

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Diálogo, interamericanización
e impulso transformador:**
los formantes teóricos del *Ius
Constitutionale Commune* en
América Latina

**Dialogue, Inter-Americanization
and transformative impulse:**
the theoretical formants of *Ius
Constitutionale Commune* in Latin
America

Mario Molina Hernández

VOLUME 11 • Nº 2 • AGO • 2021
CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR:
IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA

Sumário

EDITORIAL	22
Mariela Morales Antoniazzi, Flávia Piovesan e Patrícia Perrone Campos Mello	
I. PARTE GERAL	25
1. CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR: IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA, MARCO TEÓRICO	26
CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR INTERNACIONAL NA AMÉRICA LATINA.....	
Armin von Bogdandy e René Uruña	
INTERDEPENDÊNCIA E INDIVISIBILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS: UM NOVO OLHAR PARA A PANDEMIA DE COVID-19.....	75
Flávia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi	
DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE EMERGÊNCIA: UMA PERSPECTIVA INTERAMERICANA COM ESPECIAL FOCO NA DEFESA DO ESTADO DE DIREITO	95
Christine Binder	
MONITORAMENTO, PERSUASÃO E PROMOÇÃO DO DIÁLOGO: QUAL O PAPEL DOS ORGANISMOS SUPRANACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NA IMPLEMENTAÇÃO DE DECISÕES INDIVIDUAIS?	109
Clara Sandoval, Philip Leach e Rachel Murray	
REPENSANDO AS DERROGAÇÕES AOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS	142
Laurence R. Helfer	
2. RESILIÊNCIA DEMOCRÁTICA: CONTRIBUIÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR CONTRA O RETROCESSO	167
A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO WATCHDOG DEMOCRÁTICO: DESENVOLVENDO UM SISTEMA DE ALERTA PRECOCE CONTRA ATAQUES SISTÊMICOS.....	
Patrícia Perrone Campos Mello, Danuta Rafaela de Souza Calazans e Renata Helena Souza Batista de Azevedo Rudolf	
EROSÃO DEMOCRÁTICA E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: O CASO VENEZUELANO	196
Roberto Dias e Thomaz Fiterman Tedesco	
PARTICIPAÇÃO POLÍTICA NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: UMA COMPARAÇÃO COM O MODELO BRASILEIRO.....	226
Júlio Grostein e Yuri Novais Magalhães	

3. REFUNDAÇÃO DEMOCRÁTICA CONTRIBUIÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR A UMA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL	249
LOS DERECHOS SOCIALES Y EL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR EN CHILE	251
Gonzalo Aguilar Cavallo	
LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CHILE: DIAGNÓSTICOS Y PROPUESTAS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN TRANSFORMADORA	275
Pietro Sferrazza Taibi, Daniela Méndez Royo e Eduardo Bofill Chávez	
DIÁLOGO JUDICIAL NO IUS COMMUNE LATINO-AMERICANO: COERÊNCIA, COESÃO E CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL	314
Paulo Brasil Menezes	
4. DIÁLOGO ENTRE ORDENS INTERNACIONAIS E NACIONAIS: O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR NA AMÉRICA LATINA	336
DIÁLOGO, INTERAMERICANIZACIÓN E IMPULSO TRANSFORMADOR: LOS FORMANTES TEÓRICOS DEL IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA	338
Mario Molina Hernández	
O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	364
Danilo Garnica Simini e José Blanes Sala	
CONTROLE LEGISLATIVO DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS: A OPORTUNIDADE DE CONSTRUÇÃO DO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE LATINO-AMERICANO PELA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS	384
Ana Carolina Barbosa Pereira	
A PROGRESSIVA SUPERAÇÃO DA REGULAÇÃO DO CRIME DE DESACATO NA AMÉRICA LATINA: DIÁLOGOS ENTRE O DOMÉSTICO E O INTERNACIONAL	426
Luiz Guilherme Arcaro Conci e Melina Girardi Fachin	
A INTERPRETAÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS ACERCA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A ADEQUAÇÃO MATERIAL DA LEI N.º 13.834/2019	457
Elder Maia Goltzman e Mônica Teresa Costa Sousa	
CAMINHOS LATINO-AMERICANOS A INSPIRAR A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA NO DIÁLOGO MULTINÍVEL DO CONSTITUCIONALISMO REGIONAL TRANSFORMADOR	476
Rafael Osvaldo Machado Moura e Claudia Maria Barbosa	
IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE E DIREITO DE FAMÍLIA: UMA ANÁLISE HERMENÊUTICA DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DO SUPREMO TRIBUNAL	

FEDERAL NA MATÉRIA	499
Felipe Frank e Lucas Miguel Gonçalves Bugalski	
JUSTICIABILIDADE DIRETA DOS DIREITOS SOCIAIS NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: MAIS UMA PEÇA NO QUEBRA-CABEÇA DO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE LATINO-AMERICANO?	519
Wellington Boigues Corbalan Tebar e Fernando de Brito Alves	
5. DIÁLOGO ENTRE ORDENS INTERNACIONAIS: O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR ENTRE REGIÕES.....	543
LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL Y EL VALOR E IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	545
Humberto Nogueira Alcalá	
DIÁLOGOS À DERIVA: O CASO LUCIEN IKILI RASHIDI C. REPÚBLICA UNIDA DA TANZÂNIA E OUTROS E O ESVAZIAMENTO DA CORTE AFRICANA.....	568
Marcus Vinicius Porcaro Nunes Schubert e Catarina Mendes Valente Ramos	
II. PARTE ESPECIAL.....	590
6. POVOS INDÍGENAS E TRANSFORMAÇÃO	591
HERMENÉUTICAS DEL DERECHO HUMANO A LA IDENTIDAD CULTURAL EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA, UN ANÁLISIS COMPARADO A LA LUZ DEL ICCAL.....	593
Juan Jorge Faundes e Paloma Buendía Molina	
IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE E O DIREITO INDÍGENA BRASILEIRO: OS IMPACTOS DA DECISÃO DO CASO POVO XUKURU VERSUS BRASIL NA JURISPRUDÊNCIA E NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NACIONAL.....	622
Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega, Maria Eduarda Matos de Paffer e Anne Heloise Barbosa do Nascimento	
OS PRECEDENTES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE TERRAS INDÍGENAS E A ADOÇÃO DA TEORIA DO INDIGENATO.....	648
Eduardo Augusto Salomão Cambi, Elisângela Padilha e Pedro Gustavo Mantoan Rorato	
7. GRUPOS VULNERÁVEIS E TRANSFORMAÇÃO	664
IUS CONSTITUCIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA: A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE FIXAÇÃO DE STANDARDS PROTETIVOS AOS DIREITOS DOS GRUPOS VULNERÁVEIS E SEUS REFLEXOS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	666
Mônia Clarissa Hennig Leal e Eliziane Fardin de Vargas	

A EFICÁCIA DA NORMA QUE OUSOU FALAR SEU NOME: OS PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA COMO POTÊNCIA DENSIFICADORA DO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA	687
Tiago Benício Trentini e Luiz Magno Bastos Jr	
A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS LGBTI: CONSTRUINDO UM IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE BASEADO NA DIVERSIDADE	715
João Pedro Rodrigues Nascimento, Tiago Fuchs Marino e Luciani Coimbra de Carvalho	
LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN CONTEXTOS DE COVID-19: REALIDADES DEL AMPARO INSTITUCIONAL A SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN EN ESCENARIOS DE EMERGÊNCIA	737
Víctor Julián Moreno Mosquera, John Fernando Restrepo Tamayo e Olga Cecilia Restrepo-Yepes	
O CASO VÉLEZ LOOR VS. PANAMÁ DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO PARADIGMA PARA A CONSTRUÇÃO DE PARÂMETROS MIGRATÓRIOS LATINO-AMERICANOS	757
Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff e Bianca Guimarães Silva	
DIREITOS HUMANOS E ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: O TRANSCONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO NA ADPF Nº 347	783
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e André Giovane de Castro	
TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: AS CONTRIBUIÇÕES DO DIÁLOGO ENTRE O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E O BRASIL PARA O FORTALECIMENTO DA DIGNIDADE DO TRABALHADOR	802
Emerson Victor Hugo Costa de Sá, Sílvia Maria da Silveira Loureiro e Jamilly Izabela de Brito Silva	
8. DIREITOS HUMANOS, EMPRESAS E TRANSFORMAÇÃO	823
DIÁLOGOS MULTIATOR PARA IMPLEMENTAÇÃO DOS STANDARDS INTERAMERICANOS SOBRE PANDEMIA E DIREITOS HUMANOS	825
Ana Carolina Lopes Olsen e Anna Luisa Walter Santana	
O ENVOLVIMENTO DE EMPRESAS EM VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS E OS IMPACTOS DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA.....	856
Patricia Almeida de Moraes e Marcella Oldenburg Almeida Britto	
III. OUTRAS PERSPECTIVAS SOBRE TRANSFORMAÇÃO	871
PLURALISMO JURÍDICO E DEMOCRACIA COMUNITÁRIA: DISCUSSÕES TEÓRICAS SOBRE DESCOLONIZAÇÃO CONSTITUCIONAL NA BOLÍVIA.....	873
Débora Ferrazzo e Antonio Carlos Wolkmer	
INTERCULTURALIDADE, PLURINACIONALIDADE E PLURALISMO NAS CONSTITUIÇÕES DO EQUADOR E DA BOLÍVIA: EXPOENTES PRINCIPIOLÓGICOS DO ESTADO PLURINACIONAL	897
Denise Tatiane Girardon dos Santos	

IUS COMMUNE: ENTRE O PLURALISMO JURISDICCIONAL DIALÓGICO E A ADOÇÃO DE NORMAS ALTERATIVAS	917
Ana Maria D'Ávila Lopes	

Diálogo, interamericanización e impulso transformador: los formantes teóricos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina*

Dialogue, Inter-Americanization and transformative impulse: the theoretical formants of *Ius Constitutionale Commune* in Latin America

Mario Molina Hernández**

Resumen

El objetivo de estas páginas que se presentan es dar cuenta de diversos fenómenos de transformación en el devenir constitucional latinoamericano a partir de conceptos y prácticas como el diálogo, la interamericanización y el impulso del material normativo interamericano, lo que ha derivado en la progresiva construcción de un auténtico derecho constitucional común en la región. Para ello, con base en una metodología de análisis y reflexión del derecho positivo disponible, así como del nutrido e interesante discurso académico en torno a estos procesos se ponen de relieve las extraordinarias transformaciones aludidas. Por otra parte, como aspecto relevante de este trabajo se busca explorar el sustrato teórico constitucional desarrollado a ambos lados del atlántico, el cual consiste en la incorporación de la permeabilidad normativa, la estatalidad abierta y la humanización en el pensamiento constitucional de la posguerra, así como de una importante dinámica de carácter lógico-formal que ha propiciado la materialización de dinámicas constitucionales más allá de los confines estatales. Finalmente, como conclusiones arrojadas por esta investigación destacan la innegable transformación estructural del derecho constitucional del siglo XXI, principalmente las relacionadas con su intensa humanización e internacionalización, así como la hibridación de los órdenes constitucionales a partir del entrelazamiento normativo nacional, internacional y supranacional. Asimismo, advertimos como posibles hipótesis de trabajo para futuros estudios de esta línea de investigación, podríamos sugerir la tensión existente por la presunta desmedida atención y preponderancia del rol judicial en los fenómenos que señalamos.

Palabras clave: Constitucionalismo interamericano; Diálogo; Impulso transformador; Interamericanización; *Ius Constitutionale Commune*.

* Recibido em 31/05/2021
Aprovado em 07/10/2021

** Ayudante de profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y egresado de la licenciatura en Derecho de la misma institución.
E-mail: mmolinah95@gmail.com

Abstract

The objective of these pages that are presented is to give an account of various phenomena of transformation in the Latin American constitutional evolution based on concepts and practices such as dialogue, inter-Ameri-

canization and the impulse of the inter-American normative material, which has led to the progressive construction of an authentic common constitutional right in the region. For this, based on a methodology of analysis and reflection of the positive law available, as well as the rich and interesting academic discourse around these processes, the extraordinary transformations alluded to are highlighted. On the other hand, as a relevant aspect of this work, we seek to explore the constitutional theoretical substrate developed on both sides of the Atlantic, which consists of the incorporation of normative permeability, open statehood and humanization in post-war constitutional thought, as well as as an important dynamic of a logical-formal nature that has led to the materialization of constitutional dynamics beyond the confines of the state. Finally, as conclusions drawn by this research, the undeniable structural transformation of the constitutional law of the 21st century stands out, mainly those related to its intense humanization and internationalization, as well as the hybridization of constitutional orders based on the national, international and supranational normative intertwining. Likewise, we warn as possible working hypotheses for future studies of this line of research, we could suggest the existing tension due to the alleged excessive attention and preponderance of the judicial role in the phenomena that we indicate.

Keywords: Inter-American constitutionalism; Dialogue; Transformative impulse; Inter-Americanization; *Ius Constitutionale Commune*.

1 A manera de introducción: el sustrato teórico del ICCAL

El pensamiento constitucional es por naturaleza dinámico, no permanece distante de la evolución de las ideas políticas, de las condiciones económicas, políticas, sociales, entre otros aspectos. Por ello, es necesario clarificar el sustrato teórico a partir del cual acontecen los diversos fenómenos objeto de análisis, crítica y reflexión de este trabajo, pues derivado de esto, es como podremos obtener un diagnóstico más afortunado del estado actual de las ideas constitucionales. Las consideraciones teóricas y terminológicas expuestas a continuación abordan un fenómeno de la mayor relevancia, y su utilidad radica en que dichas precisiones conceptuales delimitan las posibilidades de análisis y argumentación de un fenómeno transversal a todo el discurso, pensamiento y dogmática jurídica como lo es la evolución constitucional.¹

Los conceptos fundantes del derecho constitucional y el constitucionalismo en la actualidad se encuentran severamente erosionados; difícilmente pudieran explicarse las dinámicas jurídicas, constitucionales y políticas actuales de la mano de las categorías clásicas. En ese sentido, el objeto de este primer apartado será trazar una evolución de las transformaciones históricas de las estructuras básicas del constitucionalismo, comenzando con la transición del enfoque organicista-soberanista a uno humanista-internacionalista, así como dar cuenta de las posturas que sostienen la viabilidad de la instauración de dinámicas constitucionales más allá del Estado.

1.1 Del constitucionalismo organicista al constitucionalismo de los derechos

Es lugar común en la teoría constitucional afirmar que la esencia de cualquier manifestación constitucional es la de controlar al poder, sin embargo, de una lectura de la evolución histórica del constitucionalismo puede advertirse la pluralidad de medios y vías (materializados en la clase de valores que se sitúan en el centro de los diseños constitucionales) para arribar a dicho fin.

Ahora bien, fue hasta después de la Segunda Guerra Mundial, que a partir de las profundas innovaciones y transformaciones jurídicas y políticas en Europa marcadas por la introducción de constituciones rígidas acompañadas por diversos medios y sistemas de control jurisdiccional de constitucionalidad, nuevos

¹ GUTIÉRREZ, Ignacio. *Derecho constitucional en construcción*. México: CIIJUS-Derecho Global Editores, 2018. p. 80.

parámetros de validez normativa, diversos principios en los órdenes jurídicos así como de los derechos fundamentales, se transformó el paradigma de la Constitución, para pasar de ser un documento basado en diversos postulados de carácter político a un ordenamiento jurídico que establece diversos vínculos y límites a la actuación de los poderes de las mayorías.²

Con base en la combinación de dichos elementos, podemos decir que nos encontramos en un nuevo modelo del constitucionalismo que supera los rasgos estatistas y organicistas de las antiguas concepciones, para asumir una nueva de carácter humanista que sitúa en el centro de la actividad jurídica, política y estatal a la persona a través de la consagración de diversos derechos acompañados de sus respectivas garantías para su protección.

En esta nueva concepción del constitucionalismo, igualmente se sacude de forma importante la idea que se tiene de los fines del Estado, dejando de lado aquella figuración de una realidad natural con derecho a existir, con un fundamento divino o histórico-cultural, y se asume ahora como una mera caracterización artificial e instrumental, pues como señala Prieto Sanchís:

[P]or eso el Estado tiene una justificación meramente instrumental; la fuerza que se deposita en sus manos con carácter de monopolio no ha de valer para todo y para cualquier cosa, sino que solo resulta legítima cuando se pone al servicio de la finalidad perseguida por los individuos que dan vida a ese artificio, esto es, la defensa de sus derechos. De manera que, si se puede usar una terminología algo simplificadora, los derechos están siempre por encima de la democracia, la justicia por encima de la política.³

Ahora bien, existen situaciones en las que el constitucionalismo centrado en los derechos pudiera ser considerado como un arma de doble filo. Particularmente en el caso de América Latina, pues como señala Néstor Pedro Sagüés, en diversos ordenamientos de los países de la región se da una problemática consistente en la sobrecarga de derechos en los textos constitucionales, los cuales se presentan con una formulación excesiva y muy detallada, lo que tiene implicaciones negativas en el momento de hacer exigibles dichos derechos, pues ante la fuerte carga de obligaciones a cargo de los Estados, las Constituciones se convierten más en documentos que contienen promesas y no derechos plenamente exigibles.⁴

Como conclusión de este apartado podemos señalar la necesidad de reconocer el advenimiento de un moderno paradigma constitucional en el cual asumen un papel preponderante la protección de la dignidad y los derechos de la persona alejándose de esta forma de aquellas concepciones meramente estatistas u organicistas del constitucionalismo que se manifestaron de forma intensa en las experiencias primigenias.

Ahora bien, lo anterior no significa que sugerimos la adopción dogmática de un modelo de constitucionalismo, pues precisamente uno de los males estructurales de algunas concepciones del constitucionalismo centrado en los derechos es su poca interacción con los aspectos orgánicos de los textos constitucionales. Sobre esta problemática es clásico el trabajo de Roberto Gargarella en torno a la “sala de máquinas de la Constitución”, en el cual pone de relieve la desmedida atención a los derechos humanos en desmedro de las cuestiones relacionadas con la organización del poder en diversas experiencias constituyentes en América Latina, lo cual ha derivado en fallas sistémicas en la garantía de dichos derechos pues con esta clase de regulaciones se ignora la gran posibilidad de incidencia que se puede ejercer en ellos a través de las secciones constitucionales dedicadas a la organización del poder.⁵

² FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Trotta, 2014. p. 17.

³ PRIETO SANCHÍS, Luis. *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta, 2017. p. 227.

⁴ SAGÜES, Néstor. *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*. México: Porrúa, 2004. p. 15.

⁵ GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. España: Katz, 2014. p. 309.

1.2 El constitucionalismo más allá del Estado

La forma de entender el constitucionalismo y el derecho constitucional ha experimentado severas transformaciones en las últimas décadas. Conceptos de esta naturaleza, alejados en un primer momento de contenidos estatistas u organicistas, y que posteriormente fueron dotados de significados humanistas, en la actualidad se encuentran aparejados a nociones como la crisis de la soberanía y una consecuente apertura al orden jurídico internacional.

Asimismo, la renovación del derecho internacional confluyó en la concepción contemporánea del derecho constitucional, pues como señala Acosta Alvarado, dicha renovación consistió fundamentalmente en el reconocimiento de la dignidad humana como un valor fundante de este ordenamiento jurídico. Esta humanización fue el producto de los cambios suscitados en la comunidad internacional tras los horrores de la Segunda Guerra Mundial.⁶

Así, tras esta doble humanización en los órdenes internacional y constitucional, progresivamente se ha construido un nuevo derecho constitucional centrado en los derechos humanos, con marcados tintes de apertura al ámbito internacional y en el cual se desdibujan cada vez más las fronteras entre lo constitucional y lo internacional, dando como resultado que el derecho constitucional en la actualidad pueda ser entendido e identificado como una dinámica más allá de las fronteras nacionales.

Ahora bien, sobre la posibilidad de concebir al derecho constitucional más allá del Estado nacional, existen voces como la de Luigi Ferrajoli que sostienen que en efecto es posible separar la idea de Constitución y Estado si se atiende a la forma en que opera el moderno paradigma constitucional y garantista, entendido como un sistema de límites y vínculos; es decir, a través de una dinámica lógica de carácter formal, que bien puede tener cabida en el ámbito supraestatal, pues puede ser dotada de cualquier contenido.⁷

Esta perspectiva ofrece la oportunidad de descargar a ese sistema de límites, vínculos y garantías, de contenidos estatistas y soberanistas que son potencialmente dañinos a la protección de los derechos humanos y transitar así a un sistema articulado entre los órdenes nacional e internacional. En ese sentido, piénsese por ejemplo en los casos en que un tribunal internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede asumir un funcionamiento similar al de un tribunal constitucional nacional,⁸ o en la manera en la que tratados del derecho internacional de los derechos humanos puede hacer las veces de un texto constitucional, como puede ser el caso del *corpus iuris* interamericano.⁹

Con base en el carácter formal del paradigma constitucional, es posible su exportación a otros ámbitos para hacer frente a la actual crisis de la democracia y el constitucionalismo. Y es que como señala Ferrajoli, la estructura de dicho paradigma puede caracterizarse por las relaciones jerárquicas entre normas supraordinadas y subordinadas, y por ello puede aplicarse en otros foros y contextos distintos al meramente estatal, por ello, el profesor Ferrajoli sugiere cuatro nuevas articulaciones del paradigma constitucional: i) un constitucionalismo de carácter social; ii) un constitucionalismo de derecho privado; iii) un constitucionalismo de los bienes fundamentales; y, iii) un constitucionalismo supranacional o de derecho internacional.¹⁰

A partir estas consideraciones podemos decir que el constitucionalismo contemporáneo, lejos de ser

⁶ ACOSTA ALVARADO, Paola. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 40.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo más allá del estado*. Madrid: Trotta, 2018. p. 26-27.

⁸ BURGORGUE-LAREN, Laurence. La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014. p. 421-457.

⁹ MORALES ANTONIAZZI, Mariela. *La protección supranacional de la democracia en Suramérica: un estudio sobre el acervo del Ius Constitutionale Commune*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015. p. 102.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo más allá del estado*. Madrid: Trotta, 2018. p. 25.

relacionado con material normativo meramente estatal o nacional, podría ser entendido como una dinámica lógica que bien puede materializarse fuera de las fronteras estatales.

Como ya adelantábamos, la propuesta del profesor Ferrajoli tiene como eje rector el carácter formal del paradigma constitucional, el cual hace factible su expansión a un nivel supraestatal. Es importante destacar que la idea de una dinámica constitucional en sede supraestatal no significa en ningún momento la sugereencia de la reproducción de las formas e instituciones estatales, sino más bien la consolidación de técnicas, funciones e instituciones de garantía adecuadas y eficaces en ese nivel.

1.3 Humanización e internacionalización

Siguiendo a Mariela Morales, los conceptos de internacionalización y humanización deben entenderse de forma interdependiente, pues ambos han desembocado en el entrelazamiento normativo del derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, materializado principalmente en el rango constitucional en el que se encuentran los tratados internacionales, y que en algunos casos gozan de primacía sobre el derecho interno.¹¹

Este fenómeno de humanización del derecho en la región, tiene como génesis la adopción de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el año de 1948, en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), y posteriormente, en el año de 1959, con la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que significó un importante paso en la protección de los derechos humanos, en tanto órgano encargado del seguimiento y monitoreo de los derechos humanos en los países signatarios.¹²

El siguiente acontecimiento relevante para la humanización, tuvo lugar veinte años después de la adopción de la Declaración Americana, cuando fue aprobada la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que con el paso del tiempo se posicionó como el documento de mayor relevancia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), pues constituye el catálogo de derechos humanos que los Estados ratificantes deben observar y define la organización, funcionamiento y procedimientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).¹³

Como puede advertirse, el proceso de humanización del derecho en América Latina ha sido el producto de importantes acontecimientos, desde la adopción de la Declaración Americana, la conformación orgánica del SIDH, la adopción de la CADH, así como la dinámica y desenvolvimiento permanente de la actividad jurisdiccional de la Corte IDH y el reconocimiento de la fuerza normativa del material jurídico interamericano.¹⁴

Ahora bien, este fenómeno de internacionalización entendida como humanización tiene importantes implicaciones por lo que hace a la recepción y tratamiento del material normativo internacional, lo cual tiene como resultado un entrelazamiento normativo entre el derecho interno, principalmente en el ámbito constitucional, y el derecho internacional, preponderantemente del derecho internacional de los derechos humanos.

En síntesis, la internacionalización entendida como humanización de los regímenes jurídicos nacionales a través de la incorporación de elementos en clave de apertura, constituye el eslabón más acabado de la

¹¹ MORALES ANTONIAZZI, Mariela. *La protección supranacional de la democracia en Suramérica: un estudio sobre el acervo del Ius Constitutionale Commune*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015. p. 136.

¹² PELAYO MOLLER, Carlos. *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. México: CNDH, 2015. p. 14-15.

¹³ PELAYO MOLLER, Carlos. *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. México: CNDH, 2015. p. 14-15.

¹⁴ ESTRADA ADÁN, Guillero. Reflexiones sobre el impacto y cumplimiento del derecho internacional y el 'material interamericano' en el siglo XXI. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: transformando realidades*. México: Max Planck Institute for Comparative Public Law-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019. p. 109-115.

evolución jurídica de la región. Sin embargo, este proceso no debe comprenderse de forma estática, pues la naturaleza de estas evoluciones es en sí misma de carácter dinámica y operativa. Es decir, la interamericanización debe comprenderse como punto de partida y como proceso en constante evolución.

2 ¿De qué hablamos cuando hablamos del ICCAL?

La interacción que se ha dado entre el régimen internacional y los diversos regímenes nacionales en América Latina en materia de derechos humanos es un suceso del cual no puede negarse su existencia. Este acontecimiento se ha tratado de explicar, desde el ámbito académico, a partir de la denominación *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*.

La expresión derecho constitucional común en derechos humanos para América Latina tiene básicamente dos acepciones: una, relacionada con los contenidos normativos positivos; y, dos, aquella que está relacionada con una faceta discursiva y como un enfoque y metodología de aproximación al derecho¹⁵ con una perspectiva integral, que toma en cuenta los factores económicos, sociales y culturales.

Ahora bien, en la realidad latinoamericana, la estatalidad abierta, así como el nuevo derecho público tienen como ámbito de concreción la progresiva influencia y condicionamiento del devenir estatal que ejerce el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Esto no es baladí si se adopta una postura que atiende a la historia de América Latina, pues como señala Flavia Piovesán, nuestra región cuenta con un pasado de condiciones inaceptables, tales como los regímenes autoritarios y dictatoriales, los altos índices de violencia e impunidad, así como la ausencia de Estado de derecho y la precaria cultura de respeto y promoción de los derechos humanos.¹⁶ De tal forma que una integración con miras a la transformación de las condiciones de vida de sus habitantes así como de las estructuras institucionales, bien puede considerarse un modelo válido en la región. Diferente en sus componentes y propósitos al modelo europeo, pues se tratará de otra integración. Una integración, si se quiere ver de esta forma, de y desde abajo.

Dentro del sector discursivo del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (en adelante ICCAL) es lugar común afirmar que dicha corriente teórica asume tres funciones principales: i) una, relacionada con una pretensión analítica u ontológica que sirve para describir un fenómeno jurídico; ii) una función normativa encaminada a impulsar la consolidación de un constitucionalismo transformador en América Latina; y, iii) un enfoque académico integrado por participantes de diversas nacionalidades, que trabaja a partir de la metodología comparativa.¹⁷

Por lo que hace a la primera función podemos decir que el fenómeno al que busca aproximarse o explicar el ICCAL es el relacionado con la interacción normativa entre el *corpus iuris* interamericano y los textos constitucionales nacionales latinoamericanos (a través de las cláusulas de apertura al derecho internacional contenidas en diversos ordenamientos), que ha derivado en una relación de fortalecimiento mutuo.¹⁸

¹⁵ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, p. 3-50, ene./jun. 2015. p. 10-11.

¹⁶ PIOVESÁN, Flavia. Protección de los derechos sociales: retos de un *ius commune* para Sudamérica". In: BOGDANDY, Armin von et al. (coords.). *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales: hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*. México: UNAM, Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011. p. 370.

¹⁷ BOGDANDY, Armin von et al. *Ius constitutionale commune en America Latina: a regional approach to transformative constitutionalism*. *MPIL Research Paper Series*, n. 21, 2016. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=285958 Acceso en: 25 mar. 2021.

¹⁸ BOGDANDY, Armin von et al. *Ius constitutionale commune en America Latina: a regional approach to transformative constitutionalism*. *MPIL Research Paper Series*, n. 21, 2016. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=285958 Acceso en: 25 mar. 2021.

La función normativa del ICCAL se materializa a través del impulso de la transformación social en América Latina, con la finalidad de hacer plenas y efectivas las garantías, deseos y promesas establecidos en las constituciones latinoamericanas posteriores a las experiencias dictatoriales, a partir de la incorporación de diversas perspectivas nacionales en un enfoque común de apoyo mutuo y diálogo, derivado del entendimiento de la insuficiencia del espacio estatal para la protección de los derechos humanos.¹⁹

Finalmente, en lo relacionado con la vertiente del ICCAL como enfoque académico, podemos decir que este se materializa en el sector discursivo sobre este fenómeno, y que se nutre de tres objetivos: respeto a los derechos humanos en la región, desarrollar una estatalidad abierta, y construir instituciones internacionales fuertes y legítimas. Dichos objetivos se pretenden alcanzar a través de tres conceptos clave: diálogo, inclusión y pluralismo normativo. Este enfoque del derecho público puede ser caracterizado de la siguiente forma: busca relacionar el derecho nacional e internacional, las cuestiones argumentativas se realizan con base en principios y se le otorga gran importancia al derecho comparado.²⁰

Asimismo, respecto de la naturaleza del ICCAL, existen voces como la de Héctor Fix-Fierro, que señalan que más allá de la identificación de los rasgos, principios y valores comunes entre los ordenamientos constitucionales de la región²¹ y de las implicaciones culturales que ello representa, en la actualidad podemos hablar de la construcción de un derecho constitucional común latinoamericano *en sentido estricto* a través de la expansión de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los ámbitos constitucionales internos.

Ahora bien, una de las características principales del ICCAL es su vocación transformadora, pues la región latinoamericana cuenta con un pasado de condiciones de vida que pudieran ser consideradas como inaceptables, tales como los regímenes dictatoriales, los altos índices de violencia e impunidad, ausencia de Estado de derecho y una precaria cultura de respeto y promoción de los derechos humanos.²²

2.1 Los retos y problemáticas comunes como impulso: democracia, protección de los derechos humanos

El ICCAL como enfoque jurídico regional, parte de una premisa fundamental: la exclusión de amplios sectores sociales y la escuálida normatividad son problemas comunes a los países de la región. Para hacer frente a estas lacerantes realidades, se tiene la convicción de que la interacción entre los ordenamientos constitucionales y las garantías supranacionales son una poderosa herramienta de transformación. Por ello, más allá de las intensas y nutridas discusiones en torno al constitucionalismo latinoamericano, el ICCAL se presenta como un enfoque renovado de aproximación al derecho como instrumento de emancipación.

No debe perderse de vista que los fines y motivaciones centrales del ICCAL no están relacionados con la integración o apertura entendida en su acepción tradicional, sino más bien, con la salvaguarda de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho desde una dinámica dúctil y dialógica que tome en cuenta los requerimientos propios de una estatalidad abierta. No es que se menosprecie la relevancia

¹⁹ BOGDANDY, Armin von *et al.* Ius constitutionale commune en America Latina: a regional approach to transformative constitutionalism. *MPIL Research Paper Series*, n. 21, 2016. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=285958 Acceso en: 25 mar. 2021.

²⁰ BOGDANDY, Armin von *et al.* Ius constitutionale commune en America Latina: a regional approach to transformative constitutionalism. *MPIL Research Paper Series*, n. 21, 2016. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=285958 Acceso en: 25 mar. 2021.

²¹ Una postura crítica a estos rasgos comunes la sostiene Néstor Pedro Sagüés respecto de los vicios presentes en los textos constitucionales latinoamericanos, tales como la formulación excesiva y detallada de los derechos constitucionales, las amplias dimensiones de los ordenamientos o las posiciones utópicas y demagógicas plasmadas en las constituciones. SAGÜES, Néstor. *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*. México: Porrúa, 2004. p. 15.

²² PIOVESÁN, Flavia. Protección de los derechos sociales: retos de un ius commune para Sudamérica?. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales: hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*. México: UNAM, Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011. p. 370.

histórica de un concepto como la soberanía, pero sí se requiere reconfigurar su concepción clásica, pues las instituciones del derecho internacional, su dinámica e injerencia se entienden como una conquista del derecho constitucional.

Piénsese por ejemplo en la experiencia mexicana, en la que desde junio de 2011 se hace referencia expresa a los tratados internacionales sobre derechos humanos, y que incluso tan sólo un mes después el tribunal constitucional mexicano hizo efectivo y comenzó a aplicar dicha disposición. Sin duda, la estatalidad abierta es un fenómeno presente con importantes y notables implicaciones por cuanto hace al devenir constitucional doméstico de la región. Por ello, consideramos que el enfoque del ICCAL resulta por demás interesante para dar tratamiento a estos fenómenos de manera más provechosa.

Una de las problemáticas y retos principales para el proyecto ICCAL tiene que ver con el desempeño y empoderamiento institucional. En ese sentido, señala Parra Vera, es necesario apreciar el impacto que han tenido elementos como las sentencias interamericanas en el devenir institucional de los Estados de la región. Para ello, es necesario adoptar una visión renovada del Estado, pues lejos de concebirlo como un ente monolítico o unificado, sería más afortunado concebirlo como polimorfo, es decir como un ente que centraliza distintas redes de poder político.²³

Durante los años primigenios de funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, muchos Estados actuaron con una actitud intransigente o reticente, al grado de ser tildados como “enemigos” del Sistema, y aunque en la actualidad aún pueden detectarse algunos casos de relación tensa entre algunos Estados y los órganos del Sistema, la situación en términos generales ha progresado de forma notable. Existen diversos casos en los que funcionarios e instituciones han invocado decisiones interamericanas en escenarios de confrontación con otros poderes públicos.²⁴

En ese sentido destacan ejemplos como las medidas cautelares para magistrados de la Corte Suprema de Colombia;²⁵ las tensiones entre la Sala Criminal de la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad de Guatemala;²⁶ las tensiones entre los poderes legislativo, judicial y ejecutivo en relación con la implementación del caso Gelman;²⁷ o bien, las tensiones entre los ámbitos federal y local.²⁸ El elemento común subyacente a las experiencias citadas radica en la interacción entre los diversos estados con el Sistema Interamericano en el marco de dinámicas de interacción estratégica entre la intervención internacional interamericana y los órganos estatales nacionales que encontraron resistencia de otros órganos nacionales para la protección de los derechos humanos.²⁹

²³ PARRA VERA, Óscar. El impacto de las decisiones interamericanas: notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al ‘empoderamiento institucional’. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*: rasgos, potencialidades y desafíos. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014. p. 390.

²⁴ PARRA VERA, Óscar. El impacto de las decisiones interamericanas: notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al ‘empoderamiento institucional’. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*: rasgos, potencialidades y desafíos. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014. p. 393.

²⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009. *MC 1119/09*. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/cap.3c1.09.sp.htm> Acceso en: 20 mar. 2021.

²⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91; COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Molina Theissen Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 4 de mayo de 2004. Serie C No. 106.

²⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

²⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205; COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Fermán Ramírez Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126; COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.

²⁹ PARRA VERA, Óscar. El impacto de las decisiones interamericanas: notas sobre la producción académica y una propuesta de

No puede ignorarse el importante rol que ha asumido el material interamericano en el fortalecimiento de los actores institucionales locales. Estas decisiones interamericanas asumen relevancia en el diálogo interinstitucional local, en el que a través de mecanismos como las reformas constitucionales y legales, así como por el impulso jurisdiccional, se ha transformado la realidad para dar mayor peso al derecho internacional de los derechos humanos.³⁰

El ICCAL como enfoque transformador del derecho en la región, apunta a la superación de las condiciones sociales y políticas para hacer efectiva la democracia, el Estado de derecho y la protección de los derechos humanos. Para ello, debe hacer frente a cuestiones sociales muy delicadas como la igualdad o la redistribución. Esta problemática se identifica con el concepto de exclusión, que facilita la comprensión de situaciones en las que amplios grupos sociales son ignoradas por el sistema político, económico o legal.³¹

Ha sido por demás explorada la marcada desigualdad y pobreza en América Latina y el Caribe; se cuentan por decenas los estudios académicos, informes de organismos internacionales o de organizaciones no gubernamentales que dan cuenta de esta lacerante realidad. Asimismo, muchos de los textos constitucionales e instrumentos internacionales de la región identifican a los grupos desfavorecidos que sufren esta situación de desigualdad, incluso, estos ordenamientos reconocen que esta situación de carácter estructural difícilmente podrá ser combatida con acciones individuales, sino que se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras. En ese sentido, pueden encontrarse diversas tendencias en la jurisprudencia de los tribunales de la región, impulsadas por el elemento interamericano, que hacen frente a esta situación a partir de un enfoque de desigualdad estructural.³²

Al respecto, Clérico, Ronconi y Aldao advierten cinco categorías sospechosas presentes en el desarrollo jurisprudencial nacional e internacional, sobre las cuales se ha intentado avanzar por esta vía en el mejoramiento de estas condiciones: i) nacionalidad y migrantes;³³ ii) etnia;³⁴ iii) edad;³⁵ iv) discapacidad;³⁶ v) orientación sexual;³⁷ y, vi) pobreza.³⁸

investigación en torno al ‘empoderamiento institucional’. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*: rasgos, potencialidades y desafíos. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014. p. 395-415.

³⁰ PARRA VERA, Óscar. El impacto de las decisiones interamericanas: notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al ‘empoderamiento institucional’. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*: rasgos, potencialidades y desafíos. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014. p. 419-420.

³¹ BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, p. 3-50, ene./jun. 2015. p. 9.

³² CLÉRICO, Laura *et al.* Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no discriminación, la no dominación y la redistribución y el reconocimiento. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo *et al.* (coords.). *Inclusión, Ius Commune y justiciaabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana*: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. p. 22-23.

³³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 130, párr. 240.

³⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C, núm. 279.

³⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Villagrán Morales y Otros (“Niños de la Calle”) Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C, núm. 77.

³⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298.

³⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Atala Rifo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, núm. 239. Asimismo, PARRA VERA, Óscar; HUBER, Florian. Orientación sexual, derechos de las niñas y los niños y no discriminación: comentarios al caso *Atala Rifo y niñas*. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Igualdad y orientación sexual*: el caso *Atala* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial. México: Porrúa-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law-IMDPC, 2012. p. 167.

³⁸ CLÉRICO, Laura *et al.* Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no discriminación, la no dominación y la redistribución y el reconocimiento. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo *et al.* (coords.). *Inclusión, Ius Commune y justiciaabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana*: el caso Lagos del Campo y

Las tendencias jurisprudenciales sobre estos fenómenos develan que dentro del imaginario jurídico regional está fuertemente arraigada la concepción de igualdad como no discriminación, pero no puede negarse que el desarrollo jurídico de estas problemáticas tiende hacia la emancipación, y aunque el derecho puede llegar a ser insuficiente para enfrentar condiciones tan profundas, no puede negarse el potencial transformador del mismo.³⁹

2.2 La estatalidad abierta como medio y fin

Algunas de las características fundantes del ICCAL, tanto en su vertiente de discurso y proyecto académico como en su faceta operativa de derecho positivo, son la ductilidad y su permanente dinamismo. Esto puede apreciarse en el funcionamiento de los conceptos y valores principales del ICCAL, a saber: la estatalidad abierta. Como ya hemos señalado líneas arriba, esta idea funge como uno de los objetivos principales de la articulación normativa supranacional e internacional en los ordenamientos de la región, sin embargo, es necesario mencionar su doble naturaleza: i) como fin; y, ii) como una noción viva y presente en el sustrato de derecho positivo, que articula los diversos materiales normativos regionales.

La estatalidad abierta puede manifestarse de distintas maneras, desde las materializaciones más nítidas como las cláusulas de apertura al derecho internacional establecidas en los textos constitucionales de finales del siglo pasado y de inicios de este hasta en las construcciones jurisprudenciales que facilitan la incorporación del material normativo internacional en las dinámicas jurídicas nacionales. Las implicaciones de estas cláusulas pueden apreciarse desde dos aristas: i) como instrumento para la incorporación de los derechos establecidos en el orden jurídico internacional; y, ii) como mecanismo de regulación de la participación estatal en la integración normativa.⁴⁰

3 El material normativo disponible

El proyecto ICCAL progresivamente se ha posicionado como un fenómeno con desarrollo y cumplimiento normativo, aterrizado en el derecho positivo, tanto en el plano nacional como el internacional. En ese sentido, no puede negarse el soporte y efectos que estos postulados han tenido en los ordenamientos nacionales (principalmente en los textos constitucionales y en la jurisprudencia nacional) y en el plano internacional (principalmente en el *corpus iuris* interamericano). Por ello, nuestra tarea en este capítulo, consiste en la exploración de los diversos elementos jurídicos que han resentido la humanización e interamericanización de manera preponderante y más intensa.

3.1 Constituciones nacionales

Desde el punto de vista normativo, el ICCAL se vale del impulso del constitucionalismo transformador subyacente en las experiencias de renovación constitucional posteriores a los regímenes autoritarios y pugna por el cumplimiento efectivo de las promesas principales de dichos ordenamientos. Asimismo, contenidos puntuales como los relacionados con la inclusión, en un marco de democracia constitucional, son relevantes

los nuevos desafíos. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. p. 35-88.

³⁹ CLÉRICO, Laura *et al.* Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no discriminación, la no dominación y la redistribución y el reconocimiento. *In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo et al. (coords.). Inclusión, Ins Commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos.* Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. p. 95.

⁴⁰ MORALES ANTONIAZZI, Mariela. Voz estatalidad abierta. *In: FERRER MAC-GREGOR, E. et al. (coords.). Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional.* México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014. p. 657.

para la construcción e impulso del ICCAL.⁴¹

Dentro de las aportaciones de los textos constitucionales destaca el papel de las cláusulas de apertura al derecho internacional. En ese sentido, podemos identificar a estas disposiciones como aquellas que se encuentran enfocadas a la inserción, recepción y tratamiento del derecho internacional de los derechos humanos en los ordenamientos internos de los estados.

León y Wong han señalado que esta dinámica puede ser explicada de dos formas: i) inserción explícita, cuando los ordenamientos constitucionales contemplan expresamente los derechos humanos y les dan un tratamiento constitucional; o bien, ii) una inserción implícita, manifestada principalmente en las cláusulas abiertas. También se ha dicho que la recepción del material normativo internacional puede funcionar con base en cuatro rangos de jerarquización: i) supraconstitucionalización, que implica la supremacía de los tratados sobre la Constitución y determina que la validez del tratado y su vigencia; ii) la constitucionalización propiamente dicha, que implica la declaración del rango constitucional a ciertos documentos internacionales; iii) la subconstitucionalización de primer grado, que significa que los tratados internacionales se subordinan a la Constitución; y, iv) la equiparación legislativa, que implica la nivelación de los tratados internacionales con una ley común.⁴²

Ahora bien, refiriéndonos a los ordenamientos nacionales que han incorporado cláusulas de apertura al derecho internacional podemos destacar experiencias como la de Chile, que con una formulación particular de estos elementos, abre la puerta a la adición de nuevos derechos esenciales que no se encuentren dentro de su articulado. El caso boliviano es igualmente ilustrativo, pues señala de forma lacónica que los derechos establecidos en ese ordenamiento no pueden ser entendidos como negación de otros derechos no enunciados.⁴³

Por otra parte, existen algunas experiencias que a partir de la dignidad humana basan la apertura del ordenamiento nacional. Tales son los casos de Guatemala,⁴⁴ Paraguay,⁴⁵ Uruguay,⁴⁶ Colombia,⁴⁷ Venezuela,⁴⁸

⁴¹ BOGDANDY, Armin von *et al.* A manera de prefacio. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2020. p. 20, 24.

⁴² LEÓN, Carolina; WONG, Víctor. Cláusulas de apertura al derecho internacional de los Derechos Humanos: constituciones iberoamericanas. *FORO: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, v. 18, n. 2, p. 93-125, 2015. p. 103-104.

⁴³ LEÓN, Carolina; WONG, Víctor. Cláusulas de apertura al derecho internacional de los Derechos Humanos: constituciones iberoamericanas. *FORO: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, v. 18, n. 2, p. 93-125, 2015. p. 106.

⁴⁴ Art. 44. *Derechos inherentes a la persona humana*. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.

⁴⁵ Art. 45. *De los derechos y garantías no enunciados*. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía.

⁴⁶ Art. 72. La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.

⁴⁷ Art. 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

⁴⁸ Art. 22. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

Perú,⁴⁹ Honduras,⁵⁰ Panamá⁵¹ y Ecuador.⁵² Existen otros casos basados en conceptos como los “derechos pertenecientes al pueblo en una democracia”, en “los derechos y garantías de la misma naturaleza que los derechos y garantías fundamentales” o en “la democracia cristiana”; tales son los casos de Puerto Rico,⁵³ República Dominicana⁵⁴ y Costa Rica.⁵⁵

Otro tipo de cláusulas constitucionales son igualmente relevantes para la construcción de un derecho común regional, como las relacionadas con la concepción de “América”, “Latinoamérica”, “Centroamérica” o el espacio caribeño. Estas disposiciones están presentes en diversos ordenamientos, como en el caso brasileño, que en su artículo 4o. define como tarea del gobierno federal la integración económica, política, social y cultural de Latinoamérica y señala como objetivo político la creación de una comunidad latinoamericana. Asimismo, destaca el artículo 9 de la Constitución de Colombia, en el que se señala que la política exterior se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe.⁵⁶

Como se puede advertir, el material constitucional disponible para construir un derecho común en América Latina es contundente y nutrido, tanto por la vía de la apertura al orden jurídico internacional como por el impulso propiamente nacional. Desde luego no puede dejarse de lado el desarrollo político necesario para tales fines, que aunque deficiente en la mayoría de los casos, consideramos que la base jurídica para tales efectos existe y bastará con la asunción de dichos posicionamientos políticos para consolidar la integración jurídica latinoamericana.

3.2 El derecho interamericano

Como ya hemos mencionado, uno de los aspectos articuladores principales de todo el proyecto ICCAL es el relacionado con el elemento internacional. En ese sentido, destaca el rol que asume la CADH y el gran cúmulo de material normativo interamericano, integrado principalmente por el Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer

⁴⁹ Art. 3.º La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno.

⁵⁰ Art. 63. Las declaraciones, derechos y garantías que enumera esta Constitución no serán entendidos como negación de otras declaraciones, derechos y garantías no especificadas que nacen de la soberanía, de la forma republicana, democrática y representativa de gobierno, y de la dignidad del hombre.

⁵¹ Art. 17. Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley. Los derechos y garantías que consagra esta Constitución deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la personas.

⁵² Art. 11.7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

⁵³ Art. 2, sección 19. La enumeración de derechos que antecede no se entenderá en forma restrictiva ni supone la exclusión de otros derechos pertenecientes al pueblo en una democracia y no mencionados específicamente. Tampoco se entenderá como restrictiva de la facultad de la Asamblea Legislativa para aprobar leyes en protección de la vida, la salud y el bienestar del pueblo.

⁵⁴ Art. 74. Principios de reglamentación e interpretación. La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la presente Constitución se rigen por los principios siguientes: 1) No tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza.

⁵⁵ Art. 74. Los derechos y beneficios a que este capítulo se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional.

⁵⁶ HÄBERLE, Peter. México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un *Ius Commune Americanum*. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común*: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011. p. 24-25.

(Convención de Belém do Pará), la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Carta Democrática Interamericana y la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión y por los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.⁵⁷

Ahora bien, lejos de ignorar el valor intrínseco del formante normativo propiamente internacional, sí es digno de destacar el desarrollo y tratamiento que se le ha dado a este en el plano nacional. Al respecto, es indudable la importancia que tuvo el movimiento generalizado de reformas constitucionales en América Latina desde mediados de los ochenta, y particularmente en los años noventa, a través de los cuales, los ordenamientos constitucionales ampliaron el material normativo en favor de las personas. Esta incorporación del derecho interamericano implicó un mejoramiento de la dinámica institucional de los sistemas democráticos.⁵⁸

Aunque no puede hablarse en los términos más optimistas de una apertura o internacionalización íntegra a lo largo y ancho de la región, pues existen ordenamientos nacionales que permanecen intactos, vale la pena destacar el rol nomogenético y activo de sectores como la abogacía, las personas defensoras de derecho humanos, la función gubernamental y demás actores que son fundamentales para dotar de eficacia a los estándares internacionales y regionales en materia de derechos humanos en el ámbito doméstico.⁵⁹

Ahora bien, sobre el formante normativo internacional, Acosta Alvarado ha sugerido una clasificación para presentar dicho material. En ese sentido, destaca las siguientes clases de normas: i) los principios de funcionamiento del sistema; ii) las normas sobre obligaciones generales de los Estados; iii) las relativas a los derechos de las personas; iv) las relacionadas con la interpretación; y, v) las disposiciones respecto de las sentencias, su obligatoriedad y cumplimiento.⁶⁰

Por lo que hace a la primera categoría, Acosta alude al principio de subsidiariedad del funcionamiento del Sistema Interamericano, establecido en el preámbulo de la CADH, en el que se señala que el Sistema ejerce una protección coadyuvante y complementaria a la establecida en los regímenes constitucionales domésticos. Además, cabe destacar la obligación de respetar los derechos previstos en dicho tratado internacional así como la de adaptar el ordenamiento nacional para tal efecto. Así las cosas, con la finalidad de cumplir con las obligaciones contraídas en la CADH y para evitar la activación del mecanismo internacional, los órdenes jurídicos nacionales deben seguir los lineamientos interamericanos respecto del acceso a la justicia.⁶¹

Respecto de la segunda categoría de normas propuesta por Acosta se encuentran los artículos 1.1 y 2 de la CADH, los cuales contienen importantes obligaciones de protección de los derechos, cuya trascendencia ha sido tildada como “el corazón normativo” de la red de protección internacional de los derechos. En ese sentido, retomamos lo señalado por esta autora respecto del artículo 1.1:

Gracias a esta disposición, los Estados y en consecuencia todos sus agentes, están obligados a reconocer y proteger los derechos contemplados en la Convención en los términos previstos en ella, términos que no se limitan a la redacción de dicho instrumento internacional sino que se construyen, también, desde la propia jurisprudencia interamericana.⁶²

⁵⁷ STEINER, Christian; URIBE, Patricia. Introducción general. In: STEINER, Christian; URIBE, Patricia (eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario*. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung-Themis, 2014. p. 6.

⁵⁸ STEINER, Christian; URIBE, Patricia. Introducción general. In: STEINER, Christian; URIBE, Patricia (eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario*. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung-Themis, 2014. p. 9.

⁵⁹ STEINER, Christian; URIBE, Patricia. Introducción general. In: STEINER, Christian; URIBE, Patricia (eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario*. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung-Themis, 2014. p. 9.

⁶⁰ ACOSTA ALVARADO, Paola. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 50.

⁶¹ ACOSTA ALVARADO, Paola. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 51.

⁶² Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

¹ Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo,

Por lo que hace al artículo 2, el cual prevé la obligación general de adaptación del derecho interno, consistente en que los Estados deben ajustar su orden jurídico nacional para cumplir con el objetivo de protección del SIDH. Esta obligación tiene alcances como el deber de derogar todas las normas internas que contravengan el orden interamericano, de emitir las normas que complementen la consecución de sus cometidos, así como el deber de ceñir el comportamiento de los agentes estatales y sus estructuras, al servicio del SIDH. Con base en esta norma, señala Acosta, la judicatura interamericana ha podido influir en la reconfiguración de los ordenamientos nacionales en favor de la protección de los derechos.⁶³

La importancia del control de convencionalidad en el derecho público latinoamericano del siglo XXI puede ser tildada de inconmensurable. Podríamos sugerir válidamente que estamos ante una de las figuras neurálgicas que anima la mayor parte del devenir jurídico interamericano. Se trata de una de las construcciones más importantes de la Corte IDH para incrementar el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados que han firmado el Pacto de San José; es una institución jurídica que ha impulsado la internacionalización de categorías constitucionales a partir de dicotomías de nociones como control difuso-control concentrado de constitucionalidad.⁶⁴

El origen del control de convencionalidad se encuentra en el ánimo de impulsar a las judicaturas nacionales y a las autoridades estatales en su conjunto a que cumplieran con su deber de respetar y garantizar los derechos humanos en su funcionamiento. Y es que como fue definido en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del Caso Gelman, estamos ante una

institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, particularmente “el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia.⁶⁵

La dinámica básica de esta doctrina consiste en interpretar cualquier norma nacional, sin importar su jerarquía, a la luz de la CADH y del *corpus iuris interamericano*, y en el caso de que exista una incompatibilidad entre estas normas, las autoridades nacionales estarán obligadas a abstenerse de aplicar la norma nacional para evitar vulnerar la norma internacional. Este control debe ser ejercido *ex officio*, siempre dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales.

Si bien el control de convencionalidad en sede interna ha sido producto de una amplia doctrina jurisprudencial,⁶⁶ tuvo su manifestación embrionaria de como lo conocemos hoy día en el caso Almonacid

idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁶³ Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. Asimismo, resulta ilustrativo lo señalado por la Corte IDH en el Caso La Cantuta Vs. Perú en el párrafo 172: “Ciertamente el artículo 2 de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta. Por ello, la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, no. 162, párr. 172.

⁶⁴ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: transformando realidades*. México: Max Planck Institute for Comparative Public Law-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019. p. 615.

⁶⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013.

⁶⁶ Sergio García Ramírez refiere como antecedentes jurisprudenciales remotos en los que se menciona el control de convencionalidad en sede interna: Mack Chang Vs. Guatemala (noviembre de 2003), Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú (Aguado

Arellano y otros Vs. Chile, en la sentencia del 26 de noviembre de 2016, pues la Corte afirmó:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete *última de la Convención Americana*.⁶⁷

Como ya advertíamos, se trata de una primer acercamiento al control de convencionalidad, y se puede evidenciar en la timidez de la Corte IDH, pues lejos de construir un concepto sólido de control de convencionalidad, sólo hace mención de “una especie” de dicho control.

Para abordar las cuestiones medulares del control difuso de convencionalidad y sus implicaciones en la construcción de un derecho común, es preciso hacer un análisis referido a los sujetos que realizan el control. Según la doctrina, existen dos tipos de control de convencionalidad: i) el que se realiza “desde arriba”, es decir aquel realizado por la Corte IDH como órgano controlante, y ii) el que se realiza “desde abajo”, siendo este el que se realiza en sede nacional, por todas las autoridades.⁶⁸ Con base en la actuación tanto de las jurisdicciones internas como de la Corte IDH, se produce un nuevo entendimiento del Sistema Interamericano al concebirse como un “sistema integrado” de derechos humanos. A partir de este diálogo jurisdiccional se produce una interamericanización de los órdenes domésticos y un *ius commune* como base o piso mínimo sobre la cual los estados deben continuar la edificación jurídica de la protección de los derechos humanos.⁶⁹

Ahora bien, estos desarrollos no están exentos de encontrar puntos problemáticos para su desenvolvimiento fáctico. En ese sentido, destacan los elementos operativos de su aplicación, como por ejemplo el relacionado con las autoridades obligadas a aplicarlo. Comenzando con las interrogantes respecto de la configuración central o federal de un Estado, sobre las cuales la doctrina jurisprudencial interamericana ha arrojado luz en diversas ocasiones, en la que básicamente se señala que, con base en el derecho internacional, si un Estado es parte de un tratado, todos los órganos en su conjunto se obligan a la luz de sus contenidos.

Asimismo, Quintana Osuna destaca tres discusiones importantes sobre el control de convencionalidad:

a) [E]l origen y el alcance del control de convencionalidad; b) el alcance de las obligaciones precisas que tiene que hacer todo funcionario público dentro del ámbito de sus competencias; y c) sobre qué se ejerce el control o sobre qué se cumple la obligación.⁷⁰

Y es que a partir de las diversas sentencias sobre los sujetos obligados a realizar este control, saltan a la luz, invariablemente, diversos cuestionamientos:

¿Pueden de conformidad con sus competencias, inaplicado una norma que consideren inconvencional?

Alfaro y otros) (noviembre de 2006) y Vargas Areco Vs. Paraguay (septiembre de 2006). GARCÍA, Sergio. *El control judicial interno de convencionalidad*: documento de trabajo. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011. p. 16. Incluso, Brewer-Carías ha señalado experiencias como la venezolana en la que se puede constatar la aplicación del derecho convencional en ámbitos como la protección judicial del derecho de amparo con bastante anterioridad a la intensa difusión que se le ha dado en los últimos años. BREWER-CARÍAS, Allan. *Control de convencionalidad*: marco conceptual, antecedentes, derecho de amparo y derecho administrativo. Buenos Aires: Ediciones Olejnik, 2019. p. 39.

⁶⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2016. Serie C No. 154.

⁶⁸ SAGÜES, Néstor. *La interpretación judicial de la Constitución*: de la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada. México: Porrúa-IMDPC, 2017. p. 339-340.

⁶⁹ IBÁÑEZ RIVAS, Juana. *Control de convencionalidad*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-CNDH, 2017. p. 77.

⁷⁰ QUINTANA OSUNA, Karla. *Control de convencionalidad en el derecho interamericano y mexicano*: retos y perspectivas. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa-IMDPC, 2019. p. 40.

¿Pueden expulsarla del ordenamiento? ¿Pueden determinar que una acción por parte de una autoridad fue contraria al bloque de convencionalidad? ¿Están obligadas todas las autoridades a conocer y aplicar el control de convencionalidad y a realizar un ejercicio hermenéutico?⁷¹

Sobre esta problemática pueden encontrarse diversas fases evolutivas en el material jurisprudencial interamericano. En ese sentido destaca la obligación de realizar control de convencionalidad a cargo de: i) el Poder Judicial;⁷² ii) los órganos del poder Judicial;⁷³ iii) Jueces y órganos vinculados a la Administración de justicia en todos los niveles; iv) cualquier autoridad y no sólo el Poder Judicial; y, v) adecuación de las interpretaciones judiciales y administrativas y de las garantías judiciales conforme a lo establecido por el material normativo interamericano.

Este proceso de convencionalización integral en todas las estructuras estatales, lejos de establecer certezas y parámetros objetivos del ejercicio del control de convencionalidad más allá de los confines jurisdiccionales, en realidad ha provocado incertidumbre respecto de las autoridades, los grados, alcances y efectos concretos de dicho control. Piénsese por ejemplo en las implicaciones de esta categoría jurídica en la administración pública, sobre la que se ha señalado que existen diversos derechos, principios y garantías aplicables a todos los procedimientos ante este sector del entramado estatal, tales como el respeto a la dignidad humana, la aplicación del principio pro persona, el derecho a la verdad, la tutela administrativa efectiva, el debido proceso, el principio de eficiencia administrativa, el plazo razonable, entre otros. La tercera categoría normativa contiene los artículos 8⁷⁴ y 25⁷⁵ de la CADH, que determinan el fundamento y contenido del

⁷¹ QUINTANA OSUNA, Karla. *Control de convencionalidad en el derecho interamericano y mexicano: retos y perspectivas*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa-IMDPC, 2019. p. 41.

⁷² En el párrafo 124 la Corte señala que: “En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2016. Serie C No. 154.

⁷³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

⁷⁴ Artículo 8. Garantías Judiciales

¹ Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

² Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

^a derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

^b comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada

^c concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

^d derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

^e derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

^f derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

^g derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

^h derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

³ La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

⁴ El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

⁵ El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

⁷⁵ Artículo 25. Protección Judicial

¹ Toda persona tiene un derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en funciones de sus funciones oficiales.

² Los Estados Partes se comprometen:

^a a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

acceso a la justicia en el foro interamericano, que puede ser definido como:

El derecho que tiene todo individuo a accionar los recursos necesarios para la tutela de sus derechos y la solución de sus controversias, así como para la sanción de los delitos; persiguiendo con ello una respuesta acorde a derecho y ejecutable, obtenida en plazo razonable, ante un órgano competente independiente e imparcial luego de tramitar un proceso con las debidas garantías que aseguren tanto la defensa como la igualdad de condiciones entre las partes que participen en él. Este derecho incluye también la posibilidad de defensa motivada por el propio individuo.⁷⁶

La efectividad de este derecho, a decir de Acosta Alvarado, está fuertemente entrelazada con la aptitud del desempeño judicial, aspecto que en la mayoría de las ocasiones necesita una articulación normativa, institucional y procesal, así como de la labor jurisdiccional conforme a los parámetros interamericanos. Por ello, el ejercicio de armonización es vital para el cumplimiento de los artículos 8 y 25 para respetar el principio de subsidiariedad.⁷⁷

Con relación a la cuarta categoría normativa propuesta por Acosta, tocante a las normas sobre interpretación, se ha dicho que conforme a lo establecido por el artículo 29 de la Convención,⁷⁸ los operadores jurídicos nacionales y regionales deben actuar conforme a la regla del efecto útil de los tratados internacionales, pues con base en esta norma, la judicatura interamericana se ha servido del *corpus iuris* internacional para determinar el contenido de los derechos previstos en la CADH de la mano de una diversidad de normas nacionales e internacionales que deriven la interpretación más favorable. Así, cualquiera que sea el origen de la interpretación más favorable, la judicatura regional y nacional debe ajustarse conforme a ella. Estamos pues, ante el fundamento de los mayores avances jurisprudenciales de la red de protección multinivel de los derechos y del catalizador para el acoplamiento jurisprudencial nacional e internacional.⁷⁹

Finalmente, la quinta y última categoría normativa propuesta por Acosta está relacionada con el contenido de las reparaciones, la obligatoriedad de los pronunciamientos interamericanos y la supervisión de su cumplimiento. Al respecto se ha dicho que a partir del artículo 63 de la CADH,⁸⁰ la judicatura regional ha construido una nutrida jurisprudencia respecto de las reparaciones por demás interesante y variada, tales como las indemnizaciones, las medidas de restitución, rehabilitación y garantías de no repetición. En ese sentido, Acosta señala como ejemplos notables los casos en los que el juez regional condenó a la investiga-

^{b)} a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

^{c)} a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión que se haya estimado procedente el recurso.

⁷⁶ ACOSTA ALVARADO, Paola. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 55.

⁷⁷ ACOSTA ALVARADO, Paola. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 55.

⁷⁸ Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

^{a)} permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

^{b)} limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

^{c)} excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

^{d)} excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

⁷⁹ ACOSTA ALVARADO, Paola. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 56-57.

⁸⁰ Artículo 63

¹ Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

² En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

ción y sanción de los responsables de las violaciones por las que se condenó a un Estado y se motivó la reapertura de los procesos judiciales. Así, las judicaturas nacionales han podido hacer frente a la reapertura de procesos en torno a las violaciones de derechos humanos superando obstáculos como las leyes de amnistías o normas sobre caducidad o prescripción.⁸¹

Estos esfuerzos en torno a las reparaciones son reforzados por el mecanismo de supervisión del cumplimiento de sus sentencias que, establecido en el artículo 69 del Reglamento de la Corte IDH,⁸² se ha convertido en un auténtico escenario de dialogo entre los jueces regionales y los nacionales, pues en su desarrollo los representantes del Estado dan a conocer al tribunal interamericano, los obstáculos para el cumplimiento de la condena.⁸³

3.3 Jurisprudencia nacional

Una de las bisagras más importantes para la interacción e hibridación del derecho internacional y el derecho interno la constituye la jurisprudencia nacional a partir de una dinámica dialógica. En ese sentido, ha señalado Brito que el diálogo entre la Corte IDH y las jurisdicciones nacionales en la actualidad ha avanzado progresivamente, a pesar de las reticencias provocadas por factores gnoseológicos de desinformación, psicológicos o de inadapatación e incomprensión. Por ello, al día en que se escribe esto, podemos afirmar contundentemente que estas dinámicas de dialogo y fortalecimiento jurisdiccional mutuo han desembocado en la evolución de un derecho común latinoamericano.⁸⁴

Este fenómeno tuvo como primeras manifestaciones aquel que se da entre tribunales constitucionales, es decir, una suerte de diálogo horizontal. En México, data por primera vez por lo menos de la década pasada, y representa, aunque en un menor grado, una manifestación de estatalidad abierta, pues el hecho de que un juez, al resolver un caso, contemple en su abanico de posibles resoluciones, una opción extranjera, implica cierto abandono de la idea de las opciones nacionales como única fuente del derecho.

Por otra parte, el dialogo que se da entre un tribunal internacional, como la Corte IDH, y los tribunales constitucionales nacionales, representa un mayor grado de acercamiento al nuevo derecho público. Y en ese sentido, resultan interesantes las consideraciones de Rodrigo Brito cuando señala que:

La idea de dejar de lado planteamientos estrictamente jerárquicos es fundamental en la noción de diálogo y presupone la existencia de un sistema que no está unificado en un ordenamiento bajo una Constitución, sino integrado por una estructura múltiple en distintos niveles y basada en un pluralismo constitucional.⁸⁵

⁸¹ ACOSTA ALVARADO, Paola. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 58. Sobre la dinámica jurisprudencial interamericana en torno a la superación de obstáculos como las amnistías para dotar de eficacia a las garantías de los derechos humanos, véase: BINDER, Christian. ¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina?: la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías. In: BOGDANDY, Armin von et al. (coords.). *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010. t. 2. p. 159.

⁸² Artículo 69. Supervisión de cumplimiento de sentencias y otras decisiones del Tribunal

¹ La supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes. La Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes.

² La Corte podrá requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, que permitan apreciar el cumplimiento. Para los mismos efectos podrá también requerir los peritajes e informes que considere oportunos.

³ Cuando lo considere pertinente, el Tribunal podrá convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y en ésta escuchará el parecer de la Comisión.

⁴ Una vez que el Tribunal cuente con la información pertinente, determinará el estado del cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime pertinentes.

⁵ Estas disposiciones se aplican también para casos no sometidos por la Comisión.

⁸³ ACOSTA ALVARADO, Paola. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 59.

⁸⁴ BRITO MELGAREJO, Rodrigo. *Diálogo jurisprudencial y protección de los derechos humanos*. México: CNDH, 2016. p. 34.

⁸⁵ BRITO MELGAREJO, Rodrigo. *Diálogo jurisprudencial y protección de los derechos humanos*. México: CNDH, 2016. p. 16.

Desde luego estas nuevas relaciones entre los agentes jurisdiccionales nacionales e internacionales acarrea importantes polémicas y debates, principalmente en lo relacionado con las dinámicas jerárquicas entre los ordenes jurídicos. Al respecto, señala Sagüés, que estamos ante una nueva etapa del derecho de los derechos humanos, en la cual se reconoce la primacía del bien común internacional sobre el bien común nacional y se despoja de diversos parásitos y protuberancias al concepto de soberanía. Asimismo, resulta innegable la existencia de un Estado constitucional y convencional y la presencia de una Constitución convencionalizada.⁸⁶

Por otra parte, un rol fundamental de la jurisprudencia nacional respecto de la construcción del ICCAL es el relacionado con el cumplimiento de las sentencias interamericanas. En el caso mexicano por ejemplo, destaca la resolución del expediente “Varios” 912/2010, considerado como una de las más importantes para el orden jurídico mexicano en los más de 100 años de vigencia de la Constitución de Querétaro. Señala Herrera que, a partir de este acontecimiento, emergió la convicción por parte de la Suprema Corte de interrumpir y modificar un modelo judicial en torno al control de los actos del poder público y de la protección de los derechos humanos ante los tribunales.⁸⁷

La intervención de la Suprema Corte en la recepción y tratamiento de la sentencia interamericana no era obligatoria, pues en este caso (Radilla Pacheco) el tribunal interamericano no analizó ninguna actuación de la Corte mexicana y tampoco determinó alguna obligación atribuible a dicho órgano jurisdiccional. Sin embargo, el tribunal mexicano consideró que el ordenamiento procesal contenía los elementos normativos suficientes para justificar su competencia e involucrarse en la implementación y cumplimiento de la condena.⁸⁸

3.4 Jurisprudencia interamericana

El formante jurisprudencial interamericano, construido en los cuarenta años de vida de la Corte IDH, es bastante rico en una diversidad de temas, desde la desaparición forzada, detenciones ilegales y arbitrarias, ejecuciones extrajudiciales, tortura, pena de muerte, hasta, de forma más reciente, a la violencia de género, justicia penal, debido proceso, libertad de expresión, migraciones, derechos de los pueblos indígenas y muchos más. Estos desarrollos han nutrido el derecho interamericano, con base en la interpretación de la CADH y el *corpus iuris* interamericano.⁸⁹

A partir de las motivaciones principales de los tratados de derechos humanos, como lo es la construcción de un orden público común, la Corte IDH en sus labores de interpretación del material interamericano ha señalado que la finalidad de estos tratados está en la garantía y goce los derechos y libertades del ser humano y no tanto en buscar un equilibrio de intereses entre Estados. En ese sentido, la Corte ha señalado que con base en el deber de garantía de los derechos humanos, los Estados están obligados a organizar el aparato

⁸⁶ SAGÜES, Néstor. ¿Puede válidamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos obligar a que una Corte Suprema Nacional deje sin efecto una sentencia suya? In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; FLORES PANTOJA, Rogelio (coords.). *La Constitución y sus garantías: a 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917: memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017. p. 833-834.

⁸⁷ HERRERA GARCÍA, Alfonso. Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado mexicano. El papel de la Suprema Corte en la búsqueda de su cumplimiento. In: BAZÁN, Víctor; FUCHS, Marie-Christine. (eds.). *Justicia constitucional y derechos fundamentales: ejecución, nivel de cumplimiento e implementación de sentencias de tribunales constitucionales y cortes supremas en la región*. Bogotá: Tirant lo blanch-Konrad Adenauer Stiftung, 2020. p. 203.

⁸⁸ HERRERA GARCÍA, Alfonso. Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado mexicano. El papel de la Suprema Corte en la búsqueda de su cumplimiento. In: BAZÁN, Víctor; FUCHS, Marie-Christine. (eds.). *Justicia constitucional y derechos fundamentales: ejecución, nivel de cumplimiento e implementación de sentencias de tribunales constitucionales y cortes supremas en la región*. Bogotá: Tirant lo blanch-Konrad Adenauer Stiftung, 2020. p. 204.

⁸⁹ SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo. 40 años cambiando realidades: una mirada al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: BOGDANDY, Armin von et al. (coords.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: transformando realidades*. México: Max Planck Institute for Comparative Public Law-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019. p. 552.

gubernamental y todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.⁹⁰

Sentadas las bases a partir de las cuales funciona el devenir jurisprudencial interamericano, podemos destacar algunas aportaciones relevantes de la Corte IDH. Al respecto, uno de los temas principales presentes en el material jurisprudencial es la reparación integral. Y es que desde las primeras sentencias, la Corte ha sido un tribunal pionero en la promoción y aseguramiento de la reparación integral a las víctimas de violaciones de derechos humanos. Estas reparaciones pueden ser agrupadas dentro de seis categorías: i) restitución; ii) rehabilitación; iii) satisfacción; iv) investigación de los hechos y sanción si corresponde; v) indemnización; y, vi) garantías de no repetición.⁹¹

No puede negarse el valor de estas reparaciones, pues a partir de ello, la jurisprudencia interamericana ha tenido lo que Saavedra Alessandri denomina “impacto estructural”. Muestra de esto son las transformaciones en el ámbito estatal suscitadas a partir de las decisiones interamericanas, como lo son las reformas legislativas, la adopción de políticas públicas o la modificación de las prácticas estatales.⁹²

Ahora bien, si nos seguimos centrando en el impacto de la jurisprudencia interamericana como su valor principal, y que a decir de Estrada aunque no constituye una categoría jurídica al día de hoy, sí estamos ante una alternativa adecuada para revisar la influencia de las decisiones jurídicas en un país. En el caso mexicano, por ejemplo, el Poder Judicial ha impulsado en una mayor medida diversas acciones tendientes a la vinculación de las sentencias interamericanas con las autoridades nacionales, lo que ha generado un posicionamiento de este material normativo como un importante centro de gravedad del devenir jurídico nacional.⁹³

En síntesis, el material interamericano constituye un auténtico elemento integrador del orden jurídico, por ello, la reflexión y aportaciones al respecto son una poderosa herramienta de transformación jurídica e institucional. Y además, en la medida en que circulen y se incorporen en los ordenes jurídicos nacionales los contenidos jurisprudenciales interamericanos, estaremos, sin duda alguna, ante la construcción de un auténtico derecho común latinoamericano.

4 Consideraciones conclusivas

1. El derecho constitucional del siglo XXI enfrenta grandes transformaciones, principalmente las relacionadas con su intensa humanización e internacionalización. En la actualidad se posiciona como un derecho enfocado principalmente en la protección de la persona, alejándose cada vez más de su configuración primigenia relacionada con la consolidación de la soberanía y la organización y distribución del poder del Estado. Resulta notorio que estamos ante lo que Prieto Sanchís denominó “constitucionalismo de los derechos”.

⁹⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párr. 166.

⁹¹ SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo. 40 años cambiando realidades: una mirada al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: BOGDANDY, Armin von et al. (coords.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: transformando realidades*. México: Max Planck Institute for Comparative Public Law-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019. p. 558.

⁹² SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo. 40 años cambiando realidades: una mirada al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: BOGDANDY, Armin von et al. (coords.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: transformando realidades*. México: Max Planck Institute for Comparative Public Law-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019. p. 567.

⁹³ ESTRADA ADÁN, Guillermo. Reflexiones sobre el impacto y cumplimiento del derecho internacional y el ‘material interamericano’ en el siglo XXI. In: BOGDANDY, Armin von et al. (coords.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: transformando realidades*. México: Max Planck Institute for Comparative Public Law-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019. p. 287-299.

2. Por otra parte, se puede advertir la hibridación de los órdenes constitucionales a partir del entrelazamiento de los contenidos normativos de carácter nacional con los de carácter internacional y supranacional. Así, resulta cada vez más complicado hablar de fronteras entre lo nacional-constitucional y lo internacional, pues aunque pueden existir puntos de conflicto y tensión entre ambas categorías, también resulta evidente que se encuentran en una relación de diálogo y fortalecimiento mutuo.

3. Ahora bien, este fenómeno de intensa desnacionalización del derecho constitucional no debe confundirse con la desaparición del Estado, o que la construcción de un orden jurídico supranacional vendrá a sustituir enteramente a los derechos nacionales, pues el fin que perseguimos desde el inicio de esta investigación es poner de manifiesto la transformación estructural del derecho público nacional e internacional a partir de la interacción entre ambos, así como el cambio del paradigma estatal antiguamente centrado en la soberanía.

4. El constitucionalismo y el derecho constitucional en América Latina pueden ser explorados desde una óptica de lo común a partir de dos grandes perspectivas: i) a partir de la incorporación de elementos comunes en los diversos desarrollos constitucionales de los países de la región; y, ii) a través de la interacción, circulación, recepción e incorporación de diversos contenidos normativos (particularmente en lo relacionado con la democracia y la protección de los derechos humanos) emanados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

5. Como posibles puntos de partida para la continuación de los estudios de esta línea de investigación, podríamos sugerir principalmente la tensión existente entre los proyectos constitucionales regionales alternativos, señalados en algunas ocasiones como autoritarios, con el devenir jurídico internacional liderado por el desarrollo jurisdiccional de la Corte IDH.

6. En el mismo sentido, llama la atención una de las principales críticas dirigidas al ICCAL, enfocada en la desmedida atención y preponderancia del rol judicial en todos sus desarrollos. Por ello, consideramos como un provechoso punto de arranque para futuras investigaciones las complicaciones suscitadas a partir de la tensión teórica relacionada con la preponderancia del poder y la función judicial en el proyecto ICCAL.

Referencias

ACOSTA ALVARADO, Paola. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

BINDER, Christian. ¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina?: la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías. In: BOGDANDY, Armin von et al. (coords.). *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010. t. 2.

BOGDANDY, Armin von et al. A manera de prefacio. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*. In: BOGDANDY, Armin von et al. (coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2020.

BOGDANDY, Armin von et al. Ius constitutionale commune en America Latina: a regional approach to transformative constitutionalism. *MPIL Research Paper Series*, n. 21, 2016. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=285958 Acceso en: 25 mar. 2021.

BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, p. 3-50, ene./jun. 2015.

BREWER-CARÍAS, Allan. *Control de convencionalidad: marco conceptual, antecedentes, derecho de amparo y derecho administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Olejnik, 2019.

BRITO MELGAREJO, Rodrigo. *Diálogo jurisprudencial y protección de los derechos humanos*. México: CNDH, 2016.

BURGORGUE-LAREN, Laurence. La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.

CLÉRICO, Laura *et al.* Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no discriminación, la no dominación y la redistribución y el reconocimiento. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo *et al.* (coords.). *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2016. Serie C No. 154.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Atala Rifo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, núm. 239.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Molina Theissen Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 4 de mayo de 2004. Serie C No. 106.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 130, párr. 240.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, no. 162, párr. 172.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Noén Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C, núm. 279.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie c nO. 155.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párr. 166.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Villagrán Morales y Otros ("Niños de la Calle") Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C, núm. 77.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009. *MC 1119/09*. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/cap.3c1.09.sp.htm> Acceso en: 20 mar. 2021.
- ESTRADA ADÁN, Guillero. Reflexiones sobre el impacto y cumplimiento del derecho internacional y el 'material interamericano' en el siglo XXI. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: transformando realidades*. México: Max Planck Institute for Comparative Public Law-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.
- FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo más allá del estado*. Madrid: Trotta, 2018.
- FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Trotta, 2014.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: transformando realidades*. México: Max Planck Institute for Comparative Public Law-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.
- GARCÍA, Sergio. *El control judicial interno de convencionalidad: documento de trabajo*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. España: Katz, 2014.
- GUTIÉRREZ, Ignacio. *Derecho constitucional en construcción*. México: CIIJUS-Derecho Global Editores, 2018.
- HÄBERLE, Peter. México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un *Ius Commune Americanum*. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- HERRERA GARCÍA, Alfonso. Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado mexicano. El papel de la Suprema Corte en la búsqueda de su cumplimiento. In: BAZÁN, Víctor; FUCHS, Marie-Christine. (eds.). *Justicia constitucional y derechos fundamentales: ejecución, nivel de cumplimiento*

e implementación de sentencias de tribunales constitucionales y cortes supremas en la región. Bogotá: Tirant lo blanch-Konrad Adenauer Stiftung, 2020.

IBÁÑEZ RIVAS, Juana. *Control de convencionalidad*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-CNDH, 2017.

LEÓN, Carolina; WONG, Víctor. Cláusulas de apertura al derecho internacional de los Derechos Humanos: constituciones iberoamericanas. *FORO: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, v. 18, n. 2, p. 93-125, 2015.

MORALES ANTONIAZZI, Mariela. *La protección supranacional de la democracia en Suramérica: un estudio sobre el acervo del Ius Constitutionale Commune*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

MORALES ANTONIAZZI, Mariela. Voz estatalidad abierta. In: FERRER MAC-GREGOR, E. *et al.* (coords.). *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

PARRA VERA, Óscar. El impacto de las decisiones interamericanas: notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al ‘empoderamiento institucional’. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.

PARRA VERA, Óscar; HUBER, Florian. Orientación sexual, derechos de las niñas y los niños y no discriminación: comentarios al caso *Atala Rizzo y niñas*. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Igualdad y orientación sexual: el Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*. México: Porrúa-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law-IMDPC, 2012.

PELAYO MOLLER, Carlos. *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. México: CNDH, 2015.

PIOVESÁN, Flavia. Protección de los derechos sociales: retos de un ius commune para Sudamérica?. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales: hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*. México: UNAM, Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta, 2017.

QUINTANA OSUNA, Karla. *Control de convencionalidad en el derecho interamericano y mexicano: retos y perspectivas*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa-IMDPC, 2019.

SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo. 40 años cambiando realidades: una mirada al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: transformando realidades*. México: Max Planck Institute for Comparative Public Law-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.

SAGÜES, Néstor. ¿Puede válidamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos obligar a que una Corte Suprema Nacional deje sin efecto una sentencia suya? In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; FLORES PANTOJA, Rogelio (coords.). *La Constitución y sus garantías: a 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917: memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.

SAGÜES, Néstor. *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*. México: Porrúa, 2004.

SAGÜES, Néstor. *La interpretación judicial de la Constitución: de la Constitución nacional a la Constitución*

convencionalizada. México: Porrúa-IMDPC, 2017.

STEINER, Christian; URIBE, Patricia. Introducción general. *In*: STEINER, Christian; URIBE, Patricia (eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario*. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung-Themis, 2014.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.