank check*¹⁸⁷.

Descartando –al menos, en lo que aquí incumbe el propósito de desaguar hacia la modelación de un nuevo e innovador régimen de contralor [convencional] en

ce pour faire face à l'épidémie de COVID-19)), o bien, *formatos peculiarísimos por la imprevisión constitucional de institutos del Derecho de excepción* (un modelo al respecto, *v.gr.*, ha sido identificado en el orden constitucional italiano, pues el texto constitución de 1947 no ha ofrecido instrumento alguno para paliar la emergencia, de suerte que allí (luego de la Resolución del Consejo de Ministros del 31 de enero de 2020, en razón de la cual se declaró el estado de emergencia por riesgo sanitario asociado a la aparición de enfermedades causadas por agentes virales transmisibles] se ha persistido operando con el sistema de fuentes ordinario pero radicalmente transformado a partir del empleo de decretosleyes, tenidos en vista por el art. 77 de la Constitución para hipótesis de extraordinaria necesidad y de urgencia, con la meta de impulsar medidas urgentes para la contención y gestión de la emergencia epidemiológica del COVID19 [de conformidad, *v.gr.*, con los *Decreto Legge* n.º 6 del 23 de febrero, 9 del 2 de marzo, 11 del 8 de marzo, 14 del 9 de marzo, 18 del 17 de marzo, 22 y 23 del 8 de abril, 28 del 30 de abril, 29 y 30 del 10 de mayo, 33 del 16 de mayo, etc., todos del año 2020] y hasta su posterior transformación en ley [*v.gr.*, con motivo de la sanción de la *Legge* n.º 13 del 5 de marzo de 2020 respecto del decretoley n.º 6 del 23 de febrero del 2020, del mismo modo que la *Legge* n.º 27 del 24 de abril hizo lo propio con el decretoley n.º 18 del 17 de marzo del mismo año]. Para un mapeo en el campo del Derecho constitucional comparado en relación con el estado de crisis derivada de la pandemia ocasionada por la enfermedad del COVID19 mediante un análisis que pone el énfasis, a más del ejemplar europeo, en sistemas jurídicos americanos, asiáticos, africanos, oceánicos, etc., desbrozando los temas constitucionales que han sido de preocupación e interés en cada uno de ellos, cfr. SERNA DE LA GARZA, Pedro. "Preface" *ap. Covid-19 And Constitutional Law*. UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional International Association of Constitutional Law, México, 2020, p. X. *Vide etiam* GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria - VALADÉS, Diego -coords., *Emergencia sanitaria por COVID19: Derecho constitucional comparado*. México: UNAM, 2020.

(185) LANDA, César. "Fundamental Rights During the Coronavirus in Perú" *ap. Serna de la Garza, Pedro* -coord., *Covid-19 And Constitutional Law*. UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional International Association of Constitutional Law, México, 2020, p. 64, entre las que auspicia la propuesta de recepción –en los documentos constitucionales domésticos- de un actualizado listado de derechos económicos y sociales con protecciones especiales para los grupos más vulnerables.

(186) VALADÉS, Diego. "Problemas constitucionales de los estados de emergencia" *ap. Barceló Rojas, Daniel, A. - Díaz Ricci, Sergio - García Roca, Javier - Guimarães Teixeira Rocha, María E.* -coords., *Covid 19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, UNAM, México, 2020, p. XXX.

(187) AYALA CORAO, Carlos. "Venezuela: COVID19 + Dictatorship + Complex Humanitarian Emergency" *ap. Serna de la Garza, Pedro* -coord., *Covid-19 And Constitutional Law*. UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional International Association of Constitutional Law, México, 2020, p. 80.

materia de emergencias¹⁸⁸ y de cara al escenario global de una pandemia todavía abierta¹⁸⁹, lo cierto es que -de estar a lo anteriormente expuesto- el anterior catálogo de especímenes de contralor diferenciado de convencionalidad es sin duda sugerente, pero puede resultar engañoso si lo pretendido es clausurar el surtido de los escrutinios diversificados de inspección convencional. Es que las características anotadas para un ejercicio intensivo y más enérgico de la fiscalización convencional en contextos de emergencia y en situaciones de particular vulnerabilidad y riesgo, pueden conectarse intrínsecamente para alumbrar una variedad más, la que luzca conceptualmente distinta a las precedentes.

Esta inquietud parecería estrellarse de lleno con el parecer de aquellos estudiosos que sufragan la idea de que los tribunales de justicia harían bien con prescindir del empleo de los diferentes estándares de escrutinio y, en cambio, implementar una revisión en todos los contextos que se encamine a constatar no sólo que media un ajuste suficiente entre los medios que limitan, afectan, restringen, etc., los derechos y los propósitos perseguidos con su aplicación, sino también la carestía de alternativas menos restrictivas que las escogidas¹⁹⁰.

Con razón, en este punto se podría replicar que, de estar a la línea poderosamente influyente de los argumentos bosquejados por el Tribunal de San José, las medidas estatales para asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos son, en puridad, *de signo positivo*: unas de índole *general, i.e.*, dirigidas a toda la población y ligadas a la obligación de asegurar la vigencia de las normas internacionales en el ámbito interno, y otras de carácter *especial, i.e.*, determinables en función de las *particulares necesidades de protección* del sujeto de derecho, ya sea por su *condición personal* o por la *situación específica* en que se encuentra, de tal modo que en orden a esta última vertiente de medidas especiales los expertos están en lo cierto cuando alertan que ya media a su respecto una exigencia de revisión cuidadosa de convencionalidad¹⁹¹.

En más de un aspecto, se seguiría -en resumidas cuentas que este último respaldo de las medidas especiales conduce, fatalmente, a la hipótesis de un nuevo arquetipo de verificación diferenciada de convencionalidad hacia una dificultad crucial -hasta,

(188) ACKERMAN, Bruce. "The Emergency Constitution", *Yale L. J.* 113 (2004), p. 1031.

(189) GARCÍA ROCA, Javier. "La experiencia de España en el estado de alarma ante el coronavirus" *ap.* Serna de la Garza, Pedro -coord., *Covid-19 And Constitutional Law*. UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional International Association of Constitutional Law, México, 2020, p. 189.

(190) BARNETT, Randy, E. *Restoring the Lost Constitution: The Presumption of Liberty*, Princeton University Press, Princeton, 2014, pp. 339 y 345.

(191) Esta caracterización está profundamente arraigada entre los principales comentaristas de la doctrina del control de convencionalidad: *v.gr.*, NASH ROJAS, Claudio. *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción. Aciertos y desafíos*, Porrúa, México, 2009, p. 33. *Vide etiam* FERRER MACGREGOR, Eduardo - PELAYO MÖLLER, Carlos, M. "La obligación de 'respetar' y 'garantizar' los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana", *Estudios Constitucionales*, 10 (2) (2012), pp. 141192.

en cierta medida, distorsionante del inventario que hasta aquí se ha descripto; sin embargo tal cariz opone, en rigor, una dificultad más aparente que auténtica. Y ello así desde que hay aquí un más profundo nivel en la *situación específica* que justifica un análisis especial de convencionalidad, consistente en la *afluencia* de un *estado de emergencia* que –en cuanto realidad fáctica excepcional, transitoria y grave viene a *maximizar* la trascendencia del cumplimiento del deber de protección especial que *per se* ya es exigible bajo el acontecer ordinario en razón de las particulares necesidades de resguardo del sujeto tutelado.

A la par, otro motivo discurre hacia la aceptabilidad de este especial ejercicio de convencionalidad y está representado por la *convergencia interrelacionada y combinada* de un auténtico escenario de emergencia y de situaciones de particular vulnerabilidad y debilidad, en la que se acoplan, así, una pluralidad de elementos asociados entre sí con la potencia para generar impactos desproporcionados y diferenciales a los grupos vulnerables y sus miembros, a saber: las causas productoras de la emergencia y su magnitud, los factores de vulnerabilidad y las fuentes de discriminación.

Parte del atractivo de este rubro distintivo en el set del examen de convencionalidad radica en su énfasis en la incidencia diferenciada de la pandemia en grupos ya de por sí vulnerables como en el acento en la necesidad de adoptar medidas específicas en calidad y profundidad para proteger a sus integrantes, de allí que cuando Sergio García Ramírez y Nuria González Martín se adentran hacia el campo de los problemas y reflexiones alojados en confabulación entre la potencia viral del SARS-CoV-2 y la desigualdad, proporcionan un argumento de base (y hasta empoderador) que resulta sin lugar a duda familiar, cuanto no a la propuesta a fondo de un control diferenciado de convencionalidad, sí al fulgor de una *retórica de la diversidad* que en tanto reconoce igual valor a modos de ser diferentes¹⁹² gana protagonismo en la medida que presentan a la vulnerabilidad como un acicate para la superación de las exclusiones y avatares potentemente condicionados por la pandemia y sus efectos. Así, *v.gr.*, los mencionados académicos mexicanos batallan, sin ambages y en medio de la peste, contra la *religión de la desigualdad*¹⁹³: la observancia de los derechos humanos –escriben– padece bajo la hostilidad de la pobreza y el desvalimiento en diversos espacios de la vida pública y privada, de modo que si la práctica de esos derechos (con el consecuente cumplimiento de los deberes del poder público) se *enrarece* en *condiciones normales*, la penuria se *extrema* cuando sobrevienen *circunstancias particularmente graves* que merman la calidad de la vida y plantean severos problemas de supervivencia (los que, siendo así, cunden

(192) Cfr. TAYLOR, Charles. *The Ethics of Authenticity*. Harvard University Press, Cambridge, 1992, p. 51.

(193) WOLFF, J. “Scanlon on Social and Material Inequality”, *Journal of Moral Philosophy*, 10 (4) (2013), pp. 406425.

en los sectores menos favorecidos de la población y especialmente en los grupos que, a menudo, se caracterizan como vulnerables)¹⁹⁴.

14. ¿En pos de qué propósito cabe identificar este prototipo de un control más potente y acentuado de convencionalidad? Por la razón tan llana como poderosa que la experiencia del COVID19 ha permitido caer en la cuenta de la intensidad de las restricciones que pueden cernirse sobre los derechos¹⁹⁵.

Este punto puede ser visto por lo pronto a través del lente modélico de la apertura normativa hacia múltiples referentes exteriores con el objetivo principal de interpretar tanto el contenido como el alcance de los derechos garantizados por la Convención¹⁹⁶, especialmente con motivo de las resoluciones que han emitido tanto la Comisión IDH como la Corte IDH en el contexto de la emergencia sanitaria global ocasionada por el poderío viral del SARS-CoV-2.

Así, en la Res. Comisión IDH n.º 1/2020, adoptada el día 10 de abril de 2020, la distinción insinuada entre situaciones específicas según estas determinen de estar a la lexicografía interamericana las particulares necesidades de protección desde la cadencia de la normalidad o, en cambio, desde la métrica de la emergencia, parece ser machacada desde los inicios mismos del documento internacional en cuestión, al dejarse en claro que si bien la pandemia del COVID19 puede afectar gravemente la plena vigencia de los derechos humanos de la *población en general* (en virtud de los

(194) GARCÍA RAMÍREZ, Sergio - GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria. "Introducción" *ap.* García Ramírez, Sergio - González Martín, Nuria -Coord., *COVID19 y la desigualdad nos espera*, UNAM, México, 2020, p. XV, sin perjuicio que, a su entender, aun cuando concurren razones para pensar que en condiciones normales (habida cuenta de la variedad de datos que caracterizan esa pretendida "normalidad"), la igualdad se halla sujeta a fuertes tensiones derivadas de la injusta distribución de bienes y servicios, lo que –aquí pide interpretación es la percepción –reseñada en p. XVI sobre que la desigualdad, en tanto tema ético de primer orden, concurre hoy mismo al agravamiento de los problemas que entraña la pandemia, pues si cuenta que éstos podrían ser diferentes (o no los habría, incluso) en el desiderátum de una sociedad más igualitaria, se revela que, al fin y al cabo, la desigualdad que no se ha sabido corregir (o que sólo se ha moderado limitadamente) no hace sino extremar los males de la pandemia y abundar sus perniciosas consecuencias.

(195) GARCÍA ROCA, Javier. *Op. cit.*, p. 183, sin perjuicio de hacer notar que, a su juicio, con la enfermedad del COVID19 la emergencia es de una magnitud que no encaja plenamente en el grueso de las categorías constitucionales. Por lo demás, la evocación de credenciales igualitarias en el terreno del diseño de las instituciones -primordialmente ante disposiciones normativas y prácticas portadoras de desigualdad y asimetría también le resulta atractiva, incluso en tiempos de pandemia, a Diego Valadés: el virus SARS-CoV-2 ha mostrado las debilidades de los sistemas en cuanto al tratamiento desigualitario y, en tanto lo ha hecho en diferentes espacios (*v.gr.*, poder económico, federalismo, régimen tributario, etc.), es de la opinión que ha llegado el caso de una necesidad de *igualdad institucional*, la que debe ser satisfecha mediante reformas que militen en aras de diseños coherentes y funcionales, *cfr.* VALADÉS, Diego. "Desigualdad estructural" *ap.* García Ramírez, Sergio - González Martín, Nuria -Coord., *COVID19 y la desigualdad nos espera*, UNAM, México, 2020, pp. 203 y ss.

(196) BURGORGUE-LARSEN, Laurence. "El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos", *Estudios Constitucionales*, 12 (1) (2014), pp. 105161, 119.

serios riesgos para la vida, salud e integridad personal que conlleva), no deberían perderse de vista que se hace más preocupante el *impacto diferenciado* que se descarga sobre *personas y grupos en situación de especial vulnerabilidad*, y ello en función, entre otros, de los siguientes vectores: los endémicos y transversales problemas de desigualdad estructural de la región, los altos índices de violencia de género, la extensión del fenómeno de migración, desplazamiento forzado, asilo y apatridia, la discriminación estructural en contra de grupos en situación de particular debilidad como las secuelas interseccionales sobre la realización de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) para tales colectivos, etc.¹⁹⁷.

Este argumento se contiene en el siguiente pasaje, en el que sin descuidar que, en determinadas circunstancias, con el objeto de generar adecuada distancia social puede resultar de hecho imperativa la restricción del pleno goce de derechos, se puntualiza:

*“(...) los contextos de pandemia y sus consecuencias acentúan la importancia del cumplimiento y observancia de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, y particularmente aquéllas referidas a los DESCA (...) en el contexto de la pandemia, los Estados tienen la obligación reforzada de respetar y garantizar los derechos humanos (...) mediante la restricción o limitaciones a los derechos se pueden generar impactos en el goce de otros derechos de manera desproporcionada en determinados grupos y que, por lo tanto, se hace necesaria la adopción de medidas positivas de protección adicionales para estos grupo”*¹⁹⁸.

Al propio tiempo, debería quedar sentada con claridad adecuada la característica del ensamble o acoplamiento combinado de estado de emergencia y situaciones de especial vulnerabilidad de grupos humanos en mérito del cual se afiance un enjuiciamiento más acentuado y severo de convencionalidad. No por casualidad, se esgrime que al momento de emitir *medidas de emergencia* encaminadas a la contención de la pandemia del COVID-19, los Estados deben brindar y aplicar *perspectivas interseccionales* y *prestar especial atención a las necesidades y al impacto diferenciado* de dichas medidas en los derechos humanos de los *grupos históricamente excluidos o en especial riesgo*¹⁹⁹.

(197) Comisión IDH, Resolución n.º 1/2020. *Pandemia y derechos humanos en las Américas*, de fecha 10.4.2020, punto A, pp. 34.

(198) Comisión IDH, Resolución n.º 1/2020. *Pandemia y derechos humanos en las Américas*, de fecha 10.4.2020, punto B, apartados I y II, pp. 56.

(199) Comisión IDH, Resolución n.º 1/2020. *Pandemia y derechos humanos en las Américas*, de fecha 10.4.2020, punto B, apartado III, p. 7, entre los que se alude a “(...) personas mayores y personas de cualquier edad que tienen afecciones médicas preexistentes, personas privadas de libertad, mujeres, pueblos indígenas, personas en situación de movilidad humana, niñas, niños y adolescentes, personas LGBTI, personas afrodescendientes, personas con discapacidad, personas trabajadoras, y personas que viven en pobreza y pobreza extrema, especialmente personas trabajadoras informales y personas en situación de calle; así como en las defensoras y defensores de derechos humanos, líderes sociales, profesionales de la salud y periodistas”, sin desconocer la particular consideración que en el evento

Ambas argumentaciones, por lo demás, son coherentes con la reafirmación amén del rol fundamental de la independencia de la actuación de los poderes públicos y las instituciones de control, en particular de los órganos judiciales y legislativos, cuyo funcionamiento debe ser asegurado aun en contextos de pandemia, esencialmente a causa que la democracia y el Estado de Derecho son condiciones necesarias para lograr la vigencia y el respeto de los derechos humanos y –además en razón que la naturaleza jurídica de las limitaciones a dichos derechos durante situaciones de emergencia puede tener impactos directos en los sistemas democráticos domésticos²⁰⁰.

¿Corren, acaso, tiempos peligrosos para la democracia? Más allá de que la centuria pasada pueda ser recordada -reflexiona Günter Frankenberg- como el siglo de los derechos humanos, podría aventurarse que la centena venidera se presente como la ruptura de los cánones liberales del modelo democrático y allegue la imagen del autoritarismo como la pesadilla del reinante siglo XXI; sin embargo -concluye el profesor de la *Goethe University in Frankfurt*- ambas épocas albergan sus luces y sombras²⁰¹. En lo que aquí interesa, desde las dosis de descontento, hostilidad, intolerancia, xenofobia, etc., que desaguan hacia el *apoyo popular a figuras autocráticas* que ponen a prueba los límites mismos de las reglas democráticas²⁰², pasando por la puesta a prueba de la conciencia constitucional²⁰³ o la propagación de la debilidad institucional,²⁰⁴ hasta la transformación de la lucha contra la pandemia en una *competencia entre regímenes políticos*²⁰⁵ o en la instauración de *estados de emergencia*

de pandemia se imprime, por lo general, a los cuidados de las “(...) *personas enfermas o necesitadas de especial atención*” al mencionarse que aquéllos “(...) *recaen fundamentalmente en las mujeres, a expensas de su desarrollo personal o laboral, existiendo un escaso nivel de institucionalización y reconocimiento social o económico para tales tareas de cuidados que en tiempo de pandemia se vuelven aún más necesarios y exigentes.*”

(200) Comisión IDH, Resolución n.º 1/2020. *Pandemia y derechos humanos en las Américas*, de fecha 10.4.2020, punto B, apartado II, p. 6.

(201) FRANKENBERG, Günter. “Authoritarian Constitutionalism: Coming to Terms with Modernity’s Nightmares” ap. Alviar García, Helena Frankenberg, Günter -eds., *Authoritarian Constitutionalism. Comparative Analysis and Critique*, Elgar, Cheltenham, 2019, pp. 1 y ss.

(202) SANDEL, Michael, J. *The Tyranny of Merit: What’s Become of the Common Good?*, Allen Lane, London, 2020, 1.

(203) BLUME FORTINI, Ernesto. “La Constitución peruana frente al COVID19” ap. González Martín, Nuria - Valadés, Diego -coords., *Emergencia sanitaria por COVID19: Derecho constitucional comparado*, UNAM, México, 2020, p. 173, cuanto menos si la respuesta política pasa por decisiones de gobierno que ceden a las tentaciones totalitarias y resultan proclives a producir una situación de concentración de poder y de eventual afectación de derechos.

(204) MORALES ANTONIAZZI, Mariela. “Sin excepción: la interamericanización es la respuesta a la pandemia del COVID19 en América Latina” ap. González Martín, Nuria - Valadés, Diego -coords., *Emergencia sanitaria por COVID19: Derecho constitucional comparado*, UNAM, México, 2020, p. 206, sin dejar de tener en mente la entidad de la amenaza si –además se repara en la añeja tradición regional de concentración de poder en el Ejecutivo, la desparlamentarización, la restricción del espacio para la oposición política, el debilitamiento o carencia de mecanismos de control, etc.

(205) VON BOGDANDY, Armin - VILLAREAL, Pedro, A. “Derecho Internacional Público y la respuesta frente a la pandemia del COVID19” ap. González Martín, Nuria - Valadés, Diego -coords.,

de facto, i.e., fuera de los textos constitucionales e internacionales²⁰⁶, etc., sería un error no interpretar en tales vectores el despliegue de condiciones al ritmo de la mentada pandemia con el suficiente ímpetu para gestar el riesgo de la regresión constitucional y el consecuente quiebre democrático²⁰⁷.

Sabido es que, con arreglo a su conexión con los fines que subyacen a todo el sistema de protección internacional y la noción de garantía colectiva asociada al mismo, de la intención de los Estados de consolidar un régimen de libertad personal dentro del cuadro de las instituciones democráticas (a tenor del mandato preambular de la CADH), cuanto de los enunciados normativos albergados en los arts. 29, 30 y 32 del Pacto, los intérpretes convencionales derivan la virtualidad del *principio democrático* que *inspira, irradia y guía la aplicación de la CADH de forma transversal*; incluso, la mentada directriz lleva adelante tal cometido no sólo como una *pauta interpretativa* sino cual *principio rector* susceptible de articular la forma de organización política elegida por los Estados americanos para alcanzar los valores que el sistema promueve y protege entre ellos, la plena vigencia de los derechos humanos, y brinda, de este modo, una clara orientación para su observancia a través de la división de poderes y el funcionamiento propicio de las instituciones democráticas en el marco del Estado de Derecho²⁰⁸.

Emergencia sanitaria por COVID19: Derecho constitucional comparado, UNAM, México, 2020, p. 24.

(206) AYALA CORAO, Carlos; “Los retos de la pandemia del COVID19 para el Estado de Derecho” *ap. González Martín, Nuria - Valadés, Diego -coords., Emergencia sanitaria por COVID19: Derecho constitucional comparado*, UNAM, México, 2020, p. 217, en alusión al peligro para los derechos humanos que representa la instrumentalización por regímenes autoritarios de medidas abiertamente arbitrarias o contrarias al Estado de Derecho y la democracia bajo la cobertura la pandemia causada por el COVID-19.

(207) GINSBURG, Tom - HUQ, Aziz, Z. “How to Lose a Constitutional Democracy”, *UCLA L. Rev.*, 65 (1) (2018) pp. 78169; *ib.*, *How to Save a Constitutional Democracy*, The University of Chicago Press, Chicago - London, 2018, pp. 6 y ss., 35 y ss., 49 y ss., 68 y ss.

(208) Corte IDH, *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*. Opinión Consultiva OC26/20, de fecha 9.11.2020, Serie A n.º 26, p. 72, con reseña de la Resolución AG/RES. n.º 835 (XVI O/86), de fecha 15.11.1986, en la que se manifiesta que “(...) *la estructura democrática es un elemento esencial para el establecimiento de una sociedad política donde se puedan realizar plenamente los derechos humanos*”, cuanto de la Resolución n.º XXVII de la X Conferencia Interamericana de Caracas de 1954, ocasión en la que se señalara que: “(...) *la plena vigencia de los derechos humanos fundamentales sólo se puede alcanzar dentro de un régimen de democracia representativa*.” Por lo demás, ha sido frecuente –en los anales interamericanos la evocación de la fórmula de la democracia representativa como uno de los pilares de todo el sistema del que la Convención forma parte, cfr. Corte IDH, *La expresión «leyes» en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, OC6/86, Serie A/n.º 6, de fecha 9.5.1986, p. 34; *ib.*, caso *Petro Urrego vs. Colombia*. Sent. Serie C/n.º 406, de fecha 8.7.2020, p. 90, aunque –se impone hacerlo notar con la aclaración que el principio democrático no es privativo del régimen convencional sino que exhibe, en cambio, una base más amplia en el desarrollo del sistema interamericano en tanto *presupuesto constituyente y fundacional* de la organización regional desde que se encuentra recogido en la Carta de la OEA, instrumento constitutivo de la organización y fundamental, cfr. Corte IDH, caso *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*, Sent. Serie C/n.º 371, de fecha 28.11.2018, p. 54.

De allí que los expertos hayan recalcado la necesidad de escrutar el estado de excepción regional en América Latina bajo la lupa del *test democrático interamericano* como marco de referencia para analizar el equilibrio entre la democracia, el Estado de Derecho y la salvaguarda de todos los derechos humanos; testeó que, en tanto deriva de la interpretación conjunta de los elementos esenciales y componentes fundamentales de la consolidación democrática (con sostén en los arts. 3 y 4 de la Carta Democrática Interamericana –en adelante, CDI) y de la doble condicionalidad entre democracia y derechos humanos (a tenor de los arts. 7 y 8 de la CDI) en estrecha relación con la dimensión social (de estar a los arts. 11 a 13 de la CDI), tiene por meta de garantizar –así que las medidas adoptadas se ajusten a los estándares de protección de los derechos humanos en el marco de una sociedad democrática²⁰⁹; un ejemplo emblemático de este modo de argumentar ha consistido en pensar que todo el acervo del *ius commune* respecto de los artículos 26 y 27 de la CADH adquiere a la luz de su indivisibilidad e interdependencia una renovada vigencia.

¿Cómo es posible ello? No sólo a través de la afirmación que la pandemia ha generado una *interpretación reforzada a la inversa* de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos en la medida que la salvaguarda de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) requiere la garantía de los derechos civiles y políticos, no sólo viceversa, sino –también el carácter reforzado, que deviene de la dimensión de interseccionalidad y urgencia dentro de la emergencia, de atender a las personas y grupos en situación de vulnerabilidad²¹⁰.

En suma, el ejercicio efectivo de la democracia en los Estados americanos constituye, entonces, una *obligación jurídica internacional* y éstos soberanamente

(209) MORALES ANTONIAZZI, Mariela. “Introducción” *ap.* Morales Antoniazzi, Mariela -coord., *Test democrático interamericano frente al COVID19*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Max Planck Institute For Comparative Public Law And International Law - Deutsche Forschungsgemeinschaft, Querétaro, 2021, pp. 15 y ss. Sobre el ligamen entre democracia representativa y la Carta Democrática Interamericana, huelga recordar que, a entender del Comité Jurídico Interamericano, aquélla resultó concebida como una *herramienta para actualizar, interpretar y aplicar la Carta fundamental de la OEA* en materia de democracia representativa, y representa un *desarrollo progresivo del Derecho internacional*, cfr. CJI/RES, n.º 159 (LXXV-O/09).

(210) *Vide in profundis* MORALES ANTONIAZZI, Mariela. “Sin excepción: la interamericanización es la respuesta a la pandemia del COVID19 en América Latina” *ap.* González Martín, Nuria - Valadés, Diego -coords., *Emergencia sanitaria por COVID19: Derecho constitucional comparado*, UNAM, México, 2020, pp. 204 y 206-207. Hace tiempo –también Cecilia Medina Quiroga había anticipado que lucía “(...) indudable que los órganos de supervisión del sistema, al aplicar e interpretar los derechos civiles y políticos de la Convención, pueden y deben tomar en consideración los aspectos económicos y sociales de los mismos (...) la combinación de la obligación de garantizar y de la prohibición de discriminación permite darle a los derechos civiles y políticos una amplitud que ayuda a disminuir la artificial brecha entre éstos y los derechos económicos, sociales y culturales”, cfr. MEDINA QUIROGA, Cecilia. *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2003, pp. 3940.

han consentido en que dicho ejercicio ha dejado de ser únicamente un asunto de su jurisdicción doméstica, interna o exclusiva²¹¹.

Luego, la Comisión IDH se ha ocupado de listar estándares y recomendaciones bajo la convicción que las medidas instrumentadas por los Estados en la diligencia y gestión de la referida pandemia deben tener como *centro el pleno respeto de los derechos humanos* y *lucir acordes con el DIDH* y con el propósito de que guíen su actuación de conformidad con los siguientes principios y obligaciones generales, aunque en tal menú se distingue claramente el deber de adoptar de manera interseccional un *enfoque de derechos humanos* en toda estrategia, política o medida estatal dirigida a enfrentar la pandemia del COVID-19, y sus consecuencias, como así también el *respeto irrestricto* de los estándares interamericanos e internacionales en materia de derechos humanos en el marco de su universalidad, interdependencia, indivisibilidad y transversalidad particularmente de los DESCA (art. 1).

Los estándares subsiguientes que parecerían rasgos meramente contingentes, en realidad son un aspecto necesario que elucidan el alcance en las circunstancias de la emergencia sanitaria de una evaluación *diferenciada* de convencionalidad: *v.gr.*, se asegura, por caso, que el *deber de garantía* ha de involucrar la protección de los derechos humanos atendiendo a las *particulares necesidades de protección de las personas* (art. 3.b), también que el objetivo de todas las políticas y medidas adoptadas ha de sustentarse en un enfoque de derechos humanos que contemple la *perspectiva de género, diversidad e interseccionalidad y la inclusión* a más de la universalidad e inalienabilidad; indivisibilidad; interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos; la igualdad y la no discriminación; etc. (art. 3.e).

La hipótesis inicial, incluso, puede explicitarse puntualmente a través de la concreta exigencia por el art. 39 de implementar un *enfoque diferenciado* en ocasión de examinar las medidas de atención, tratamiento y contención de la pandemia del COVID19, con la meta de garantizar los derechos de los *grupos en situación de especial vulnerabilidad* y mitigar los *impactos diferenciados* que dichas medidas puedan generar. Al propio tiempo, ha señalado el mandato de promover desde las más altas autoridades la *eliminación de estigmas y estereotipos negativos* que puedan surgir sobre ciertos grupos de personas a partir del entorno de pandemia (art. 40).

De allí el miramiento prioritario, dado los distintos contextos y condiciones que potencializan su vulnerabilidad, de los derechos de *personas mayores* (arts. 41 y ss.), con motivo de su inclusión preferencial en los programas de respuesta a la pandemia y, en particular, la supervisión de que las decisiones sobre recursos y tratamientos médicos sean implementados sin discriminación en razón de la edad

(211) Corte IDH, *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*. Opinión Consultiva OC26/20, de fecha 9.11.2020, Serie A n.º 26, p. 72 *in fine*; *ib.*, *ib.*, caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, Sent. Serie C/n.º 348, de fecha 8.2.2018, p. 114.

y prestando especial atención a las personas mayores con discapacidad o condiciones crónicas y enfermedades, pacientes con VIH/SIDA; *personas privadas de libertad* (arts. 46 y ss.), en función de la prioridad, en la evaluación de medidas transitorias y alternativas al encierro carcelario, de las poblaciones con mayor riesgo de salud principalmente las personas mayores y mujeres embarazadas o con hijos lactantes, como así también el especial cuidado y el estricto juicio de proporcionalidad que ha de primar en el análisis de medidas que limiten los contactos, comunicaciones, visitas, salidas y actividades educativas, recreativas o laborales, etc.; *mujeres* (art. 50 y ss.), al hacer hincapié en la incorporación de una perspectiva de género en las respuestas estatales para contener la pandemia de modo que se repare en las circunstancias de exposición que demandan atención diferenciada –*v.gr.*, precariedad económica, edad, condición de migrante o desplazada, condición de discapacidad, privación de libertad, origen étnico-racial, orientación sexual, identidad y/o expresión de género, etc., como el fortalecimiento de los servicios de respuesta a la violencia de género, en particular la violencia intrafamiliar y la violencia sexual en el contexto de confinamiento; *pueblos indígenas* (arts. 55 y ss.), dada la conveniencia de extremar las medidas de protección de sus derechos en el marco de la pandemia del COVID-19, tomando en consideración el de recibir una atención de salud con *pertinencia cultural*, *i.e.*, que tome en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales; *poblaciones en situación de movilidad humana* migrantes, solicitantes de asilo, personas refugiadas, apátridas, víctimas de trata de personas y personas desplazadas internas (arts. 58 y ss.), por medio de la prevención y combate de la xenofobia y la estigmatización de las personas en situación de movilidad humana en el marco de la pandemia cuanto de la elaboración de protocolos y procedimientos específicos de protección y atención dirigidos a migrantes y refugiados (en especial, si de la niñez se trata); *niñas, niños y adolescentes* (arts. 63 y ss.) al reforzar su protección mediante la consideración de sus particularidades como personas en etapa de desarrollo y la atención más amplia posible de su interés superior, sin perjuicio de las medidas de atención especial de NNA en situación de marginalidad, pobreza y exclusión; *personas LGBTI* (arts. 68 y ss.), realzando la garantía de inclusión en la formulación de políticas de asistencia social –en particular, de quienes se encuentran en un ciclo de pobreza, exclusión y falta de acceso a la vivienda cuanto la adopción de políticas que garanticen el respeto a la identidad de género; *personas afrodescendientes* (arts. 72 y ss.), mediante la implementación de un enfoque intercultural que asegure información clara, accesible e inclusiva sobre los procedimientos médicos y la prevención de usos excesivos de la fuerza basados en el origen étnico-racial y patrones de perfilamiento racial; *personas con discapacidad* (arts. 76 y ss.), en razón de la garantía de atención médica preferencial y sin discriminación, incluso en casos de racionamiento de recursos médicos; etc.

Otra muestra significativa está dada no sólo por la exigencia prevista en el art. 3.f de ajuste de las medidas estatales, en particular de las que resulten restricciones de derechos o garantías, a los principios *pro persona*, de *proporcionalidad* y *temporalidad*

-amén de la finalidad legítima del estricto cumplimiento de objetivos de salud pública y protección integral, sino, además, por el caso ejemplar del estándar en mérito del cual aun en los casos más extremos y excepcionales donde pueda ser necesaria la suspensión de determinados derechos el DIDH impone una serie de requisitos tales como el de legalidad, necesidad, proporcionalidad y temporalidad dirigidos a evitar que el estado de emergencia sea utilizado no solamente de manera ilegal y abusiva, sino -primordialmente *desproporcionada* ocasionando, así, violaciones a derechos humanos o afectaciones del sistema democrático de gobierno(art. 3.g)-.

No necesitaría discutirse, entonces, la exigencia en cabeza de los Estados de asegurar que cualquier restricción o suspensión, adoptada en el marco de la pandemia Covid19, tenga sustento en la mejor evidencia científica y considere de manera previa y durante su implementación los *particulares efectos* que puede tener sobre los grupos más vulnerables con el fin de asegurar que su *impacto no sea especialmente desproporcionado* mediante la adopción de las medidas positivas que resulten necesarias, a la par de requerirse que toda decisión patrocinada, en el contexto aludido, debe considerar de *manera especialmente relevante* la perspectiva de *género, interseccional, lingüística e intercultural* (art. 28).

Allí también adquiere gravitación el deber de asegurar la existencia de *medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten en una situación de emergencia* (art. 29), y no sólo el de *abstenerse de suspender garantías judiciales indispensables* como las acciones de amparo y *hábeas corpus* que resultan eficaces para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y fiscalizar las actuaciones de las autoridades en el contexto de los estados de excepción (art. 25).

Otro tanto puede decirse de la prohibición de medidas de excepción que en sí mismas o por sus efectos resulten discriminatorias y contrarias al DIDH, en mérito de la cual ningún estado de excepción debe ser utilizado para generar propaganda a favor de la guerra o apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, hostilidad o violencia (art. 22).

Una de las razones que hacen plausible la distinción mentada estriba en que el operador jurídico además de supervisar que la proclamación del estado de excepción sea realizada *de conformidad con el marco constitucional y demás disposiciones que rijan tal actuación*, en el que se identifiquen expresamente los derechos cuyo pleno goce será limitado, así como el ámbito temporal y geográfico que justifica tal excepción (art. 26), deberá controlar que toda restricción o limitación que se imponga a los derechos con la finalidad de protección de la salud en el marco de la pandemia COVID-19 cumpla con los requisitos establecidos por el DIDH -en particular, el cumplimiento del principio de legalidad, ser necesarias en una sociedad democrática y, por ende, resultar estrictamente proporcionales para atender la finalidad legítima de proteger la salud (art. 21) como así también fiscalizar las siguientes *notas del estado de excepción*: (i) se justifique que existe una excepcionalidad de la situación de emergencia en cuanto a su gravedad, inminencia e intensidad que constituye una amenaza real

a la independencia o seguridad del Estado; (ii) la suspensión de algunos derechos y garantías sea únicamente por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación; (iii) las disposiciones que sean adoptadas resulten proporcionales, en particular, que la suspensión de derechos o garantías constituya el único medio para hacer frente a la situación, que no pueda ser enfrentada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades estatales, y que las medidas adoptadas no generen una mayor afectación al derecho que sea suspendido en comparación con el beneficio obtenido; y -por lo demás (iv) las disposiciones adoptadas no sean incompatibles con las demás obligaciones que impone el derecho internacional, y no entrañen discriminación alguna fundada, en particular, en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social (art. 22)²¹².

15. Con todo, otra descripción afín de este examen distintivo de convencionalidad surge igualmente del texto de la Dec. n.º 1/2020 de la Corte IDH, emitida con fecha 9 de abril del 2020, pues lejos están de perderse allí la contemplación diferenciada del contexto y las condiciones que potencian la vulnerabilidad consustancial de grupos humanos en situación de riesgo:

“(…) dada la naturaleza de la pandemia, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados sin discriminación (…) en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, como son las personas mayores, las niñas y los niños, las personas con discapacidad, las personas migrantes, los refugiados, los apátridas, las personas privadas de la libertad, las personas LGBTI, las mujeres embarazadas o en período de post parto, las comunidades indígenas, las personas afrodescendientes, las personas que viven del trabajo informal, la población de barrios o zonas de habitación precaria, las personas en situación de calle, las personas en situación de pobreza”²¹³.

En ese sentido, también los jueces de San José anticiparon que todas aquellas medidas estatales instrumentadas para hacer frente al episodio pandémico y que resulten susceptibles de afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos han de cubrir las siguientes exigencias:

“(…) limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos”²¹⁴.

(212) Comisión IDH, Resolución n.º 1/2020. *Pandemia y derechos humanos en las Américas*, de fecha 10.4.2020.

(213) Corte IDH, Declaración n.º 1/2020. *Covid-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales*, de fecha 9.4.2020, p. 6.

(214) Corte IDH, Declaración n.º 1/2020. *Covid-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales*, de fe-

Después de recordarlo, ¿debería -sencillamente concluirse que las estrategias de los Estados Parte de la Convención, en oportunidad del abordaje de un estado de excepción, pueden obtener un sostén exclusivo a través de la invocación neta de los estándares interpretativos sobre la tutela de los casos paradigmáticos de los vulnerables los que, de por sí, ya pueblan densamente los repertorios jurisprudenciales interamericanos? ¿O, en cambio, cabría indagar si, además, tales parámetros interpretativos albergados en la jurisprudencia de la Corte de San José parecen sofisticarse y hasta adquirir una intensidad diferente, como consecuencia de los desafíos extraordinarios que conlleva una situación de emergencia, al extremo de revelar una fuerza argumental en un contexto de uso inconmensurable al habitualmente empleado durante períodos de normalidad y sosiego?, ¿después todo, estas explicaciones, acaso, no renuevan -*sine die* la discusión entre, por un lado, los adalides de una interpretación jurídica que con miras a resolver el defecto de *ambigüedad* del lenguaje legal, promocionan la regla del significado público ordinario de los términos empleados en una disposición normativa al momento de su promulgación -de manera que si los jueces se tentaran con agregar, remodelar, actualizar o restarle valía a partir de fuentes extratextuales, y hasta su propia imaginación, se correría el riesgo de modificar enunciados normativos por fuera el proceso reservado a sus autoridades normativas, aunque maticen su posicionamiento en hipótesis en que se demuestre la amplitud de los componentes de un texto legal (de estar al parecer del *Associate Justice* Neil Gorsuch al expedirse en el caso *Bostock vs. Clayton County*²¹⁵), y, por el otro, los que alertan el riesgo de que el resultado interpretativo así

cha 9.4.2020, p. 4, se trata de una fórmula de síntesis que -por cierto ha sido frecuentemente aducida (en aras de una declamada atinencia con las circunstancias particulares de los litigios) en algunos de los pronunciamientos vertidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el marco de la crisis sanitaria y como consecuencia de planteos específicos vinculados a los regímenes jurídicos dictados al respecto, cfr. CSJN, CSJ 567/2021, de fecha 4.5.2021. Del voto propio del juez Ricardo L. Lorenzetti en el precedente “GCBA”; *ib.*, Fallos 344:316, en el caso “Ibarrola”, rememorando que los tribunales de justicia deben examinar con *creciente rigor* las intervenciones en los derechos, *a medida que estas se tornan más intensas y prolongadas*, para establecer no sólo si está justificada la validez en general de la medida sino también su alcance; *ib.*, Fallos 344:126, en el fallo “Petcoff Naidenoff”, sin perjuicio de que los supremos argentinos también evocaron en la aludida decisión las *Directrices Interamericanas sobre los Derechos Humanos de las personas con COVID19* (particularmente su apartado n.º 14), como así también la *Declaración sobre el grave efecto físico, emocional y psicológico de la pandemia COVID-19 en los niños*, emitida por el Comité de los Derechos del Niño el día 8 de abril de 2020 (en especial, su punto n.º 8); *ib.*, Fallos 343:1704, en el asunto “Lee”, aunque los jueces aquí rindieran su examen con apoyatura en el principio de razonabilidad y dejaran a salvo que si bien las *soluciones legislativas no son puntos sobre los que quepa pronunciarse al Poder judicial*, las leyes resultarán susceptibles de reproche con base constitucional cuando luzcan irrazonables, o sea, *cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad* (con cita de la doctrina registrada en Fallos 310:2845; 311:394 y 312:435); *ib.*, Fallos 343:930, en el caso “Maggi”; *et al.*

(215) Cfr. 590 U.S. _ (2020). De allí que, en fecha reciente, el parecer mayoritario -integrado por Neil Gorsuch, John Roberts, Ruth B. Ginsburg, Stephen Breyer, Sonia Sotomayor y Elena Kagan concluyera que un empleador vulnera el Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964 cuando despidió intencionalmente a dependientes en razón de una característica legalmente protegida por aquella [42 U.S.C. §2000e-2(a)(1)]: el *sexo* como factor motivante, y hasta comprensivo de la orientación sexual

como de la identidad de género, sin importar si otros parámetros además han contribuido a la decisión del distracto, ni tampoco la circunstancia que el acto, práctica o instancia discriminatoria del dador de trabajo adquiera, en su tratamiento, dimensión grupal en lugar de individual con el propósito de verificar cómo una política, medida o resolución afecta categóricamente a un sexo en su conjunto versus al otro como un todo. Para así decidir se combinó que en una sociedad de leyes escritas [*society of written laws*] los tribunales de justicia no son libres para pasar por alto las órdenes normativas a partir de la fuerza de nada más que suposiciones sobre intenciones (y hasta conjeturas alrededor de expectativas) de los intérpretes; aunque tal idea presuponga argumentar que la historia legislativa nunca puede vencer a un texto legal desprovisto de todo atisbo de ambigüedad, nada impide aseverar que -primordialmente en el supuesto de emplearse un lenguaje amplio las fuentes históricas lucen útiles para un propósito diferente: pese a que el significado jurídico ordinario en ocasión de la promulgación legal es el que generalmente rige, los exégetas deberían resultar sensibles a la posibilidad de que un término legal que presente un sentido en un contexto pueda significar algo diferente en otro o albergar, inclusive, un contenido significativo mayor que el adscripto al tiempo de su sanción. Por el contrario, el entendimiento patrocinado por los juzgadores enrolados en la *dissenting opinion* (primordialmente los *Associate Justices* Samuel Alito y Clarence Thomas) se orienta a advertir que, a través de la consumación de un abuso de la autoridad judicial para interpretar las leyes, la exégesis auspiciada por la mayoría margina que la prohibición normativa se circunscribe a cinco motivos literalmente especificados: "(...) raza, color, religión, sexo e idioma nacional", sin que en dicho catálogo se enuncien la orientación sexual o la identidad de género, al margen de que el concepto de discriminación por sexo sería completamente diferente al de discriminación por orientación sexual o por identidad de género. En efecto, un textualismo debidamente entendido en modo alguno prescindirá del examen del contexto social en el que una disposición normativa ha sido promulgada –en la convicción de que puede tener una influencia importante en lo que se comprendía que significaban los términos empleados a la época de su promulgación, desde que los textualistas no leen los preceptos legales como si fueran mensajes recogidos por un potente radiotelescopio de una civilización distante y completamente desconocida (por el contrario, tales enunciados normativos se integran con comunicaciones entre miembros de una comunidad lingüística particular, radicada en un espacio preciso y desvuelta en un momento determinado, de modo que las mencionadas comunicaciones deben ser interpretadas como fueron comprendidas por tal comunidad en ese momento y lugar concretos), cfr. 590 U.S. _ (2020). Esta propuesta no es otra que la que John F. Manning milita al sostener que el significado del lenguaje depende de la forma en que una comunidad lingüística usa las palabras y frases en contexto, cfr. MANNING, John, F. "What Divides Textualists From Purposivists?", *Colum. L. Rev.*, 106 (2006), p. 78, de suerte tal que los magistrados judiciales sólo podrían adscribir a los términos de una disposición legal en lo que una persona razonable, familiarizada o versada en las convenciones sociales aplicables, habría entendido que está adoptando (puesto que, al fin de cuentas, los textos normativos transmiten significado únicamente porque los miembros de una comunidad lingüística relevante aplican convenciones de antecedentes compartidos para comprender cómo se usan *palabras particulares en particulares contextos*), cfr. MANNING, John, F. "The Absurdity Doctrine", 116 *Harv. L. Rev.*, 116 (2003), p. 2457. De allí que incluso, uno de los más conspicuos representantes del originalismo haya sentenciado: "(...) debemos leer las palabras de un texto [legal] como cualquier otro miembro del Congreso los habría leído (...) y aplicar el significado así determinado", cfr. *Chisom vs. Roemer*, 501 U.S. 380, 405 (1991) (Scalia, A.G., A.J., *dissenting*). En este orden de ideas, el parecer disidente del *Associate Justice* Brett M. Kavanaugh concluyó que el caso en cuestión se reducía a una pregunta fundamental: ¿quién decide?, para responder que bajo el principio constitucional de separación funcional del poder estatal la responsabilidad de modificar el Título VII de la Civil Rights Act con miras a que contemple la discriminación laboral con motivo de la orientación sexual o identidad de género ha sido endilgada por la Constitución al proceso legislativo y no, en cambio, a la decisión de un caso o controversia por una corte de justicia. De lo contrario, si los jueces pudieran, por ejemplo, reescribir o actualizar las leyes de atención médica, ambientales, etc., simplemente en función de sus propios

pergeñado funciona, de manera similar a la táctica empleada por los barcos piratas *pirate ships*, consistente en enarbolar una bandera textualista aunque, de verdad, se simpatice con los compromisos teóricos que habilitan a los tribunales a actualizar los enunciados normativos que mejor reflejen los valores actuales de la sociedad (según se advierte en la dissenting opinion de los *Associate Justices* Samuel Alito y Clarence Thomas?²¹⁶.

Estas son preguntas que no pueden ser evitadas, y podría postularse que han merecido, en parte, la atención de la propia Corte al glosarse a lo largo de la Dec. n.º 1/2020 el *especial énfasis* que adquieren en razón del alto impacto y carácter dinámico de la pandemia del COVID19: *v.gr.*, el deber de garantizar de manera oportuna y apropiada el derecho a la vida y la salud de personas mayores, migrantes, refugiadas y apátridas, miembros de comunidades indígenas, etc.²¹⁷, la indispen-

puntos de vista políticos, la rama judicial del gobierno se erigiría, al final, en una genuina *super legislature democráticamente ilegítima* [*democratically illegitimate super-legislature*], en tanto no popularmente elegida y encargada de secuestrar decisiones políticas reservadas a los restantes departamentos del poder. Siendo así, los magistrados judiciales han de adherir al canon de *ordinary meaning* no solamente en base a los contenidos del Estado de Derecho (una sociedad en el que éste impera debe tener leyes conocidas y comprensible para la ciudadanía) sino en función de la calidad de *accountability* que –en las sociedades democráticas facilita la asunción y testeo de las responsabilidades que se ciernen sobre el comportamiento de los representantes seleccionados plebiscitariamente, los que resultan gravemente comprometidos cuando los jueces patrocinan, en lugar del significado ordinario de la ley, productos interpretativos ocultos u oscuros, cfr. 590 U.S. _ (2020). Despejado ello, de la circunstancia que se convenga que “(...) [nuestro] rol como jueces es interpretar y seguir la ley tal como está escrita, independientemente de si [nos] gusta el resultado” (*Texas vs. Johnson*, 491 U.S. 397, 420–421 (1989) (Kennedy, A.J., concurring), no se sigue que un buen textualista ha de ser indefectiblemente un eximio literalista (de estar a lo advertido por Antonin G. Scalia, en ocasión de su reconocido *A Matter of Interpretation. Federal Courts and Law*. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 24), tampoco que en la generalidad de los casos los magistrados judiciales estén obsesionados solamente por las definiciones literales de los términos empleados en un enunciado normativo (tal como lo previene CALEB, Nelson, con motivo de su reflexión en “What Is Textualism?”, *Va. L. Rev.*, 91 (2005) 376). Por el contrario, más bien esta línea de argumentación concluiría que –según lo sugiere William Eskridge la directiva principal, en la arena de la hermenéutica legal, es aplicar el significado que un lector razonable derivaría del texto normativo, de forma tal que el significado ordinario o corriente, o bien, la lectura de sentido común, es el *ancla de la interpretación jurídica*, cfr. ESKRIDGE, William. *Interpreting Law*. Foundation Press, St. Paul, 2016, pp. 33 y ss. En rigor, los textualistas han machacado que sería un grueso malentendido argüir que la adhesión al justo significado del texto –tal la piedra de toque en la que convergen– no se limita al significado hiperliteral de cada término inserto en una formulación normativa, tanto que decantaría en esa especie de literalismo estéril censurado, hace tiempo, por Learned Hand en el que se pierde de vista el bosque por los árboles [“(…) loses sight of the forest for the trees”], y se margina que el entero cuerpo de un enunciado normativo contiene implicaciones que bien pueden alterar el significado literal de las singulares palabras utilizadas por su autor, cfr. SCALIA, Antonin, G. - GARNER, Bryan, A. *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, ThomsonWest, St. Paul, 2012, p. 356.

(216) *Vide etiam* SCALIA, Antonin, G. *A Matter of Interpretation. Federal Courts and Law*, Princeton University Press, Princeton, 1997, p. 22.

(217) Corte IDH, Declaración n.º 1/2020. *Covid-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales*, de fecha

sabilidad de la garantía de acceso a la justicia con el propósito de monitorear todas aquellas medidas que conlleven afectación o restricción de derechos, evaluándose, entonces, su conformidad con los instrumentos y estándares interamericanos así como sus consecuencias en las personas²¹⁸, el extremo cuidado en el combate contra la xenofobia, el racismo y cualquier otra forma de discriminación en particular, a través de noticias falsas o incitaciones a la violencia²¹⁹; etc.; sin descuidarse también en razón de las medidas de aislamiento social: *v.gr.*, el deber estatal de *debida diligencia estricta* respecto al derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia de género y sexual²²⁰, la *provisión básica* de alimentos, medicamentos y de otras necesidades elementales a los grupos humanos en situación de desvalimiento y marginalidad²²¹, la *posición especial de garante* del Estado respecto de las personas privadas de libertad a la hora de evaluar en forma racional y ordenada medidas alternativas al encierro carcelario²²², etc.

A diferencia de los escépticos (y, no por ello, menos francos) diagnósticos de ciertas prácticas constitucionales domésticas, para los cuales la cultura constitucional está a menudo en serios aprietos para encarar los tiempos del cólera²²³, aquí el contrapeso convencional ha alumbrado lo que Mariela Morales Antoniazzi rotula como la *interamericanización* de la respuesta contra la pandemia del COVID19, a la que consigue enmarcar (y esto es lo interesante) en una *doble vía*, es que mal habría de entenderse de manera unidireccional, puesto que -en rigor a nivel de los Estados se albergan reacciones para hacer valer el enfoque de derechos humanos en el contexto de una sociedad democrática²²⁴.

9.4.2020, p. 7.

(218) Corte IDH, Declaración n.º 1/2020. *Covid-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales*, de fecha 9.4.2020, p. 13.

(219) Corte IDH, Declaración n.º 1/2020. *Covid-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales*, de fecha 9.4.2020, p. 14.

(220) Corte IDH, Declaración n.º 1/2020. *Covid-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales*, de fecha 9.4.2020, p. 9.

(221) Corte IDH, Declaración n.º 1/2020. *Covid-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales*, de fecha 9.4.2020, p. 11.

(222) Corte IDH, Declaración n.º 1/2020. *Covid-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales*, de fecha 9.4.2020, p. 10.

(223) GARCÍA ROCA, Javier; “La experiencia de España en el estado de alarma ante el coronavirus” *ap. Serna de la Garza, Pedro* -coord., *Covid-19 And Constitutional Law*. UNAM – Instituto de Investigaciones Jurídicas Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional International Association of Constitutional Law, México, 2020, p. 184.

(224) MORALES ANTONIAZZI, Mariela. “Sin excepción: la interamericanización es la respuesta a la pandemia del COVID19 en América Latina” *ap. González Martín, Nuria* - Valadés, Diego -coords.,

Quizá otra dirección en la que también podría ahondarse es en la del despliegue, dentro de la lógica ya anticipada del constitucionalismo supranacional, de una matriz argumentativa de un sugerente *constitucionalismo de bienes fundamentales* para la persona humana, además de sus derechos, a través de la provisión de garantías destinadas a preservar y asegurar su acceso al disfrute de bienes vitales como comunes²²⁵.

VI. Coda. ¿No existe ninguna norma aplicable al caos? A propósito de una Convención Antiemergencia y las paradojas de la pospandemia

16. Así como -hace tiempo se ha hecho notar que la democracia vive continuamente en el presente²²⁶ y que los derechos humanos son, a fin de cuentas, indispensables en cualquier proceso democrático²²⁷, Richard Albert y Yaniv Roznai acuden, en un trabajo reciente, a la etiqueta (tentadora, por cierto) de una especie de *constitucionalismo bajo condiciones extremas*, faceta que revelaría en su opinión una serie de cuestiones fundamentales alrededor del diseño y funcionamiento constitucional que recorren el desafío de una variada tipología de diferentes crisis (*v.gr.*, conflictos armados, actos de terrorismo, colapsos financieros, desastres naturales, pandemias, etc.); es que pese a la idea, bastante frecuente, de los textos constitucionales como instituciones estables destinadas a perdurar durante un largo período a través de momentos tanto pacíficos como no, la realidad ha terminado por revelar, ahora como antes, que no son tan resistentes como se espera lo sean: *v.gr.*, sobrellevan, a veces, la manipulación por parte de los gobernantes que intentan rehacerlos con el pretexto de reformarlos, mientras que en otras ocasiones aquellos débilmente le hacen cara a los problemas de transición que acucian a una sociedad, descontando

Emergencia sanitaria por COVID19: Derecho constitucional comparado, UNAM, México, 2020, p. 210.

(225) FERRAJOLI, Luigi. "Per una Costituzione della Terra", *Teoria politica*, Nuova Serie Annali, 10 (2020), pp. 3957, 45 y 5357, con motivo de la estipulación de su status obligatorio y, por ende, indisponible con la meta de preservarlos y tornarlos accesibles a todos, máxime cuando esta pandemia -en su parecer ha presentado un aspecto particularísimo frente al concierto de las restantes emergencias (entre las que lista las de corte ambiental, nuclear y desigualitario) desde que ha tornado visible, más que en ningún otro episodio, la premura de cegar el vacío en la actuación de los mandatos albergados en las declaraciones de derechos que atesoran textos constitucionales e internacionales. Y lo ha evidenciado, al menos, en dos vertientes: de un lado, en el reconocimiento del *rol vital de la esfera pública* en la gestión de la crisis sanitaria que afecta a todo el género humano sin distinción de nacionalidad, y, del otro, al poner en el centro de la atención al *carácter global de las garantías* programadas, sobre la base de una estrategia unitaria y a partir de una institución global de garantía, para afrontarla y mitigar, así, sus impactos.

(226) BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000, p. 91.

(227) BUERGENTHAL, Thomas NORRIS, Robert, E. SHELTON, Dinah. *Protecting Human Rights in the Americas: Selected Problems*, Engel, Kehl, 1986, p. 209.

las oportunidades en las que, lamentablemente, colapsan bajo el peso de las cambiantes realidades políticas, sociales, económicas, sanitarias, etc.²²⁸.

Podrían suscitarse discusiones febriles alrededor de esta escena de trastorno (y hasta de desplome) normativo, como de la relevancia de sus fundamentos más influyentes, y hasta llegar a ponerse en cuestión el argumento que controvierte fuertemente allí el rol de la Constitución, primordialmente cuando el análisis se lleva al plano de las experiencias sociopolíticas. Tom Ginsburg ha hecho gala de un agudo asalto a la especie de diagnosis que antecede: más que culpar al propio documento constitucional, debería extremarse un más fino examen -en el estado actual de la política- sobre las respuestas (a más de las rendidas por aquél) que han sido reflejadas por la ciencia, los expertos, el gobierno, la opinión popular, etc.²²⁹.

Sin embargo, no es la primera coyuntura en que los expertos abordan el tópico, es que más de una vez constitucionalistas y teóricos políticos han discutido -arduamente en torno a la exigencia de salvar la Constitución de las distorsiones

(228) Cfr. ALBERT, Richard – ROZNAI, Yaniv. “Modern Pressures on Constitutionalism” *ap.* Albert, Richard - Roznai, Yaniv -dirs., *Constitutionalism under Extreme Conditions. Law, Emergency, Exception*, Springer, Cham, 2020, pp. 113.

(229) GINSBURG, Tom. “COVID19 and the US Constitution” *ap.* Serna de la Garza, Pedro -coord., *Covid-19 And Constitutional Law*. UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional International Association of Constitutional Law, México, 2020, p. 74. Así, *v.gr.*, Selena Bateman y Adrienne Stone han explicado que el papel de la rama judicial del gobierno constitucional en el curso de la pandemia no sólo depende de su naturaleza reactiva como institución, sino -además del carácter dinámico de la peste, de la circunstancia que la corrección de medidas de contención se desarrolle no sólo en el foro judicial sino, a la postre, en el escenario político, económico-social, etc., cfr. BATEMAN, Selena - STONE, Adrienne. “Australia - COVID-19 and Constitutional Law” *ap.* Serna de la Garza, Pedro coord., *op. cit.*, pp. 231 y ss., mientras que Pablo Riberi ha dejado en claro que, en términos democrático-republicanos, el estudio de las emergencias, como la actual, requiere enfocarse en aspectos institucionales concernientes el desempeño de los poderes del Estado, y tal empresa ha de acometerse no sólo especificando institutos, procedimientos o reglas de diseño constitucional, o bien, explorando el comportamiento real de los órganos políticos, puesto que la justicia y la eficacia de dichos resultados no depende a secas de la cultura cívica, la buena voluntad de la autoridad ejecutiva, la osadía de los jueces, ni mucho menos de la sofisticada retórica de aquellos derechos consagrados en el tramo dogmático de la Constitución; siendo así, es en su parecer más auspicioso focalizarse en la sala de máquinas del documento constitucional, cfr. RIBERI, Pablo. “When The Center Lies Outside The Figure: Republic, Imbalance of Powers and Emergencies” *ap.* Serna de la Garza, Pedro -coord., *Covid-19 And Constitutional Law*. UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional International Association of Constitutional Law, México, 2020, p. 34. En contrapunto, Luca Mezzetti es de la idea que, en lugar de enfurecerse con la Constitución, sus operadores han de percatarse que su sufrimiento no se detecta sólo en las fuentes del Derecho o en el funcionamiento de la forma de gobierno, pues -de hecho el impacto probablemente más incisivo de los estados de emergencia se ha manifestado sobre los derechos fundamentales, cfr. MEZZETTI, Luca. “La pandemia de la Constitución: el impacto del COVID19 en el sistema constitucional italiano” *ap.* González Martín, Nuria - Valadés, Diego -coords., *Emergencia sanitaria por COVID19: Derecho constitucional comparado*, UNAM, México, 2020, p. 130.

causadas por la pura necesidad²³⁰, aun cuando algunos de ellos se fían de la imagen de los estados de emergencia como un régimen cuidadosamente limitado, tolerado sólo ante una necesidad apremiante y siempre con rumbo hacia su terminación²³¹, mientras que otros asumen -ante la coyuntura que impele a los gobiernos hacia respuestas extraordinarias que los argumentos constitucionales están lejos de encorsetar a cualquier rama del poder estatal enfrentada a la gravedad de bregar con la excepción²³², sería esta última la que revelaría más claramente la autoridad del Estado, desde que -a juicio de Carl Schmitt no existiría, a pesar del tesón de ciertos juristas, norma alguna aplicable al caos: si para que un orden jurídico adquiriera sentido, debe existir una situación normal, soberano -de estar al mantra schmittiano es quien decide definitivamente si la situación normal en realidad existe²³³.

No es casual, pues, aseverar que las situaciones de excepción importan uno de los más serios desafíos para la implementación del DIDH²³⁴, al menos si no se soslaya el propósito de conjurar el ejercicio de poderes arbitrarios afincados en una zona incontrolable por el mismísimo Derecho a partir de la decisión de *legalizar la ilegalidad* sin sujeción a condiciones normativas, ni supervisión alguna por parte de jueces actuantes con arreglo al más mínimo espíritu de la legalidad resultante de los principios del Estado de Derecho²³⁵.

Siendo así, el lector no podría percibir sino el despeñe hacia un genuino agujero negro jurídico *legal black hole*, hacia un vacío sin ley en el que los actos estatales resultan desligados de restricciones jurídicas²³⁶, al propio tiempo que perdería de vista un seductor dilema: ¿la importancia del estudio *per se* de las emergencias estriba en su adjetivación cual eventos extraordinarios que comprometen la existencia misma de la sociedad en formas imprevisibles, o la trascendencia de su examen, en cambio, finca en que no resultan radicalmente distintas de las situaciones normales de la política sino en la medida que acarrear a la superficie aspectos implícitos de la política normal? Si se responde positivamente a la primera de las cuestiones esbo-

(230) TRIBE, Laurence, H. GUDRIDGE, Patrick O. "The AntiEmergency Constitution", *Yale L. J.*, 113 (2004), p. 1801.

(231) ACKERMAN, Bruce. "The Emergency Constitution", *Yale L. J.* 113 (2004), p. 1074.

(232) GROSS, Oren. "Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always be Constitutional?", *Yale L. J.*, 112 (2003), p. 1097.

(233) SCHMITT, Carl. *Political Theology: Four Chapters On The Concept Of Sovereignty*, Chicago University Press, Chicago, 2005, p. 13.

(234) SHEERAN, Scott P. "Reconceptualizing States of Emergency under International Human Rights Law: Theory, Legal Doctrine and Politics", *Mich. J. Int'l L.*, 34 (2013), p. 491.

(235) DICEY, Albert, V. *Introduction to the Study of the Law of Constitution*, Macmillan, London, 1959, pp. 412413 y 424.

(236) DYZENHAUS, David. "The State of Emergency in Legal Theory" *ap.* Ramraj, Victor, V. - Hor, Michael - Roach, Kent -eds. *Global AntiTerrorism Law and Policy*, Cambridge University Press, New York, 2005, p. 65. *Vide etiam, ib.*, "Schmitt vs. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order?", *Cardozo L. Rev.*, 25 (2006) 2005-2006.

zada, evidentemente la caja de herramientas ordinarias para acometer los asuntos etiquetados como de política normal, cuanto las disposiciones normativas que se adoptan para evaluarlos, no serían aplicables tampoco apropiables o acomodables al cariz de los estados de emergencia²³⁷.

De ahí que una consecuencia emerge claramente del proyecto de un control diferenciado de convencionalidad, pues el nuevo status categorial que se direcciona a la justificación del uso de sus reglas y principios, trasluce una aguda percepción -abonada desde hace tiempo por un destacado académico de la Universidad de Toronto, David Dyzenhaus²³⁸.

Su línea de argumentación, a cuya luz puede situarse la carga teórica de los diferentes niveles de escrutinio convencional, no ha retrocedido a la propuesta de enmarcar a la emergencia dentro de las lindes de un modelo extralegal [*extra legal measure model*], en el que la realidad fáctica excepcional por serlo desborda todo intento de captación normativa (al menos, desde que importa la prescindencia episódica de las respuestas normales que alberga el orden normativo); en contrapunto, la propuesta de un modelo legal [*legality model*] pasa por afirmar que la excepción es, inclusive, una figura regulada y limitada por el propio sistema jurídico y, en defecto de disciplina legal, está llena a su entender de recursos morales que informan el *constructo* de un Estado de Derecho capaz de responder, incluso, en situaciones susceptibles de someter a un gran estrés al orden político, jurídico y social, tal como acontece con estados de emergencia²³⁹, y en los que los jueces juegan un rol

(237) DYZENHAUS, David. "Emergency, Liberalism and the State", *Perspectives on Politics*, 9 (1) (2011), pp. 69-78.

(238) DYZENHAUS, David. *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 1.

(239) Las propiedades que caracterizan a la literatura dominante sobre el tema se suelen resumir dicotómicamente a través de la representación de modelos binarios: *v.gr.*, *emergencia legal - emergencia extralegal*, con arreglo a la lectura de SCHEPPELE, Kim, L. "Legal and Extralegal Emergencies" *ap.* Whittington, Keith, E. - Kelemen, Daniel, R. - Caldeira, Gregory, A. -eds., *Law and Politics*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 165 y ss.; o bien, en mérito del contrapunto entre *enfoque de acomodo - enfoque de rigor*, auspiciado en POSNER, Eric, A. - VERMELUE, Adrian; "Accommodating Emergencies" *ap.* Tushnet, Mark, V. -ed. *The Constitution in Wartime: Beyond Alarmism and Complacency*, Duke University Press, Durham - London, 2005, p. 55; descontando la alternativa alrededor del contraste entre *gobierno regular - gobierno excepcional*, cfr. FERREJOHN, John - PASQUINO, Pasquale. "Emergency Powers" *ap.* Dryzek, John, S. Honig, Bonnie - Phillips, Anne -eds., *Political Theory*, Oxford University Press, New York, 2006, p. 32; etc. Del trabajo que los académicos llevan a cabo en este terreno se deduce que los partidarios de la respuesta extralegal al asumir, cual premisa epistémica, que el estado de excepción deviene *esencialmente extrajurídico*, anterior o diferente al Derecho (como la aventura HUMPHREYS, Stephen. "Legalizing Lawlessness: On Giorgio Agamben's State of Exception", *Eur. J. Int'l L.*, 17 (2006), p. 678), se encuentran cómodos para criticar la pretensión regulatoria por ley de lo que por definición no puede ser reducido a enunciado normativo alguno (AGAMBEN, Giorgio; *The State Of Exception*, Chicago University Press, Chicago, 2005, p. 10) y explotar, por ende, la idea de que las soluciones a las graves crisis socioeconómicas, políticas, sanitarias, etc., que se ciernen sobre los Estados se encuentran por fuera del dominio jurídico, en cuanto -en sentido schmittiano aquéllas resultan, a menudo, imposibles de predecirse, racionalizarse y normalizarse por cauce de disposicio-

nes normativas (lo que explica que la mayor orientación que puede proporcionar la Constitución es indicar quién puede actuar en tal caso), de modo que “*la excepción, que no está codificada en el orden legal existente, puede, en el mejor de los casos, caracterizarse como un caso de extremo peligro (...) para la existencia del Estado*” (SCHMITT, Carl. *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, Chicago University Press, Chicago, 2005, pp. 6-7). Al llamar la atención sobre estos rasgos, otros adalides del *sovereignty approach* asumen que constreñir al tratamiento de la excepción al empleo de los recursos provistos por las reglas ordinarias de distribución de competencias y declaraciones de derechos, implica privar al Estado en el trance de un desafío a su subsistencia de otros medios para protegerse de la manera que necesita para asegurar su perdurabilidad (YOO, John. *The Powers of War and Peace*, The University of Chicago Press, Chicago, 2005), marginar que justamente el estado de excepción es, como resultado, el medio para restaurar el orden necesario para que exista legalidad (SCHEPPELE, Kim, L. “Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11”, *U. Pa. J. Const. L.*, 6 (2004), p. 1011) y hasta desconocer que tratándose de un problema de sustancia política el conflicto desatado debe ser autoejecutado también políticamente (TUSHNET, Mark, V. “Political Constitution of Emergency Powers: Some Conceptual Issues” *ap.* Ramraj, Victor, V. ed. *Emergencies and the Limits of Legality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 145), en el entendimiento que el sistema jurídico no cuenta con la capacidad de atender situaciones de emergencia sin corromper, debido al quebrantamiento temporero de la legalidad que ellas suponen, su legitimidad en tal proceso -sin perjuicio de que la publicidad de las medidas implementadas y los mecanismos de rendición de cuentas sirvan de paliativos a un estado que *per se* es nocivo y perjudicial del Derecho (GROSS, Oren AOLÁIN, Fionnuala, N. *Law in Times of Crisis. Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 71, 124 y 228). Como contrapartida, los portavoces del *Legality or Rule of Law approach* esgrimen que la teoría schmittiana y sus derivaciones son, por lo pronto, inaceptables; de hecho, Giorgio Agamben replica que el estado de excepción comporta “(...) una parte integral del Derecho positivo porque la necesidad que lo fundamenta actúa como una fuente jurídica autónoma” (AGAMBEN, Giorgio; *The State Of Exception*, Chicago University Press, Chicago, 2005, p. 23). Y en esta última perspectiva teórica se enroscan todos los esfuerzos a cargo de las ya anticipadas decisiones de los dos órganos de monitoreo del SIDH por justificar la supervisión jurídica de los estados de emergencia y visibilizar su importancia primordial, debido a que las violaciones más graves de los derechos humanos pueden ocurrir donde los Estados se valen de un poder *legibus solutus* (SHEERAN, Scott P. “Reconceptualizing States of Emergency under International Human Rights Law: Theory, Legal Doctrine and Politics”, *Mich. J. Int’L L.*, 34 (2013), p. 502), pues allí donde se incrementa la concentración del poder gubernamental, junto con la destrucción de los controles y equilibrios sociales, es un dato de la experiencia la creación, perpetuación y atrincheramiento de sistemas autoritarios, *cf.* GROSSMAN, Claudio. “A Framework for the Examination of States of Emergency under the American Convention on Human Rights”, *AM. U. J. INT’L L. & POL’Y*, 1 (1986), p. 36. Inclusive, se ha postulado que el problema de elaborar sistemas de gobierno de crisis surge solamente dentro de los diseños estatales que -previamente han alcanzado cierto nivel de calidad democrática y retienen, siendo así, un apego simbólico, cuando no real, a su preservación (de estar a las opiniones vertidas tanto en FITZPATRICK, Joan, M. “*Human Rights In Crisis: The International System For Protecting Rights During States Of Emergency*”, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1994, pp. 66 y ss., cuanto en ROSSITER, Clinton, L. *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*, Princeton University Press, Princeton, 1948, p. 5). Sin duda se escaparía la especificidad de los discursos de las tradiciones en disputa si se redujeran unos y otros a sus perfiles antagónicos, máxime si se ha alertado que, al fin y al cabo, lo que está en juego es la cuestión de los mismísimos límites del Estado de Derecho como de sus atributos *v.gr.*, estabilidad, claridad, accesibilidad, prospectividad, reglas consistentes susceptibles de ser obedecidas y puestas en vigor (según lo advertido tanto por las contribuciones de DYZENHAUS, David. *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 7, cuanto por los aportes de RAMRAJ, Victor, V. “No doctrine more pernicious? Emergencies and the limits of legality” *ap.* Ramraj, Victor, V. ed. *Emergencies and the Limits of Legality*,

trascendental aunque también se requiera la participación de las ramas legislativa y ejecutiva mediante un proyecto constitucional común²⁴⁰.

¿Por qué? Indudablemente en función de haber entendido no sólo que el sentido de los pronunciamientos vertidos por los tribunales de justicia en estados excepcionales tendrá repercusiones incuestionables sobre la forma en que, luego, se ocuparán de enjuiciar las situaciones ordinarias, sino también por la circunstancia de que, aun cuando el régimen normativo que desafía la realidad fáctica extraordinaria parecería a la larga menos excepcional (al punto que algunos magistrados judiciales pueden sentirse tentados de interpretar las disposiciones que rigen en períodos de sosiego de la misma manera), lo cierto es que la sensación de que la situación de emergencia se normaliza –al ser tratada por los juzgadores sin cambios sustantivos, cual si nada acontecería [*business as usual*, de estar a la expresión acuñada por Oren Gross²⁴¹], se desvanece al percatarse que la excepción comienza a filtrarse en otras partes del sistema jurídico²⁴². Al fin y al cabo, no son pocos los expertos que alertan que, a menos que se tomen precauciones cuidadosas, las medidas de emergencia tienen la costumbre de continuar mucho más allá de su tiempo de necesidad²⁴³.

El diseño de distintos niveles de escrutinio en la inspección de convencionalidad se sirve, en esto, de una lectura de la emergencia que, en lugar de reportarla como una categoría factual, auspicia su interpretación bajo una perspectiva normológica²⁴⁴ y a partir de tal cadencia parece confirmar, después todo, la intuición acuñada

Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 11), descontando -por supuesto que la propia noción conceptual de estado de emergencia es -a más de ambigua e incierta fronteriza en virtud de que se emplaza en la intersección de lo legal y lo político, *cfr.* AGAMBEN, Giorgio. *The State Of Exception*, Chicago University Press, Chicago, 2005, p. 1. En suma, el diseño constitucional [y convencional] de un régimen para un limitado estado de emergencia es un asunto que dista de estar exento de complejidad, *cfr.* ACKERMAN, Bruce. “The Emergency Constitution”, *Yale L. J.* 113 (2004), p. 1030.

(240) DYZENHAUS, David. “States of Emergency” *ap.* Rosenfeld, Michel - Sajó, Andrés eds. *Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 460.

(241) GROSS, Oren. “Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always be Constitutional?”, *Yale L. J.*, 112 (2003), p. 1011.

(242) DYZENHAUS, David. *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 27.

(243) Además de la opinión mencionada -con este alcance en ACKERMAN, Bruce. “The Emergency Constitution”, *Yale L. J.* 113 (2004), p. 1030, el lector puede extender el debate con las reflexiones al respecto que obran en el análisis de GROSS, Oren. “Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always be Constitutional?”, *Yale L. J.*, 112 (2003), p. 1097.

(244) *Vide in extenso* RIBERI, Pablo. “When the Center Lies Outside the Figure: Republic, Imbalance of Powers and Emergencies” *ap.* Serna de la Garza, Pedro -coord., *Covid19 And Constitutional Law*, UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional International Association of Constitutional Law, México, 2020, p. 34. Este entendimiento también implica asumir, tal como lo ha sugerido el reciente parecer del Carlos F. Rosenkrantz (a más de remozar una larga tradición jurisprudencial de nuestra Corte federal), que si la *emergencia no nos libera del poder regulativo del Derecho*, las autoridades deben encarar la responsabilidad de atender los problemas que ella plantea dentro de los límites formales y sustanciales que les impone el texto constitucional; en

por Albert V. Dicey alrededor de un testeo inconfundible de una pretensión de superioridad normativa²⁴⁵, aunque aquí bajo los auspicios para todos los Estados del continente americano que libremente la adoptaron de la Convención como un equivalente de una Constitución supranacional referente a derechos humanos²⁴⁶ (debido, también, a su tipificación de *piedra fundamental* del sistema de garantía de los derechos humanos en América)²⁴⁷.

síntesis, la Constitución es “*nuestra carta de navegación y debemos aferrarnos a ella en tiempos de calma y más aún en tiempos de tormenta, no dejándonos llevar por la pulsión de decidir al margen de lo que ella exige; así la democracia saldrá fortalecida por su eficacia para gobernar la emergencia y no debilitada por el uso de un régimen de excepción ajeno a nuestra Constitución*”, cfr. CSJN, CSJ 567/2021, de fecha 4.5.2021. Del voto propio del juez Carlos F. Rosenkrantz. Similares reflexiones se anticiparon, casi un año antes, al sufragar que las emergencias, de cualquier tipo, deben ser tratadas dentro del Estado de Derecho, de modo que en el contexto de una emergencia pública sanitaria originada por la propagación a nivel mundial, regional y local del COVID-19 y que sacude a la sociedad de una manera inaudita en la historia reciente las autoridades constitucionales están más vigorosamente llamadas a encontrar cauces institucionales para enfrentar tales desafíos, cfr. CSJN, Fallos 343:195. Del voto conjunto de los jueces Elena I. Highton de Nolasco, Juan C. Maqueda y Ricardo L. Lorenzetti.

(245) DICEY, Albert, V. *Introduction to the Study of the Law of Constitution*, Macmillan, London, 1959, pp. 287288. Lo sorprendente de la reflexión diceyniana no es tanto que luzca susceptible de etiquetarse como una de las respuestas liberales al hecho [incómodo] de que una característica curiosa de los estados de emergencia consiste en que son *introducidos por la propia ley* –así ésta parece ser utilizada como un instrumento contra sí misma al suspender su propia operatividad, sino por el entorno en que se elaboró: la negativa al dualismo, en mérito del cual el soberano detente la autoridad de valerse de la ley para detener o interrumpir su vigencia, se pergeñó en un contexto constitucional predominantemente consuetudinario [*unwritten Constitution*] y en el que, por lo restante, debía usual la adjudicación de la propiedad de omnipotencia parlamentaria, cfr. DYZENHAUS, David. “Schmitt vs. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order?”, *Cardozo L. Rev.*, 25 (2006), p. 2007. Por lo demás, al margen de la consabida contestación schmittiana –anticipada por John Locke a través de su noción de *prerrogativa, i.e.*, el poder de actuar discrecionalmente con miras al bien público, sin (e incluso contra) lo dispuesto por las prescripciones normativas [LOCKE, John; “Two Treatises On Government”, Cambridge University Press, London, 1967, p. 393], resta apuntar la sugerencia a cargo de Lord Leonard H. Hoffmann, en razón de la cual los poderes excepcionales que se activan en un estado de emergencia resultan albergados dentro de la Constitución y su compromiso con los derechos humanos -no fuera de ella, de suerte tal que los agentes estatales debe respetar las restricciones constitucionales –a más de las convencionales a su ejercicio; así, la mencionada idea, a través de su *dissenting opinion* en uno de los más sonados casos que le tocara zanjar a la House of Lords, contribuyó a declarar incompatibles las detenciones indefinidas sin cargos ni juicios de prisioneros extranjeros en la *HM Prison Belmarsh* –dispuesta en virtud del art. 23 de la *Anti-terrorism, Crime and Security Act* de 2001 con la tradición ética y la historia constitucional británicas, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 –cuyo art. 15, en cuanto refiere al supuesto de “*guerra u otra emergencia pública que amenace la vida de la nación*”, establece con precisión las condiciones en que la legislación de emergencia se consideraba necesaria anteriormente, la Human Rights Act de 1998, etc. (*A vs. Secretary of State for the Home Department*, [2005] 2 W.L.R. 87, HL, & 8889).

(246) Corte IDH, caso *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Sent. Serie°C/n.º 219, de fecha 24.11.2010, p. 5. Del voto razonado del juez *ad hoc* Roberto De Figueiredo Caldas.

(247) Corte IDH, caso *Las Palmeras vs. Colombia*. Sent. Serie°C/n.º 90, de fecha 6.12.2001, p. 33.

Por cierto, al hacerlo se contribuye auspiciosamente con reivindicar la mayor influencia, en contrapunto con la desacreditada decisión mayoritaria, de la poderosa intuición presentada -desde antaño por la *dissenting opinion* del Associate Justice Robert H. Jackson en ocasión de sentenciar, hacia 1944, el afamado caso *Korematsu*.

*"(...) I should hold that a (...) court cannot be made to enforce an order which violates constitutional limitations (...) the courts can exercise only the judicial power, can apply only law, and must abide by the Constitution"*²⁴⁸.

Siendo así, se logra -en mucho un modo de potenciar un discurso moral y político más robusto para las provocaciones que, en nuestra vida en común, ha desatado la pujanza viral del SARS-CoV-2, a la par de mostrar con claror la utilidad de que los sujetos interpretativos operen no sólo con declaraciones de ideales convencionales, aun cuando luzcan encarnados en el cuerpo de reglas, sino más bien a través de su ajuste y calibre mediante la traducción en estándares viables para la específica decisión de cuestiones concretas²⁴⁹.

En suma, desde que más allá de los artificios de procedimiento los estados de excepción se comportan, observa Carl J. Friedrich, como la *prueba final del constitucionalismo*, demandando la presencia de un *pueblo alerta*²⁵⁰, también resulta lícito invitar a los *juristas* a reflexionar, con mayor atención, acerca del *estado de la comunidad en donde viven* (por lo menos, en aras de recordarles que no son sólo burócratas a quienes incumbe únicamente la responsabilidad de justificar el sistema que los rige)²⁵¹.

(248) Cfr. *Korematsu vs. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

(249) SAGER, Lawrence, G. "Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms", *Harvard L. Rev.*, 91 (1978) 1227. Sobre la trascendencia de los estándares en el razonamiento jurídico, *vide in profundis* SCHAUER, Frederick; "The Convergence of Rules and Standards", *N.Z. L. Rev.* (2003) 303-328; *ib.*, "The Tyranny of Choice and the Rulification of Standards", *J. Contemp. Legal Issues*, 14 (1) (2005) 803; SUNSTEIN, Cass, R.; "Problems with Rules", *Cal. L. Rev.*, 83 (1995) 961; *et al.*

(250) FRIEDRICH, Carl, J. *Gobierno constitucional y democracia*, IEP, Madrid, 1975, t. 2, pp. 585-633.

(251) Cfr. AGAMBEN, Giorgio. "Estado de excepción y estado de emergencia" *ap. La epidemia como política*, AHE, Buenos Aires, 2020, p. 118.