

claro, ya es suficiente cuando se opta por la comprensión más amplia posible de manera que la mayoría de los casos puedan ser considerados en el análisis. Así, los estándares planteados tanto por el derecho de la Unión como por el derecho convencional (europeo e interamericano de los derechos humanos) serán tomados en cuenta, tanto bajo el ángulo procesal como material, de manera que el examen de los "mecanismos de estandarización" sea lo más exhaustivo posible, incluso si el desafío de la completitud es más bien un ideal soñado que una realidad comprobada.¹

Plantearse la pregunta de saber si los estándares imponen las normas en materia de derechos fundamentales es una paradoja.² Los estándares identificados más arriba derivan del derecho internacional; ¿entonces cómo plantearse la pregunta por su capacidad a imponerse? Ellos deberían imponerse sin problema porque son obligatorios en virtud del derecho internacional. Dicho esto, hay que dejar claro que evidentemente la discusión no se acaba aquí, ya que la obligación no se traduce en una aplicación inmediata, perfecta, incondicionada, indiscutida de la norma (material y procesal) propuesta por el estándar. Lo que una intuición dejaba vislumbrar *prima facie* es confirmada por un análisis más profundo:

Las normas fijadas por los estándares internacionales no son ni impuestas ni consentidas.

Descartemos la conjunción de coordinación indicada por el título de este artículo. En este caso, la conjunción «o» no vale. En cambio, las normas son impuestas y consentidas, ambas al mismo tiempo. Dicho de otro modo,

¹ Cabe inmediatamente advertir al lector que hubiéramos podido tomar en consideración los derechos integrativos africanos o incluso latinoamericanos. Una incursión en esos universos hubiera requerido más tiempo y de destreza analítica.

² En relación a la importancia actual de los derechos fundamentales y de su rol de "bisagra", v. E. Dubout, S. Touzé (dir.), *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systèmes juridiques*, París, Pedone, 2010, p. 336. Asimismo, en la continuidad de esta investigación, v. L. Burgorgue-Larsen, E. Dubout, A. Maitrot de la Motte, S. Touzé (dir.), *Les interactions normatives. Droit de l'Union et droit international*, París, Pedone, 2012, p. 380.

para que la obligación desemboque en una aplicación de normas determinadas por los estándares, es necesario que dichas normas sean objeto de una adhesión por el receptor del estándar. El juez interno, primer destinatario del estándar internacional, debe adherirse a dicho estándar para aceptarlo y darle vida a la obligación determinada por el derecho internacional (textual y jurisprudencial). La obligación como tal no basta o ya no es suficiente... Aquí, el jurista dimensiona la irrupción de otros factores además de los relativos a la lógica jurídica. La sociología de las instituciones y de los actores entra en escena con sus avances y retrocesos. La adhesión del juez nacional va a depender de dos datos objetivos.

El primero deriva de la configuración constitucional interna: la obligación internacional debe pasar por un vector interno, por no decir constitucional, que va a dar una fisonomía particular a la aceptación del estándar. Aquí entra en escena la, más o menos, gran "apertura" de los derechos constitucionales a la "cosa" internacional y la arquitectura constitucional interna, determinando la labor de los jueces nacionales y más particularmente, la de los jueces constitucionales respecto del derecho internacional. En este contexto, será importante determinar a quién le corresponde el control de convencionalidad y con qué extensión es ejercido.

El segundo dato se refiere a la fuente del estándar establecida por el derecho internacional. Un estándar no lo es únicamente por los textos de derecho internacional, lo que reduciría el análisis a la cuestión de la integración de los tratados internacionales en los órdenes jurídicos internos y su lugar en la jerarquía de las normas. En la actualidad, el estándar (material y procesal) es mucho más profundo y determinado en la interpretación de estos tratados internacionales por parte de los tribunales internacionales (Tribunal de justicia de Luxemburgo, Tribunal europeo de Estrasburgo y la Corte interamericana de San José). Ahora bien, aparece aquí la pregunta sobre la autoridad de la cosa interpretada en las decisiones adoptadas por estos tribunales, autoridad que está lejos de ser evidente...

Estos son dos datos objetivos que tienden hacia el ideal de coherencia en el desorden de las situaciones y de los casos que el enfoque del derecho comparado revela y que genera en cascadas un flujo de cuestionamientos desconcertantes.³ Se intentará mostrar que la aceptación de los jueces nacionales a los estándares es evidentemente condicionado por el nivel de internacionalización de las Constituciones (I), pero que es del mismo modo, y tal vez sobre todo, condicionado por la fuerza persuasiva de la jurisprudencia internacional (II).

I. EL NIVEL DE INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES

Las diversas manifestaciones de la internacionalización de las constituciones nacionales (A) es un factor importante que permite generar, lógicamente, un fenómeno de aceptación de los estándares internacionales por los jueces internos (B).

A. Las manifestaciones de la internacionalización

El fenómeno de la internacionalización de las Constituciones nacionales cubre realidades diferentes, al menos que se superponen en Europa y en América latina. Aquí, surge la importancia del contexto sistémico. El estado de la situación no será completamente idéntico si analizamos el lugar que ocupa el sistema de integración europea (*i.e.*, del derecho de la Unión) en las constituciones o el lugar del derecho internacional que toma la forma, en el contexto de este artículo, de las Convenciones europea e interamericana de derechos humanos, esto es, de los «derechos convencionales».

En Europa, cuando se habla de internacionalización de las constituciones nacionales, inmediatamente se piensa en

³ ¿Cuáles son las fuertes tendencias que emergen en este juego extremadamente complejo, donde se mezclan las configuraciones sistemáticas internacionales e internas, la fuerza de persuasión de la jurisprudencia y el espíritu de los jueces nacionales? ¿Qué in fine logra el consentimiento de los jueces nacionales al estandarizar que fija el derecho internacional o qué explica que a la inversa no ocurra una adhesión al estándar internacional?

el fenómeno de su «europeización». Es el estudio de las «cláusulas europeas» que atrae el interés (1). Aquí, el derecho del Convenio europeo no tiene especificidad, reconduciendo a la cuestión tradicional del lugar de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno teniendo en cuenta, sin embargo, de la existencia eventual de «cláusulas interpretativas» de los derechos fundamentales. En cambio, en el seno del «Nuevo Mundo», la «internacionalización» de las constituciones nacionales bien merece su nombre. Se trata de una internacionalización muy específica, ya que el derecho internacional de los derechos humanos encuentra allí un lugar privilegiado (2).

1. La internacionalización entendida a través del fenómeno de la integración

El fenómeno en Europa es conocido esencialmente en el marco de la integración, aunque se sabe perfectamente que el análisis de las disposiciones constitucionales, relativas a las «relaciones externas» y a la apertura del derecho interno al derecho internacional, había sido estudiada durante el periodo de entre-guerras por Boris Mirkin-Guetzevitch quien, desde 1933, inventó la expresión del «derecho constitucional internacional».⁴ Se sabe que la expresión fue reutilizada por el profesor Favoreu en un artículo que ha permanecido célebre, publicado en la Revista General de Derecho Internacional Público en 1993;⁵ mientras que Joël Rideau hablaba desde 1990 de la «cosa» sin necesariamente referirse a la célebre fórmula.⁶ Diseñar un cuadro del nivel de apertura de las Constituciones nacionales al fenómeno comunitario (se debería decir hoy al fenómeno «unional» después de la sustitución de la CE por la UE con el Tratado de Lisboa) constituye un reto. Una clasificación operacional de las «cláusulas europeas» simplemente es

⁴ B. Mirkin-Guetzevitch, *Droit constitutionnel international*, 1933, p. 299.

⁵ L. Favoreu, «Le contrôle de constitutionnalité du Traité de Maastricht et le développement du «droit constitutionnel international», *RGDIP*, 1993, pp. 49-65.

⁶ J. Rideau, «Constitution et droit international dans les Etats membres de l'Union européenne», *RFDC*, n° 2, 1990, pp. 259-296.

imposible ya que esta clasificación no se puede encontrar: la heterogeneidad de su adopción en el tiempo y su heterogeneidad material—tanto desde la perspectiva terminológica como procedural— es en la práctica muy diversa.⁷ Sobre todo la clasificación resulta vana porque finalmente, lo que prima, es el sentido, el significado de estas cláusulas, tanto bajo el enfoque técnico como simbólico. Con relación a este último punto, se sabe que estas cláusulas revelan la empatía o, por el contrario, la desconfianza; a veces marcada por el recelo o la indiferencia, respecto del fenómeno de la integración europea. Especialmente, su sentido técnico es múltiple y se refiere al tema que nos preocupa. A menudo, su sentido técnico “originario”—tal como ha sido establecido por el constituyente— tiene por objeto ya sea permitir la adhesión o autorizar por adelantado toda transferencia posterior de competencias a la Unión. A esto se agrega un nuevo sentido, tal como ha sido señalado por el juez constitucional. Los ejemplos españoles y franceses son característicos en este caso. El Tribunal Constitucional español modificó en 2004 el sentido generalmente atribuido al artículo 93 de la Constitución de 1978,⁸ mientras que el Con-

⁷ Numerosos autores han analizado este fenómeno y han siempre optado por una clasificación que es propia... Remitimos, a título no exhaustivo, a los trabajos de I. PERNICE, *Fondements du droit constitutionnel européen*, París, Pedone, 2004, spec. pp. 43-68; de ANNELI ALBI quien analiza la transformación de las Constituciones de los países del Este, *EU enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*, Cambridge, University Press, 2005. Para trabajo colectivo, v. J. Ziller (dir.), *L'Européanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, París, L'Harmattan, 2003 o también M. Cartabia, B. De Witte, P. Pérez Tremps (dir.), *Constitución europea y constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

⁸ Tribunal Constitucional Español, 13 de diciembre de 2004, Tratado por el cual se establece una Constitución para Europa, DTC n° 1/2004, Boletín Oficial, 5 enero 2005. Esta decisión llamó lógicamente la atención de la doctrina española más autorizada v. R. ALONSO GARCÍA, “Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2005, n° 73; G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, “No existe contradicción entre la Constitución española y la Constitución europea”, *Revista de derecho comunitario europeo*, enero-abril 2005, pp. 5-17. En lengua francesa, remitimos a F. MODERNE, RFDADM., 2005; L. BURGORGUE-LARSEN, “La déclaration du 13 décembre 2004 (DTC n° 1/2004), ‘Un Solange II à l’espagnol’”, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2005-18, pp. 154-161.

sejo Constitucional francés por su parte revelaba el nuevo significado que debía otorgarse al artículo 88§1.⁹

Como vemos, se trata de una serie de elementos que van a ayudar a una adhesión de los jueces nacionales a las normas de la Unión establecidas en materia de derechos fundamentales. Sin embargo ¿Qué sucede, cuando pasamos del universo de la integración al universo humanista, aquél que es materializado en nuestros días por los sistemas regionales de garantía de los derechos humanos, cuyo cordón umbilical de vinculación al derecho internacional no tiene que ser demostrado?

2. La internacionalización entendida a través del fenómeno humanista

Aquí la cuestión es otra; más clásica. En efecto, la problemática se reduce a la cuestión de saber cuál es el lugar atribuido a los tratados internacionales en el seno de las constituciones nacionales, una variante del análisis que renvía a examinar la naturaleza dualista o monista del sistema jurídico nacional. Aquí, cualquiera que sea el Estado y su pertenencia continental (Europa o América latina), el observador debe preguntarse el valor (supra constitucional, o infra constitucional, y entonces supra legislativo o incluso legislativo), del derecho internacional en el seno de los Estados. En consecuencia, ocurre que en numerosos países la cuestión conduce a preguntarse a quién le corresponde el control de convencionalidad (jueces ordinarios o jueces constitucionales). O la prescripción viene de las constituciones mismas,¹⁰ o ella deriva de una solución ob-

⁹ Consejo Constitucional, 19 de noviembre de 2004, Tratado por el cual se establece una Constitución para Europa, 2004/505 DC; Consejo Constitucional, 30 de marzo de 2006, Ley para la igualdad de oportunidades, 2006-535 DC; Consejo Constitucional, 27 de julio de 2006, Ley sobre los derechos de autor relativos a los servicios sociales de información, 2006-540 DC; Consejo Constitucional, 30 de noviembre de 2006, ley relativa al sector de la energía, 2006-543 DC. Dado el gran número de análisis doctrinales, nos remitiremos al sitio del Consejo Constitucional (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/>).

¹⁰ Sabemos que en numerosos países—en particular en las nuevas democracias del Este— el control de convencionalidad está en manos de los jueces constitucionales. *Ad exemplum*, el artículo 125 de la Constitución eslovaca del 10, de

tenida después de una batalla contenciosa entre jueces nacionales.¹¹ Estos elementos objetivos son los indicadores iniciales para evaluar la aceptación o no, por las jurisdicciones nacionales, del derecho internacional de los derechos humanos.¹²

En este contexto, hay dos elementos objetivos de carácter jurídico que constituyen un estímulo de peso a la adhesión de los jueces nacionales a los estándares fijados por los jueces que les corresponde garantizar los derechos. En principio, se trata de la presencia de "cláusulas de interpretación" de la Constitución en términos del derecho internacional de los derechos humanos y, luego, de la ubicación en la jerarquía de las normas de los tratados de derechos humanos. Si algunas constituciones europeas toman en cuenta, *expressis verbis*, el derecho internacional de los derechos humanos como parámetro interpretativo de los derechos fundamentales constitucionales —basta con mencionar las importantes "cláusulas de interpretación" española (10§2 de la Constitución de 1978),¹³ rumana (artículo

septiembre de 1992 habilita la Corte constitucional a juzgar conforme a las "reglas jurídicas generales relativas a los tratados internacionales promulgados según las modalidades que fija la ley". En la República Checa, es el artículo 87§1 de la Constitución del 16 de diciembre de 1992 que autoriza la Corte a examinar los recursos de anulación de las leyes que se fundan sobre la violación de la Constitución, sobre la violación de una ley constitucional o sobre la violación de un tratado internacional que protege los derechos humanos y las libertades fundamentales, bajo la condición que este tratado sea ratificado y promulgado siguiendo las prescripciones del artículo 10 de la Constitución. La invocación de la violación del derecho internacional es también posible en el marco del procedimiento de la "queja constitucional" que presenta los individuos —durante el proceso el demandante puede solicitar la anulación de la regla en cuestión. En virtud del análisis combinado de los artículos 584 y 149§1al.4c. de la Constitución búlgara del 13 de julio de 1991, se le reconoce a la Corte constitucional la competencia para verificar la compatibilidad de las leyes internas con las normas de derecho internacional universalmente reconocidas y los tratados vinculantes para Bulgaria.

¹¹ El caso francés es emblemático de esta situación. Es inútil decir más, el tema es clásico y conocido.

¹² Los indicadores no son más que iniciales, ya que surgieron luego la cuestión de su entera adhesión al estándar fijado por la Corte de garantía de derechos. Aquí, elementos de tipo jurídico pero también de tipo sociológico entran en escena, v. II^a parte.

¹³ El artículo 10§2 se lee así: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de

20§1 de la Constitución de 1991)¹⁴ y portuguesa (artículo 16§2 de la Constitución de 1976);¹⁵ así como la sección 2 (1) y 3 del *Human Rights Act*.¹⁶ No se puede decir que en Europa haya sido atribuido un lugar *ad hoc* a los tratados internacionales de derechos humanos en la jerarquía de las normas,¹⁷ con la excepción (notable) de la Constitución de

conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

¹⁴ El artículo 20§1 que se titula "Les traités internationaux portant sur les droits de l'homme" dice: «Les dispositions constitutionnelles relatives aux droits et libertés des citoyens seront interprétées et appliquées en concordance avec la Déclaration universelle des droits de l'homme, avec les pactes et les autres traités auxquels la Roumanie est partie».

¹⁵ El artículo 16 que se titula "la détermination des droits fondamentaux et sa signification" expresa: «1. Les droits fondamentaux consacrés dans la Constitution n'excluent pas les autres droits résultant des lois et des règles applicables du droit international. 2. Les normes constitutionnelles et légales relatives aux droits fondamentaux sont interprétées et appliquées en harmonie avec la Déclaration universelle des droits de l'homme.»

¹⁶ Sobre el *Human Rights Act* y el sistema británico de protección de las libertades, reenvía aquí a la remarcable tesis de Aurelie Duffy que llena una laguna de la doctrina francesa todavía muy alejada del análisis de los sistemas de *common law*, v. *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni, Préface de G. Scoffoni et Avant-propos de J. Jowell*, Paris, LGDJ, La Fondation Varenne, 2007. El HRA no otorga (ciertos juristas continentales podrían incluso agregar "todavía no"), la posibilidad a las Cortes británicas, incluso a la *House of Lords*, el poder de invalidar leyes. Este elemento constituye todavía, y sin duda por largo tiempo, una diferencia radical entre el sistema constitucional británico —que entiende aún acoger la soberanía parlamentaria— y los sistemas constitucionales continentales. Sin embargo, los procedimientos instituidos por esta importante legislación, erigida al rango de "ley constitucional" en el importante caso *Thoburn* (High Court *Thoburn v. Sutherland City Council* [2002] EWHC 195, [2002] 3 WLR 247), se acercan a ciertos aspectos a los sistemas constitucionales de interpretación de los derechos fundamentales español, portugués o incluso rumano aplicando una obligación de interpretación, semejante a una «toma en cuenta» privilegiada. Si las cláusulas británicas de interpretación conforme (sección 3) y de «toma en consideración» del *corpus* convencional (sección 2(1)) —no mencionan los tratados internacionales de derechos humanos en su conjunto— ya que están centradas en la sola convención europea y sus protocolos, mientras que los otros países (España, Rumania, Portugal) han llegado incluso a mencionar textos de *soft law*, no es menos cierto que la lógica de la obligación es la misma. El juez debe hacer todo lo posible por interpretar el catálogo constitucional de derechos de acuerdo con el catálogo convencional de la misma manera como es interpretado por el juez de Estrasburgo.

¹⁷ Es incluso lo contrario si juzgamos por las reformas recientes en los Países Bajos, en Luxemburgo y last but not least, en Francia en el marco de la implementación de la QPC. La intención de los constituyentes de estos tres países está grosso modo presidida por la misma obsesión: reubicar la Constitución (y por lo tanto los derechos constitucionales) al centro de la vida política y jurídica. Estos procesos, a la hora de la internacionalización del derecho, son sor-

Bosnia Herzegovina.¹⁸ Se sabe que en dicho Estado "la internacionalización ha parecido constituir el instrumento más eficaz para restablecer la paz y reconstruir el Estado".¹⁹ En este contexto, "el artículo II.2 de la Constitución hace la Convención directamente aplicable, incluso antes que la ratificación de la Convención europea de derechos humanos por Bosnia-Herzegovina (.../...). La Constitución Bosniaherzegovina concibe esta aplicabilidad directa precisando que la Convención y sus Protocolos "priman sobre toda otra ley" (*priority over all other law*).²⁰

Lo que constituye una excepción para el continente europeo²¹ simplemente es la regla en América Latina. Así, cuando se menciona el fenómeno de la internacionalización de las constituciones nacionales, se hace referencia por regla general al lugar que toma el derecho internacional de los derechos humanos en su seno y no esencialmente, como en Europa, a la comprensión del fenómeno integrador. Este proceso en América Latina es extendido y se explica muy fácilmente. Una vez recuperada la democracia a principios de los años ochenta, era imperativo dar vuelta a

prendentes y marcan una desconfianza clara respecto de los derechos fundamentales tales como son reconocidos por los tratados internacionales de protección de los derechos humanos, v. W. THOMASSEN «La Constitution néerlandaise et les droits de l'homme», *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 627-634.

¹⁸ C. GREWE, «Le contrôle de constitutionnalité des lois en Bosnie-Herzégovine», *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n.º 27, 2009, p. 33. «On sait que «sa Constitution forme l'annexe 4 des Accords de Dayton, signés à Paris le 14 décembre 1995, pour mettre un terme à la guerre en ex-Yougoslavie. Ce texte très court, assorti cependant de onze annexes, se présente à la fois comme un armistice, un traité de paix ainsi qu'un règlement durable tant des institutions internes que des relations internationales».

¹⁹ C. GREWE, *op. cit.*, p. 35: «D'où la présence de juges internationaux dans une Cour constitutionnelle, la création d'une Chambre des droits de l'homme, la surveillance des institutions par le Haut Représentant et les références multiples, dans les Accords de Dayton ainsi que dans l'annexe 4, aux instruments internationaux, surtout ceux en matière de droits de l'homme».

²⁰ *Ibid.*, p. 35.

²¹ Podríamos matizar esta aseveración tratándose de ciertas constituciones de las nuevas democracias al Este del continente. Sin embargo, si algunas son bastante abiertas a la "cosa internacional" (ad exemplum los artículos 9 y 87 de la Constitución polaca de 1997), otras, a la inversa, han magnificado la soberanía largo tiempo reprimida. Las Constituciones de los países bálticos son significativas a este respecto.

página de los regímenes autoritarios de los años 60/70 que habían ubicado el continente a la cabeza de la ingeniería de lo macabro (desapariciones forzadas, ejecuciones sumarias, terrorismo de Estado transfronterizo encarnado por el funesto "Plan Cóndor" etc...). En tal contexto, el derecho internacional de los derechos humanos surgió como la encarnación jurídica de los valores democráticos basados sobre el respeto irreductible de la dignidad de la persona humana. Así, adoptar las constituciones modernas consistió —además de establecer jurisdicciones constitucionales y/o supremas a cargo de la protección de los derechos fundamentales— en situar el derecho internacional de los derechos humanos en lugares privilegiados en la jerarquía de normas,²² pero también en organizar el hecho que dicho derecho pudiera primar, bajo ciertas circunstancias, sobre el derecho interno, incluso el derecho constitucional (mediante cláusulas llamadas de "prevalencia")²³ y, por supuesto, en erigirlo referente interpretativo de los derechos fundamentales constitucionales mediante "cláusulas de interpretación" como por ejemplo en Colombia,²⁴ en Perú,²⁵

²² Recordemos que América latina fue vanguardista ya que el recurso de amparo fue inventado en el siglo 19 en México. Sin duda, hoy en día, hay sobre el continente líderes, una de ellas es la Corte constitucional de Colombia conocida por su ingeniería jurídica y la calidad de sus decisiones.

²³ En Argentina, mientras que los tratados internacionales "clásicos" tienen un simple valor supra legal e infra constitucional, se le atribuye *expressis verbis* un valor constitucional a los tratados internacionales de protección de los derechos (artículo 75 §22 de la Constitución de 1994).

²⁴ Las cláusulas de «prevalencia» (primacy clause) establecen que los tratados internacionales ratificados por los Estados forman parte del orden jurídico interno y que en caso de conflicto entre el derecho nacional y los tratados internacionales, estos últimos priman. La expresión y la definición es de M. E. GONCORA MERA, *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, San José, IIDH, 2011, p. 91.

²⁵ El artículo 93 de la Constitución colombiana del 4 de julio de 1991 dice: «Los deberes y derechos consagrados en esta Carta se interpretarán en conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia».

²⁶ La 4ª disposición transitoria de la Constitución peruana del 29 de diciembre de 1993 agrega la Declaración Universal: «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú».

de Haití²⁷ o incluso, más recientemente, en la República Dominicana²⁸ y en México.²⁹ Si ciertos ordenamientos jurídicos han optado por estas soluciones de manera alternativa, otros en cambio las han acumulado. Así, ahí donde el constituyente ha acordado no solamente un valor supra-constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, sino que además ha previsto que los derechos fundamentales constitucionales sean interpretados a la luz del *corpus juris* en la materia, se puede suponer válidamente que el grado de adhesión al estándar establecido en el nivel internacional será importante. Es el caso hoy en día de Bolivia y Ecuador.³⁰

²⁷ Es sólo la Declaración Universal que hace referencia el artículo 19 de la Constitución haitiana del 10 de marzo de 1987: «L'État a l'impérieuse obligation de garantir le Droit à la Vie, à la Santé, au Respect de la Personne Humaine, à tous les Citoyens sans distinction, conformément à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme.»

²⁸ El artículo 74§4 de la nueva Constitución de la República Dominicana del 26 de enero de 2010 se lee así: «Los poderes públicos interpretan y aplican las normas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución.»

²⁹ Luego de la reforma constitucional de junio de 2011, el nuevo tenor del artículo primero se lee así: «En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo los casos y bajos las condiciones que esta Constitución establece.»

Las normas relativas a derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

³⁰ Se destacará aquí el caso de la reciente Constitución boliviana del 25 de enero de 2009 que reconoce un valor supra-constitucional a los tratados internacionales de protección de los derechos —que han sido firmados, ratificados por Bolivia o a los cuales el Estado ha adherido— y que acuerdan una protección más favorable que las normas internas particularmente constitucionales (artículo 256.I). Igualmente, la Constitución prevé también una «cláusula de interpretación» de los derechos constitucionales a la luz de los derechos reconocidos por los tratados internacionales cuando ellos «prevén normas más favorables» (artículo 256.II). Los textos originales son reproducidos a continuación; artículo 256.I: «Los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que decla-

Esta «especificidad» totalmente ejemplar del derecho internacional de los derechos humanos es el mayor rasgo característico del constitucionalismo latinoamericano,³¹ sólo algunos países permanecen en el margen de este vasto movimiento, como es el caso de la más grande potencia económica y política del continente —por no decir del nuevo mundo emergente— Brasil, celoso de su poder soberano.³²

B. Las manifestaciones concretas de la adhesión al estándar

Es evidente que la apertura de las Constituciones a los «derechos venidos de otras partes»³³ es una característica objetiva que lógicamente, se piensa engendrará una aceptación de las normas en materia de derechos fundamentales establecidos por los diferentes estándares internacionales. Son dos ejemplos los que serán evaluados aquí a fin de que los desarrollos tomen un matiz un poco más concreto. Así, el lugar en la jerarquía de las normas del derecho internacional de los derechos humanos (1) como las «cláusulas de interpretación» (2) son rasgos objetivos que en conjunto manifiestan una aceptación del estándar internacional establecido en materia de derechos fundamentales.

ren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicaran de manera preferente sobre ésta.» Artículo 256.II: «Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables.»

Igualmente, el caso ecuatoriano es interesante ya que la Constitución del 20 de octubre de 2008 concede a los tratados internacionales de protección de los derechos un valor supra-constitucional (artículo 424, 2a frase) y prevé una «cláusula de apertura» (artículo 417), «Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a los establecidos en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.»

³¹ A. BREWER-CARLAS, *Judicial Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of Amparo Proceedings*, Nueva York, Cambridge University Press.

³² Brasil es celoso de su soberanía política, jurídica y económica. Eso repercute a nivel de la Constitución y de la interpretación de la misma por parte de la Corte Suprema; de tendencia muy conservadora. Para un trabajo remarcable sobre esta importante jurisdicción constitucional, revolvamos a la tesis de Thomas Passos Martins, *La Cour Suprême du Brésil et l'Etat démocratique de droit*, Université de Montpellier, 2012, p. 544. (Director de tesis, Dominique Rousseau).

³³ Para retomar en un sentido positivo la fórmula de DOYEN CARBONNIER que había sido utilizada en un sentido muy crítico en su celebre ensayo, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, París, Flammarion, 1996, p. 276.

1. La cuestión del rango

El continente latinoamericano es, sin lugar a duda, el continente más abierto al derecho internacional de los derechos humanos o, dicho de otro modo, aquel donde la internacionalización del derecho constitucional se ve en su máxima expresión.³⁴ No solamente las "cláusulas de interpretación" son numerosas, igualmente el rango atribuido al derecho internacional de los derechos humanos es muy específico, ya que son valorizados.³⁵ Junto con las recientes constituciones boliviana y ecuatoriana que otorgan al derecho internacional de los derechos humanos un valor supraconstitucional, observamos dos constituciones que le otorgan *expressis verbis* un rango constitucional: el artículo 75§22 de la Constitución Argentina del 22 de agosto de 1994³⁶ y el artículo 23 de la Constitución Bolivariana de Venezuela del 15 de diciembre de 1999.³⁷

³⁴ H. FIX-ZAMUDIO, «El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas», *Revista Latinoamericana de Derecho*, 2004, Año I, pp. 141-180.

³⁵ Para un panorama exhaustivo y detallado, reenviamos a C. ORTIZ, «El Sistema interamericano de derechos humanos: democracia y derechos humanos como factores integradores en Latinoamérica», *¿Integración suramericana a través del Derecho? A. Von Bogdandy, C. Landa Arroyo, M. Morales Antoniazzi (eds), Max Planck-Institut / Centro de estudios constitucionales, Madrid, 2009*, pp. 231-285.

³⁶ El artículo 75§22 dice: "... Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional."

³⁷ El artículo 23 recita: "Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitu-

El caso argentino será desarrollado aquí ya que la manera en que el poder judicial de ese país del Cono Sur ha sacado consecuencias del artículo 75§22 aceptando el estándar establecido no solamente por la Convención americana de derechos humanos (expresamente mencionada en el texto constitucional), sino también, y sobre todo, por aquel fijado por su intérprete auténtico —la Corte Interamericana— es, desde todo punto de vista, excepcional. Lo ha hecho singularmente a propósito de un tema particularmente complejo y delicado, aquel de la lucha contra la impunidad.³⁸ Argentina —una vez recuperada la democracia en 1983 luego de la caída del gobierno militar de Jorge Videla— pensó que borrar el pasado e intentar el olvido para facilitar la "reconciliación nacional" era la mejor solución. Las famosas leyes de "Punto final" de 24 de diciembre de 1986 y de "obediencia debida" de 4 de junio de 1987 fueron adoptadas por el gobierno de Raúl Alfonsín con el riesgo de mantener vivo el sentimiento de injusticia de las familias de los desaparecidos.³⁹ No se contó con que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 14 de junio de 2005 en el caso Simón, Julio Héctor y otros⁴⁰ declara-

cional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público."

³⁸ Para una presentación extremadamente detallada de los diferentes tipos de amnistías en numerosos países de América latina así como en ciertos estados europeos, reenviamos a los estudios particularmente completos de la obra dirigida por K. AMBOS, E. MALARINO y G. ELSNER, *Justicia de transición, con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 335; Sobre la jurisprudencia interamericana en la materia, v. C. BINDER, «The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights», *German Law Journal*, 2011, pp. 1203-1229; Sobre las amnistías en general, ver G. DELLA MORTE, «Les amnisties en droit international», *La Clémence saisie par le droit. Amnistie, prescription et grâce en droit international et comparé*, H. Ruiz-Fabí, G. Della Morte, E. Lambert-Abdelgawad, K. Martin-Chenut (dir.), París, Société de Législation comparée, 2008, pp. 41 et s.

³⁹ R. E. NORRIS, «Leyes de impunidad y los derechos humanos en las Américas. Una respuesta legal», *Revista IIDH*, Enero-junio 1992, pp. 66 et s.; del mismo autor, «Leyes de impunidad en América Latina», *Amnistía y reconciliación nacional: encontrando el camino de la justicia*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1996, pp. 129-191.

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14 de junio de 2005, Simón, Julio Héctor y otros, §§23, 27, 29, extractos reproducidos en *Diálogo jurisp-*

rían nulas las mencionadas leyes apoyándose *expressis verbis* en la jurisprudencia Barrios Altos⁴¹ de la Corte interamericana, la cual en una decisión histórica, había declarado nulas *per se* toda ley de amnistía. Desde entonces, la Corte Interamericana confirmaría sin equívocos su política jurisprudencial en esta materia en decisiones adoptadas contra Brasil, Chile y Uruguay,⁴² mientras que Argentina, por su lado, no cesaría de confirmar su adhesión al estándar jurisprudencial interamericano convirtiéndose en uno de los Estados "líderes" al respecto.⁴³

Este juego de la prevalencia, cuando se conjuga con aquel de una interpretación abierta, hace más fácil la aceptación del estándar internacional.

2. La cuestión de la interpretación

Dos ejemplos —uno latinoamericano (Colombia) y uno europeo (España)— estarán al centro de este estudio a fin de develar la característica constructiva de la movilización de la interpretación de las Constituciones a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

dencial, Derecho internacional de los derechos humanos, Tribunales nacionales, Corte Interamericana de Derechos Humanos, I.I.D.I.H/L.I.J., Konrad Adenauer Stiftung, CIDH, julio-diciembre 2006, n° 1, pp. 257-273. Para un análisis que examina la situación en derecho argentino ver V. Bazan, «El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia de Argentina», Estudios constitucionales, año 8, n° 2, 2010, pp. 359-388. Para una visión global de esta cuestión, v. M. PINTO, *L'Amérique latine et le traitement des violations massives des droits de l'homme*, París, Pedone, 2007, p. 95.

⁴¹ CIDH, 14 de marzo de 2001, Fond, Barrios Altos c. Perú, Serie C n° 75, §1; CIDH, 3 de septiembre 2001, Interpretación, Barrios Altos c. Perú, Serie C n° 83, §18. C.

⁴² CIDH, 26 de septiembre de 2006, Fondo y reparación, Almonacid Arellano c. Chile, Serie C n° 154; CIDH, 24 de noviembre de 2010, Excepciones preliminares, Fondo y reparación, Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) c. Brasil, Serie C n° 219; CIDH, 24 de febrero de 2011, Fondo y reparación, Gelman c. Uruguay, Serie C n° 221. La Corte reiteró nuevamente su posición en un caso peruano muy importante: CIDH, 29 de noviembre de 2006, Fondo y reparación, La Cantuta c. Perú, Serie C n° 162.

⁴³ Ad. ex. Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso Mazzeo, Buenos Aires, La Ley, 2007-D, p. 426; Caso Videla y Massera, 31 de agosto de 2010, considerando n° 8, ver <http://www.dipublico.com.ar/?p=7314>. Para un acercamiento general, v. V. BAZAN, «El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte suprema de Justicia de Argentina», Estudios constitucionales, año 8, n° 2, 2010, pp. 359-388.

La Constitución colombiana de 4 de julio de 1991 forma parte del grupo de Constituciones que son bastante abiertas al derecho internacional de los derechos humanos. Su artículo 93 reconoce —al mismo tiempo— que “los tratados y convenciones internacionales ratificados por el Congreso “prevalecen en el orden interno” (artículo 93,1) y, además, que todos los derechos fundamentales constitucionales deben ser interpretados a la luz de los Tratados internacionales ratificados por Colombia (artículo 93,2). Se trata entonces de consagrar en un mismo artículo la “cláusula de primacía” y la “cláusula de interpretación”. En este contexto, no es sorprendente que la consideración de la Convención americana —evidentemente ratificada por el Estado colombiano— de la manera que es interpretada por la Corte haya sido considerada por el juez constitucional colombiano. Corresponde, dándole un sentido específico, a la expresión del bloque de constitucionalidad, el cual recuerda el origen francés dando cuenta de los trabajos de Louis Favoreu en la materia: la decisión C-225/1995 marca sin duda un hito.⁴⁴ Así, para la Corte Constitucional, el bloque de constitucionalidad lo integra las normas y principios que, sin aparecer explícitamente en la Constitución, pueden ser utilizados como parámetros de interpretación en el marco del control de constitucionalidad en la medida que han sido integrados por diversos medios y diversos mandatos establecidos por la propia Constitución. La jurisprudencia de la Corte interamericana rápidamente ha sido incorporada en el mencionado bloque, habiendo sido considerada como “obligatoria” en un primer momento, para luego haber sido elevada (más modestamente) como un criterio hermenéutico “relevante”, i.e. de una “significación particular” (decisión C-010/2000). Este cambio terminológico, puramente formal, no ha marcado de ninguna manera un retroceso de la apertura, en términos substanciales, del juez colombiano a la jurisprudencia interamericana, que guía más que nunca, la interpretación constitucional.⁴⁵

⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia, C-255/1995.

⁴⁵ Intervención del Presidente de la Corte Constitucional de Colombia (Juan Carlos Henao Pérez) en el coloquio organizado durante una sesión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Bogotá, septiembre de 2011. A

Entre las diferentes "cláusulas interpretativas" en Europa, se ha elegido poner en primer lugar el artículo 10§2 de la Constitución española.⁴⁶ Esta disposición prevé que "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades reconocidas por la Constitución" deben ser interpretadas por el Tribunal Constitucional "conforme a la Declaración universal de derechos humanos y a los tratados y acuerdos internacionales en la materia ratificados por España". Cabe señalar que esta disposición pone en el mismo nivel instrumentos internacionales de alcance jurídico diferente, la Declaración universal por un lado, y los tratados por el otro. Aunque algunos en doctrina hayan podido argumentar que la importancia adquirida por la Declaración universal la ha convertido en un instrumento esencial desde el momento en que están en juego los derechos humanos, también es cierto que, formalmente, su carácter de *soft law* es innegable. Sin embargo, la Declaración es considerada aquí por el constituyente tan fundamental —substantialmente— como los tratados debidamente firmados y ratificados por España, ya que claramente se le

principios del año 2012. Él renuncia a su cargo para convertirse en Presidente (rector) de la Universidad Externado de Colombia. Él fue reemplazado por Gabriel Eduardo Mendoza. Igualmente, hacemos referencia al importante análisis de J. CORDOBA TRIVINO, «Aplicación de la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos al derecho constitucional colombiano», *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2007, T.II, pp. 667-684.

⁴⁶ No ocultamos al lector el carácter discrecional de ésta elección. La literatura sobre esta cláusula es abundante y el estudio de sus efectos han sido bien aclarados y de fácil acceso. Estos elementos explican por qué se ha decidido elegir dicha cláusula. Nos remitimos aquí a la obra de A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 302, del mismo autor, "La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos", en Casas Baamonde María Elena y Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, Miguel (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978. XXX Aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2008, pp. 193-209 y «La interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con el derecho internacional», *Hendu -Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 2011, pp. 20-42. De igual manera, en francés, ver el artículo de I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, «Droit de l'Union européenne et droit international depuis la perspective du droit constitutionnel espagnol», L. Burgorgue-Larsen, E. Dubout, A. Maitrot de la Motte, S. Touzé (dir.), *Les Interactions normatives. Droit de l'Union européenne et droit international*, Paris, Pedone, 2012, pp. 107-132.

insta al Tribunal Constitucional español a inspirarse en esta declaración como parámetro de interpretación de la Constitución. La práctica contenciosa demuestra que la jurisdicción constitucional ha interpretado de manera particularmente comprensiva tal disposición.⁴⁷ Como la disposición mencionada se refiere a instrumentos internacionales, el tribunal no ha vacilado en hacer referencia a la jurisprudencia internacional, particularmente aquella de la Corte europea; allí donde el artículo 10§2 menciona solo un instrumento de *soft law* (la DUDH), el tribunal no ha vacilado en utilizar todo tipo de instrumentos de *soft law*... El caso de la Carta de derechos fundamentales de la Unión europea —antes de la consagración de su fuerza vinculante⁴⁸ adquirida con el tratado de Lisboa (artículo 6§1 TUE)— es significativa.⁴⁹ No hace falta decir que en tal configuración, la aceptación del estándar establecido por el derecho internacional ha sido máxima, la Constitución se convierte entonces en un vector favorable al derecho internacional, especialmente desde el momento en que trata de proteger los derechos fundamentales.⁵⁰

⁴⁷ Sobre esta cuestión véase C. IZQUIERDO SANS, «Conflictos entre la jurisdicción comunitaria y la jurisdicción constitucional española (en materia de derechos fundamentales)», *REDE*, n.º 34, abril-junio 2010, pp. 193-233.

⁴⁸ Asimismo, cabe señalar que el Tribunal español, el primero en Europa, quien en un fallo del 30 de noviembre de 2000 (STC n.º 292/2000), considerando que la Carta aún no había sido proclamada oficialmente en Niza el 7 de diciembre, hizo referencia a ésta en el contexto de un recurso de amparo relativo a la protección de datos personales. También es el primero en referirse al artículo 8 de la Carta para determinar el alcance de la protección de datos en el derecho constitucional español. Desde entonces, el Tribunal no cesa de utilizar la Carta. Podemos citar como otro ejemplo el fallo del 13 de febrero de 2006 (STC n.º 41/2006) donde se interpreta de forma extensiva el artículo 14 de la Constitución, relativo a la igualdad y la no discriminación, integrando una forma de discriminación que no existía relacionada con la orientación sexual.

⁴⁹ El Tribunal Constitucional continúa, evidentemente, con su tendencia una vez que la Carta se vuelve obligatoria con la entrada en vigor del tratado de Lisboa. *Ad exemplum*, el fallo del 28 de marzo de 2011 (STC 37/2011) donde es de forma combinada que la jurisprudencia europea, la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (artículo 382 a) y la convención de Oviedo de 1997 (ratificada por España), han sido utilizadas como «parámetros hermenéuticos» con el fin de determinar el alcance del consentimiento en materia de operaciones quirúrgicas; la Constitución española es un poco difusa en la cuestión.

⁵⁰ I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, «Droit de l'Union européenne et droit international depuis la perspective du droit constitutionnel espagnol», L. Burgorgue-Larsen,

El nivel de internacionalización de las constituciones nacionales es un factor importante de aceptación de los estándares internacionales. Sin embargo, aquello no es suficiente para explicar totalmente la adhesión, sin discusión, de dichos estándares. Dicho de otro modo, si la apertura de las constituciones nacionales al derecho internacional es una condición necesaria, no es suficiente. Esta característica lo será incluso menos si consideramos que el análisis comparado demuestra que existen Estados donde, a pesar de la apertura del sistema constitucional respecto de la "cosa" internacional, la actitud del juez interno no tiene nada de "abierto" (Venezuela). En cambio, existen Estados que —aunque el sistema de integración de las normas internacionales por las cuales han optado no es favorable a una consideración y a una aceptación del derecho internacional, la actitud del juez nacional (ordinario y/o constitucional) es favorable. En estos casos, el juez ha terminado por unirse a una consideración del derecho internacional y más específicamente de la Convención europea y/o de la Convención americana, tomando seriamente en cuenta las Convenciones tal como son interpretadas por la Corte de Estrasburgo. Esto es el caso por ejemplo austriaco, alemán e italiano, países dualistas en el seno, de los cuales el control de convencionalidad está sólidamente arraigado y que han terminado por aceptar el estándar, por la fuerza de las cosas, es decir por la imperiosa necesidad de la armonía interpretativa de los derechos fundamentales.

Todo esto lleva a considerar que los análisis formales no son evidentemente suficientes y que ellos deben ser conjugados con los enfoques que corresponden a la vez a la sociología de los actores y de las instituciones,⁵¹ pero

E. Dubou, A. Maitrot de la Motte, S. Touzé (dir.), *Les Interactions normatives. Droit de l'Union européenne et droit international*, París, Pedone, 2012, *passim*.

⁵¹ Para notables estudios sobre el ambiente «sociológico» que ha rodeado la creación y la evolución de la Corte Europea, así como la recepción de esa jurisprudencia por los actores nacionales (profesores de derecho, abogados, jueces) remitimos a los trabajos realizados por el grupo de investigación PROLILEXES, *Politics of International Legal expertise in European Society*. La obra publicada bajo la dirección de S. HENNETTE-VAUCHEZ et J.-M. SOREL, *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde?*, Bruselas, Bruylant, 2011, p. 293. Es una publicación

igualmente que corresponden al "clima político" en el sentido general y noble del término. Para que la adhesión de los jueces internos a los estándares internacionales de derechos humanos sean máxima, es necesario que "la autoridad de la cosa interpretada" de las decisiones de las Cortes internacionales sea aceptada por los jueces internos. Ahora bien, mientras que las Cortes hace tiempo que han superado el efecto relativo oficial de sus decisiones, el grado de aceptación por los jueces nacionales está condicionado por la "legitimidad" de las decisiones de la justicia internacional. A este respecto, es evidente que mientras la motivación de las decisiones sea más cuidadosa y apunte a tener una coherencia de conjunto, el juez nacional estará más propenso a aceptarlas. Del mismo modo, mientras más extensiva sea la protección acordada en el nivel internacional —sobrepasando de lejos el estándar nacional— el juez nacional estará más convencido (normalmente) de la necesidad de adecuarse.⁵² Después del tiempo de la *fuerza vinculante del derecho*, los juristas deben aceptar y tomarse en serio la *fuerza persuasiva de la jurisprudencia*.

II. LA FUERZA PERSUASIVA DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Cuando las competencias de los jueces nacionales y el funcionamiento de su jurisdicción son transformadas por los estándares establecidos por la jurisprudencia internacional, pero también cuando el contenido y el alcance de los derechos garantizados a nivel internacional son irremediablemente alterados por la actividad creadora del juez internacional, al punto de remecer los ordenes internos, las jurisdicciones nacionales —cualquier que sea el contexto constitucional en el cual evolucionan— no van a adecuarse

que forma parte del trabajo de este grupo de investigadores, se compone tanto de politólogos como de abogados.

⁵² Para convencerse de la relevancia de estos argumentos se refieren a un juez por encima de cualquier sospecha de «maniqueísmo» intelectual. BRUNO GENEVOIS: «Cour européenne des droits de l'homme et juge national: dialogue et dernier mot», Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa, París, Dalloz, 2011, pp. 281-292.

ciertamente —por lo menos fácilmente y/o espontáneamente— al estándar. Las causas de adecuación van a depender de cada contexto, de cada situación, de cada entorno tanto jurídico como sociológico. Las causas unívocas a la adecuación no existen. Es muy difícil “clasificarlas”. A pesar de esta dificultad, algunas tendencias fuertes parecen que dejar ver los grandes tipos de situaciones que explican la aceptación del estándar.

El legislador o el juez nacional de un Estado que ha sido objeto de una condena estará, en principio, en condiciones de aceptar relativamente rápido el estándar internacional, so pena de poner en juego la responsabilidad internacional de su Estado. Aquí, la obligatoriedad *ad hoc* de la condena está en su nivel máximo y el margen de maniobra del juez nacional es casi nulo (A). Fuera de este caso muy particular, son las fuerzas propias de cada conjunto sistémico que explican que el juez nacional termine por regla general por ajustarse a la aceptación del estándar, haciendo jugar la idea o la efectividad de un margen de maniobra que le permite conservar el honor, de mantener una cierta distancia respecto del estándar internacional; en resumen, lo que le da el sentimiento (¿ilusorio?) que él tiene (todavía) las riendas de su oficio (B).

A. La obligatoriedad *ad hoc*

El temor de la repetición de condenas —implicando mecánicamente la responsabilidad internacional— está en este caso a su máxima expresión ya que el estándar establecido por la jurisprudencia internacional se aplica directamente en contra de un Estado, cuyas instituciones en sentido amplio y los jueces en particular, no pueden ignorar su importancia.

I. Las condenas *ad hoc* tomadas en serio

En general, se constata en el seno de los Estados una propensión clara a considerar seriamente una condena que apunta a una interpretación, una institución y/o a un procedimiento nacional que no responde o que ya no responde al

estándar establecido a nivel internacional. Dicha constatación toma la misma forma en Europa y en América latina.

La jurisprudencia derivada de las convenciones abunda de ejemplos donde, una interpretación por las jurisdicciones constitucionales y supremas nacionales, una especificidad procesal incluso una política legislativa, han sido sancionadas por las Cortes de garantía de los derechos. Con posterioridad, esta sanción ha sido tomada seriamente al punto de generar cambios de jurisprudencia, la adopción de nuevas leyes, incluso de cambios constitucionales, etc. En estos casos, el único margen de autonomía del que podrá beneficiarse tanto el juez, como el legislador nacional, será la autonomía temporal para ajustarse al estándar.

¿La jurisprudencia del Consejo Constitucional francés relativa a las validaciones legislativas es puesta en tela de juicio por la decisión *Zielinski, Pradal y otros*?⁵⁵ El guardián francés de la constitución reevalúa sin esperar sus exigencias de control de esta técnica que pone en tela de juicio, en sí, la separación de poderes. ¿La legislación peruana de auto amnistía establecida por el dictador Alberto Fujimori es declarada “no convencional” por la Corte interamericana?⁵⁶ Entonces, en reacción, el Tribunal Constitucional peruano toma nota declarando esta legislación inaplicable.⁵⁵

La decisión *Ruiz Mateos*⁵⁶ evidencia un defecto relativo al proceso Constitucional en España, el poder legislativo modifica como consecuencia la Ley orgánica del Tribunal Constitucional (tomando sin embargo su tiempo para hacerlo).⁵⁷ ¿Las decisiones *Kress y Martini*⁵⁸ renueva la jus-

⁵⁵ CEDH, Gde Ch., 28 de octubre de 1999, Zielinski y Pradal y Gonzalez y a. c. Francia.

⁵⁶ CIDH, 14 de marzo de 2001, Fondo, Barrios Altos c. Perú, Serie C n° 75; CIDH, 3 de septiembre 2001, Interpretación, Barrios Altos c. Perú, Serie C n° 83.

⁵⁷ Tribunal Constitucional de Perú, 29 de noviembre de 2005, Santiago Martin Rivas, aff. 4587-2004-AA-TC.

⁵⁸ CEDH, 23 de junio de 1993, Ruiz Mateos c/ España.

⁵⁹ Reforma de la LOTC y más exactamente del artículo 37-2 del mismo, v. P. BON, «Tribunal constitutionnel espagnol. Importantes modifications de sa loi organique en 2007», Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois, Paris, Dalloz, 2009, pp. 72-73.

⁶⁰ CEDH (Gde Ch.), 7 de junio de 2001, Kress c/ Francia; CEDH (Gde Ch.), 12 de abril de 2006, Martini c/ Francia.

ticia en Francia poniendo en tela de juicio figuras procesales consideradas por largo tiempo como ejemplares? Los procesos administrativos y judiciales terminan por ser modificados (después de numerosos debates tomando la forma de psicodramas jurisdiccionales y doctrinales).

¿La política legislativa francesa en materia de caza es directamente condenada por la decisión *Chassagnou*?⁵⁹ Tanto el legislador como el juez administrativo supremo acuerdan, sin tardanza, asumir el estándar convencional.⁶⁰ ¿El sistema de justicia militar mexicana es expresamente condenado en el asunto *Radilla Pacheco*,⁶¹ confirmado en diversas ocasiones en otros asuntos contra México?⁶² El constituyente decide, después de un debate nacional de envergadura, modificar la Constitución mexicana para tomar en consideración de mejor manera el derecho internacional de los derechos humanos,⁶³ seguido de la Corte suprema quien acepta "sin fruncir el ceño" la autoridad de la cosa interpretada de las decisiones de la Corte Interamericana.⁶⁴ ¿El sistema constitucional chileno de censura previa no está conforme al estándar establecido en materia

⁵⁹ CEDH, Gde Ch., 29 de abril de 1999, *Chassagnou y otros c/ Francia*. En este caso, es la «loi Verdeille» (ley n° 64-696 del 10 de julio de 1964) que fue claramente considerada como «inconvencional».

⁶⁰ El legislador francés a reaccionado rápidamente tras la sentencia *Chassagnou* ya que un año después se aprobó la ley del 26 de julio de 2000 que reformaba totalmente la política legislativa en materia de caza, reconociendo el derecho de objeción de conciencia «cinegética» a los propietarios de un terreno que se encuentra sobre el territorio de una asociación comunal de caza certificada (ACCA). La nueva ley, que fue aprobada por el Consejo de Estado a la luz de los artículos 11 y 1 del protocolo n°1 (CE, 9 de noviembre de 2007; *Lasgrezas y la Asociación para la Protección de los Animales Salvajes (ASPAS)*, n° 296838) seguida por la Corte Europea en la sentencia del 22 de septiembre de 2011, *ASPAS c/ Francia*.

⁶¹ CIDH, 23 de noviembre de 2009, *Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, Radilla Pacheco c/ México*, Serie C n° 209, §399.

⁶² CIDH, 30 de agosto de 2010, *Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, Fernández Ortega y otros c/ México*, Serie C No. 215, §234; CIDH, 31 de agosto de 2010, *Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, Rosendo Cantú y otros c. México*, Serie C No. 216, §219; CIDH, 26 de noviembre 2010, *Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, Cabrera García y Montiel Flores c. México*, §225.

⁶³ Reforma constitucional publicada en el diario oficial el 10 de junio de 2011 que modifica su artículo primero.

⁶⁴ Corte Suprema de México, 14 de julio de 2011, expediente 912/2010.

de libertad de expresión como lo demostró la condena en el asunto de la *última tentación de Cristo*?⁶⁵ Chile realiza una reforma Constitucional para purgar su falta de convencionalidad haciendo desaparecer su artículo 19 y esto, sin "fruncir el ceño".

Podríamos multiplicar los ejemplos abundantemente. Lo que es seguro, es que por regla general la condena es tomada seriamente, porque, lo que está en juego, es simplemente el respeto, por un Estado, de sus obligaciones internacionales. No obstante esta evidencia, la práctica jurisprudencial muestra del mismo modo la existencia de contra ejemplos donde la condena es ignorada, por no decir violentamente criticada.

2. El rechazo de las condenas *ad hoc*

La existencia de contra ejemplos se explica, ya sea por un contexto político en el sentido amplio poco favorable a la aceptación de condenas vistas, como injerencias insostenibles en los asuntos judiciales internos y/o por la incompreensión de una condena que pone en tela de juicio elementos tradicionales de un sistema jurídico que refleja una cultura jurídica específica.

El continente americano demuestra que existe Constituciones extremadamente abiertas al derecho internacional (Venezuela), una apertura que podría ser desvirtuada por una interpretación aberrante.⁶⁶ En efecto, mientras que hemos visto que la Constitución venezolana es, junto con la Constitución argentina, de las más abierta al derecho internacional de los derechos humanos gracias a su artículo 23,⁶⁷ que contiene una disposición expresamente

⁶⁵ CIDH, 5 de febrero de 2001, *Fondo y reparaciones, Olmedo Bustos y otros* (caso conocido como *La Última Tentación de Cristo*) c/ Chile, Serie C n° 73.

⁶⁶ A. R. BREWER CARIAS, «La interrelación entre los tribunales constitucionales en América latina y la Corte interamericana de derechos humanos y la cuestión de la inexecutabilidad de sus decisiones en Venezuela», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 13, 2009, pp. 89-136.

⁶⁷ Dice: «Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tiene jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la Repú-

consagrada a lo que se denomina en América «amparo internacional», sin embargo, a su vez, es el juez supremo quien sin racionalidad alguna⁶⁸ ha tergiversado literalmente la interpretación del texto constitucional. A este respecto, la jurisprudencia venezolana se encuentra marcada a fuego por varias decisiones lamentables que desafían la aplicación de las decisiones de la Corte interamericana,⁶⁹ la actualidad judicial no aporta por el momento ninguna muestra en contrario a esta tendencia.⁷⁰

El continente europeo está lejos de quedar al margen de aquello que nosotros podríamos denominar «rebeliones». Éstas son a menudo esporádicas, marcadas recurrentemente por una condena o una serie de condenas puntuales que generaron reacciones negativas.⁷¹ Estas rebeliones pueden (y es evidentemente más preocupante) transfor-

blica, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público.»

⁶⁸ Excepto, quizás, guiado por consideraciones de carácter político...

⁶⁹ A. R. BREWER CARIAS, «La interrelación entre los tribunales constitucionales en América latina y la Corte interamericana de derechos humanos y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 13, 2009, pp. 89-136; C. AYALA CORAO, «Comentarios sobre la incompatibilidad de la sentencia 1.013 con la Convención Americana sobre Derechos Humanos», La Libertad de Expresión Amenazada. Sentencia 1.013, San José/Caracas, 2001; del mismo autor, «Comentarios sobre la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (n.º 1939) del 18 de diciembre de 2008», *Estudios constitucionales*, Vol. n.º 7, n.º 1 2009, pp. 391-395 y más recientemente un libro que se enfoca en la cuestión, *La inejecución de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela 1999-2009*, Caracas, Fundación García Pelayo, 2009, p. 125.

⁷⁰ Aun recientemente en una sentencia del 26 de septiembre de 2011, la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia declaró desprovisto de fuerza ejecutoria una sentencia de la Corte Interamericana realizada el 1 de septiembre de 2011 que condena a Venezuela. Cabe señalar que toda la política jurídica exterior del Estado está en un conflicto constante con el sistema interamericano. Tras cada condena, el gobierno de Hugo Chávez amenaza con denunciar la Convención y de no reconocer la jurisdicción de la Corte cuyos miembros son sistemáticamente estigmatizados por su falta de independencia y honradez. En otras palabras, es una política de «deslegitimación» constante de los mecanismos y las instituciones del sistema interamericano por parte de las autoridades de Caracas.

⁷¹ Será interesante ver como la Corte Constitucional de Bosnia-Herzegovina asumirá la condena de la Corte Europea de Derechos Humanos en la sentencia *Feljic en 2009* – Contenidos de los Acuerdos de Dayton que son más o menos la Constitución del país.

marse en tendencias de fondo, evidenciando un rechazo más profundo respecto del sistema internacional creador de los estándares. El caso británico es a este respecto emblemático de una combinación de estos dos elementos.⁷² A pesar de una apertura importante al estándar convencional europeo gracias a la adopción del *Human Rights Act*, las autoridades del reino Unido se oponen de manera muy violenta, no solamente a condenas puntuales —relativas al derecho de voto de los detenidos⁷³ o incluso a la expulsión de terroristas hacia terceros países—⁷⁴ sino también y de manera estructural al poder de la Corte —intentando por ejemplo tomar las riendas de su reforma. A menudo, una parte de la doctrina británica se une a este concierto de críticas formuladas por los políticos,⁷⁵ lo que no ayuda a la instalación de un clima pacífico. El gobierno británico de

⁷² En un estilo diferente y con otras tácticas, hubiéramos podido igualmente hablar de la actitud de las autoridades rusas que tienen, para señalar su desaprobación de la jurisprudencia de la Corte con respecto a la rusa, bloqueado durante muchos años, la entrada en vigor del protocolo n.º 14.

⁷³ CEDH, Gde Ch., 6 de octubre de 2005, *Hirst c/ Reino Unido* (n.º 2). En este caso, la Corte estima que la legislación británica, que dispone que toda persona que cumpla con una condena privativa de la libertad es, «sistemáticamente» privado de sus derechos electorales, es contraria a la Convención. Su sentencia no puede ser más severa: se trata «de un instrumento sin matiz, que despoja del derecho al voto, garantizado por la Convención, a un gran número de individuos, y de una manera indiscriminada. Esta disposición impone una restricción general a todos los presos que cumplen con sus penas y se aplica automáticamente a ellos, cualquiera que sea la duración de su condena e independientemente de la naturaleza o gravedad del delito y su situación personal. Se debe considerar que tal restricción general, automática e indiscriminada de un derecho consagrado por la Convención y revestido de una crucial importancia, excede un margen de apreciación aceptable, que es incompatible con el artículo 3 del protocolo n.º 1» (§82). La Corte confirmó esta posición con respecto a otros Estados, como Austria (enfaticando sobre el hecho que tal restricción, si se pronuncia, deberá estar debidamente motivada por un juez (CEDH, 8 de abril de 2010, *Frodl c/ Austria*, §§34-35). Reinició igualmente con respecto al Reino Unido en el caso *Greens y M.T. c/ Reino Unido* (CEDH, 23 de noviembre de 2010, *Greens y M.T. c/ Reino Unido*), que la corte presenta como una «sentencia modelo», lo que no mejoró las relaciones con este Estado en virtud, entre otras cosas, del contexto procesal del este último caso. De hecho, la táctica clásica que consiste en que un Estado acusado solicita, basándose en el artículo 43, el reenvío de un caso ante la Gran Sala (para tratar de conseguir un cambio de solución) no puede prosperar en este caso, el equipo de cinco jueces se negó a aceptar dicha solicitud.

⁷⁴ CEDH, 17 de enero de 2012, *Othman c. Reino Unido*.

⁷⁵ Para un punto de vista más específico, remitimos al notable informe realizado por tres universitarios británicos (Alice Donald, Jane Gordon y Philippe

James Cameron no ha ocultado su voluntad de orientar los trabajos de la Conferencia de Brighton⁷⁶ con el fin de reducir la influencia de la Corte, circunscribiendo drásticamente su oficio,⁷⁷ lo que *in fine* condujo al fracaso.⁷⁸

Estos ejemplos tomados de América latina y de Europa demuestran hasta qué punto la adhesión del conjunto de autoridades constituidas de un Estado a los estándares establecidos por los sistemas de garantía no es jamás un hecho sociológicamente adquirido. Al contrario, la adhesión debe ser objeto de una renovación permanente de todos los actores estatales lo que no es ni fácil, ni evidente para siempre. Además de la obligación *ad hoc*, materializada por una condena puntual, la práctica contenciosa revela otro tipo de obligación que se desprende de las características del sistema jurídico en el cual evolucionan los jueces nacionales e internacionales puestos en relación: la obligatoriedad sistémica.

B. La obligatoriedad sistémica

Una incursión en el sistema de la Unión se impone en esta etapa para revelar la extrema riqueza y la imponente variedad de los casos que se pueden tomar en considera-

Leach) titulado *The UK and the European Court of Human Rights, Equality and Human Rights Commission*, informe de investigación n° 83, 2012, p. 219.

⁷⁶ Fue organizada bajo la Presidencia del Reino Unido del Comité del Consejo de Ministros de Europa (18 al 20 de abril de 2012). Después de las conferencias de Interlaken y de Izmir, ella tenía como objeto llegar a un acuerdo entre los ministros de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa sobre el paquete de reformas de la Corte.

⁷⁷ Ad exemplum, el 10 de febrero de 2012, la Cámara de los Comunes aprobó una moción, de 234 votos contra 22, que le da primicia del poder legislativo británico con relación al derecho de voto de los reclusos, mientras que el 25 de enero de 2012, El Primer Ministro David Cameron, pronunció un discurso frente a la Corte Europea donde él consideraba que la Corte debía concentrarse en los graves casos de violación de los derechos humanos que no necesitan serlo: «The Court should be free to deal with the most serious violations of human rights, [...] it should not undermine its own reputation by going over national decisions where it does not need to». Discurso disponible en el sitio web: <http://www.number10.gov.uk/news/european-court-of-human-rights/>

⁷⁸ De hecho, la Declaración de Brighton ha tranquilizado a muchos especialistas de la Convención por no haber decidido un ataque más radical a los principios fundamentales de la protección convencional.

ción al momento de analizar la aceptación o no de los estándares, que pueden ser substanciales pero igualmente procedimentales. Junto con la obligación pluralista impuesta por el sistema político complejo que es la Unión Europea (1), existe una obligación convencional que ha tomado formas muy particulares en América latina y que merece mayor atención (2).

1. La obligatoriedad pluralista

El estudio de la transfiguración de la utilización del reenvío prejudicial del artículo 267 TFUE es un buen ejemplo de la obligación pluralista que pesa sobre los jueces nacionales y más específicamente sobre las . En este caso, el estándar es “procesal”: fija una obligación de reenvío a las jurisdicciones cuyas decisiones no son susceptibles de recursos. ¿Qué ocurre respecto de las Cortes Constitucionales? Observamos desde hace algunos años, un cambio de paradigma. A diferencia de lo que ocurría al principio del proceso de integración dónde algunas jurisdicciones constitucionales no habían dado el paso activando el mecanismo prejudicial —indicando a menudo razones de orden teórico— el final de los años 90 está marcado por una evolución notable. Sin atribuirle el resultado al “éxito de moda”; los reenvíos prejudiciales que provienen de las Cortes Constitucionales, pero la evolución es en cualquier caso claramente perceptible.

Contamos⁷⁹ diecisiete cuestiones prejudiciales planteadas por,⁸⁰ Cortes Constitucionales provienen de la Corte Constitucional belga que fue la primera en lanzarse en esta aventura integradora. La primera solicitud belga⁸¹ puso fin

⁷⁹ Al 14 de julio 2011.

⁸⁰ Aquí son tomadas en cuenta las en sentido estricto. Es decir, las Cortes que se ubican fuera de la organización judicial de derecho común y que le han sido atribuidas de forma específica lo contencioso constitucional.

⁸¹ La antigua Corte de Arbitraje belga (ahora Corte Constitucional) se dirigió a la Corte de Justicia el 19 de febrero 1997 acerca de la interpretación de ciertas disposiciones de la Directiva 93/16/CEE del Consejo del 5 de abril de 1993 concerniente a la libre circulación de medicinas y el reconocimiento mutuo de diplomas (C-93/97). La Corte de Justicia le respondió el 16 de julio de 1998. *Fédération belge des Chambres syndicales de médecins ASBL, C-93/97, Rec. p. I-4837*.

a un tabú, a una autocontención, peor que una prevención respecto de la participación de las jurisdicciones Constitucionales en el diálogo integrado. Dicha Corte fue seguida por el Tribunal constitucional del Land de Hesse (16 de abril de 1997), por la Corte constitucional austriaca (10 de marzo de 1999), por la Corte constitucional lituana en 2007 (a penas tres años después de la adhesión), por italiana en 2008 y por la española en 2011 (9 de junio de 2011).⁸²

Esta participación de las en el diálogo de la integración, aunque tardía pero que aumenta cada vez más, y esto se debe a varios factores. El primero de ellos es de orden general. Tiene que ver con los nuevos tiempos, con la época, que sabemos está marcada por el fenómeno de la globalización que atomiza un poco más la soberanía de los Estados. En este contexto, se torna imperativo, para cada actor del sistema judicial europeo, tomar la palabra, hacerse oír para recordar su existencia al otro y de esta manera reapropiarse de una parte de su autoridad.⁸³ Adaptarse a la nueva configuración de las relaciones jurisdiccionales es vital so pena de fracasar. Así, ciertas Cortes abandonan una jurisprudencia hasta aquí refractaria al mecanismo prejudicial. El caso español es paradigmático a este respecto. Durante mucho tiempo, el Tribunal Constitucional español justificaba su rechazo considerando que el litigio relativo a una cuestión de interpretación o de validez del derecho de la Unión no era un litigio de orden Constitucional.⁸⁴ Por tanto, sólo los jueces ordinarios podían y, en ciertos casos, debían activar el reenvío. Por otra parte, si ellos no respetaban la obligación de reenvío establecida por el artículo 267§3 TFUE, una violación de la protección jurisdiccional

⁸² Tribunal Constitucional español, 9 de junio de 2011, ATC 86/2011 (recurso de amparo nº 6922-2008).

⁸³ Remitimos a la tesis de Daniel Sarmiento que retoma toda la jurisprudencia en materia de devolución prejudicial, en términos habermasianos de la "acción comunicativa", Poder judicial e integración europea. La Construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión, Madrid, Thomson/Civitas, 2004, p. 379. Prólogo de Dámaso RUIZ-JARABO.

⁸⁴ Tribunal Constitucional español, STC nº 28 del 14 de febrero de 1991, FJ nº 7; STC nº 372 del 13 de diciembre 1993; STC nº 265 del 3 de octubre 1994.

efectiva podía ser constada sobre la base del artículo 24 de la Constitución española⁸⁵ en el marco de un recurso de amparo.⁸⁶ Ahora bien, el 9 de junio de 2011, el Tribunal Constitucional español ponía fin a esta jurisprudencia ingresando en el club de que han decidido entrar directamente en contacto con la Corte de Justicia.⁸⁷ El Tribunal no vaciló, sobre un tema particularmente sensible de protección de los derechos de la persona (*i.e.* la implementación de la orden de detención europea), en plantear tres cuestiones prejudiciales a la Corte en materia de interpretación y de validez del derecho de la Unión. Este cambio de jurisprudencia está en el corazón de todos los debates políticos doctrinales en España, ya que una de las cuestiones concierne con el delicado artículo 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Muchos en España explican este cambio de actitud por el contexto pluralista del sistema europeo y por la necesidad de "hacerse oír". En efecto, es evidente que por esta solicitud de la Corte de Justicia, el Tribunal español ingresa en el concierto contencioso europeo, se hace ver y oír: esta cuestión será desmenuzada y analizada, por de los miembros del mundo académico,⁸⁸ y además por todas las partes de la función judicial en Europa. En este sentido, no se trata

⁸⁵ Para una presentación en francés de todas las facetas del artículo 24 de la Constitución española, v. L. BURGORGUE-LARSEN, «La constitutionalisation du droit au juge en Espagne», *Le droit au juge dans l'Union européenne*, J. Rideau (dir.), Paris, LGDJ, 1998, pp. 69-108.

⁸⁶ R. ALONSO GARCÍA, «Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 38/2004, 194/2006 y 78/2010)», WP IDEIR nº 4 (2011).

⁸⁷ En este caso la ejecución del mandato europeo se concentra sobre una cuestión precisa, en el que la persona que deba ser «transferida» (en francés, «remise») no ha querido comparecer en persona a su proceso (proceso in absentia). La jurisprudencia constitucional española es particularmente estricta: aunque la persona no quiso, propio motu, comparecer o ser representado por un abogado, se considera que hay violación del derecho a un juicio equitativo.

⁸⁸ Para comentarios sobre el orden de remisión, L. ARCOVO JIMÉNEZ, «Sobre la primera cuestión prejudicial por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias», *Papeles de Derecho europeo e Integración regional / Working Papers on European Law and Regional Integration*, WP IDEIR nº 8 (2011); L. BURGORGUE-LARSEN, «Viva el diálogo judicial», *Chronique sur les jurisprudences nationales intéressantes le droit de l'Union*, RTDE, 2012-1.

de lealtad a Luxemburgo, sino de una cooperación que deja ver una parte de poder.

En otros países, la adhesión al estándar procesal de reenvío va unido a consideraciones de orden técnico que derivan de la especificidad de la justicia constitucional en el seno de cada Estado miembro, induciendo una capacidad o no de activar el reenvío prejudicial. Los cambios constitucionales internos propios de cada país explican que en Bélgica⁸⁹ o en Italia, la configuración de nuevas competencias de las haya permitido una utilización del reenvío prejudicial. Veremos a continuación el caso italiano para ilustrar este punto de vista. La jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana en materia de reenvío prejudicial durante mucho tiempo estuvo marcada por el sello del rechazo: aquel de considerarse como una "jurisdicción de un Estado miembro" susceptible de activar el mecanismo prejudicial del artículo 234 T.CE.⁹⁰ El argumento era simple. La Corte estimaba que ella no era una jurisdicción "como las otras", *i.e.* como las jurisdicciones ordinarias que podían ser simultáneamente jueces comunitarios de derecho común y juez de la legalidad nacional. La ola de cambio tomó la forma en dos decisiones del 12 de febrero de 2008.⁹¹ Sobre la base del artículo 134 de la Constitución, se interpuso un recurso ante la Corte por parte del Estado central contra una ley de la región de Cerdeña que había impuesto una tasa sobre ciertas escalas de aeronaves y de unidades de verano solamente a los no residentes. El Estado invocaba la violación de esta ley a disposiciones relativas a la libre prestación de servicios y a las ayudas del Estado. A diferencia de una jurisprudencia bien establecida, la Corte se consideró, en este asunto, como una "juris-

⁸⁹ T. VANDAMME, «Prochain arrêt: la Belgique! Explaining Recent Preliminary Reference of the Belgian Constitutional Court», *EuConst.*, 4, 2008, pp. 127-148.

⁹⁰ Corte Constitucional italiana, Ordenanza del 15 de diciembre de 1995, n°336/1995, reproducido en *El Foro Italiano* 1996, I, p. 783.

⁹¹ Corte Constitucional italiana, 12 de febrero de 2008, n° 102/2008 y n° 103/2008, v. el comentario de L. S. Rossi sobre las decisiones n° 348 y 349/2007 de 22 de octubre de 2007 y n° 102 y 103 de 12 de febrero de 2008, *CMLR*, vol. n° 46 n° 1, 2009, pp. 319-331.

dicción de un Estado miembro" pudiendo e incluso desencadenando en el caso concreto el reenvío prejudicial de interpretación del derecho de la Unión europea.⁹² La razón del cambio reside en la configuración particular del litigio. En efecto, es necesario destacar que sobre la base del nuevo artículo 117§1 de la Constitución italiana —producto de la reforma constitucional de 2001— la Corte Constitucional es competente para conocer a título principal de los litigios oponiendo al Estado con una región o con una de las dos provincias autónomas de Trento y Bolzano.⁹³ Dicho de otro modo, tales litigios no pasan por la vía de los jueces ordinarios mediante la cuestión de inconstitucionalidad; aquí el juez constitucional interviene en primera y última instancia y se debe respetar el artículo 117§1 que constitucionalizó el respeto de las obligaciones que surgen del derecho de la Unión Europea.⁹⁴

2. La obligatoriedad convencional

Mientras que en Europa el control de convencionalidad se ha instalado a partir de las características propias de cada sistema nacional, en América latina el fenómeno —además de venir de abajo,⁹⁵ proviene de una imposición de la Corte Interamericana misma. Es un fenómeno *top-*

⁹² Mediante providencia del 12 de febrero de 2008 (n° 103/2008), la Corte Constitucional a decidido suspender la decisión en el marco de procedimiento de «legalidad constitucional» con el fin de proponer cuatro cuestiones a la Corte de Justicia. El caso es registrado con el n° C-109/08 y tiene el nombre de Presidente de Consiglio dei Ministri c. Regione autonoma delle Sardegna. El abogado general J. Kokott a hecho sus conclusiones el 2 de julio de 2009 y se toma el tiempo para señalar que «La presente demanda de decisión prejudicial marca un hito en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Si esta Corte hasta entonces había negado su calidad de jurisdicción en el sentido del artículo 234 CE, ella toma en adelante un lugar entre las jurisdicciones constitucionales nacionales que mantiene un vínculo de cooperación activo con nuestra Corte».

⁹³ En espejo, ella puede igualmente conocer a título principal recursos formados por una región o una provincia a estatuto especial contra una ley adoptada por otra región o por el Estado.

⁹⁴ Se lee así: «El poder legislativo pertenece al Estado y a las regiones en virtud de la Constitución y en los límites del derecho de la Unión Europea y de sus obligaciones internacionales».

⁹⁵ *I.e.* jurisdicciones nacionales que lo han implementado mas o menos fácilmente, fenómeno de bottom-up.

down que observamos y que completa el proceso de *bottom up*.⁹⁶ Así, la obligación convencional interamericana es máxima sobre los jueces de los Estados partes de la Convención Americana porque ésta racionalización convencional no se conjuga con la aplicación de la teoría del margen de apreciación nacional. Por razones sociológicas, esta teoría no ha sido tomada por la Corte Interamericana.⁹⁷ lo que aumenta evidentemente el impacto del estándar interamericano sobre los órdenes jurídicos nacionales. Sobre el continente europeo en cambio, la obligatoriedad convencional (aunque muy real) es más flexible: no solamente no hay como tal una teoría parecida a aquella del control de convencionalidad forjada e impuesta por la Comisión Europea⁹⁸ y luego la Corte de Estrasburgo,⁹⁹ sino que además

⁹⁶ Por retomar las expresiones utilizadas por M. E. GONGORA MERA, *Inter-American Judicial constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, IIDH, 2011, p. 302.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 213: «In general terms, the Inter-American Court and Commission have note embraced the margin of appreciation doctrine, largely for fear of State abuse but also due to the nature of the cases presented to the Court [...] the cases that reach the Inter-American Court involve gross violation of fundamental rights about which all legal systems would agree, so that the Court has had fewer occasions for considering specific national standards.»

⁹⁸ Es sobre el contexto del artículo 15 de la Convención que la teoría del margen de apreciación nacional a hecho sus primeras apariciones. Es en la decisión de la Comisión Europea, del 26 de septiembre de 1958 donde se enfrentan Grecia y Rusia en el asunto de la isla de Chipre, que ella ha anunciado por primera vez que el gobierno conservaba, relativo a esta disposición, «un cierto margen de apreciación». Sabemos que el artículo 15 de la Convención es un precepto que permite derogar las obligaciones de la Convención en el caso de guerra o peligro público, en la estricta medida donde la situación lo exige. Ella reincidió un año más tarde en el caso *Lawless c/ Irlanda* del 19 de diciembre 1959.

⁹⁹ Algunos estiman, en doctrina, que las primeras huellas de la teoría en la jurisprudencia de la Corte se manifiestan en la sentencia del 23 de julio de 1968 «relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de enseñanza en Bélgica». Aquí, Era el artículo 14 el que estaba en el centro del debate: «En recherchant si, dans un cas d'espèce, il y a eu ou non distinction arbitraire, la Cour ne saurait ignorer les données de droit et de fait caractérisant la vie de la société dans l'Etat qui, en qualité de partie contractante, répond de la mesure contestée. Ce faisant, elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention. Les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention. Le contrôle de la Cour ne porte que sur la conformité de ces mesures avec les exigences de la Convention» §10, point I.B.

la Corte Europea ha forjado la famosa teoría del margen de apreciación nacional que tiene por objeto dejar a los poderes nacionales, particularmente judiciales, márgenes de maniobra.

En América latina, desde la relevante decisión Almonacid Arellano contra Chile en 2006,¹⁰⁰ la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha iniciado una verdadera teoría del control de convencionalidad respecto de los jueces nacionales. Esta doctrina ha sido objeto de una teorización excepcional por el juez *ad hoc* mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor —constitucionalista reconocido— que fue designado por su gobierno para desempeñarse como juez en el caso *Cabrera García y Montiel Flores* del 26 de noviembre de 2010.¹⁰¹ El juez *ad hoc* presenta con destreza y precisión un estado de las cosas de las diferentes facetas del control de convencionalidad en América latina, un tema que nutre hoy en día la literatura jurídica latinoamericana.¹⁰² Tomando conocimiento del texto, el lector comprende que esta-

¹⁰⁰ Cour IDH, 26 de septiembre de 2006, Fondo y reparaciones; Almonacid Arellano y otros c. Chile, Serie C n° 154. Esta sentencia confirma la puesta en juego del fenómeno de amistías de las graves violaciones de los derechos humanos.

¹⁰¹ CIDH, 26 de noviembre de 2010, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, *Cabrera García y Montiel Flores c. México*, Serie C n° 220.

¹⁰² E. REY CANTOR, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008; S. GARCÍA RAMÍREZ, *Cuestiones jurídicas en la sociedad moderna*, México, Cuadernos del Seminario de Cultura Mexicana, 2009, p. 344; G. GARCÍA MORELOS, *El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México*, México, Ubius, 2010. Señalaremos igualmente los artículos del jurista argentino NESTOR PEDRO SAGALES, «Obligaciones internacionales y control de convencionalidad», Estudios constitucionales, Santiago de Chile, Centro de estudios constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 8 No. 1, 2010, p. 117 y ss; «Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano», La Ley, Buenos Aires, 11/8/2010, pp. 1-3; «El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales», en La Ley, Buenos Aires 2009-B p. 761; «El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales, Concordancias y diferencias con el sistema europeo», Construcción y papel de los derechos fundamentales. Hacia un sistema constitucional común, A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales Antoniazzi, E. Ferrer Mac Gregor, (coord.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales*, IJ-Max Planck, IIDC, UNAM, México, 2011, pp.381-417. Para un análisis que pone en perspectiva las dificultades de tal tipo de control desde el punto de vista de la especificidad de un sistema constitucional preciso voy. K. CASTILLA, «El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco», *Anuario Mexicano de Derecho Constitucional*, vol. XI, 2011, pp. 593-624.

mos en presencia ni más ni que menos de una teorización del control de convencionalidad que pretende servir de guía a cualquier juez nacional del continente.¹⁰³ Y además establecer una distinción entre el denominado control «concentrado» de convencionalidad —que se encuentra en manos de la Corte Interamericana, interprete natural de la Convención americana— y aquel que él denomina el control «difuso» que, por su parte, se encuentra en manos de todos los jueces nacionales que deben actuar como «jueces convencionales de derecho común» desde el momento en que ellos deben resolver asuntos en los cuales el derecho internacional es aplicable. Consciente de las dificultades de aplicación de tal obligación respecto de la diversidad constitucional del continente y de la variedad de competencias de los jueces nacionales, él desarrolla las opciones posibles y las sintetiza en el párrafo 41 su opinión separada. Se trata de diferentes niveles de «intensidad» de este control. El primer grado de intensidad se caracteriza por la obligación de interpretación conforme al derecho nacional bajo la luz del conjunto del *corpus juris* interamericano tal como es interpretado por la Corte de San José. Acá, la idea es la de interpretar el derecho nacional tomando en consideración especialmente el principio *pro homine* el cual sabemos que es mencionado en el artículo 29 de la Convención. Si tal operación interpretativa no es posible, entonces el control de convencionalidad presenta una intensidad más imponente que será aplicada en función de las posibilidades ofrecidas a los jueces en cada sistema. Dos opciones son consideradas: la primera consiste en dejar inaplicada la norma nacional contraria en el caso

¹⁰³ Es revelador constatar que esta opinión dividida ya estaba reproducida literalmente como un verdadero artículo de doctrina en varias revistas, *ad exemplum*, el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2011, n° 131, pp. 917-967. Conviene señalar que el profesor Ferrer Mac-Gregor es un constitucionalista mexicano de renombre, dirige la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* que publica, desde hace ya varios años, análisis constitucionales sobre la temática de control de convencionalidad. Sus trabajos personales demuestran, por otra parte, que ya se abordaba sobre el tema, *ad exemplum*, E. FERRER MAC-GREGOR, «El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional», H. Fix-Zamudio, D. Valdes (Coord.), *Formación y perspectiva del Estado Mexicano*, México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010, pp. 151-188.

en cuestión. La segunda, más radical, corresponde a declarar su invalidez en el orden jurídico, esta declaración de invalidez tendría un efecto *erga omnes*. Tal demostración de los contornos del oficio del juez nacional respecto del derecho convencional americano no tiene su equivalente, como tal, en el sistema de la Convención europea.¹⁰⁴ En ningún momento, la Corte de Estrasburgo ha elaborado de manera tan estructurada una teoría de este tipo que tiene por consecuencia enmarcar de manera explícita las competencias de las jurisdicciones nacionales. En cambio, es sintomático constatar que tal limitación procesal ha venido del juez de la Unión —i.e. de la Corte de Luxemburgo— en el marco de un proceso que, aunque haya deseado dejar un margen de maniobra a las autoridades nacionales (sobre la base del famoso principio de la autonomía institucional y procesal)¹⁰⁵ —y en el cual ciertos autores han podido ver una manifestación clásica del nuevo concepto «a la moda», aquel de la «identidad constitucional» para no nombrarlo—¹⁰⁶ ha participado a consolidar la influencia procesal de la CJUE sobre el oficio de los jueces nacionales especialmente para que los principios de primacía y de efecto directo sean en mayor medida respetados.

Esta teoría del control de convencionalidad sin duda es la consecuencia lógica de los efectos del artículo 2 de la Convención americana.¹⁰⁷ Si los Estados tienen la obligación

¹⁰⁴ Para una excelente síntesis del tema, remitimos a J.-L. JIMENA QUESADA, «Control de constitucionalidad y control de convencionalidad», *Hacia la formación de un derecho constitucional europeo*, (Congreso de la Asociación española de derecho constitucional), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 285-317. Igualmente, para un acercamiento al «interior» de la Corte, ver el artículo del juez polones de la Corte europea, L. Garlicki, «Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité», *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 271-280.

¹⁰⁵ CJCE, 7 de julio de 1981, *Rewe Handelsgesellschaft Nord mbH*, 158/80, Rec. 1981 p. 1805.

¹⁰⁶ D. SIMON, «L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de la CJ.U.E.», *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, L. Burgorgue-Larsen (dir.), Paris, Pedone, 2011, pp. 27-43.

¹⁰⁷ Sabemos que el artículo 2 de la Convención americana —inexistente en el seno de la Convención europea— impone a sus Estados miembros adoptar en sus ordenamientos jurídicos internos los estándares propuestos por la Convención americana tal cual son interpretados por la Corte interamericana.

de adaptar sus normas internas a los estándares convencionales, entonces las jurisdicciones nacionales en tanto componentes existenciales de los órdenes estatales deben velar, en el marco de sus competencias, porque la operación de adaptación legislativa sea conforme a las exigencias de la justicia interamericana. La Corte estableció por otro lado *expressis verbis* este vínculo causal entre el artículo 2 y el control de convencionalidad en el caso *Heliodoro Portugal*.¹⁰⁸

La teoría del control de convencionalidad encontró un eco en Brasil y en Uruguay donde las leyes de amnistía brasileñas y uruguayas¹⁰⁹ fueron declaradas inconvencionales en el marco de dos casos muy importantes —*Gomes Lund y otros* (mas conocido como el caso *Araguaia*)¹¹⁰ y *Gelman*¹¹¹ que enriquecen considerablemente la jurisprudencia interamericana.¹¹²

En el caso de la decisión *Araguaia*, se destaca la aplicación, por primera vez, de afirmaciones de principio de la

¹⁰⁸ CIDH, 12 de agosto de 2008, Excepciones preliminares, fondo y reparación, *Heliodoro Portugal c. Panamá*, Serie C n° 186, §180.

¹⁰⁹ Se trata de la ley de amnistía del 8 de mayo de 1985 y la ley del 26 de diciembre 1986 sobre la Caducidad de toda pretensión punitiva del Estado en Uruguay (Ley de Caducidad). Con respecto a Brasil, se trata de la ley n° 6.683 del 28 de agosto de 1979.

¹¹⁰ CIDH, 24 de noviembre de 2010, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, *Gomes Lund y otros («Guerrilha do Araguaia») c. Brasil*, Serie C n° 219.

¹¹¹ CIDH, 24 de febrero de 2011, Fondo y reparaciones, *Gelman c. Uruguay*, Serie C n° 221.

¹¹² En el caso *Araguaia*, el enriquecimiento proviene de un aspecto de método en la medida donde la Corte simplifica su análisis. Se vuelve pedagoga presentando el estado internacional y nacional de la cuestión en materia de amnistías. Su panorama de derecho comparado tiene como meta aumentar la legitimidad de su posición, sobretudo en lo que concierne las autoridades internas, mas peculiarmente las autoridades judiciales (CIDH, 24 de noviembre 2010, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, *Gomes Lund y otros («Guerrilha do Araguaia») c. Brasil*, Serie C n° 219, §§147-182, especialmente §171; CIDH, 24 de febrero de 2011, Fondo y reparación, *Gelman c. Uruguay*, Serie C n° 221, §§195-229). El resultado es una «consolidación» incontestable de su jurisprudencia relativa al carácter inconvencional per se de las leyes de amnistías. Es significativo señalar el hecho según el cual la Comisión interamericana, al someter el caso a la Corte, considero que existía «una oportunidad importante de consolidar la jurisprudencia interamericana sobre las leyes de amnistía concernientes a las desapariciones forzadas y a las ejecuciones extrajudiciales así como las obligaciones de los Estados de hacer conocer la verdad a la sociedad y de investigar, juzgar y sancionar las violaciones graves de los derechos humanos.» (§1 de la sentencia *Lund*).

Corte relativos al control de convencionalidad. Para decirlo diferentemente, Brasil fue condenado por la actitud del Supremo Tribunal Federal que, por una decisión del 29 de abril del 2010, no asignó ningún valor a la obligación de realizar un control de convencionalidad de la ley de amnistía de 1979.¹¹³ El §177 es un desaire a la alta jurisdicción de Brasil:

«En el presente caso, el Tribunal observa que no fue ejercido el control de convencionalidad por las autoridades jurisdiccionales del Estado y que, por el contrario, la decisión del Supremo Tribunal Federal confirmó la validez de la interpretación de la Ley de Amnistía sin considerar las obligaciones internacionales de Brasil derivadas del derecho internacional, particularmente aquellas establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma.»

Esta afirmación hizo mucho ruido en Brasil a tal punto de causar la ira del presidente de la Corte Suprema quien hizo saber a través de la prensa que la más alta jurisdicción de Brasil no estaba vinculada por las decisiones de la Corte interamericana.¹¹⁴ Tenemos conciencia de las dificultades de aceptar un estándar «procesal» con consecuencias substancialmente mayores, respecto de un país en el cual el sentimiento de omnipotencia política y jurídica está en su máxima expresión y que, históricamente, es el emblema del «soberanismo».¹¹⁵

¹¹³ Este caso está presente en el §136 de la sentencia *Gomes Lund*.

¹¹⁴ DECLARACIÓN DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL FEDERAL SUPREMO, CEZAR PELUSO QUI AFFIRMA «A EFICACIA (DA DECISÃO DA CORTE INTER-AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS) SE DA NO CAMPO DA CONVENCIONALIDADE. NÃO REVOGA, NÃO ANULA E NÃO CASSA A DECISÃO DO SUPREMO» (<http://amazonstreet.wordpress.com/2011/04/12/lei-da-amnistia-e-decisao-da-corte-interamericana/>).

¹¹⁵ Ver A. DE CARVALHO RAMOS, «O diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos», *Quartier Latin Do Brasil*, 2009, pp. 805 à 850. V. DE OLIVEIRA MAZZIOLI, «The Inter-American Human Rights protection system : structure, functioning and effectiveness in Brazilian Law», *Revista interamericana y europea de derechos humanos*, Vol. n° 3, n° 1-2, 2010, pp. 175-199. Igualmente, O. RUIZ-CHIRIBOGA, «The conventionality control examples of (un) successful experiences in Latin America», *Revista interamericana y europea de derechos humanos*, Vol. n° 3, n° 1-2, 2010, pp. 200-219.

Las novedades analíticas que se desprenden en el caso *Gelman*¹¹⁶ son numerosas. Tratándose de la cuestión de la adhesión al control de convencionalidad, cabe destacar una de las características esenciales del «caso» uruguayo en el paisaje latinoamericano de las amnistías: el apoyo popular que la ley de amnistía de 1986 recibió en dos ocasiones. En efecto, en 1989 y 2009, los ciudadanos uruguayos consultados por medio de diversas técnicas de democracia directa (referéndum y plebiscito) expresaron su voluntad de no echar pie atrás respecto de los términos y alcances de la amnistía.¹¹⁷ La segunda consulta intervino algunos días después de una decisión histórica de la Corte Suprema de Justicia de Uruguay quien, el 19 de octubre de 2009, en el caso *Sabalsagaray Curuchet Blanca Siela*, había declarado la inconstitucionalidad de los artículos 1ero, 3 y 5 de la ley de 1986 basándose en el estándar interamericano... Dicho de otro modo, el pueblo desautorizaba al juez que había sido un perfecto «juez convencional de derecho común»... En este contexto particularmente sensible, la Corte Interamericana no tuvo ninguna dificultad para afirmar que:

«§238 El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía [...] se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél.

§239. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho In-

¹¹⁶ La especificidad de la desaparición forzada de una mujer embarazada —que se refleja automáticamente en el niño desaparecido (sustraido a su madre y entregado a una familia de militares)— a la aparición «derecho a la identidad» igual si la Corte admite que no está garantizado por la Convención americana, a través de la afirmación categorica de la superioridad de la exigencia de sanción a las graves violaciones de derechos humanos. Los aportes de este fallo son múltiples.

¹¹⁷ COUR IDH, 24 de FEBRERO 2011, FONDO Y REPARACIONES, *GELMAN C. URUGUAY*, SERIE C N° 221, §§145-150.

ternacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo «susceptible de ser decidido» por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un «control de convencionalidad» (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.»

La Corte Interamericana valoriza la decisión de la Corte Suprema uruguaya, para demostrar *in fine*, incluso contra la opinión del pueblo, que lo fundamental y lo existencial era la importancia de los valores subyacentes de la Convención americana, interpretados por la Corte: el control de convencionalidad es el instrumento de esta dinámica.

En Europa, podríamos en términos bastos considerar que la teoría del margen de apreciación nacional es al sistema convencional europeo lo que la teoría del control de convencionalidad es al sistema interamericano. Por un lado, la obligatoriedad convencional es máxima; por otro, es la «relajación» convencional la que se destaca. La literatura sobre esta teoría es considerable y pone de relieve un hecho innegable: los autores no se ponen de acuerdo sobre una definición que sería consensual,¹¹⁸ mientras que ocurre

¹¹⁸ Para un ensayo estimulante sobre un tema que presenta una gran variedad de enfoques, v. J. GARCÍA ROCA, El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Madrid, Civitas-Thomson, 2010, p. 389. En francés, leeremos el artículo de F. TULKENS, L. DONNAY, «L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indis-

lo mismo con los jueces de la Corte Europea.¹¹⁹ De cualquier manera, el mínimo común que se desprende de la multitud de interpretaciones consiste en afirmar que es una teoría que descansa sobre dos fundamentos: la filosofía de la subsidiaridad, por un lado, y la soberanía estatal, por el otro, que inducen a acordar un lugar al pluralismo jurídico con el fin de respetar las especificidades jurídicas de los Estados. La jurisprudencia actual de la Corte destaca como nunca el desafío mayor al cual los jueces son confrontados: ¿hasta donde optar por la *judicial self-restraint* (dejando terreno libre a la teoría del margen de apreciación nacional) sin limitar el desarrollo de los derechos que se apoyan sobre un *judicial activism* controlado? Equilibrio precario, «movimiento pendular» para retomar las palabras de Jean-Paul Costa¹²⁰ y que es objeto de reposicionamientos constantes. De cualquier modo, es evidente que los jueces nacionales son sensibles a ello y que participan de la confianza que ellos tienen en el órgano regional de garantía de los derechos.¹²¹ A este respecto, es el Pleno de la Corte Europea que da el tono, es decir, que decide y equilibra entre la continuidad y la evolución de la jurisprudencia.¹²²

pensable par nature», *Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé*, 2006, n° 1.

¹¹⁹ Las palabras C.L. ROZAKIS son inequívocas en este sentido, v. «Through the Looking Glass: An Insider's view of the Margin of Appreciation», Paris, Dalloz, 2010, p. 528. «The margin of appreciation is, as is well known, a judge-made concept that does not appear in the text of the instrument itself, but which, together, with other judge-made concepts (such as the 'autonomous notions'), has played a pivotal role in the creation of European human-rights law: and it is a concept about which there is still no obvious unanimity among judges of the Court, with regard to the purview of its applicability».

¹²⁰ JEAN-PAUL COSTA, «Current challenges for the European Court of Human Rights», Leiden Law School, 10 de diciembre de 2011, A Raymond and Beverly Sackler Distinguished Lecture in Human Rights.

¹²¹ Para un análisis de la recepción de la jurisprudencia de la Corte en Alemania, Francia y Reino Unido, v. E. BJØRGE, «National supreme courts and the development of ECHR rights», *J. CON.* 2011, Vol. 9, n1, pp. 5-31.

¹²² L. WILDHABER, «La Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme», *Mélanges en l'honneur de J.-P. Costa, op. cit.*, p. 701.

La aceptación de los estándares no se da nunca de una vez por todas. Una suma considerable de factores explican la aceptación o, a la inversa, el rechazo de valores que dichos estándares traen consigo. Aunque se haya intentado presentar tendencias de fondo, es necesario reconocer que la cartografía de la adhesión a los estándares es sutil (por no decir compleja) llena de matices y sujeta a evoluciones en el tiempo y en el espacio. Muchos desafíos analíticos para el investigador y todos sin duda en búsqueda de coherencia...

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

Derechos reservados, © 2013 por
Laurence BURGORGUE-LARSEN

EL DIÁLOGO

Las características de esta edición son propiedad de
EDITORIAL PORRÚA, S.A. de C.V. — 9
Av. República Argentina, 15, 06020 México, D.F.

Queda hecho el depósito que marca la ley

ISBN 978-607-09-1384-6



IMPRESO EN MÉXICO
PRINTED IN MEXICO

CONTENIDO

| | |
|----------------------------------|-----|
| 1. El diálogo | 7 |
| 2. El diálogo y la cultura | 8 |
| 3. El diálogo y la filosofía | 12 |
| 4. El diálogo y la literatura | 15 |
| 5. El diálogo y la historia | 18 |
| 6. El diálogo y la política | 21 |
| 7. El diálogo y la economía | 24 |
| 8. El diálogo y la sociología | 27 |
| 9. El diálogo y la psicología | 30 |
| 10. El diálogo y la pedagogía | 33 |
| 11. El diálogo y la medicina | 36 |
| 12. El diálogo y la arquitectura | 39 |
| 13. El diálogo y la música | 42 |
| 14. El diálogo y el arte | 45 |
| 15. El diálogo y la ciencia | 48 |
| 16. El diálogo y la tecnología | 51 |
| 17. El diálogo y la comunicación | 54 |
| 18. El diálogo y la ética | 57 |
| 19. El diálogo y la religión | 60 |
| 20. El diálogo y la filosofía | 63 |
| 21. El diálogo y la filosofía | 66 |
| 22. El diálogo y la filosofía | 69 |
| 23. El diálogo y la filosofía | 72 |
| 24. El diálogo y la filosofía | 75 |
| 25. El diálogo y la filosofía | 78 |
| 26. El diálogo y la filosofía | 81 |
| 27. El diálogo y la filosofía | 84 |
| 28. El diálogo y la filosofía | 87 |
| 29. El diálogo y la filosofía | 90 |
| 30. El diálogo y la filosofía | 93 |
| 31. El diálogo y la filosofía | 96 |
| 32. El diálogo y la filosofía | 99 |
| 33. El diálogo y la filosofía | 102 |
| 34. El diálogo y la filosofía | 105 |
| 35. El diálogo y la filosofía | 108 |
| 36. El diálogo y la filosofía | 111 |
| 37. El diálogo y la filosofía | 114 |
| 38. El diálogo y la filosofía | 117 |
| 39. El diálogo y la filosofía | 120 |
| 40. El diálogo y la filosofía | 123 |
| 41. El diálogo y la filosofía | 126 |
| 42. El diálogo y la filosofía | 129 |
| 43. El diálogo y la filosofía | 132 |
| 44. El diálogo y la filosofía | 135 |
| 45. El diálogo y la filosofía | 138 |
| 46. El diálogo y la filosofía | 141 |
| 47. El diálogo y la filosofía | 144 |
| 48. El diálogo y la filosofía | 147 |
| 49. El diálogo y la filosofía | 150 |
| 50. El diálogo y la filosofía | 153 |
| 51. El diálogo y la filosofía | 156 |
| 52. El diálogo y la filosofía | 159 |
| 53. El diálogo y la filosofía | 162 |
| 54. El diálogo y la filosofía | 165 |
| 55. El diálogo y la filosofía | 168 |
| 56. El diálogo y la filosofía | 171 |
| 57. El diálogo y la filosofía | 174 |
| 58. El diálogo y la filosofía | 177 |
| 59. El diálogo y la filosofía | 180 |
| 60. El diálogo y la filosofía | 183 |
| 61. El diálogo y la filosofía | 186 |
| 62. El diálogo y la filosofía | 189 |
| 63. El diálogo y la filosofía | 192 |
| 64. El diálogo y la filosofía | 195 |
| 65. El diálogo y la filosofía | 198 |
| 66. El diálogo y la filosofía | 201 |
| 67. El diálogo y la filosofía | 204 |
| 68. El diálogo y la filosofía | 207 |
| 69. El diálogo y la filosofía | 210 |
| 70. El diálogo y la filosofía | 213 |
| 71. El diálogo y la filosofía | 216 |
| 72. El diálogo y la filosofía | 219 |
| 73. El diálogo y la filosofía | 222 |
| 74. El diálogo y la filosofía | 225 |
| 75. El diálogo y la filosofía | 228 |
| 76. El diálogo y la filosofía | 231 |
| 77. El diálogo y la filosofía | 234 |
| 78. El diálogo y la filosofía | 237 |
| 79. El diálogo y la filosofía | 240 |
| 80. El diálogo y la filosofía | 243 |
| 81. El diálogo y la filosofía | 246 |
| 82. El diálogo y la filosofía | 249 |
| 83. El diálogo y la filosofía | 252 |
| 84. El diálogo y la filosofía | 255 |
| 85. El diálogo y la filosofía | 258 |
| 86. El diálogo y la filosofía | 261 |
| 87. El diálogo y la filosofía | 264 |
| 88. El diálogo y la filosofía | 267 |
| 89. El diálogo y la filosofía | 270 |
| 90. El diálogo y la filosofía | 273 |
| 91. El diálogo y la filosofía | 276 |
| 92. El diálogo y la filosofía | 279 |
| 93. El diálogo y la filosofía | 282 |
| 94. El diálogo y la filosofía | 285 |
| 95. El diálogo y la filosofía | 288 |
| 96. El diálogo y la filosofía | 291 |
| 97. El diálogo y la filosofía | 294 |
| 98. El diálogo y la filosofía | 297 |
| 99. El diálogo y la filosofía | 300 |
| 100. El diálogo y la filosofía | 303 |

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

EL DIÁLOGO JUDICIAL

Máximo desafío de los
tiempos jurídicos modernos



EDITORIAL
PORRÚA
AV. REPÚBLICA
ARGENTINA, 15

MÉXICO, 2013

